

Mansueti, Hugo Roberto

Tesis doctoral

Facultad de Derecho

Naturaleza jurídica y proyección institucional de la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Mansueti, H. R. (2002). *Naturaleza jurídica y proyección institucional de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Argentina. Recuperado elde <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/naturaleza-juridica-y-proyeccion-institucional-de-la-declaracion-sociolaboral-del-mercosur.pdf>.

(Se recomienda indicar fecha de consulta. Ej: Recuperado el 19 de agosto de 2010).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA ARGENTINA
"Santa María de los Buenos Aires"

Instituto de Posgrados

Carrera : Doctorado en Ciencias Jurídicas.

Tesis

***Naturaleza jurídica y proyección institucional
De la Declaración Sociolaboral del Mercosur.***

Doctorando

Prof. Hugo Roberto Mansueti.

Director

Prof. Dr. Jorge Rodríguez Mancini.

2002

La Declaración Sociolaboral del Mercosur.

El escenario global y regional – La política social en el MERCOSUR -
Sus contenidos desde el derecho internacional, regional y comparado
del trabajo – Impacto en los ordenamientos internos – Su naturaleza
jurídica y aplicabilidad judicial.

Hugo Roberto Mansueti.

Prólogos

Jorge Rodríguez Mancini

Amauri Mascaro Nascimento

Oscar Ermida Uriarte

HUGO ROBERTO MANSUETI

Es Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Buenos Aires en el año 1985. Es Doctor en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (tesis sobresaliente y con mención), desempeñándose en esta Casa como Profesor Protitular de de Derecho Constitucional y Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Es Profesor fundador de la Universidad Nacional de La Matanza desde 1991, habiéndose desempeñado en dicha Casa de Estudios como Profesor Titular de la asignatura Derecho Laboral y Previsional, también como Investigador Docente habiendo dirigido proyectos de investigación vinculados al Derecho del Trabajo en procesos de integración regional hasta 2003. Es Profesor Visitante de la Universidad Tecnológica del Perú y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, Bolivia. Consultor por concurso de la Secretaría del MERCOSUR, en el área Investigación sobre circulación de la mano de obra. Se ha perfeccionado en los Estados Unidos en mediación (School of Law de Pepperdine University, California) y en negociación (Harvard, Law School, Cambridge, Massachusetts). Es profesor de posgrado en la Maestría Derecho de la integración económica, dictado por la Escuela de Posgrado Ciudad Argentina, conjuntamente con las Universidades de Paris I – Panteón Sorbonne- y Universidad del Salvador. Concorre habitualmente como Miembro Titular y Ponente a diversas Jornadas y Congresos, en la Argentina y el exterior, vinculados al Derecho del trabajo. Es profesor invitado en cursos de capacitación y actualización para profesionales en Derecho del Trabajo en la Argentina, Brasil y Perú. Es Miembro de Número de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, cuya Comisión Directiva integra como Vicepresidente Internacional (períodos 2001-2004 y 2004-2007). Ha publicado sus libros *"Normas Usuales del Trabajo y la Seguridad Social"*, *"Derecho del Trabajo en el MERCOSUR"*, *"Direito sindical no MERCOSUL"*, capítulos de libros y diversos artículos de su especialidad en la Argentina y el exterior. Es corresponsal argentino de la revista oficial del Tribunal Regional de Trabajo de la 2da. Región, San Pablo, Brasil, titulada *"Synthesis: direito do trabalho material e processual"*, de publicación semestral.

Ha recibido las siguientes distinciones en el país y en el exterior:

- ◆ Medalla y distinción como Docente Fundador, Universidad Nacional de La Matanza, San Justo, Pcia. de Buenos Aires, noviembre de 1999.
- ◆ Condecoración con la orden *"Labor Omnia Vincit"*, Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social; Lima, Perú, setiembre de 2002.-
- ◆ Medalla y distinción como Profesor Visitante, *"en mérito a su brillante trayectoria académica y profesional, al servicio de la Educación Universitaria y permanente contribución en el campo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Iberoamérica"*, por la Universidad Tecnológica del Perú, Lima, 27 de setiembre de 2002.
- ◆ Medalla y distinción con la Orden al Mérito por la Labor Judicial *"Just et Labor"*, con el grado de Comendador, por el Tribunal Regional del Trabajo de la 8va. Región, Belén, Estado de Pará, Brasil, 28 de agosto de 2003.
- ◆ Medalla y Condecoración con la Orden al Mérito por la Labor Judicial (*"Just et Labor"*), con el grado de *Gran Oficial*, Justicia del Trabajo de Brasil, Tribunal Superior de Trabajo, Brasilia, 1° de abril de 2004.

Desde 1986 ejerce su profesión de Abogado, teniendo a su cargo la consultoría en derecho del trabajo individual y colectivo de su estudio jurídico.

Mi sincero agradecimiento a las personas que, desde distintos lugares mercosureños, colaboraron con la orientación y aporte de documentos indispensables para la elaboración de este trabajo, especialmente a Orlando Juan Gallo, Jorge Rodríguez Mancini, Gerardo Corrés, Antonio Jara, Jorge Lobais, Lidia Juarez, Alejandro Perotti, Yone Freddiani, Domingos Savio Zainagui, Ari P. Beltrán, Amauri Mascaro Nascimento, Jorge Darío Cristaldo, Oscar Ermida Uriarte y Hugo Barretto Ghione.

Al editor, emprendedor incansable de nuestro proyecto integrador.

Y también al lector, sin el cual, todo este esfuerzo no tendría sentido.

El autor.

Prólogos

Globalizar la solidaridad.

Prologar un libro no consiste en ofrecer al lector una síntesis de su contenido. Se trata más bien de presentar lo que no está dicho o lo que supone la preocupación del autor de la obra que lo condujo a su elaboración. En otras palabras prologar es aportar algo más que ayude a la comprensión del mensaje o la tesis que se sostiene. Esto es simplemente lo que se pretende en estas líneas con las cuales se presenta el libro de Hugo Roberto Mansueti, hoy doctor por la Pontificia Universidad Católica Argentina, que reproduce la tesis que le valió ese título con la nota máxima y la felicitación del jurado integrado por los doctores José I. García Ghirelli, Rodolfo Ernesto Capón Filas y Andrés Fink. A lo largo de la preparación de ese trabajo que amigablemente acompañé con algunas indicaciones en mérito al rol de director que me fue adjudicado, pude percibir – además de la seriedad con que el doctorando había acometido la tarea – su agudeza y conocimiento de las normas y la literatura sobre el tema que había abordado, todo lo cual anunciaba un resultado como el logrado y evaluado por el jurado.

Mas aquí deseo dejar una anotación adicional a los análisis jurídicos efectuados por Mansueti para justificar sus conclusiones no todas las cuales, como dejé expresado en el dictamen producido como director de tesis, participo sin perjuicio de la recomendación de aprobación de aquélla. Esas reflexiones que quiero aportar se vinculan con uno de los fenómenos más llamativos que consciente o inconscientemente padecemos todos los habitantes del planeta y que abarca y penetra todos los ámbitos de la vida. Así de general y universal es su alcance y no por nada se lo ha calificado con acierto como la *primera revolución del siglo XXI*. Me refiero a lo que se conoce como la *globalización* ⁽¹⁾ o *mundialización* ⁽²⁾ expresiones

⁽¹⁾ Como lo anota Joaquín Estefanía en *Hij@ ¿qué es la globalización?*, Aguilar, 2003, el Diccionario de la Real Academia Española incorporó el término *globalización* recién en 2001.

⁽²⁾ La definición de la OIT (Consejo de Administración, Grupo de Trabajo sobre dimensiones sociales de la liberalización del concepto de comercio internacional, estudios por países sobre las repercusiones sociales de la mundialización, Informe final, noviembre de 1999, párrafo 2, documento GB 276/WP/SDL/1), hace referencia particular a la integración económica y expresa que ésta está “*motivada por la liberalización del comercio, los flujos de inversión y de capital, así como la rápida evolución tecnológica*”. Quizás deba meditar acerca del ajuste entre la noción descrita y la realidad de los alcances de sus propósitos en materia de *liberalización del comercio* al escuchar los inútiles reclamos de la supresión de los subsidios de los grandes países industriales. Al respecto la historia de las gestiones y conciliábulo llevados a cabo para llegar a la “*Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo*” producida por la O.I.T. en junio de 1998, revela las resistencias de los países – sobre todo del sureste asiático – a someter su comercio internacional a condicionamientos de orden social y la postura, por otra parte proteccionista, que se manifiesta en los países industrializados que utilizan la “*cláusula social*” para esos fines con la excusa de una preocupación por las condiciones sociales en los países del tercer mundo (Geraldo Von Potobsky, “*La normativa laboral frente a la reestructuración, el desarrollo y la globalización de la economía*” en RELASUR, N° 6 1995). No debe olvidarse que la misma globalización no es un fenómeno espontáneo sino que deriva de una acción concertada por los países centrales – a partir de la creación del famoso “G 7” en la reunión de Rambouillet en noviembre de 1975, pasando por el Consenso de Washington de 1990 – que se ha manifestado en la tendencia hacia la liberalización del comercio internacional acompañada, sin embargo, de las medidas proteccionistas que castigan a los países productores de materias primas.

con las cuales se trata de calificar el proceso social que tantas manifestaciones presenta y que alcanza desde las comunicaciones – y por esa vía el comercio internacional y la internacionalización del mercado de capitales – hasta las relaciones interpersonales – por los canales de internet y el correo electrónico ⁽³⁾– pasando por las influencias políticas, estratégicas, culturales, etc. Tal el signo de nuestros tiempos acelerados por los cambios que se proyectan mundialmente. Si Stefan Zweig pudo decir hace ya décadas “*desde que me empezó a salir barba hasta que se cubrió de canas, en ese breve lapso, medio siglo apenas, se han producido más cambios y mutaciones radicales que en diez generaciones*” ⁽⁴⁾ cuánto más podemos reflexionar quienes hemos sobrevivido al siglo XX!

No es mi propósito formular un juicio sobre el fenómeno que abarca – como no puede ser de otra manera por su universalidad y por tener por protagonistas a hombres y mujeres – conductas y resultados positivos hasta “*pecados que claman al cielo*” ⁽⁵⁾ como pueden calificarse el comercio de drogas, el armamentismo, las desigualdades sociales y económicas a nivel nacional e internacional, etc. ⁽⁶⁾. Las reflexiones que quiero transmitir más bien consisten en marcar situaciones concretas que, como resultado de ese proceso, muestran la consecuencia y a la vez necesidad del estrechamiento de los vínculos nacionales, la regionalización de la economía, el acercamiento cultural con los transvasamientos de instituciones, costumbres y por fin con la tendencia a la unificación de normas de comportamiento social y jurídico y cuál sería la medida de esta última acción. Naturalmente que esto se ha venido gestando en forma paulatina y sobre todo la regionalización de mercados y uniones aduaneras no son acontecimientos simples ni de reciente creación. El caso del MERCOSUR tiene como es sabido más de diez años de creación lo cual no significa que se haya instalado completamente y son conocidos los altibajos en su desarrollo y consolidación. Pero en lo que nos interesa, esto es la inclusión de aspectos sociales – especialmente los de orden laboral – aunque no expresados en el instrumento original, ha sido motivo de preocupación y de acciones más o menos consistentes que se encuentran en estadios de desarrollo ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Sobre el significado y extensión de internet véase Ignacio Ramonet “*El mundo sin rumbo*”, trad. esp. Madrid, 1998, p.213 y especialmente p.226. La denuncia que allí se concreta es respecto de “*la dominación casi absoluta de Estados Unidos respecto de estas tecnologías nos puede conducir hacia formas de dependencia y hacia una situación de vasallaje cultural*”. Desde el punto de vista de las relaciones humanas tienden a sufrir alteraciones profundas: de algún modo se suprime el prójimo – el que está próximo – porque el e- mail no es el prójimo. Una observación oportuna y aguda de Francesco Viola penetra en los aspectos culturales del fenómeno: “*hablar de “occidentalización” del mundo está fuera de lugar. Como lo ha destacado Huntington, la modernización cibernética actual no coincide con la occidentalización, porque está privada de la tradición legada a esta última (antigüedad clásica y cristiana, estado de derecho, pluralismo...*” (“*Globalizzazione e diritto*”, Universidad de Palermo, Italia, 1999, versión fotostática).

⁽⁴⁾ Citado por Estefanía, ob. cit. p. 15.

⁽⁵⁾ Juan Pablo II, *Exhortación Apostólica Postsinodal “La Iglesia en América*”, enero 1999.

⁽⁶⁾ Con palabras de Zamagni, se ha supuesto una asimilación de los conceptos de utilidad y felicidad que responden, obviamente a relaciones distintas: la utilidad está referida a la relación del hombre con las cosas; la felicidad supone relaciones entre hombres. La globalización sin duda aumenta la utilidad (y esto para quienes pueden acceder a los bienes beneficiados por la tecnología) pero en cambio no aumenta necesariamente la felicidad en tanto produce en todo caso, unos distanciamientos cada vez más fuertes entre los hombres.

⁽⁷⁾ Véase la información que se ha venido acumulando mientras apareció la revista *Relasur* (OIT y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España) y entre las publicaciones de Oscar Ermida

Ahora lo que quiero marcar es justamente de qué modo la globalización que se revela de manera sustancial en los aspectos económicos y financieros, utilizando la tecnología como instrumento para viabilizar los cambios y las decisiones, puede llegar a absorber los datos jurídicos y obviamente los morales. Precisamente porque la mundialización de la economía y las finanzas tiende a unificar, provoca la tentación de acompañar ese proceso con semejante dirección. Obviamente no ignoro lo que desde siempre constituyó una corriente cultural que traspasaba las fronteras políticas y transvasaba – a veces de manera irreflexiva y negativa por lo tanto – los sistemas jurídicos o por lo menos, parte de ellos, de un país a otro, como sucedió en el caso de nuestro derecho del trabajo sucesivamente influenciado, y a veces copiado irreflexivamente, del derecho italiano y español.⁸ Pero lo que la *mundialización* presenta ahora es una pretensión de *unificación* lo cual tiene un significado y un alcance diferente. Porque este proceso ostenta una seria dificultad cual es la de que para universalizar el derecho (y la moral) deba necesariamente sujetarse a los imperativos de la economía o de la técnica y que para evitar este sometimiento deba recurrirse al particularismo. Naturalmente que el derecho no es funcional a la economía o al desarrollo económico.

Volvamos al concepto de *globalización* que podemos ahora describir con otros caracteres que interesan más para este análisis que hemos planteado. Se entiende por globalización “*la pérdida de los confines del actuar cotidiano en las diversas dimensiones de la economía, la información, la ecología, la técnica, los conflictos interculturales y de la sociedad civil*”⁽⁹⁾. ¿Cómo encajan en este proceso, las unificaciones de legislación dentro del marco de la regionalización, los mercados comunes, las uniones aduaneras? Precisamente se trata de acompañar esos procesos de regionalización, como el MERCOSUR, con un sistema normativo plural, al lado de los tradicionales de ámbito nacional, del cual resulten poderes extraestatales, creando un pluralismo global y quizás sea esta la forma que ofrece

Uriarte su “*MERCOSUR y Derecho Laboral*”, FCU, Montevideo, 1996. Sin embargo todas estas aspiraciones de unidad o uniformidad, aparecen confrontadas con actitudes políticas muchas veces contradictorias, con vaivenes inexplicables en una cuestión que parece debiera encararse como “*política de estado*”. Por otro lado dudosas expresiones de deseos de colaboración, contrapuestas a medidas restrictivas (en materia p.e. de visas para trabajos temporarios dificultadas por trabas burocráticas de parte de Brasil, no obstante la existencia de documentos de compromiso internacional en la zona del MERCOSUR) postergan la efectividad de aquellas declaraciones. O la existencia de fallos que anuncian serias dificultades para la aplicación de las normas comunitarias como sucede con la decisión denegatoria del Superior Tribunal Federal de Brasil con relación al del Protocolo de Ouro Preto (sobre medidas cautelares) con el argumento de que el tratado no estaba formalmente incorporado al derecho interno del Brasil porque no había sido promulgado por un decreto presidencial, lo que compromete el principio de reciprocidad básico en la relación internacional. Todo esto es evidentemente un tema complejo pero que en la práctica posterga la efectiva operatividad de esta declaración.

⁽⁸⁾ Un interesante problema que se plantea debido a las transferencias de capitales entre países con culturas jurídicas diferentes es que se traduce en conflictos derivados de la aplicación de normas legales locales – estoy hablando de las de contenido laboral – locales a contrataciones de personal – especialmente de altos cargos – celebradas bajo regímenes jurídicos que regulan la relación laboral de forma totalmente diversa y que se encuentran sometidos, por imperio de las disposiciones de orden público de los países donde tienen ejecución esos contratos, a encuadramientos y regulaciones diversas que provocan naturalmente desajustes profundos en las consecuencias de orden económico y aún de carácter sancionatorio fiscal.

⁽⁹⁾ Francisco Viola “*Globalizzazione e diritto*”, Universidad de Palermo, ob. cit.

mayores garantías para la acción política que favorezca la paz y la justicia, dentro de las diferencias culturales y los derechos individuales, sirviendo a la vez como defensa frente a un intento de globalización jurídica que responde más bien a las líneas y exigencias de la globalización económica y financiera a que se ha aludido antes. La multiplicación de federaciones regionales, con sus ordenamientos plurales, constituirán vallas más seguras y múltiples a eventuales pretensiones de imposición de un *“imperio civilizador”*. El reforzamiento de las organizaciones internacionales y de las ONG se presenta como una vía para encauzar las fuerzas positivas de la globalización y esto como un resultado de la elemental constatación de que el hombre está, por su espíritu que lo distingue de la bestia, abierto al bien universal y persigue la unidad moral de todo el género humano. Un modo inaceptable de vivir la cultura de la globalización, consistiría en creer que ésta ha superado el modelo antropológico del pasado. En realidad la globalización, en sus aspectos positivos, abre nuevos horizontes de humanidad sin renegar de aquellos ya conquistados, pero ese ordenamiento a que se ha hecho referencia necesita una base racional porque el derecho es razón no voluntad.

El hombre vive de múltiples modos su relación con el espacio y con el tiempo. Mientras las relaciones económicas no tienen límites territoriales, las relaciones entre Estados y sus instituciones, están acotados por tratados, convenios, etc. No bastan éstos para ordenar aquellas relaciones porque los capitales actúan al margen de aquellas regulaciones. Recordemos, el derecho es localista, la economía es universal y esto puede conducir – como parece que se está viendo – a la pérdida de los confines de la actuación jurídica y moral.

Sin embargo el derecho internacional, si deseamos entenderlo como la relación entre las naciones, esto es entre culturas y formas de vida diferentes, y no sólo entre Estados, no puede agotarse en un supuesto derecho cosmopolita, de unificación global.

Al fin de estas reflexiones en torno a la globalización o mundialización de la economía y de las subsecuentes posibles *globalizaciones* del derecho, así como de las virtualidades defensivas de las regionalizaciones respecto de los efectos negativos de aquel proceso, me parece que cabe subrayar que no es esta una diatriba en su contra sino en todo caso llamados de atención respecto de un proceso que no debe aceptarse como es sino que puede tener alternativas beneficiosas para los hombres y no para algunos, sino para todos.

“Ojalá se esfumaran aquellas fronteras entre las naciones que impiden los intercambios que no sean mercaderías. Ojalá puedan circular libremente las personas y las ideas en todo el mundo. Ojalá se uniformen las costumbres: educación básica y atención médica gratuitas y universales; desarme universal; eliminación de la tortura y la pena de muerte; eliminación de los terrorismos de abajo y de arriba; control global del medio ambiente; mayor poder a las Naciones Unidas para preservar la paz; y constitución de la Federación Mundial en reemplazo de la policía mundial” ⁽¹⁰⁾.

Tales deseos no pueden sino ser compartidos y particularmente para América el llamado a una orientación humana del fenómeno tecnológico que ha permitido llegar a la mundialización de las comunicaciones con las proyecciones que

⁽¹⁰⁾ Mario Bunge, *“Tres mitos de nuestro tiempo: virtualidad, globalización, igualamiento”* Santa Fe, 2001, p. 41.

se han señalado, viene de la palabra de Juan Pablo II que llama a una mayor integración entre las naciones, contribuyendo de este modo a crear una verdadera *cultura globalizada de la solidaridad*, colaborando con los medios legítimos en la reducción de los efectos negativos de la globalización, como son “*el dominio de los más fuertes sobre los más débiles, especialmente en el campo económico y la pérdida de los valores de las culturas locales a favor de una mal entendida homogeneización*”⁽¹¹⁾.

Jorge Rodríguez Mancini

Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
 Presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo
 y la Seguridad Social

Mundializar la paz, la democracia y la justicia social.

El profesor Hugo Roberto Mansueti se ha dedicado al estudio de los problemas jurídicos e institucionales de las relaciones de trabajo en el ámbito del MERCOSUR, siempre con mucha seriedad, propia de un jurista de su talla y prestando una contribución efectiva al desarrollo de esta temática, que es por sí una de las más complejas, dada la gran variedad de aspectos que presenta y que surgen de esta obra que está publicando.

El proceso de integración latinoamericana, con particular referencia al MERCOSUR, ha sido objeto de literatura abundante y ello dificulta cualquier enumeración exhaustiva que se pretenda hacer y no será descabellado sostener que es efectivo el propósito de los países, que integran el MERCOSUR, a acordar los principios fundamentales que tienden a conformar un sistema de integración.

En este sentido, son claras las disposiciones de las Constituciones de los cuatro países que originariamente lo integran. La actual Constitución de Brasil, de 1988, ha incluido entre los principios fundamentales del Estado: “*La República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina tendiendo a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones*”, precepto que, no obstante, no se ha visto reflejado en su plenitud en las posiciones del Supremo Tribunal Federal. La Constitución de Uruguay, de 1968, en su art. 6° expresa que “*La República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas*”. La Constitución de Paraguay, de 1992, en su art. 145 declara: “*La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural*”.

Estan así definidas las bases constitucionales del derecho de la integración, con mayor profundidad en la Constitución de Argentina de 1994. Fija una orientación totalmente favorable a la distinción entre Derecho Internacional y Derecho de la Integración. Confiere supremacía a las normas comunitarias sobre las

⁽¹¹⁾ Juan Pablo II, ob. cit. n° 55.

leyes nacionales. Aún más, consagra la posibilidad de delegación, por parte del Estado, de competencias y jurisdicción *“a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos”*, abriendo de este modo, la posibilidad de creación de un ordenamiento jurídico supranacional prevalente sobre las normas internas.

Aún cuando los preceptos constitucionales favorecen el proceso de integración en el Cono Sur, los resultados obtenidos hasta ahora no permiten las mismas conclusiones. Todavía no se logró alcanzar el objetivo institucional de consolidar un mercado común mediante un proceso de desarrollo económico de los Estados Miembros con justicia social y con mejora de las condiciones de vida de sus habitantes, agravado ello por una cierta lentitud de los gobiernos en el logro de avances tendientes a que el MERCOSUR deje de ser una estructura de eventual cooperación y se convierta en una unidad de integración efectiva.

El futuro previsto por el Tratado de Asunción, para el MERCOSUR, es de un mercado común, aún cuando el mismo revista el carácter de una mera estructura de cooperación económica. Pero ese fin requiere alcanzar el objetivo de un orden jurídico supranacional, para lo cual, los estudios jurídicos revisten particular importancia, dentro de los cuales se suma ahora esta valiosa colaboración, que se sitúa en los tres tipos de estudios a que se han referido los precursores, los consolidadores y los proponentes, con una reflexión preordenadora de las directrices jurídicas que pueden definir bases sobre las cuales el gran edificio que se procura, pueda erigirse en interés de la región.

La posibilidad de armonización de la legislación laboral latinoamericana, sostenida por autores como Efrén Córdoba, a través de la investigación cuidadosa y detallada del derecho comparado de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, planteando, junto con el profesor Américo Plá Rodríguez que la integración regional y subregional constituye una exigencia del momento histórico que se está viviendo en todo el Mundo, con los estudios del Profesor Mansueti no podrían tener mejor desarrollo.

Entiendo que el avance tecnológico, la globalización y el desempleo que afecta a los trabajadores también en la América Latina y las perspectivas de una reacción inmediata en el orden económico y social, indican que el MERCOSUR debiera organizarse mejor, para responder a la nueva cuestión social que los países enfrentan.

No obstante, el proceso de integración es irreversible. Mejor cumplirá sus fines en la medida en que se pudiera evitar la masificación de las personas, la pérdida de identidad de las naciones y si se comprometiera con la realización de valores sociales. Su consolidación exige una nueva concepción de soberanía compartida entre los centros de poderes estatales, que no deben ni pueden desaparecer, y la centralización de funciones supranacionales comunitarias, como resulta conveniente a los anhelos de mundializar la paz y la convivencia democrática.

Creo en la posibilidad de convivencia entre los avances de la tecnología y la preservación de los mínimos éticos a ser observados en el proceso de integración.

El libro que aquí presento cuenta con todas las condiciones para ocupar un destacado lugar en la bibliografía continental y espero que esta mi expectativa, venga a ser confirmada por el lector.

Amauri Mascaro Nascimento

Miembro de la Academia Brasileña de Letras Jurídicas y Presidente Honorario de la Academia Nacional de Derecho del Trabajo de Brasil.

La Declaración como rueda cuadrada que debe ser echada a andar.

1.- En el contexto actual de regionalización como una de las estrategias ante la globalización, la importancia del MERCOSUR parece evidente y resaltada por su aptitud para entroncar con el viejo sueño de una integración latinoamericana, a partir de la constatación de que – al decir de Galeno- se trata, por el momento, de una de las pocas iniciativas exitosas del subdesarrollo. Máximo si, como bien dice el autor de este libro, a pesar de los anuncios sobre “el fin de la historia”, el mundo sigue dividido en base a dos visiones: una meramente mercantil o economicista y otra que valora lo social. Si esto es así – y nosotros compartimos tal afirmación -, parece claro que nuestros intereses, tanto como nuestra cultura – en la medida en que pretendamos mantener algún grado de particularidad que nos permita reconocernos -, sólo pueden verse realizados en la segunda de esas líneas, a la que pertenece nuestra tradición jurídica, filosófica, lingüística y cultural en general.

Tal vez por ello, el MERCOSUR, que nació de espaldas a lo social, rápidamente comenzó a desarrollar una dimensión social, de la que no podía ni debía carecer. Y por eso también, con marchas y contramarchas, a veces a los tumbos, otras veces con alguna agilidad, el bloque fue construyendo lo que hemos denominado una *red normativa laboral del MERCOSUR*. Red normativa insuficiente e inacabada, que por ahora está constituida, *entre otros instrumentos*, por la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, un número limitado – y que debería crecer – de convenios internacionales del trabajo ratificados por los cuatro países que hasta ahora han sido miembros plenos, el Convenio Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR y el Acuerdo Administrativo que le acompaña, el Repertorio de Recomendaciones prácticas sobre Formación profesional e incluso, por lo menos un convenio colectivo regional.

Es claro que, si se le reconoce eficacia jurídica, la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR es, más allá de toda duda, el más importante de esos instrumentos. De ahí el acierto del profesor Hugo Mansueti, en abordar el estudio de la referida Declaración, calificada por el autor de “*rueda cuadrada*” si fuera vista como una mera expresión de deseos no vinculante, pero que puede – y agregamos nosotros *debe* – ser concebida de modo tal que pueda ser echada a andar. Ese es el objetivo de este estudio.

2.- El trayecto seguido por el autor para alcanzarlo comienza con una Primera Parte general, en la que se refiere a la importancia de los procesos de integración regional en el contexto globalizador, repasa la doctrina social de la iglesia católica en el entendido de que en ella pueden encontrarse algunas bases doctrinales del sentido de la integración económica y describe el MERCOSUR señalando sus caracteres, órganos, fuentes, etc.

Luego, las restantes tres partes se concentran en la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, abordando, respectivamente, su contenido, la forma en que el Derecho interno de cada uno de los países miembros regula esas mismas

materias y, finalmente, la naturaleza jurídica y proyección de la Declaración.

Sobre este último asunto, nos parece relevante el repaso que se hace de las diversas tesis – sostenidas y sostenibles – acerca de la naturaleza y eficacia de la Declaración y la opción por una de las soluciones que permiten concebirla como una norma jurídica eficaz y plenamente aplicable, que no sólo obliga a los Estados Partes sino también a los particulares, siendo consecuentemente, judicialmente exigible.

3.- Esta obra del prof. Mansueti constituirá, sin duda, un aporte definitivo e insoslayable al referido proceso en curso, de estructuración de una red normativa laboral del MERCOSUR, red de la cual, como va dicho también, la Declaración Sociolaboral es, en las interpretaciones más favorables a su eficacia, la norma más importante. Las sólidas fundamentaciones aquí proporcionadas a la referida *justiciabilidad* de la Declaración, así como a su eficacia correctiva de la normativa interna, alentará, sin duda, el proceso ya iniciado de aplicación judicial de sus preceptos e impulsará e inspirará los futuros pasos del desarrollo de un Derecho laboral mercosureño.

Oscar Ermida Uriarte
Profesor de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho
Universidad de la República (Uruguay)

INDICE GENERAL.

	<i>Pág.</i>
Prefacio.	
Plan del trabajo y objetivos	21

PRIMERA PARTE**MERCOSUR y derecho del trabajo****Capítulo 1.****Importancia de los procesos de integración regional en la Globalización.**

1.- El contexto de la globalización	25
2.- Consecuencias	26
2.1.- El replanteo de las nociones clásicas de soberanía	26
2.2.- Concentración de poder en economías privadas	26
2.3.- Acercamiento de los estados	26
2.4.- Competitividad.....	27
3.- Los derechos sociales en la globalización	29
3.1.- Origen local del derecho social.....	29
3.2.- Intentos de internacionalizar el derecho social.....	30
3.3.- La alternativa de regionalizar del derecho social	32
3.3.1.- El caso de la Unión Europea	33
3.3.2.- La cuestión en el NAFTA (North American Free Trade)	34
3.3.3.- El Acuerdo de Cooperación laboral de América del Norte de 1993	36
3.3.4.- Regionalización del derecho social en el Mercosur	40

Capítulo 2.**Doctrina Social de la Iglesia y globalización.**

1.- Introducción	41
2.- Fuentes de la Doctrina Social de la Iglesia	42
3.- Caracteres de la Doctrina Social de la Iglesia	43
3.1.- Espiritualidad	43
3.2.- Proyectabilidad	44
3.3.- Universalidad	45
3.4.- Adaptabilidad	45
3.5.- Dimensión interdisciplinar	46
3.6.- Dimensión práctica	46
3.7.- Progresividad	47
4.- Contenidos de la Doctrina Social de la Iglesia	47
4.1.- El hombre	47
4.2.- Derechos humanos	48
4.3.- La familia, la educación y la cultura	50
4.4.- Los deberes del estado en el ordenamiento de la sociedad	51
4.5.- La vida económica	53
4.6.- Los deberes de las naciones en el ordenamiento de la comunidad	55
5.- Conclusión	60

Capítulo 3.**Lineamientos generales del MERCOSUR.**

1.- Los modos de integración regional	63
1.1.- Zona de Libre Comercio	63
1.2.- Unión Tarifaria y Unión Aduanera	63

	<i>Pág.</i>
1.3.- Mercado Común	64
1.4.- Comunidad Económica o Unión Económica e Integración	64
2.- El MERCOSUR	65
2.1.- El Tratado de Asunción y síntesis de su evolución normativa posterior	65
2.2.- Elementos tipificantes del Mercosur, de sus órganos y del sistema de solución de controversias	68
2.2.1.- Caracteres del Mercosur	68
2.2.2.- Estructura orgánica del Mercosur	71
2.2.3.- Solución de controversias	76
3.- Fuentes jurídicas del Mercosur	77
3.1.- El derecho comunitario	77
3.2.- Clases de fuentes jurídicas en el Mercosur	79
3.2.1.- Fuentes originarias	79
3.2.2.- Fuentes derivadas	80
3.2.3.- Relación con el derecho interno	82

Capítulo 4.

MERCOSUR y derecho del trabajo.

1.- Objetivos del Tratado de Asunción	87
2.- La armonización normativa laboral	88
3.- Alternativas metodológicas	89
3.1.- La armonización por tratados internacionales	89
3.2.- Armonización por vía de delegación de facultades en órganos intergubernamentales (supranacionalidad). Avances en la Unión Europea	91
a.-) Igualdad de trato entre trabajadores de distintos sexos	92
b.-) La jornada laboral	93
c.-) Vacaciones anuales	94
d.-) Seguridad e higiene en el trabajo	94
e.-) Cesiones de empresas	94
f.-) Protección de los trabajadores en caso de insolvencia patronal	95
g.-) Despidos colectivos	95
h.-) Seguridad Social	96
i.-) Formación profesional	96
j.-) Derecho de los trabajadores a la información y consulta	96
k.-) Desplazamiento de trabajadores (en el marco de una prestación de servicios)	97
l.-) Circulación de trabajadores	97
m.-) Contratos de duración determinada (plazo fijo)	98
n.-) Derecho a la información escrita de condiciones de contratación	98
3.3.- Armonización de la legislación interna de los Estados Miembros	99
3.4.- La negociación colectiva extranacional	101
4.- El “ <i>dumping social</i> ” como obstáculo para el proceso armonizativo	104
5.- Armonización de políticas aduaneras. La cláusula social	108

SEGUNDA PARTE

Los contenidos de la Declaración Sociolaboral y el derecho internacional del trabajo.

Capítulo 5.

Antecedentes y reconocimientos derivados de los considerandos
de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.

	<i>Pág.</i>
1.- Antecedentes del instrumento	112
2.- El contenido de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR	116
2.1.- Reconocimientos derivados de los considerandos	116
2.1.1.- Justicia social y desarrollo progresivo	117
2.1.2.- Carácter “abierto” y “mínimo” de la Declaración	117
2.1.3.- Convenios y recomendaciones de O.I.T.: apoyo al núcleo de convenios fundamentales	118
2.1.4.- Compromiso con el orden público internacional	119

Capítulo 6.

Contenidos de la Declaración Sociolaboral en derecho individual del trabajo.

1.- Derechos individuales del trabajo	121
2.- No discriminación (art. 1°)	121
3.- Promoción de la igualdad (art. 2°)	127
4.- Igualdad entre hombres y mujeres (art. 3°)	129
5.- Derechos de los trabajadores migrantes y fronterizos (art. 4°)	131
6.- Eliminación del trabajo forzoso (art. 5°)	144
7.- Edad mínima de ingreso al trabajo (art. 6°)	147
8.- Derechos de los empleadores a la organización y dirección técnica de la empresa (art. 7°)	152

Capítulo 7.

Contenidos de la Declaración Sociolaboral en derecho colectivo del trabajo

1.- Los derechos colectivos	155
2.- Libertad de asociación (arts. 8 y 9)	156
3.- Negociación colectiva (art. 10)	163
4.- Derecho de huelga (art. 11)	167

Capítulo 8.

Contenidos de la Declaración Sociolaboral en materia de política social, autocomposición de conflictos, formación profesional.

1.- Política social, autocomposición de conflictos, formación profesional (arts. 12 a 19)	169
2.- Fomento del diálogo social (arts. 12 y 13)	169
3.- Fomento de empleo y protección contra el desempleo (arts. 14 y 15).....	174
4.- Programas de formación y capacitación profesional (art. 16)	177
5.- Prevención en seguridad y salud en las condiciones y ambiente de trabajo (art. 17)	179
6.- Inspección del trabajo (art. 18)	184
7.- Seguridad social (art. 19)	186

Capítulo 9.

Aplicación y seguimiento: la Comisión Sociolaboral.

1.- Aplicación y seguimiento: la Comisión Sociolaboral (arts. 20 a 24)	192
2.- Carácter promocional de la Comisión Sociolaboral	192
3.- Objetivo de la Comisión Sociolaboral	194
4.- Composición de la Comisión Sociolaboral	194
5.- Atribuciones y responsabilidades	196
6.- Las memorias	196

TERCERA PARTE

Los contenidos de la Declaración Sociolaboral y el derecho interno.

Capítulo 10.

Los derechos individuales de la Declaración Sociolaboral en los ordenamientos internos.

	<i>Pág.</i>
1.- Introducción	201
2.- No discriminación (art. 1°)	208
2.1.- Argentina	208
2.2.- Brasil	211
2.3.- Paraguay	213
2.4.- Uruguay	214
3.- Promoción de la igualdad (art. 2°)	214
3.1.- Argentina	214
3.2.- Brasil	218
3.3.- Paraguay	220
3.4.- Uruguay	222
4.- Igualdad entre hombres y mujeres (art. 3°)	223
4.1.- Argentina	223
4.2.- Brasil	225
4.3.- Paraguay	225
4.4.- Uruguay	226
5.- Derechos de los trabajadores migrantes y fronterizos (art. 4°)	226
5.1.- Argentina	227
5.2.- Brasil	228
5.3.- Paraguay	229
5.4.- Uruguay	230
6.- Eliminación del trabajo forzoso (art. 5°)	230
6.1.- Argentina	231
6.2.- Brasil	232
6.3.- Paraguay	232
6.4.- Uruguay	233
7.- Trabajo infantil y de menores (art. 6°)	233
7.1.- Argentina	234
7.2.- Brasil	240
7.3.- Paraguay	242
7.4.- Uruguay	243
8.- Derechos de los empleadores a la organización y dirección técnica de la empresa (art. 7°)	244
8.1.- Argentina	245
8.2.- Brasil	251
8.3.- Paraguay	253
8.4.- Uruguay	255

Capítulo 11.

Los derechos colectivos del trabajo de la Declaración Sociolaboral en los ordenamientos internos.

1.- Libertad de asociación y libertad sindical (arts. 8 y 9)	259
1.1.- Argentina	260
1.2.- Brasil	263
1.3.- Paraguay	267
1.4.- Uruguay	269
2.- Negociación colectiva (art. 10)	270
2.1.- Argentina	271
2.2.- Brasil	275
2.3.- Paraguay	276
2.4.- Uruguay	278
3.- Derecho de huelga (art. 11)	278

	<i>Pág.</i>
3.1.- Argentina	280
3.2.- Brasil	282
3.3.- Paraguay	285
3.4.- Uruguay	286

Capítulo 12.

Contenidos de la Declaración Sociolaboral en materia de autocomposición de conflictos, política social, formación profesional y seguridad social en los ordenamientos internos.

1.- Autocomposición de conflictos (art. 12)	289
1.1.- Argentina	290
1.2.- Brasil	294
1.3.- Paraguay	297
1.4.- Uruguay	297
2.- Diálogo social (art. 13)	298
2.1.- Argentina	299
2.2.- Brasil	302
2.3.- Paraguay	303
2.4.- Uruguay	305
3.- Fomento de empleo (art. 14)	307
3.1.- Argentina	307
3.2.- Brasil	308
3.3.- Paraguay	310
3.4.- Uruguay	311
4.- Protección contra el desempleo (art. 15)	313
4.1.- Argentina	313
4.2.- Brasil	314
4.3.- Paraguay	315
4.4.- Uruguay	316
5.- Formación profesional y desarrollo de los recursos humanos (art. 16)	317
5.1.- Argentina	317
5.2.- Brasil	322
5.3.- Paraguay	324
5.4.- Uruguay	326
6.- Prevención e inspección en materia de salud y seguridad en las condiciones y el ambiente de trabajo (arts. 17 y 18)	328
6.1.- Argentina	328
6.2.- Brasil	331
6.3.- Paraguay	334
6.4.- Uruguay	335
7.- Seguridad social (art. 19)	336
7.1.- Argentina	336
7.2.- Brasil	338
7.3.- Paraguay	340
7.4.- Uruguay	343

CUARTA PARTE

Naturaleza jurídica y proyección de la Declaración Sociolaboral.

Capítulo 13.

El contexto jurídico e institucional de la Declaración Sociolaboral.

	Pág.
1.- La cuestión referida a la naturaleza jurídica de la DSLM	351
2.- Pertinencia de su determinación (comparación con la Carta de Buenos Aires Sobre Compromiso Social)	352
3.- Resultados comparativos entre la D.SL.M. y el estado de ratificaciones a los Convenios de la O.I.T.	355
4.- Incompatibilidades detectadas de su contenido con los ordenamientos internos	360
5.- Soluciones posibles a las incompatibilidades apuntadas y el costo laboral derivado de dichos ajustes	366
6.- El contexto normativo regional (MERCOSUR – ALADI) con incidencia en el derecho interno: la reciprocidad y los Acuerdos de Alcance Parcial	373
7.- El problema de los ordenamientos internos: las asimetrías constitucionales	375

Capítulo 14.

El debate en torno a la naturaleza jurídica de la Declaración Sociolaboral.

1.- Las opiniones publicadas	381
1.1.- La D.SL.M. como norma	383
1.1.1.- Norma de ius cogens (orden público) internacional	383
1.1.2.- Norma derivada del Mercosur (norma comunitaria)	384
1.1.3.- La D.SL.M. como norma constitucional (sobre derechos humanos)	385
1.1.4.- La D.SL.M. como tratado “derivado” del Tratado de Asunción	385
1.1.5.- La D.SL.M. como tratado internacional sobre derechos humanos	386
1.2.- La D.SL.M. como instrumento de relevamiento de conducta con fin sistémico	387
1.3.- La D.SL.M. como instrumento político	388
1.4.- Posiciones eclécticas.	
1.4.1.- La D.SL.M. como norma de ius cogens y tratado de derechos humanos	389
1.4.2.- La D.SL.M. como instrumento de alto valor jurídico y ético	391
1.5.- Sin posición: la D.SL.M. podría ser considerada tratado internacional y norma derivada del Mercosur	392
2.- Aporías resultantes del debate	393
3.- Análisis crítico de las teorías desarrolladas	394
3.1.- Teoría del ius cogens internacional	395
3.2.- Teoría de la norma derivada del Mercosur (norma comunitaria)	399
3.3.- Teoría de la norma constitucional	400
3.4.- La D.SL.M. como tratado “derivado” del Tratado de Asunción	400
3.5.- La D.SL.M. como tratado internacional sobre derechos humanos.....	400
3.6.- La D.SL.M. como instrumento de relevamiento de conducta con fin sistémico	400
3.7.- La D.SL.M. como instrumento político	401
3.8.- Sin posición: no rige porque no fue publicada en el Boletín Oficial	401
3.8.1.- La publicación de la ley en el orden interno	402
3.8.2.- La publicación de la ley con relación a los tratados internacionales	408
3.8.3.- Conclusión: la vigencia internacional condiciona la vigencia interna	409

Capítulo 15.

Conclusiones y posición adoptada acerca de la naturaleza jurídica de la Declaración Sociolaboral.

1.- La convergencia de fuentes de regulación en materia de derechos sociales	411
2.- Las declaraciones como fuente de derecho internacional e interno	414
3.- Declaración suscripta solo por los Jefes de Estado.	
La D.SL.M. como tratado internacional	416
4.- Los tratados concluidos en forma simplificada y el derecho interno argentino	420
5.- El caso particular de los acuerdos simplificados ALADI - Mercosur	

	<i>Pág.</i>
en la jurisprudencia de la Corte argentina	423
6.- La DSLM como tratado simplificado que integra el derecho positivo argentino.....	427
7.- Conclusiones: solución de las aporías detectadas en la tesis propuesta	429

Capítulo 16.

Postfacio: hacia un derecho comunitario del trabajo.

1.- La proyección institucional de la D.SL.M.	433
2.- Perspectivas para un derecho mercosureño del trabajo	435
Bibliografía (solo la citada)	439

ANEXOS NORMATIVOS.

Declaración Sociolaboral del Mercosur	448
Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social	453
Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI)	455
Tratado de Asunción (MERCOSUR)	462
Protocolo de Ouro Preto	465

Prefacio.
Plan del trabajo y objetivos.

Por el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, lanzaron su proyecto de crear un Mercado Común entre sus territorios. Los objetivos integracionistas venían desde tiempo atrás, habiendo obtenido el resultado más relevante con el Tratado de Montevideo, suscripto también por estos mismos países en 1980, por el que constituyeron junto con otros la A.L.A.D.I.

El Mercosur se presentó como un proyecto ambicioso, tal vez demasiado. Se decidió consolidar ese Mercado Común hacia el 31 de diciembre de 1994, pero la complejidad de su implementación, derivó en que luego del Protocolo de Ouro Preto suscripto el 17 de diciembre de 1994, el proyecto dilatará la fecha de su concreción hasta el año 2006.

Atribuimos esa postergación a la complejidad de los mecanismos a emplear, por la sencilla razón que a lo largo de estos años, se han sucedido gobiernos de distinto corte en nuestros países y todos ellos ratificaron su voluntad tendiente a consolidar el Mercosur, al punto tal que en todo este tiempo se han venido registrando avances tan significativos como desperejos hacia ese objetivo, muchos de los cuales referiremos en este trabajo.

Las libertades de circulación que se irán implementando en ese contexto, terminarán consolidando el verdadero sentido de la integración, que se trata de la unión de naciones, de personas, de la gente.

El análisis de los efectos de este proceso en la gente, es lo que se ha dado en llamar la *Dimensión Social* de la integración.

Por supuesto, como suele ocurrir tantas veces, esa *Dimensión Social* no tuvo un tratamiento particular en el Tratado de Asunción, a punto tal que en el texto de dicho instrumento no se reconoce de manera expresa el derecho a la libertad de circulación de las personas, de la gente, de los trabajadores. Los autores, para llegar a esa conclusión, deben hacer un esfuerzo interpretativo y sostener que son *personas*, los “*factores productivos*” cuya libre circulación reconoce el art. 1° del Tratado.

Sin embargo, este vicio inicial tuvo subsanación posterior, a través de la implementación de una estructura orgánica para el Mercosur, con diversos órganos consultivos en los cuales forman parte las personas, los particulares, aquellos hacia los cuales se dirige este proyecto.

De esa estructura orgánica, del Subgrupo de Trabajo N° 10, del consenso entre los sectores involucrados en la producción y el trabajo, surgió el primer instrumento de derechos sociales para el Mercosur, que fue suscripto por los cuatro Jefes de Estado en la ciudad de Río de Janeiro, el 10 de diciembre de 1998, bajo el título *Declaración Sociolaboral del MERCOSUR*.

Ese instrumento se enmarca en el carácter discontinuo, desperejo, con que está avanzando el Mercosur. Por momentos parece que ya se va a alcanzar el arancel externo común, la supranacionalidad, el efecto directo de las normas, y luego ... el estancamiento. Pero, sin embargo, no hay retroceso sino un claro avance, sobre ruedas cuadradas, pero avance al fin.

En esta discontinuidad se enmarca la *Declaración Sociolaboral*.

Pensada, tal vez, como un instrumento provisorio que serviría como base para futuras normas comunitarias (previó su revisión pasados los dos primeros años), luego de una tenue ratificación por la Carta de Buenos Aires Sobre Compromiso Social (30/6/2000), terminó consolidándose como la única *Declaración de derechos sociales* para la región.

Parece que estamos frente a otra “*rueda cuadrada*”, que, como tal, no puede moverse con facilidad y requiere de algún empuje para que siga avanzando.

Los llamados *sistémicos*, con su visión cuadrangular del derecho, han elaborado la noción de la conducta transformadora, que junto con los valores producen consecuencias normativas. En cierto modo, participan con Von Ihering en la visión del derecho, como algo que requiere de lucha, conducta, para su transformación. Como dos elementos, medio y fin. El medio como lucha y el fin a alcanzar, como justicia. Todo lo cual parece ser de estricta aplicación al derecho social, que, en definitiva, es clara consecuencia del conflicto.

La cuestión es que esa conducta transformadora, necesaria para empujar hacia delante la “*rueda cuadrada*”, muchas veces llega desde la creatividad de los juristas, la doctrina con sus ideas, los abogados con sus planteos y algunos jueces con sus decisiones. Porque el derecho anda también así, sobre ruedas cuadradas.

La D.S.L.M. parece ser una de esas ruedas cuadradas, que está ahí, esperando algún movimiento.

Y ese es el sentido del presente trabajo, el de aportar ideas y argumentos que permitan mover esa rueda, que pueda circular en el mundo jurídico, que forme parte de él. Es la conclusión a la cual esperamos arribar aquí.

Nuestro plan de investigación procura ir de lo general a lo particular.

En primer término, un análisis de la *Dimensión Social* a nivel global, esto es, el panorama que presenta el Mundo frente a la llamada *globalización* y como se enmarcan en ella, los procesos de coalición de Estados, de integración. Nos parece que el Mundo sigue dividido después de la caída del Muro de Berlín. Hay una gran brecha que separa a las naciones más desarrolladas de las que integran el llamado *Cuarto Mundo*. Y, entre las más desarrolladas, se advierten con claridad dos proyectos distintos en la visión del hombre. Para un sector, de clara raíz *calvinista*, el hombre no es más que un recurso de la cadena productiva, subordinado a la economía. Para el otro, la relación es inversa. Por supuesto, el Mercosur está en el patio trasero de estos dos sectores. No dejaremos de recurrir aquí a la Doctrina Social de la Iglesia para obtener un poco de claridad en este panorama complejo.

En segundo lugar, analizaremos si la conclusión a la cual pretendemos arribar tiene sentido en términos jurídicos. Concretamente, si los contenidos de la D.S.L.M. ya forman parte, en otras fuentes, del derecho positivo vigente de los Estados del Mercosur.

Como en estos temas de la integración, convergen el derecho internacional con el derecho interno, analizaremos en una “*Parte II*” del trabajo, la compatibilidad de los contenidos de la D.S.L.M. con los instrumentos internacionales que fueron ratificados por los Estados Miembros del Mercosur, para concluir si hay o no compatibilidad, si los derechos de la D.S.L.M. ya estaban incorporados por esa vía a los ordenamientos internos. En una “*Parte III*”, analizaremos este último aspecto, es

decir, si los ordenamientos internos ya tienen contemplados los derechos previstos por la D.S.L.M.

Si logramos encontrar que parte de ese instrumento es novedosa, que no está prevista en los ordenamientos, será pertinente en análisis de su naturaleza jurídica, lo cual encararemos en una "*Parte IV*", procurando concluir que esta D.S.L.M. forma parte del ordenamiento jurídico positivo y puede ser echada a andar.

La consecuencia lógica de esa conclusión, será la proyección institucional de este instrumento.

Si forma parte, como pretendemos, del ordenamiento jurídico, revestirá la condición de norma de orden público regional.

Colaborará al fin perseguido por el Tratado de Asunción de *desarrollo económico con justicia social*, puesto que evitará situaciones de *dumping social* en las prácticas desreguladoras que pudieran pretender llevar a cabo algunos gobiernos. Al funcionar como cuerpo normativo de derechos mínimos regionales, obligará a los gobiernos a impulsar medidas tendientes al fomento de empleo y a la protección del trabajo, cuya dignidad, colabora al cumplimiento del destino espiritual del hombre, fin último del proceso de integración.

PRIMERA PARTE

MERCOSUR y derecho del trabajo

Contenidos.

Capítulo 1: Importancia de los procesos de integración regional en la Globalización.

Capítulo 2: Doctrina Social de la Iglesia y globalización.

Capítulo 3: Lineamientos generales del MERCOSUR.

Capítulo 4: MERCOSUR y derecho del trabajo.

Capítulo 1

Importancia de los procesos de integración regional en la Globalización

Sumario.

1.- El contexto de la globalización. 2.- Consecuencias. 2.1.- El replanteo de las nociones clásicas de soberanía. 2.2.- Concentración de poder en economías privadas. 2.3.- Acercamiento de los Estados. 2.4.- Competitividad. 3.- Los derechos sociales en la globalización. 3.1.- Origen local del derecho social. 3.2.- Intentos de internacionalizar el derecho social. 3.3.- La alternativa de regionalizar del derecho social. 3.3.1.- El caso de la Unión Europea. 3.3.2.- La cuestión en el NAFTA (North American Free Trade). 3.3.3.- El Acuerdo de Cooperación laboral de América del Norte de 1993.- 3.3.4.- Regionalización del derecho social en el Mercosur.

1.- El contexto de la globalización.

A partir de los años 80, en particular luego de una serie de fenómenos que marcaron el final de la *guerra fría* y la bipolarización que existía en el mundo, la llamada *globalización* comenzó a atraer la atención de las personas, en general, y en particular de los juristas.

El término se atribuye originariamente a la economía y a las finanzas internacionales ⁽¹²⁾. Desde este punto de vista, se lo ha definido como “*un proceso arrollador de irrespetuosidad hacia la geografía, irrespetuosidad hacia las fronteras*” ⁽¹³⁾. También se ha dicho que la globalización constituye un sistema internacional formado por las relaciones entre los Estados y por una transnacionalización omnipresente de la economía, de la tecnología y de la informática, lo que coloca al planeta en la frontera de una trascendente mutación ⁽¹⁴⁾. En pocas y agudas líneas,

⁽¹²⁾ Rodrigues de Freitas Jr., António, *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação*; editorial LTr, San Pablo 1997, pág. 11.

⁽¹³⁾ MACKINLEY, Agustín, *¿Qué significa globalización ?*; diario *La Nación*, Buenos Aires, ediciones de los días 21 al 23/1/92.

⁽¹⁴⁾ ARON, Raymond : citado por Podetti, Humberto A. en *Globalización, integración económica y economía al servicio del hombre*, Rev. *Trabajo y Seguridad Social*, suplemento 12 diciembre de 1996, pág. 1048.

Gerard Lyon-Caen, refiere que la denominada globalización de los mercados se opone a la separación de estos últimos en ámbitos locales y nacionales ⁽¹⁵⁾.

Aún cuando se trate de un término multifacético, al expresarse que el mundo “*se ha globalizado*”, para el buen entendedor ello significa que cualquier acontecimiento (económico o no) que se produzca en algún lugar del planeta, repercute en el resto de la Tierra.

2.- Consecuencias.

Este nuevo contexto ha generado consecuencias con clara incidencia en el terreno jurídico.

Entre ellas, merecen destacarse:

2.1.- El replanteo de las nociones clásicas de soberanía.

Siendo que los estados han dejado de ser aldeas, enclaves de autoridad o de poder, pasando a ser casi un mero espectador en una comunidad mundial que cada día pierde más respeto a las fronteras. Estas, interpretadas como lugares donde el estado debería ejercitar un mayor control, tienden a desaparecer. Los estados se han vuelto impotentes para actuar en el terreno económico, han perdido su poder monetario y mantienen, de manera muy limitada, su poder fiscal.

2.2.- Concentración de poder en economías privadas.

Han surgido empresas transnacionales, que diseminan su actividad industrial, comercial o financiera por todo el mundo. Se advierte que en su actividad industrial, segmentan las etapas de sus procesos productivos en varios estados diferentes a punto tal de reunir, en el producto final, muchas veces un compuesto que carece de nacionalidad u origen.

2.3.- Acercamiento de los estados.

Ello se observa con el incremento en el número de Miembros que ha venido experimentando la Organización de las Naciones Unidas desde su fundación. Lo propio cabe decir con relación a la Organización Mundial de Comercio, que ha incluido recientemente a gigantes como China, cuyas posibilidades de producción colocan en jaque a las economías de los llamados países en vías de desarrollo. A ello deben sumarse los mecanismos “*defensivos*” adoptados por los estados, en la aparición progresiva de comunidades regionales que, bajo las figuras de integración admitidas por la Organización Mundial de Comercio, procuran achicar diferencias y aunar esfuerzos, con la finalidad de ingresar al sistema de comercio mundial en condiciones de paridad.

En dicho contexto de esfuerzos, el mayor avance se advierte en la actual Unión Europea, cuyos orígenes inmediatos están dados en la creación de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), cuyo tratado constitutivo es de 1951 (París). Referenciaremos más adelante esta temática (ver *infra* Capítulo 1, ap. 3.3.1.-).

⁽¹⁵⁾ Lyon-Caen, Gerard, *Globalización y derechos sociales*, en Revista *Contextos*, Buenos Aires, 1999, Editores del Puerto, N° 1, pág. 79.

En el ámbito americano, los primeros intentos datan de 1960 con la creación de una Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), formada por todos los países de la zona excepto México y las Guayanas. Fue sustituida en 1980 por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), que aún continúa vigente y se encuentra integrada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y Cuba. Esta asociación convive con la Comunidad Andina de Naciones, que se conformó como Grupo Andino con el Acuerdo de Cartagena de 1966 y se halla integrada por Perú, Ecuador, Bolivia, Colombia y Venezuela. El proceso integracionista continuó con el proyecto de un Mercado Común, derivado del Tratado de Asunción suscripto entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 26 de marzo de 1991. Este Mercado Común asoció más tarde a Bolivia y Chile en carácter de asociados y suscribió un número considerable de acuerdos de cooperación, entre otros, con los Estados Unidos y la Unión Europea.

En 1989 se estableció un acuerdo de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos que en junio de 1991 se amplió a México formando el NAFTA (North American Free Trade Association).

En Asia existen actualmente dos proyectos. La AFTA (ASEAN Free Trade Association) en cuyo núcleo están los diez miembros de la ASEAN (Asociación de Estados del Sudeste Asiático), Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur, Tailandia, Brunei, Vietnam, Camboya, Laos y Myanmar. El otro gran proyecto es la APEC (Asian Pacific Economic Cooperation). La APEC tiene actualmente 21 miembros. Fue establecida en 1989 por Australia, Brunei, Canadá, Indonesia, Japón, Corea del Sur, Malasia, Nueva Zelanda, Filipinas, Singapur, Tailandia y los Estados Unidos. Posteriormente se han ido uniendo China, Hong-Kong y Taipei, México, Papua-Nueva Guinea, Chile, Perú, Rusia y Vietnam. Esta APEC proyecta erigirse en una alternativa más global que la Unión Europea

En África se destaca la Unión del Magreb Árabe, integrada por Libia, Túnez, Argelia, Mauritania y Marruecos, habiendo sido creados también la Comunidad del África Oriental, la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental, la *Unión Aduanera y Económica del África Central* y la *Unión Monetaria del Oeste Africano entre otros*.

Fuera el caso de la Unión Europea, donde el proceso de integración ha culminado en un sistema de recepción automática de las normas comunitarias, y de algunas variantes que intentaremos encontrar en este trabajo referidas al Mercosur, en los demás proyectos de integración regional la creación del derecho sigue siendo local, generando su diversificación a nivel universal.

2.4.- Competitividad.

Por su parte, las grandes economías privadas, procuran en dicha diversidad las ventajas comparativas derivadas de la disparidad de impuestos, salarios y costos laborales.

En esta interacción de los mercados con la diversidad de ordenamientos jurídicos, ha surgido la noción de competitividad, que deja obsesionados a los empresarios y gobiernos. Los primeros, buscan día a día nuevas y mejores técnicas de comercialización, que incluyen la pretensión desmesurada de achicar costos, aún cuando de ello se derive un notable descuido en materia de elementales valores de convivencia humana. Por su parte, los gobiernos también

participan de este desenfreno. Les resulta más viable mejorar condiciones para la radicación de capitales mediante la desarticulación de mecanismos protectorios del trabajo, que hacerlo mediante una reducción o redistribución de impuestos.

Lyon-Caen lo explica con absoluta claridad cuando sostiene que el derecho social es básicamente nacional, pero la multiplicidad de legislaciones nacionales son dispares, han seguido la suerte del desarrollo individual de cada Estado y ello termina favoreciendo al capital multinacional que aprovecha su diversidad: *“Siendo móvil, es invertido allí donde las condiciones son más favorables. El capital, transformado en el más hábil comparatista, se beneficia de la disparidad de impuestos, de salarios y de protección social. Ello explica el fenómeno de las deslocalizaciones, mejor aún, de los traslados de empleos, consecuencia de las reestructuraciones de los grupos. En este juego el capital gana doblemente: puede ejercer un chantaje al empleo (‘tal empresa será cerrada si ustedes exigen un aumento de salarios’); y obliga a los derechos nacionales a disminuir su nivel de protección a fin de atraer las inversiones”* (16).

Dado que la remuneración es comúnmente vista como un simple costo de producción, y que por ende la competitividad de los países deben aumentar básicamente por la disminución de tales costos, algunos llegan rápidamente a la conclusión que para ser competitivo en el mercado global, hay que bajar los sueldos y lograr que los gobiernos desarrollen un estrecho control de las remuneraciones para evitar que el incremento de estas deriven en situaciones de pérdida de competitividad. Esta visión no tiene en cuenta que la competitividad no se mide solo en función del salario y condiciones laborales, sino por otros aspectos que hacen que algunos países de elevado costo salarial (Alemania, Japón) mantengan altas tasas de inversión y desarrollo (17).

Un claro ejemplo en la actualidad es el caso de las empresas de *“maquila”*. Dicha expresión proviene de *“maquillaje”* y alude al proceso de terminación manual del producto para el que se requiere personal no calificado o de baja instrucción. Las empresas llamadas *maquiladoras* crean empleos precarios en otros países al precio de reducir trabajo en su propio país. La empresa matriz suministra los equipos y la materia prima; el país anfitrión provee la mano de obra. Señala Efrén Córdova que el arreglo es siempre beneficioso para la empresa que establece la maquila. Es el efecto típico de esta pagar los salarios más bajos posibles y descuidar los aspectos de seguridad e higiene y de protección del medio ambiente. Agrega que ciento cinco de las 3.300 maquiladoras existentes a lo largo de la frontera de México con los Estados Unidos generan cinco mil millones de dólares al año pero cerca del 90 por ciento de las personas que trabajan en esas plantas son mujeres pobremente retribuidas (18)

De este modo, la globalización trae como primera consecuencia el ejercer presión sobre los gobiernos, sobre todo de países en vías de desarrollo, tendientes a lograr una mayor flexibilización en la legislación laboral y, de este modo, invertir en los lugares donde encuentra menores costos comparativos.

(16) Lyon-Caen, Gerard, op. cit., pág. 79.

(17) Lazo Grandí, Pablo, *Dimensión social de la integración*, Revista de Derecho del Mercosur, Año 1998-4, pág. 30.

(18) Córdova, Efrén, *El dumping social en el marco de la globalización*, T. y S.S., T° XXVII-2000, pág. 101.

Bien lo ha señalado Juan Pablo II al sostener que *la competitividad desenfrenada, si bien aumenta las posibilidades de trabajo y el bienestar en ciertas regiones, al mismo tiempo excluye otras regiones menos favorecidas y puede agravar el desempleo en países de antigua tradición industrial* ⁽¹⁹⁾.

3.- Los derechos sociales en la globalización.

En la señalada interacción del derecho (local) con la economía globalizada, a los estados individualmente considerados, cada vez le resulta más difícil garantizar niveles mínimos de protección social, sobre todo en aquellas economías que se ven más afectadas por la competitividad por no haber logrado un determinado nivel de desarrollo tecnológico, productivo y económico que las coloque en situación de competir con las economías y grupos más desarrollados.

3.1.- Origen local del derecho social.

Tradicionalmente, se atribuye como origen del derecho del trabajo, una solución transaccional de la llamada *cuestión social* que colocó en crisis al estado liberal decimonónico.

Hasta completarse el siglo XIX, la ideología liberal imperante, no admitía la intervención del estado en la autonomía contractual. El derecho del trabajo permaneció al margen del proceso de codificación y solo existieron algunas normas aisladas que hoy se consideran antecedentes remotos de esta disciplina. Por lo general, tanto la remuneración, como la jornada de trabajo, las características en que se prestaba el trabajo (seguridad, higiene, medios empleados, etc.), la edad del trabajador, su sexo, contingencias de embarazo, casamiento, niñez, etc. quedaban sujetas a las leyes del mercado.

En la Argentina, el Código Civil de 1869 contaba con solo seis artículos referidos al trabajo humano (1623 a 1628) en oportunidad de regular el contrato de locación de servicios. Ninguna de dichas normas era de orden público, lo que implica para las partes la posibilidad de modificarlas por simple acuerdo de voluntades. Es más, el trabajo humano se presumía gratuito, ya que para adquirir el carácter de oneroso el trabajador debía probar que el servicio o trabajos prestados eran su profesión o modo de vivir (art. 1627).

La retribución, jornada de trabajo y cualquier otra condición pactada entre las partes era su ley. El estado no podía intervenir. Ello provocó que fácilmente un reducido sector de la población que controlaba el capital y la oferta de trabajo, pudiera imponer sus condiciones.

Y de este modo, el estado liberal terminó aprobando el trabajo de mujeres en cualquier contingencia y de niños como la mano de obra más barata, también las jornadas de trabajo excesivas, salarios insuficientes para una mínima subsistencia, condiciones de salubridad e higiene que no se compadecían con la dignidad humana. De este modo, el trabajo humano se vio menospreciado, como asimismo la condición social del trabajador. Las personas humanas que entregaban así, por el pago de un salario, lo único que podían entregar que era su capacidad

⁽¹⁹⁾ Juan Pablo II, *Estado social y economía globalizada*, discurso del 26 de abril de 1997, Rev. T. y S.S., T° XXIV-1997, pág. 563.

personal de trabajo, no constituían otra cosa que un mero elemento en el costo del producto.

El conflicto social que generó esta situación, con la aparición de sectores que bregaban por mínimas protecciones al trabajo en lo referido a su jornada, remuneración y protección de mujeres y niños, dio origen a una transacción histórica en la humanidad entre el capital y el trabajo, llamada “*constitucionalismo social*”.

Se trató de un “*pacto*” de tipo social, entre el capital y el trabajo. La llamada “*cuestión social*” del siglo XIX, esto es, los problemas derivados de la explotación del trabajo humano, lograron dividir al mundo a comienzos del siglo XX con las revoluciones rusa y china. La ideología marxista se impuso en el hemisferio oriental. La Doctrina Social de la Iglesia, plasmada en numerosas Encíclicas aprobadas desde “*Rerum Novarum*” de 1891, tuvo parcial recepción en el hemisferio occidental: los gobiernos se ocuparon de intervenir en las relaciones obrero-patronales para asegurar la paz social.

Como fruto de esta transacción, el gobierno propio del estado liberal abstencionista, asume un rol activo en la protección de nuevos derechos llamados “*sociales*” como fruto de reformas constitucionales que le asignaban al poder constituido la misión de asegurar mínimos socialmente aceptables en la contratación laboral, progresividad en estos mínimos (previendo que debían ir mejorando a favor del trabajador) y la implementación de planes de financiamiento para las contingencias de la población por situación familiar, invalidez y vejez (sistemas de seguridad social). Básicamente, este haz de nuevos derechos estuvo dado por la dignificación del trabajo humano en sus aspectos más elementales: limitación de jornada de trabajo, protección del salario, régimen especial de trabajo para menores y mujeres, igualdad, derecho a la agremiación.

Las constituciones de México de 1917 y alemana de Weimar de 1919 se inscriben como las primeras en reconocer con la más alta jerarquía normativa, los derechos llamados “*sociales*” que implicaban, como se ha dicho, el ejercicio de competencias positivas por parte del estado en la regulación del trabajo humano.

3.2.- Intentos de internacionalizar el derecho social.

Un primer intento de internacionalización de los derechos sociales surge en 1919, cuando por el Tratado de Paz de Versalles, se crea en su Parte XIII la Organización Internacional del Trabajo que subsiste hoy día como organismo especializado de la Organización de Naciones Unidas. Ya en su Preámbulo, el Tratado prevé que la paz universal no puede fundarse sino sobre la base de la justicia social, y que la no adopción, por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano, pone obstáculos a los esfuerzos de las demás naciones deseosas de mejorar la suerte de los obreros de sus propios países.

Los primeros Convenios Internacionales del Trabajo aprobados por dicho organismo se refieren a la limitación de la jornada de trabajo (Nº 1), protección frente a la contingencia del desempleo (Nº 2), protección de mujeres antes y después del parto (Nº 3), trabajo nocturno de mujeres (Nº 4), edad mínima de niños en el empleo de establecimientos industriales (Nº 5), trabajo nocturno de menores en la industria (Nº 6), todos ellos del año 1919.

Paralelamente, la mayoría de los estados occidentales comienza a recibir la tendencia de introducir en sus constituciones el reconocimiento a estos derechos de tipo social y dictar leyes protectoras del trabajo.

Sin embargo, la flexibilidad propia de los convenios y recomendaciones aprobados en el seno de este Organismo internacional, no ha logrado internacionalizar el derecho del trabajo, que continúa siendo una creación local de cada uno de los estados. A ello corresponde adicionar el fenómeno característico de los últimos años, consistente en el estancamiento del número de ratificaciones de convenios internacionales del trabajo, hecho este informado en las Memorias del Director General de la O.I.T. correspondientes a los años 1997 y 1998 y que ha venido preocupando a la doctrina en general ⁽²⁰⁾.

Ocurre que el derecho del trabajo surge en tiempos de economías más bien del tipo local, con un intercambio internacional reducido y acotado, sujeto al control soberano de los estados. La globalización de la economía y los mercados, trajo como consecuencia una pérdida de este poder de soberanía y de la consecuente facultad plena de mantener una legislación social que no haga perder competitividad a sus productos.

A este cuadro, se suma un debilitamiento generalizado en el poder negocial de las organizaciones de trabajadores. Como bien lo ha señalado el Profesor Héctor-Hugo Barbagelata, los sindicatos han padecido en los últimos años, en casi todas partes, una sensible disminución de las tasas de afiliación, con inevitable repercusión sobre la disponibilidad de recursos humanos y materiales y, lo que es más importante, han perdido poder de convocatoria y consiguientemente de negociación. Asimismo, por otras circunstancias que concurren a producir consecuencias análogas, también han perdido audiencia en las esferas políticas y de Gobierno. En ese ambiente, los que han pasado ahora a una casi desesperada defensiva son los sindicatos, que no sólo ya no se sienten animados a pugnar por mejoras en las condiciones laborales, sino que aceptan incluso negociar concesiones que abaten los niveles de protección y los beneficios anteriormente alcanzados. En algunos países, particularmente en los EE.UU., el debilitamiento de las organizaciones de trabajadores ha llegado a volver posible el ensanchamiento del área de la negociación individual de dichas condiciones ⁽²¹⁾.

Efrén Córdova atribuye este fenómeno a los cambios en la composición del empleo y principalmente a la contracción del sector industrial que había sido la cuna y hábitat natural del sindicalismo. Agrega que las organizaciones de trabajadores fueron perdiendo afiliados en buen número de países y que una encuesta realizada por la O.I.T. en 1997, reveló que la afiliación sindical había descendido por debajo del 20 por ciento en 48 de los 92 países objeto del estudio ⁽²²⁾, en los Estados Unidos el descenso ha sido del 35 al 14 por ciento de la fuerza bruta de trabajo en menos de 40 años ⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Véase nuestro *Derecho del trabajo en el Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Madrid 1999, págs. 20 y ss.

⁽²¹⁾ Barbagelata, Héctor-Hugo, *Neoliberalismo y los posibles cambios estructurales del derecho del trabajo*, publicado en el sitio web del partido socialista de Uruguay.

⁽²²⁾ *Work Labor Report 1997-1998* (Geneva: 1998) passim.

⁽²³⁾ Córdova, Efrén, *El dumping social en el marco de la globalización*, T. y S.S., T° XXVII-2000, pág. 100-101.

De este modo, no parece posible que la actual debilidad de los gobiernos de países en vías de desarrollo, pueda hallar solución a través de la internacionalización de los derechos sociales o bien que dicho camino pase por una contra – globalización, esto es, una globalización del sindicalismo o un sindicalismo mundial. Gerard Lyon-Caen califica a dichos intentos como reacciones “*utópicas*” a la globalización, las cuales si bien son atractivas, no poseen viabilidad actual ⁽²⁴⁾.

3.3.- La alternativa de regionalizar del derecho social.

La situación de fragilidad en la que se ven inmersos los estados frente a las nuevas reglas de comercio derivadas de la globalización, se ha visto complementada con la paulatina y progresiva recepción del derecho social, en los procesos de integración regional, dando origen a un llamado Derecho del Trabajo comunitario o de la integración.

El punto ha llamado la atención de la Organización Internacional del Trabajo y el denominado “*capítulo social*” de la mundialización alude precisamente a los efectos sociales y laborales producidos por los procesos de apertura comercial e integración económica. Para América Latina, un estudio de dicha Organización ⁽²⁵⁾, señala los siguientes comportamientos generales de los indicadores laborales: a.-) Respecto al nivel de empleo, hay un aumento del desempleo en tanto el crecimiento del empleo total ha sido inferior a la oferta laboral; b.-) la estructura del empleo ha sufrido transformaciones: un descenso del empleo público, una reducción del empleo privado en sectores transables acompañada de precarización en las inserciones ocupacionales, aumento de empleo en los no transables acompañada de precarización en las inserciones ocupacionales, aumento de empleo en los no transables a través de nuevos puestos de baja calidad en el sector informal; c.-) en cuanto a la productividad del trabajo, un fuerte aumento en los sectores transables atribuido tanto al crecimiento del volumen producido como a la reducción del empleo y al atraso cambiario; d.-) por último, se observa un incremento en los diferenciales salariales imputable a un aumento de los salarios reales de los trabajadores más calificados, en particular los del sector transable. El debate que se ha generado en el seno de la Organización, incluye cuestiones como cláusulas sociales, iniciativas privadas voluntarias, desregulación, debilitamiento del poder regulatorio de los actores tradicionales y cambios en la función normativa de la O.I.T. ⁽²⁶⁾.

El grado más avanzado de receptividad se ha dado en la Unión Europea, aunque también ha sido aprobado un Convenio Multilateral de contenido laboral en el ámbito del Nafta y una Declaración Sociolaboral en el Mercosur (en adelante nos referiremos a ella como “*D.SL.M.*”).

También se registran avances en el ámbito del Pacto Andino (Acuerdo de Cartagena, 1969), que cuenta con una zona de libre comercio, la que han complementado con un arancel externo común que rige desde el 1° de enero de 1995. El acuerdo hace expresa referencia al *mejoramiento persistente en el nivel de*

⁽²⁴⁾ Lyon-Caen, Gerard, op. cit., pág. 81.

⁽²⁵⁾ Tokman, Víctor E.; Martínez, Daniel, *La agenda laboral de la globalización*, 1999, documento de trabajo 94, Organización Internacional del Trabajo, citado por Díaz Aloy, Viridiana, en *La Organización Internacional del Trabajo frente al capítulo social de la mundialización*, D.T. T° 2000-A, pág. 1218.

⁽²⁶⁾ Díaz Aloy, Viridiana, op. cit., pág. 1219.

vida de los habitantes de la subregión, a la armonización de políticas y aproximación de las legislaciones, incremento de empleo, formación profesional, productividad y otros factores similares. Vinculados al tema laboral, se ha suscripto el *Convenio Sociolaboral "Simón Rodríguez"*, con intervención de los ministros del trabajo de la región; el Instrumento Andino de Migración Laboral; las Comisiones Andinas de Formación Profesional y de Seguridad Social. Sin embargo, se ha señalado que salvo las actividades llevadas a cabo por los trabajadores en el Instituto Laboral Andino, el quehacer de los órganos laborales del Pacto no registra actividades ⁽²⁷⁾.

3.3.1.- El caso de la Unión Europea.

Como se ha dicho precedentemente, la aplicación concreta de este sistema de un derecho laboral comunitario, se ha dado en el ámbito de la Unión Europea. Nota característica de este proceso, ha sido la de perseguir el carácter supranacional de sus órganos y normas que de ellos derivan. En efecto, ya en la creación de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), su tratado constitutivo (París, 1951), al regular las facultades asignadas a la Alta Autoridad (art. 9°, punto 2°), estableció que *"Los miembros de la Alta Autoridad ejercerán sus funciones, con plena independencia, en interés general de la Comunidad. En el cumplimiento de sus deberes, no solicitarán ni atenderán instrucciones de gobierno ni organismo alguno. Se abstendrán de todo acto incompatible con el carácter supranacional de sus funciones. Cada Estado miembro se compromete a respetar este principio y a no intentar influir sobre los miembros de la Alta Autoridad en la ejecución de sus tareas"*. Posteriormente el Tratado fue modificado, eliminándose la expresión *"supranacionalidad"*, aunque el sistema se vio perfeccionado a lo largo de cuarenta años de práctica integracionista.

La Unión tiene tres pilares básicos: la Comunidad Económica propiamente dicha, de carácter supranacional e interinstitucional; política exterior y de seguridad común, estructura de cooperación intergubernamental; y política de asuntos internos y de justicia, de similar estructura cooperativa que la anterior.

La institucionalidad comunitaria se conforma con: a) El Consejo de Europa, órgano esencialmente político; b) La Comisión Europea (con sede en Bruselas), de carácter decisorial y ejecutivo; c) el Parlamento Europeo (con sede en Estrasburgo), de carácter deliberativo y consultivo; y d) el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (con sede en Luxemburgo), cuyas resoluciones e interpretaciones son obligatorias para los Estados Parte.

El sistema comunitario europeo se caracteriza por la circunstancia de que los tratados en que se sustenta y las resoluciones y decisiones de sus órganos se imponen por sobre las Constituciones Nacionales y deben ser respetados y cumplidos por los Estados Parte y sus propios particulares, los que tiene acceso directo a la Justicia comunitaria, sin perjuicio de que su aplicación concreta corresponda a los órganos administrativos y jurisdiccionales de cada país; sistema que asegura normativa y orgánicamente la existencia de un derecho comunitario supranacional e interinstitucional de aplicación directa, obligatoria y prevalente, y que orienta y compromete las propias soluciones nacionales, de tal

⁽²⁷⁾ Lazo Grandi, Pablo, *Dimensión social de la integración*, cit., pág. 32.

manera que éstas deben ser coherentes con aquel en un esquema de adecuada armonización y compatibilidad jurídica.

Ello determina que la interpretación y aplicación del derecho, apoyada en legislaciones, prácticas administrativas y resoluciones judiciales iguales, similares o de relativa homogeneidad, sean esencialmente comunes, no obstante excepciones o singularidades nacionales, regionales o sectoriales.

En materia de derechos sociales, por el art. 117 del Tratado de la Comunidad Europea, se ha establecido que la Comunidad y los Estados miembros, *“tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, de forma que puedan armonizarse al tiempo que se mantiene la mejora, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”*.

La tarea de armonización en materia laboral que ha venido ejercitando la Comunidad Europea, partió de la base de fijar y consensuar aquellos aspectos que debían ser tratados en forma prioritaria. Ello ocurrió varios años después del Tratado de Roma de 1957 y entre las consecuencias más significativas que tuvo el proceso de integración en el orden social, se circunscriben la Carta Social Europea (firmada en Turín, el 18 de octubre de 1961) y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (de 1989).

3.3.2.- La cuestión en el NAFTA (North American Free Trade).

A finales de los años ochenta el comercio entre Estados Unidos y Canadá cobra gran importancia, por lo cual los dos países deciden firmar un Acuerdo de Libre Comercio el 2 de enero de 1988 denominado CUFTA (Canadá - United States Free Trade Agreement). Las relaciones de México con Estados Unidos son similares a las de Canadá en cuanto al comercio se refiere. México tiene un gran flujo comercial con Estados Unidos, esto hizo que cuando entró en vigor el CUFTA, México se fijara como propósito suscribir un Acuerdo de Libre Comercio con Estados Unidos.

Para llegar a la suscripción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte se llevaron a cabo varias etapas. En 1987 México y Estados Unidos suscribieron un Acuerdo Marco que establecía principios y procedimientos para el manejo de problemas bilaterales en temas de comercio e inversión. En 1990 en la séptima reunión de la Comisión Ministerial México-Canadá, que se celebró en Ottawa, México reiteró su propósito de suscribir un Acuerdo Marco Bilateral para impulsar el comercio bilateral. Frente a las intenciones de México, Estados Unidos adoptó una posición positiva. En junio de 1990 los presidentes George Bush y Carlos Salinas de Gortari emitieron un comunicado conjunto apoyando el inicio de conversaciones para alcanzar un Acuerdo de Libre Comercio. El 20 de agosto de 1990 el presidente Carlos Salinas de Gortari formalmente solicitó las negociaciones y un mes después el presidente George Bush notificó al Congreso de los Estados Unidos su intención de comenzar negociaciones para llegar a un Acuerdo Bilateral de Libre Comercio. El 5 de febrero de 1991 los gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá anunciaron su decisión de realizar negociaciones trilaterales para la suscripción de un Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Comienza una serie de reuniones ministeriales en las cuales se lleva a cabo el proceso de negociación, el cual culmina el 12 de agosto de 1992. El Acuerdo fue suscripto por

los presidentes (en el caso de Canadá, por su Primer Ministro) en diciembre de ese mismo año.

Finalmente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre EEUU, Canadá y México entró en vigor el 1° de enero de 1994, una vez concluidos los procedimientos internos de aprobación.

Dicho acuerdo regional establece una zona de libre comercio, esto es, un espacio de libre comercio de bienes y servicios entre los tres países de la región. Por el NAFTA no se constituye una comunidad con personería jurídica propia en el derecho internacional ⁽²⁸⁾, extremo que sí ha ocurrido con el Mercosur. Tampoco posee entre sus metas explícitas la de pasar a constituir otra categoría de integración que no sea la de zona de libre comercio.

Sin embargo, contiene algunas disposiciones atípicas en la especie en tanto anticipa instituciones e incluye consensos que exceden ese esquema puramente comercial de integración, en la medida que trata, además de la temática del comercio de bienes y servicios, asuntos relacionados con las compras gubernamentales, propiedad intelectual, inversiones, servicios financieros, entre otros, además de disposiciones relativas a la revisión y solución de controversias, generales y especiales.

El Tratado define como principios: a.-) el trato nacional para bienes y servicios provenientes de la zona; b.-) el trato de la nación más favorecida para esos mismos bienes y servicios; y c.-) la transparencia, en cuanto práctica preventiva tendiente a evitar medidas unilaterales e inconsultas de un Estado miembro contra otro Estado parte, transparencia a asegurar mediante compromisos referidos a clara información, publicación, notificación y procedimientos administrativos referidos a leyes y actos de efectos equivalentes.

También se refiere a sus objetivos: a.-) la eliminación de obstáculos al comercio y la facilitación de la circulación de bienes y servicios entre los tres países; b.-) la promoción de condiciones de competencia leal en la zona; c.-) el aumento de las oportunidades de inversión zonal; d.-) la protección y aseguramiento de los derechos de propiedad intelectual en la misma zona; e.-) la creación de procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del Tratado, su administración conjunta y la solución de controversias; y f.-) el establecimiento de lineamientos para la cooperación trilateral, regional y multilateral para ampliar y mejorar los beneficios de ese Tratado.

El NAFTA se apoya en las siguientes instituciones zonales: a.-) la Comisión de Libre Comercio, órgano de carácter fundamentalmente político; b.-) el Secretariado zonal, cuyos miembros son los tres secretariados nacionales y está adicionalmente integrado con los comités, subcomités y grupos de trabajo; y c.-) los propios comités, subcomités y grupos de trabajo que atienden en sus respectivos ámbitos los asuntos específicamente vinculados con la temática tratada en el referido acuerdo.

El Tratado contiene disposiciones relativas a los mecanismos de solución de controversias, las que en términos generales están dadas por: a.-) cualquier asunto que afecte el cumplimiento o interpretación del tratado habilita a su desencadenamiento; b.-) pueden ser activados contra medidas vigentes o en

⁽²⁸⁾ Vázquez, Adolfo Roberto, *La integración económica del continente americano: El mercado común hemisférico*, Rev. E.D. T° 183, pág. 1456.

proyecto; c.-) cualquiera de los Estados Parte tiene derecho a solicitar la integración y funcionamiento de un panel arbitral; d.-) proceden en relación a bienes y servicios, y a derechos de propiedad intelectual; e.-) constituyen un recurso directo contra una eventual violación de los principios del Tratado, y en ciertos casos aún sin violación en tanto supongan su anulación o menoscabo.

El régimen de solución de controversias opera con las siguientes condiciones: a.-) en el caso de controversias relativas a prácticas desleales, las partes son los Estados miembro a requerimiento de los particulares; b.-) en el caso de controversias relativas a inversiones, las partes son los agentes privados y los Estados; c.-) en el caso de arbitrajes entre particulares, las partes son los propios agentes privados; d) en los demás casos las partes son los propios Estados.

El Tratado incluye reglas de interpretación generales, pero también de carácter particular como en el caso de las inversiones o de los servicios financieros.

Asimismo, se establece su ámbito de aplicación, tanto en sede no contenciosa, caso que se rige por principios de cooperación y conciliación, como contenciosa, que determina la integración y funcionamiento de paneles arbitrales. Dichos paneles, con preformación cuasi permanente e integrados con base en designaciones cruzadas, se componen de treinta árbitros, esto es, diez por cada país, aceptados por consenso; y sus cometidos consisten en resolver los conflictos que se presenten y sometan a su decisión.

Considera también lo relativo a la elección del foro competente, y de acuerdo a la solución incorporada en ese texto de integración, esa elección corresponde al reclamante, que puede optar entre el GATT y el NAFTA con excepción de los asuntos ambientales, caso en que el único foro es el de este último. Tratándose de la defensa de los particulares ante la aplicación del Tratado, el reclamante tiene la opción de elegir entre la constitución de un panel arbitral o la de recurrir ante la justicia ordinaria; hecha la opción queda sujeto a la resolución que se dicta en el ámbito procesal, arbitral o judicial, que personalmente decidió en su oportunidad, la que debe acatar sin posibilidad de otro tipo de recurso.

Durante el mes de setiembre de 1993 los miembros del NAFTA suscriben dos acuerdos de importancia: a.-) el North American Agreement on Labor Cooperation – NAALC (Acuerdo Norteamericano de Cooperación Sobre el Trabajo) y b.-) el North American Agreement on Environment Cooperation – NAAEC (Acuerdo Norteamericano de Cooperación sobre el Medio Ambiente). Ambos convenios entrarían a regir conjuntamente con el NAFTA.

3.3.3.- El Acuerdo de Cooperación laboral de América del Norte de 1993.-

Se trata del Acuerdo Complementario al T.L.C. (Tratado de Libre Comercio de América del Norte, constitutivo del NAFTA), suscripto por Estados Unidos, Canadá y México en 1993 para entrar en vigor el 1° de enero de 1994, inmediatamente después de la entrada en vigor del T.L.C. (art. 51 del Acuerdo Complementario) ⁽²⁹⁾.

Por el Preámbulo las partes “*Recuerdan*” que su determinación de implementar una Zona de Libre Comercio, comprende otras determinaciones como

⁽²⁹⁾ Su texto completo puede ser consultado en la Revista O.I.T. Relasur N° 2, págs. 151 y ss.

ser, entre otras, la de *estimular la competitividad de sus empresas en los mercados globales (2°)*, *crear nuevas oportunidades de empleo y de mejorar las condiciones de trabajo y los niveles de vida en sus respectivos territorios (3°)* y *proteger, ampliar y hacer efectivos los derechos básicos de los trabajadores (4°)*.

Como mecanismos tendientes a estos fines, se mencionan el desarrollo y capacitación de los recursos humanos, la cooperación obrero patronal, la protección de los derechos básicos de los trabajadores promocionando la estabilidad en el empleo, el diálogo social, el impulso a la inversión y el estímulo a los patrones y trabajadores a cumplir con las leyes laborales y trabajar para mantener un ambiente de trabajo progresista, justo, seguro y sano.

La Primera Parte, denominada Objetivos, cuenta con un solo artículo (el 1°) donde a lo largo de siete incisos se reiteran los contenidos del *Preámbulo*. Uno de ellos, el f.-), resume el contenido de este Acuerdo de Cooperación, en los siguientes términos: *promover la observancia y la aplicación efectiva de la legislación laboral de cada una de las partes*.

Por este Acuerdo, los Estados no reconocen derechos. La obligación, para cada uno de los Estados, tal como lo determinan en la Segunda Parte (*Obligaciones*, art. 2°), se limita a *establecer en lo interno, sus propias normas laborales y adoptar o modificar, en consecuencia, sus leyes y reglamentos laborales*. Este compromiso está claramente subordinado al objetivo de competitividad de sus economías. Ello resulta de este mismo artículo, donde el compromiso de mejorar las normas laborales se circunscribe al contexto de lugares de trabajo con *alta calidad y productividad*.

A continuación, los arts. 3 a 5 se ocupan de determinar las medidas que cada Estado debe implementar, dentro del objetivo de asegurar la observancia y aplicación de sus propias normas laborales. Básicamente se impulsan mecanismos de inspección del trabajo, autocomposición de conflictos, libre acceso de los particulares a los mecanismos de seguimiento y control, como asimismo las garantías procesales que se deben garantizar en todo procedimiento administrativo o judicial. Por último, los arts. 6 y 7 complementan estas disposiciones, con el compromiso de dar adecuada publicación y difusión a las normas laborales que cada Estado apruebe.

Por la Tercera Parte se constituye un órgano de seguimiento y consulta, denominado *Comisión Para la Cooperación Laboral*. Se trata de un órgano de composición intergubernamental (Secretarios, Ministros o las personas que cada Parte designe, dice el art. 9 inc. 1°) en el cual no tienen participación los sectores sociales involucrados con el trabajo. La intervención de estos queda librada al criterio de Cada Estado Parte y se restringe a su propia esfera de actuación nacional, sin incidencia directa en la *Comisión*. Se trata de los *comités consultivos nacionales* que *Cada una de las partes podrá convocar* (art. 17). Lo propio ocurre con los niveles locales de gobierno (estatal o provincial), que pueden ser convocados por cada Estado en *comités intergubernamentales* (art. 18).

El *Consejo* debe reunirse en sesión ordinaria una vez al año (art. 9 inc. a.-). El órgano permanente de asistencia e información al *Consejo* es *El Secretariado* compuesto por un director ejecutivo que designa el *Consejo* por un período de tres años. El cargo será rotativo entre los nacionales de cada una de las Partes y corresponde al *director* la designación de su personal de apoyo (art. 12). A nivel local, cada Estado debe establecer una Oficina Administrativa Nacional (arts. 15 y 16) cuya función principal será la de servir como centro de enlace

intergubernamental.

Por la Cuarta Parte se implementa un sistema de consultas y evaluaciones vinculadas al seguimiento de la legislación laboral que cada Estado apruebe en su territorio. Se establecen vínculos consultivos entre las Oficinas Administrativas Regionales y los Ministerios. Para los casos de discrepancia entre ellos, se prevé la constitución de un Comité Evaluador de Expertos *ad hoc* para que examine la cuestión y emita su opinión.

Por la Quinta Parte se establece un sistema de solución de controversias. A través del mecanismo de consultas previsto por la Cuarta Parte, se evita llevar la cuestión a este sistema. El mismo rige para los casos de discrepancias vinculadas a la aplicación de las normas técnicas laborales de una Parte en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salarios mínimos (art. 27). En caso que a través de las consultas las Partes no puedan resolver sus diferencias, cualquiera de ellas podrá convocar una sesión extraordinaria del Consejo. Dicho órgano procurará solucionar la diferencia a través de mecanismos alternativos, como ser el fomento de la negociación, la conciliación y la mediación. Si por dichas vías el asunto no se resuelve en un plazo de sesenta días posteriores a la sesión del Consejo, se integrará un panel arbitral, compuesto de cinco miembros designados de una lista consensuada previamente por las Partes. El panel emitirá un informe preliminar y luego un informe final. En caso de incumplimiento, continuará la labor del panel y, en caso de persistir, el Convenio prevé sanciones de multa o suspensión de beneficios en caso de falta de pago.

Entre las Disposiciones Generales que conforman la Sexta Parte del Acuerdo, reviste significativa importancia lo estipulado por el art. 42 en el sentido que *Ninguna disposición en este Acuerdo se interpretará en el sentido de otorgar derecho a las autoridades de una de las Partes a llevar a cabo actividades de aplicación de su legislación laboral en territorio de otra Parte.* Y por el artículo siguiente, se establece que *Ninguna de las partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra ninguna de las otras Partes, con fundamento en que una medida de otra parte es incompatible con este Acuerdo.*

Hay un Anexo 1 de este Acuerdo, titulado "*Principios laborales*", que en modo alguno constituye una Carta o Declaración de derechos. El propio instrumento así lo aclara, al referenciar por su primer parte que dichos principios *son lineamientos que las Partes se comprometen a promover, bajo las condiciones que establezca su legislación interna, sin que constituyan normas comunes mínimas para dicha legislación.* A continuación, sigue el enunciado de derechos elementales que, bajo diversos aspectos, Estados Unidos no tiene mayormente regulados en su legislación, pero los utiliza en cláusulas sociales abusivas restringiendo el comercio con otras naciones. Aquí se circunscriben diversos institutos vinculados con la libertad de asociación, derecho a la negociación colectiva, derecho de huelga, prohibición del trabajo forzado, restricciones sobre el trabajo de menores, condiciones mínimas de trabajo (salario mínimo y horas extras), eliminación de la discriminación en el empleo, igual salario para hombres y mujeres, prevención de enfermedades y accidentes laborales y su régimen de resarcimiento, protección de los trabajadores migratorios.

Como corolario, debe tenerse en cuenta que se trata de un Acuerdo de Cooperación suscripto en el marco del establecimiento de una zona de libre comercio, es decir, con eliminación de barreras arancelarias, pero manteniendo todas las otras barreras cuya supresión caracteriza al Mercado Común, como ser las

libertades básicas de circulación de personas, bienes y capitales.

Por el Acuerdo no se reconocen derechos. No tiene efectos sobre los particulares, quienes no cuentan con acción de ningún tipo destinada a lograr el cumplimiento de normas laborales mínimas mas que aquellos previstos por la legislación interna de cada uno de los Estados. Los órganos creados por el Acuerdo son del tipo intergubernamental. No hay diálogo social de ningún tipo y los sectores sociales involucrados en el capital y trabajo, carecen de cualquier tipo de participación fuera del propio territorio de su Estado.

En pocas líneas, a través del Acuerdo las naciones más desarrolladas (Estados Unidos y Canadá) se comprometen a mantener su escasa y nula legislación laboral, exigiendo de México (casualmente la Nación menos desarrollada pero con extensa trayectoria en normas protectoras de derechos sociales) el cumplimiento de la suya propia. Las naciones más desarrolladas no se comprometen a mejorar su legislación social, pero obligan a México a mantenerla. La falta de regulación previamente existente en los Estados Unidos o Canadá sobre la nómina de principios laborales enunciada por el Acuerdo, no genera consecuencias de ningún tipo en el intercambio comercial. México no puede exigirles el dictado de norma alguna al respecto. Pero las naciones más desarrolladas mantienen la libertad de restringir los beneficios del Acuerdo si México no logra cumplir con leyes que se encuentran ausentes en los ordenamientos internos de sus socios más desarrollados.

En este contexto resulta entendible que México esté impulsando acuerdos con el Mercosur. También que Estados Unidos pretenda extender a latinoamérica, con el ALCA, las ventajas comerciales que ha logrado con el NAFTA gracias a su falta de regulación de derechos sociales y la existencia de normas protectoras en sus futuros socios no desarrollados.

Es evidente que el ALCA, visto como una extensión del NAFTA, está destinado a ampliar la brecha de desarrollo que separa a los Estados Unidos con Latinoamérica, colocando a aquella Nación en una situación de privilegio que solo acrecentará su poderío mundial.

México tiene sus propios intereses en el NAFTA, de los cuales no participan, necesariamente los demás estados Latinoamericanos. Dichos intereses están basados principalmente en el turismo y en la disminución del desempleo gracias a la ocupación de mexicanos en las “maquilas” norteamericanas. Es lo que se deduce del siguiente razonamiento: *“Pensamos que la primera y más importante repercusión que puede tener el tratado será en el salario y en la jornada de trabajo. En el salario, porque existen profundas diferencias entre el salario mínimo de los trabajadores de Estados Unidos y Canadá, y el nuestro. Mientras el salario mínimo en Estados Unidos es de cuatro dólares por hora; el nuestro es de cuatro dólares por día. Con el tratado esto nos va a beneficiar. Ya nadie podrá pagar nuestro salario mínimo, nadie, va a querer trabajar por dicho salario. O capacitamos y adiestramos a nuestros trabajadores o no podremos salir adelante. ¿Qué vamos a vender a los Estados Unidos? ¿Artesanías?. Esperemos y confiemos que con el Tratado de Libre Comercio podamos empezar a salir del Tercer Mundo al que pertenecemos y que por lo visto y como dice Néstor De Buen Lozano, va que vuela para el cuarto mundo”*(30)

3.3.4.- Regionalización del derecho social en el Mercosur.

El Tratado de Asunción, suscripto entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Uruguay, en la ciudad de Asunción, el 26 de marzo de 1991, da origen al más importante proceso de integración económica del que participan los citados Estados, llamado Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Por dicho tratado, se constituye entre los Estados signatarios un Mercado Común, llamado MERCOSUR o Mercado Común del Sur, el cual, luego de la aprobación del *Protocolo de Ouro Preto* del 17 de diciembre de 1994, adquiere *Personalidad jurídica de derecho internacional* (art. 34 de dicho Protocolo).

Por el artículo 1° del Tratado de Asunción se asume "*el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración*". Esta normativa compromete a los Estados miembros a realizar, en sus ordenamientos internos, las tareas de armonización y compatibilización necesarias para hacer efectivo el proceso de integración, las cuales resultan especialmente viables, entre otras razones, por la común raíz romanística de las distintas legislaciones nacionales.

El Preámbulo del Tratado de Asunción declara, con relación a los Estados Partes, el propósito de "*acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social*".

Y es en dicho propósito que se circunscribe la Declaración Sociolaboral del Mercosur (D.S.L.M.), instrumento suscripto por los Jefes de Estado de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en la ciudad de Río de Janeiro, el 10 de diciembre de 1998.

La Declaración constituye el único documento de contenido social que hasta el momento ha sido aprobado en el contexto del Mercosur.

En los capítulos siguientes iremos abordando a la temática de este instrumento, luego de analizar el marco del Mercosur en el cual se halla inserto, ello en relación a los caracteres del Tratado, la estructura orgánica del Mercado Común y su sistema de producción y recepción normativa dentro del cual incluiremos a este documento, cuyo contenido y vigencia exigirá ser compatibilizado con las normas existentes en el derecho interno de cada uno de los Estados miembros.

⁽³⁰⁾ Cavazos Flores, Baltasar, *40 lecciones de derecho laboral*, 9° edición, editorial Trillas, México 1998, pág. 352.

Capítulo 2

Doctrina Social de la Iglesia y globalización.

Sumario.

Sumario. 1.- Introducción. 2.- Fuentes de la Doctrina Social de la Iglesia. 2.1.- Cartas encíclicas. 2.2.- Constitución Pastoral. 2.3.- Otros documentos. 3.- Caracteres de la Doctrina Social de la Iglesia. 3.1.- Espiritualidad. 3.2.- Proyectabilidad. 3.3.- Universalidad. 3.4.- Adaptabilidad. 3.5.- Dimensión interdisciplinar. 3.6.- Dimensión práctica. 3.7.- Progresividad. 4.- Contenidos de la Doctrina Social de la Iglesia. 4.1.- El hombre. 4.2.- Derechos humanos. 4.3.- La familia, la educación y la cultura. 4.4.- Los deberes del estado en el ordenamiento de la sociedad. 4.5.- La vida económica. 4.6.- Los deberes de las naciones en el ordenamiento de la comunidad internacional. 5.- Conclusión.

1.- Introducción.

Ha sido prolífica la labor de la Iglesia Católica como componedora de las relaciones entre el capital y el trabajo, construyendo desde 1891 con la Encíclica *Rerum Novarum* del papa León XIII un verdadero Corpus de Doctrina Social. Con fecha relativamente reciente, Juan Pablo II señaló la utilidad de lograr un compendio o síntesis autorizada de la doctrina social católica, incluso un “catecismo”, que muestre la relación existente entre ella y la nueva evangelización. Agrega que la parte que el *Catecismo de la Iglesia Católica* dedica a esta materia, a propósito del séptimo mandamiento del Decálogo, podría ser el punto de partida de este *Catecismo de doctrina social católica* ⁽³¹⁾.

El mensaje de este Catecismo social, es un mensaje de paz y de solidaridad en el manejo de las relaciones económicas y productivas porque, como bien lo ha señalado también S.S. Juan Pablo II “*Es evidente que, cuando se habla de la antinomia entre trabajo y capital, no se trata sólo de conceptos abstractos, o de fuerzas anónimas, que actúan en la producción económica. Detrás de uno y otro concepto están los hombres, los hombres vivos, concretos*” ⁽³²⁾.

Y es que el principal objetivo de la Doctrina Social es la evangelización del hombre. Como ha dicho Juan Pablo II, a través de la Doctrina Social, la Iglesia Católica “*anuncia a Dios y su misterio de salvación en Cristo a todo hombre y, por la misma razón, revela al hombre a sí mismo*” ⁽³³⁾.

Nota característica de la Doctrina Social de la Iglesia es la proyección de sus contenidos. Lo que es aplicable al fin del hombre y su perfección, se proyecta a su familia, sus relaciones en las sociedades intermedias que participa, las relaciones humanas dentro de un Estado y, finalmente, la convivencia entre las naciones del mundo. De allí que si intentamos exponer la aplicación de esta doctrina a este último tópico, ello no sería posible sin una previa referencia a su campo de aplicabilidad en el hombre y sus relaciones primarias.

Han sido tantos los documentos elaborados en este sentido por la Iglesia Católica durante el último siglo, que su análisis mediante la simple referencia

⁽³¹⁾ Juan Pablo II, *Ecclesia in América*, 54. Exhortación apostólica postsinodal, México, 22 de enero de 1999, T. y S.S., Tomo XXIV-1999, pág. 233.

⁽³²⁾ *Laborem Exercens*, 14.

⁽³³⁾ *Centesimus annus*, 53.

a sus fuentes y un resumen de ellas, puede dar lugar a un desarrollo tan extenso como vacío de contenidos.

Sobre la base de estas consideraciones, nos pareció atinado sistematizar la exposición de este capítulo de Doctrina Social de la Iglesia, referida finalmente a la globalización, en tres partes: 1.-) fuentes; 2.-) caracteres; y 3.-) contenidos.

2.- Fuentes de la Doctrina Social de la Iglesia.

La expresión “fuente” es utilizada aquí en el sentido de precisar el origen de la doctrina en tratamiento, y no es otro que la multiplicidad de documentos de la Iglesia Católica vinculados a la cuestión social, de los cuales podemos conocer su contenido. Ocupan un lugar relevante las cartas encíclicas emitidas por los sumos pontífices, las que constituyen, sin duda, la interpretación auténtica del Nuevo Testamento en la dimensión práctica del hombre y sus relaciones. La carta encíclica más destacada, sin duda, es *Rerum Novarum*, suscripta por el papa León XIII en 1891 y que constituyó, al decir de sus sucesores en la Cátedra de Pedro, un “*inmortal documento*”⁽³⁴⁾. También merecen destacarse otros documentos aprobados por el Concilio Vaticano II y discursos pontificios vinculados con la temática en tratamiento.

Sin que la enumeración que se sigue pretenda adoptar el carácter de taxativa, constituyen documentos significativos en la materia en tratamiento, los siguientes:

2.1.- Cartas encíclicas.

- √ *Rerum Novarum* ⁽³⁵⁾;
- √ *Quadragesimo anno* ⁽³⁶⁾;
- √ *La solennità – bodas de oro* - ⁽³⁷⁾;
- √ *Mater et Magistra* ⁽³⁸⁾;
- √ *Pacem in terris* ⁽³⁹⁾;
- √ *Populorum progressio* ⁽⁴⁰⁾;
- √ *Octogesima Adveniens* ⁽⁴¹⁾;
- √ *Laborem exercens* ⁽⁴²⁾;

⁽³⁴⁾ Pío XI, *Quadragesimo anno*, 147; Juan Pablo II, *Centesimus annus*, 1.

⁽³⁵⁾ León XIII, 15 de mayo de 1891, en adelante “*R.N.*”.

⁽³⁶⁾ Pío XI, 15 de mayo de 1931, en adelante “*Q.A.*”.

⁽³⁷⁾ Pío XI, Pío XII, 15 de mayo de 1941, en adelante “*L.A.*”.

⁽³⁸⁾ Juan XXIII, 15 de mayo de 1961, en adelante “*M.M.*”.

⁽³⁹⁾ Juan XXIII, 11 de abril 1963, en adelante “*P.T.*”.

⁽⁴⁰⁾ Pablo VI, 26 de marzo de 1967, en adelante “*P.P.*”.

⁽⁴¹⁾ Pablo VI, 15 de mayo de 1971, en adelante “*O.A.*”.

⁽⁴²⁾ Juan Pablo II, 14 de setiembre de 1981, en adelante “*L.E.*”.

√ *Sollicitudo rei socialis* ⁽⁴³⁾;

√ *Centesimus annus* ⁽⁴⁴⁾;

2.2.- Constitución Pastoral sobre la Iglesia Católica *Gaudium et spes*, aprobada por el Concilio Vaticano II, el 7 de diciembre de 1965 ⁽⁴⁵⁾.

2.3.- Otros documentos.

√ Exhortación apostólica postsinodal *Ecclesia in América*, Juan Pablo II, México, 22 de enero de 1999.

√ Discurso de recepción a los miembros de la Asamblea Plenaria de la Academia Pontificia de Ciencias Sociales, el 19/3/99, “*El hombre, centro de la cuestión del trabajo*”, Juan Pablo II.

3.- Caracteres de la Doctrina Social de la Iglesia.

Los rasgos más sobresalientes de la Doctrina Social, que obviamente no excluyen otros, estarían configurados del siguiente modo:

3.1.- Espiritualidad.

La D.S.I. tiene al hombre como su principal objeto. El ser humano es único e irreplicable. Ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. Su misión en la Tierra es espiritual y hace a su propio fin de perfección. Toda actividad social, política o económica, no debe interferir con el fin perfectivo del hombre. Para conocer su fin, el hombre necesita adquirir conocimientos y educación, para lo cual requiere de su adecuada inserción primero en la familia y luego en los demás cuerpos intermedios. El hombre debe amar a su prójimo y, desde esa perspectiva, ser solidario con los demás en la búsqueda del fin espiritual. La función del estado, como sociedad perfecta, es la de posibilitar y encauzar al hombre, en la actualización de todas sus potencias.

Ya en *Rerum Novarum* se dejó claro este punto, al afirmarse que “*La verdadera dignidad y excelencia del hombre radica en lo moral, es decir, en la virtud. El premio de la felicidad eterna no puede ser consecuencia de otra cosa que de las virtudes y de los méritos*” ⁽⁴⁶⁾ y que “*el antídoto más seguro contra la insolencia y el egoísmo del mundo es la caridad*” ⁽⁴⁷⁾.

El criterio de virtud es transferido a la sociedad y conjunto de naciones: “*La justa y duradera distribución de los bienes en un pueblo, lo convierten en un pueblo sano, aunque disponga de menor cantidad de bienes. Ese mismo*

⁽⁴³⁾ Juan Pablo II, 30 de diciembre de 1987, en adelante “S.S.”.

⁽⁴⁴⁾ Juan Pablo II, 1° de mayo de 1991, en adelante “C.A.”.

⁽⁴⁵⁾ En adelante “G.S.”.

⁽⁴⁶⁾ R.N., 17.

⁽⁴⁷⁾ R.N., 41.

camino, emprendido por todos los pueblos, les dará frutos de paz y de bienestar general” ⁽⁴⁸⁾.

De allí que el desarrollo, se halla inseparablemente unido a la virtud de justicia, de manera tal que en un desarrollo auténtico, de tipo moral, cada uno pueda obtener lo suyo y *“cada hombre y cada pueblo tengan derecho a sentarse a la mesa del banquete común, en lugar de yacer en la puerta como Lázaro”* ⁽⁴⁹⁾.

Más recientemente, se reafirmará el carácter espiritual del desarrollo humano y la necesidad de una adecuada formación intelectual que así lo permita: *En la propiedad del conocimiento, de la técnica y del saber, mucho más que en la propiedad de los recursos naturales, se funda la riqueza de las Naciones industrializadas* ⁽⁵⁰⁾. Para los pobres, a la falta de bienes materiales se ha añadido la del saber y de conocimientos que les impide salir del estado de humillante dependencia ⁽⁵¹⁾.

El desarrollo debe ser integral, de manera tal que ninguna persona quede excluida: *Es preciso que se ayude a estos hombres necesitados a conseguir los conocimientos, a entrar en el círculo de las interrelaciones, a desarrollar sus aptitudes para poder valorar mejor sus capacidades y recursos ... existe algo debido al hombre porque es hombre .. la posibilidad de sobrevivir y de participar activamente en el bien común de la humanidad* ⁽⁵²⁾.

3.2.- Proyectabilidad.

Nota característica de la D.S.I., como se ha dicho más arriba, es la de proyectar en el estado y la comunidad internacional, los deberes de amor y solidaridad que son propios del hombre. Así como el hombre debe amar a su prójimo y ser solidario ayudándolo en el fin espiritual, se exige que las naciones sean solidarias en sus relaciones. La misma virtud de justicia exigida para el hombre, también lo es para las naciones, de manera tal que nadie pueda quedar excluido o marginado, de la sociedad o del mundo. Del mismo modo, así como el hombre necesita de un orden social que le otorgue los medios para solucionar pacíficamente sus diferencias, la comunidad internacional necesita implementar mecanismos pacíficos para la solución de sus diferencias: *“Las reglas de verdad, justicia, solidaridad y libertad que deben regir las relaciones humanas, deben trasladarse a las relaciones entre las comunidades políticas”* ⁽⁵³⁾. Del mismo modo, *“lo que era verdadero acerca del justo salario individual, lo es también respecto a los contratos internacionales”* ⁽⁵⁴⁾.

Esta línea es seguida por *Octogésima Adveniens* en el párrafo 43, titulado *“Por una justicia mayor”*, en el sentido que deben proyectarse a las relaciones internacionales, los principios de justicia social elaborados hasta aquí. Esta encíclica plantea que en el comercio internacional, al igual que en la sociedad, es necesario superar las relaciones de fuerza para llegar a tratados concertados con

⁽⁴⁸⁾ L.S., 10.

⁽⁴⁹⁾ S.S., 33.

⁽⁵⁰⁾ C.A., 32.

⁽⁵¹⁾ C.A., 33.

⁽⁵²⁾ C.A., 34.

⁽⁵³⁾ P.T., 80 a 129.

⁽⁵⁴⁾ P.P., 58.

la mirada puesta en el bien de todos: *“el deber más importante de la justicia es el de permitir a cada país promover su propio desarrollo, dentro del marco de una cooperación exenta de todo espíritu de dominio, económico y político”*.

Las nociones vinculadas al derecho de propiedad de los medios de producción y su uso desviado o abusivo, con explotación o dominio del trabajador, son trasladadas al manejo de los mercados internacionales y se propone *“romper las barreras y los monopolios que dejan a tantos pueblos al margen del desarrollo, y asegurar a todos – individuos y naciones – las condiciones básicas, que permitan participar en dicho desarrollo. Es necesario que las naciones más fuertes sepan ofrecer a las más débiles oportunidades de inserción en la vida internacional; que las más débiles sepan aceptar estas oportunidades, haciendo los esfuerzos y los sacrificios necesarios para ello, asegurando la estabilidad del marco político y económico, la certeza de perspectivas para el futuro, el desarrollo de las capacidades de los propios trabajadores, la formación de empresarios eficientes y conscientes de sus responsabilidades”* ⁽⁵⁵⁾.

También las nociones sobre el egoísmo y la falta de virtud en las personas que llevan al desprecio de Dios y del prójimo, son proyectadas a las relaciones internacionales, proponiendo encauzarlas mediante la creación o consolidación de estructuras internacionales, capaces de intervenir, para el conveniente arbitraje, en los conflictos que surjan entre las naciones, de manera que cada una de ellas pueda hacer valer los propios derechos, alcanzando el justo acuerdo y la pacífica conciliación con los derechos de los demás ⁽⁵⁶⁾.

3.3.- Universalidad.

La D.S.I. es universal, en el sentido que no está destinada a un pueblo, sociedad, nación o región determinada, sino a todos los hombres del Mundo.

La virtud es patrimonio común de todos los mortales, asequible por igual a altos y bajos, a ricos y pobres ⁽⁵⁷⁾.

3.4.- Adaptabilidad.

Desde *Rerum Novarum* hasta nuestros días, han transcurrido más de cien años de historia. Los principios elaborados por León XIII para la solución de los problemas prioritarios de la época, de esas *“cosas nuevas”* de un fin de siglo marcado por las luchas obreras que reivindicaban condiciones laborales compatibles con la dignidad del hombre y el fin social de la propiedad, han sobrevivido desde entonces y pudieron ser adaptados por sus predecesores a las demás *“cosas nuevas”* que se fueron sucediendo, como ser el advenimiento del constitucionalismo social, la implementación y caída del marxismo, dos guerras mundiales, el advenimiento y fin de la bipolarización ideológica y política del mundo, la llamada *“guerra fría”* y la lucha por el armamentismo, la división del planeta en los cuatro mundos del desarrollo, el advenimiento de los organismos internacionales, entre otros, han sido objeto de estudio y recomendación por parte de la D.S.I., mereciendo

⁽⁵⁵⁾ C.A., 35.

⁽⁵⁶⁾ C.A., 27.

⁽⁵⁷⁾ R.N., 17.

destacarse que esta adaptabilidad, en ningún caso implicó “flexibilidad” o cambio. La obra de León XIII, ha sido tan perfecta por su espiritualidad, que los contenidos pudieron ser aplicados con coherencia y sin esfuerzo a todas estas “cosas nuevas”, proponiendo como solución, un único mensaje de paz y amor, a través del cual el hombre puede lograr el consecuente progreso y actualización de todas sus potencias perfectivas.

Es de este modo como encontramos un intensivo tratamiento de las formas de capitalismo y socialismo que recién se habían impuesto en el mundo hacia 1931 en *Quadragesimo anno*, las que son descartadas, ya que el “individualismo liberal” ⁽⁵⁸⁾ y todas las formas de socialismo ⁽⁵⁹⁾, “puesto que conciben a la sociedad de una manera sumamente opuesta a la verdad cristiana” ⁽⁶⁰⁾.

Nuevas dimensiones y aplicaciones de la justicia social son tratadas en *Octogésima Adveniens* ⁽⁶¹⁾ los fenómenos de la urbanización, con la creciente disminución de la civilización agraria ⁽⁶²⁾, la convivencia en la gran ciudad ⁽⁶³⁾ y la preocupación por la falta de atención especial a los discapacitados ⁽⁶⁴⁾.

En *Laborem exercens*, del 14 de setiembre de 1981, el papa Juan Pablo II se ocupa de trazar una línea divisoria del pensamiento de la Iglesia con posterioridad a *Pacem in terris*, destacando que en *Rerum Novarum* y *Quadragesimo anno* merecía mayor atención la solución de la cuestión obrera en el campo de cada nación y, en la etapa posterior, fue necesario ampliar dicha doctrina a una dimensión social caracterizada por la distribución desproporcionada de riqueza y miseria ⁽⁶⁵⁾ en el Mundo.

Ciertamente que esta labor de adaptación irá de continuar, con el correr del tiempo, las nuevas circunstancias y las nuevas necesidades. Ya lo ha advertido Juan Pablo II en el mensaje final de su carta encíclica *Centésimus annus*: Las “cosas nuevas” no tienen fin, porque la potencia divina es infinita.

3.5.- Dimensión interdisciplinar.

Este aspecto ha sido destacado por Juan Pablo II en *Centésimus Annus* ⁽⁶⁶⁾ y tiene que ver con la adaptabilidad de la doctrina. Ella necesita conocer y nutrirse con las diversas disciplinas que se ocupan del hombre, para ayudarlas a abrirse a horizontes más amplios al servicio de cada persona.

3.6.- Dimensión práctica.

⁽⁵⁸⁾ Q.A., 105 a 108.

⁽⁵⁹⁾ Q.A., 112, 113.

⁽⁶⁰⁾ Q.A., 117.

⁽⁶¹⁾ O.A., 5.

⁽⁶²⁾ O.A., 8.

⁽⁶³⁾ O.A., 10-13.

⁽⁶⁴⁾ O.A., 15.

⁽⁶⁵⁾ L.E., 2.

⁽⁶⁶⁾ C.A., 59.

Ha sido también Juan Pablo II quien destacó esta característica de la D.S.I. El mensaje evangelizador de la doctrina no pertenece al campo de las ciencias meramente especulativas, está encaminado al obrar humano, a la dimensión práctica del hombre en los esfuerzos que debe realizar para perfeccionar sus relaciones humanas en la familia, cuerpos intermedios, Estado y universo.

Ya lo había enfatizado el papa León XIII: *"No se ha de pensar, sin embargo, que todos los desvelos de la Iglesia estén tan fijos en el cuidado de las almas, que se olvide de lo que atañe a la vida mortal y terrena. En relación con los proletarios concretamente, quiere y se esfuerza en que salgan de su misérrimo estado y logren mejor situación. Y a ello contribuye con su aportación no pequeña, llamando y guiando a los hombres hacia la virtud"* ⁽⁶⁷⁾.

3.7.- Progresividad.

La rápida evolución experimentada por las economías nacionales debe ser acompañada de progreso social: *el desarrollo económico y el progreso social deben ir juntos y acomodarse mutuamente, de forma que todas las categorías sociales tengan participación adecuada en el aumento de la riqueza* ⁽⁶⁸⁾. Más adelante, reiterará este mensaje ⁽⁶⁹⁾.

4.- Contenidos de la Doctrina Social de la Iglesia.

Son los aspectos de los cuales se ocupa la doctrina, que no se limitan a la cuestión social. Han sido señalados como tales por Juan Pablo II en *Centesimus annus* ⁽⁷⁰⁾, destacando entre ellos al hombre y, bajo su perspectiva espiritual, también los derechos humanos de cada uno y en particular del proletariado, la familia y la educación, los deberes del estado, el ordenamiento de la sociedad nacional e internacional, la vida económica, la cultura, la guerra y la paz, así como el respeto a la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte.

4.1.- El hombre.

Como se ha dicho más arriba, el hombre es el principal destinatario de la D.S.I. La sociedad tiene el deber de suministrarle al hombre los medios para actualizar sus potencias y lograr, con la virtud de justicia, su fin espiritual.

De allí que todo el desarrollo económico debe estar al servicio del hombre ⁽⁷¹⁾, habiéndose reafirmado más de una vez el principio que *"La persona humana es y debe ser el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones"* ⁽⁷²⁾. Y del mismo modo, *Existe algo debido al hombre porque es hombre .. la posibilidad de sobrevivir y de participar activamente en el bien común de la humanidad* ⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁷⁾ R.N., 21.

⁽⁶⁸⁾ M.M., 73.

⁽⁶⁹⁾ M.M., 166 a 168.

⁽⁷⁰⁾ C.A., 53.

⁽⁷¹⁾ G.S., 64 y 65.

⁽⁷²⁾ O.A., 14.

⁽⁷³⁾ C.A., 34.

Desde esa perspectiva debe ser analizado el trabajo, sin perder conciencia de ese contenido humano del trabajo, que valoriza al hombre, que está por encima de su producción ⁽⁷⁴⁾. Por el hombre, el trabajo es un bien digno, corresponde a la dignidad del hombre ⁽⁷⁵⁾, ya que cualquier trabajo, por insignificante que sea, sirve a la realización del hombre, a su hominización ⁽⁷⁶⁾.

Juan Pablo II, en su discurso de recepción a los miembros de la Asamblea Plenaria de la Academia Pontificia de Ciencias Sociales, en su quinta reunión del 19 de marzo de 1999, exhortó a *“una movilización cada vez más intensa de los diferentes protagonistas de la vida social y de todos los interlocutores sociales, para que se comprometan, en el ámbito que les corresponde, a ser servidores del hombre y de la humanidad, con decisiones en las que la persona humana, en particular la más débil y necesitada, ocupe el lugar central y se le reconozca verdaderamente su responsabilidad específica. La globalización de la economía y del trabajo exige de la misma manera una globalización de las responsabilidades”* ⁽⁷⁷⁾.

4.2.- Derechos humanos.

Todos los derechos humanos se hallan insertos en un orden, ordenados al mismo fin que es el fin espiritual de la persona humana. De allí que el uso de estos derechos debe ser un uso ordenado, no desviado o contrario a la naturaleza, entendida ésta como tendencia perfectiva. Los derechos fundamentales de los hombres en comunidad ⁽⁷⁸⁾, se hallan inseparablemente correlacionados con los deberes de cada persona ⁽⁷⁹⁾. Cuando la libertad humana se aparta de la obediencia de la verdad y del deber de respetar a los demás hombres, se transforma en un amor propio con desprecio de Dios y del prójimo, conduce al afianzamiento ilimitado del propio interés y no se deja limitar por ninguna obligación de justicia ⁽⁸⁰⁾.

De allí que el primer derecho reconocido es el de poder cumplir con ese orden y perfeccionar el hombre su vida espiritual. No podría hacerlo si se hallara excluido de la sociedad, único medio donde puede actualizar su potencialidad. De allí que el primer mensaje de la D.S.I. está dirigido a integrar a los excluidos: *“La misma voluntad de Dios parece más inclinada del lado de los afligidos, pues Jesucristo llama felices a los pobres, invita amantísimamente a que se acerquen a Él, fuente de consolación”* ⁽⁸¹⁾.

En este sentido, la D.S.I. condena toda forma de discriminación o marginación social, que impida al hombre participar de la sociedad, *“por ser contrarias al designio divino”* ⁽⁸²⁾ y corresponde, por tanto, eliminar las

⁽⁷⁴⁾ L.E., 5 y 6.

⁽⁷⁵⁾ L.E., 9.

⁽⁷⁶⁾ Capón Filas, Rodolfo, *Acercamiento a Laborem Exercens*, en Rev. T. y S.S., T° VIII-1981, pág. 686.

⁽⁷⁷⁾ Juan Pablo II, *“El hombre, centro de la cuestión del trabajo”*, N° 8, T. y S.S., T° XXVI-1999, pág. 503.

⁽⁷⁸⁾ P.T., 8 a 26.

⁽⁷⁹⁾ P.T., 28 a 38.

⁽⁸⁰⁾ C.A., 17.

⁽⁸¹⁾ R.N., 17.

⁽⁸²⁾ G.S., 29.

desigualdades económico sociales ⁽⁸³⁾. De allí que corresponda dar un tratamiento especial para los trabajadores que se encuentren en difícil situación, como ser el emigrado y su familia ⁽⁸⁴⁾.

El trabajo, como medio destinado a la inserción social del hombre que le posibilitará la actualización de sus potencias, es calificado como un deber – derecho. El progreso personal requiere del trabajo, que es tanto un deber como un derecho del hombre ⁽⁸⁵⁾, reafirmando su dignidad ⁽⁸⁶⁾. De la vinculación del trabajo con la necesidad de progreso personal se deriva el derecho a participar de la producción de su trabajo ⁽⁸⁷⁾ y a percibir una remuneración justa por el trabajo la cual, tratándose de un trabajador adulto, debe ser suficiente para fundar y mantener dignamente a una familia ⁽⁸⁸⁾.

Atendiendo a su condición de cuerpos intermedios en la defensa de condiciones de trabajo, la D.S.I. considera como fundamentales a las asociaciones sindicales. Ya en *Rerum Novarum* se destacaba el lugar “*preferente*” que ocupan las sociedades de obreros en toda forma de asociación ⁽⁸⁹⁾, respetando en su accionar el fin principal de su constitución, que no ha de ser otro que *la perfección de la piedad y de las costumbres, y asimismo que a este fin habrá de encaminarse toda la disciplina social* ⁽⁹⁰⁾. Más tarde, el Papa Pablo VI continuará con esta línea, calificando a los sindicatos como colaboradores en la tarea del progreso y realización del bien común y el derecho de huelga “*cuyo derecho como medio último de defensa queda ciertamente reconocido*” ⁽⁹¹⁾. Sobre este aspecto y en el mismo instrumento, por primera vez se tratará el tema del derecho de huelga en los servicios públicos necesarios para la vida de la comunidad, cuyos límites deberán ser medidos ⁽⁹²⁾.

Tema importante de la D.S.I. es el derecho de propiedad y su fin social. La propiedad es un derecho natural del hombre que, como todo derecho, se halla inserto en un orden común y que es el destino común de la tierra. De allí que la propiedad tenga un fin social o de utilidad común: “*Dios dio la tierra en común al género humano, ... dejando la delimitación de las posesiones privadas a la industria de los individuos y a las instituciones de los pueblos. Por lo demás, a pesar de que se halle repartida entre los particulares, no deja por ello de servir a la común utilidad de todos, ya que no hay mortal alguno que no se alimente con lo que los campos producen*” ⁽⁹³⁾.

El derecho de propiedad debe ser considerado como una prolongación de la libertad humana ⁽⁹⁴⁾. Este derecho, reconocido según las particularidades de cada pueblo, como todos los otros, no tiene un valor absoluto, puesto que se halla ordenado al principio del destino universal de los bienes de la

⁽⁸³⁾ G.S., 66; en igual sentido O.A., 16 y 23.

⁽⁸⁴⁾ O.A., 17; en igual sentido P.T., 40 a 45 y L.E., 23.

⁽⁸⁵⁾ P.P., 18 y 22; también L.E., 16.

⁽⁸⁶⁾ P.P., 27.

⁽⁸⁷⁾ L.E., 15.

⁽⁸⁸⁾ L.E., 19.

⁽⁸⁹⁾ R.N., 34.

⁽⁹⁰⁾ R.N., 39.

⁽⁹¹⁾ O.A., 14.

⁽⁹²⁾ O.A., 14.

⁽⁹³⁾ R.N., 4.

⁽⁹⁴⁾ G.S., 71.

tierra ⁽⁹⁵⁾, tampoco puede desconocer el destino común de todos los bienes ⁽⁹⁶⁾. El derecho de propiedad que reconoce la Iglesia se halla “*subordinado al derecho al uso común, al destino universal de los bienes*” ⁽⁹⁷⁾.

Esta regla también es aplicable a la propiedad de los medios de producción. Señalaba León XIII que el principal deber del patrón es el de realizar la virtud, de dar a cada uno lo que sea justo, es decir, que la retribución debe ser justa. Como variable de cálculo, señala que es injusto el salario fijado sobre la base del lucro del patrón a costa de la pobreza de los necesitados y desvalidos ⁽⁹⁸⁾.

La propiedad de los medios de producción es justa y legítima cuando se emplea para un trabajo útil, pero resulta ilegítima cuando no es valorada o sirve para impedir el trabajo de los demás u obtener unas ganancias que no son fruto de la expansión global del trabajo y de la riqueza social, sino más bien de su comprensión, de la explotación ilícita, de la especulación y de la ruptura de la solidaridad en el mundo laboral. Este tipo de propiedad no tiene ninguna justificación y constituye un abuso ante Dios y los hombres ⁽⁹⁹⁾.

Es función del Estado encauzar el ejercicio del derecho de propiedad, como todos los otros, hacia ese fin que es el bien común: La intervención de los gobiernos en la regulación de los salarios y condiciones de trabajo, logra su justificación atendiendo a que el derecho de poseer bienes en privado no ha sido dado por la ley, sino por la naturaleza, y por tanto, la autoridad pública no puede abolirlo, sino solamente moderar su uso y compaginarlo con el bien común ⁽¹⁰⁰⁾.

La D.S.I. critica los ideologismos extremos, como ser el liberalismo individualista (que genera el llamado “*capitalismo salvaje*”, con uso descontrolado de la propiedad y acumulación ilimitada de bienes) y todas las formas de socialismo, que colectivizan la propiedad y suprimen este derecho: el recto orden económico no puede ser dejado a la libre concurrencia de las fuerzas, del mismo modo que la sociedad no puede basarse en la lucha de clases ⁽¹⁰¹⁾.

4.3.- La familia, la educación y la cultura.

La socialidad del hombre no se agota en el Estado, sino que se realiza en diversos grupos intermedios, comenzando por la familia y siguiendo por los grupos económicos, sociales, políticos y culturales, los cuales, como provienen de la misma naturaleza humana, tienen su propia autonomía ⁽¹⁰²⁾. Para superar la mentalidad individualista, se requiere un compromiso concreto de solidaridad y caridad, que comienza dentro de la familia con la mutua ayuda de los esposos y, luego, con la atenciones que las generaciones se prestan entre sí. De este modo la familia se cualifica como comunidad de trabajo y solidaridad ⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁵⁾ C.A., 6.

⁽⁹⁶⁾ G.S., 69.

⁽⁹⁷⁾ L.E., 14.

⁽⁹⁸⁾ R.N., 14.

⁽⁹⁹⁾ C.A., 43.

⁽¹⁰⁰⁾ R.N., 33.

⁽¹⁰¹⁾ Q.A., 88.

⁽¹⁰²⁾ C.A., 13.

⁽¹⁰³⁾ C.A., 49.

De allí que la remuneración deba ser equitativa, permitiéndole al trabajador y su familia una vida digna en el plano material, cultural y espiritual ⁽¹⁰⁴⁾.

La educación cumple un papel importante en la D.S.I., como medio necesario del hombre para el conocimiento de la virtud. En la propiedad del conocimiento, de la técnica y del saber, mucho más que en la propiedad de los recursos naturales, se funda la riqueza de las naciones industrializadas ⁽¹⁰⁵⁾. Para los pobres, a la falta de bienes materiales se ha añadido la del saber y de conocimientos que les impide salir del estado de humillante dependencia ⁽¹⁰⁶⁾. Es preciso que se ayude a estos hombres necesitados a conseguir los conocimientos, a entrar en el círculo de las interrelaciones, a desarrollar sus aptitudes para poder valorar mejor sus capacidades y recursos ... existe algo debido al hombre porque es hombre ... la posibilidad de sobrevivir y de participar activamente en el bien común de la humanidad ⁽¹⁰⁷⁾.

4.4.- Los deberes del estado en el ordenamiento de la sociedad.

El estado, en la D.S.I., tiene asignada como función primordial, la de erigirse en una *“sociedad perfecta”* ordenada hacia el bien común ⁽¹⁰⁸⁾, que no es la suma de bienes individuales, sino el camino o puente para que cada ser humano pueda cumplir con su tendencia perfectiva espiritual. La función de la sociedad y del estado, como sociedad perfecta, es la de colocar a disposición del hombre los medios necesarios para que este logre su fin. Los gobiernos deben colaborar, con leyes y demás instrumentos temporales inherentes a su autoridad ⁽¹⁰⁹⁾, para que la sociedad toda pueda ordenarse hacia ese fin: *“Los que gobiernan deben cooperar, primeramente y en términos generales, con toda la fuerza de las leyes e instituciones, esto es, haciendo que de la ordenación y administración misma del Estado brote espontáneamente la prosperidad, tanto de la sociedad como de los individuos, ya que este es el cometido de la política y el deber inexcusable de los gobernantes. ... El estado debe velar por el bien común, como propia misión suya”* ⁽¹¹⁰⁾.

En esta función, los gobiernos deben actuar con justicia distributiva, atendiendo a las desigualdades naturales de las personas, de manera tal de asegurar una efectiva igualdad de oportunidades y evitar todo tipo de discriminación: *“La gente rica, protegida por sus propios recursos, necesita menos de la tutela pública; la clase humilde, por el contrario, carente de todo recurso se confía principalmente al patrocinio del Estado. Este deberá, por consiguiente, rodear de singulares cuidados y providencia a los asalariados, que se cuentan entre la muchedumbre desvalida”* ⁽¹¹¹⁾

Para la D.S.I., sobre todo a partir de Pío XI, la función del Estado es subsidiaria, esto es, debe evitar incurrir en el asistencialismo y permitir, por el

⁽¹⁰⁴⁾ O.A., 14.

⁽¹⁰⁵⁾ C.A., 32.

⁽¹⁰⁶⁾ C.A., 33.

⁽¹⁰⁷⁾ C.A., 34.

⁽¹⁰⁸⁾ P.T., 46 a 79.

⁽¹⁰⁹⁾ P.T., 46 a 79.

⁽¹¹⁰⁾ R.N., 23.

⁽¹¹¹⁾ R.N., 27.

contrario, que las sociedades intermedias (familia, sociedades civiles, asociaciones profesionales de obreros y empleadores, etc.) colaboren con mayor eficacia. De este modo, los gobiernos deben permitir a las asociaciones inferiores que resuelvan *“aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual lograría realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija”* y más adelante, agrega que *“mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función subsidiaria, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación”* ⁽¹¹²⁾.

En esta línea, Pío XII en *La Solennità* proclama la regulación autónoma de las relaciones laborales y sólo en caso de fracaso, la intervención del Estado en la división y distribución del trabajo, según lo requiera el bien común rectamente entendido ⁽¹¹³⁾.

La D.S.I. reafirma la importancia de los sindicatos como *“elemento indispensable de la vida social”*, en su carácter de *“exponente de la lucha por la justicia social, por los justos derechos de los hombres del trabajo”*. Hace un llamado para mantener la acción sindical dirigida hacia esa finalidad y evitar fines políticos, propios de los partidos. Reafirma la legitimidad del derecho de huelga, como medio extremo dentro de los límites propios de la acción sindical, aunque es contrario a las reglas del bien común paralizar con la huelga los llamados servicios esenciales ⁽¹¹⁴⁾.

La iniciativa privada cumple una función importante en la sociedad ⁽¹¹⁵⁾ y también en las empresas, proponiéndose las formas de cogestión como una forma más activa de participación ⁽¹¹⁶⁾. Sin embargo, aún cuando la industrialización es necesaria para el desarrollo ⁽¹¹⁷⁾, no debe dejarse librada a la sola iniciativa individual, correspondiendo implementar programas para que el proceso se encauce por los cuerpos intermedios, respetando la regla de subsidiariedad ⁽¹¹⁸⁾, al servicio del hombre ⁽¹¹⁹⁾. Se insiste con la crítica al sistema capitalista liberal, que solo genera y acentúa desigualdades entre los hombres y las naciones ⁽¹²⁰⁾.

En este orden de ideas, la D.S.I. reafirma como derecho natural de los trabajadores que el estado debe tutelar, su libertad de asociación, tanto de profesionales de empresarios como de obreros, la limitación de las horas de trabajo, el salario justo y suficiente para el mantenimiento del trabajador y su familia ⁽¹²¹⁾, la necesidad que los gobiernos intervengan con criterio de justicia distributiva en las relaciones obrero-patronales a efectos de evitar situaciones abusivas o violentas, derivadas del mayor poder de una de las partes en la negociación ⁽¹²²⁾.

⁽¹¹²⁾ Q.A., 80; M.M., 52 a 55.

⁽¹¹³⁾ L.S., 11.

⁽¹¹⁴⁾ L.E., 20.

⁽¹¹⁵⁾ M.M., 51.

⁽¹¹⁶⁾ M.M., 61 a 67 y 91 a 96.

⁽¹¹⁷⁾ P.P., 25.

⁽¹¹⁸⁾ P.P., 33.

⁽¹¹⁹⁾ P.P., 34, 42.

⁽¹²⁰⁾ P.P., 26, 57, 58.

⁽¹²¹⁾ C.A., 8, 15.

⁽¹²²⁾ C.A., 7.

Sobre la base del criterio de misión ordenadora del Estado, se ha señalado que los gobiernos deben asegurar a los trabajadores el derecho a cumplir con sus deberes religiosos ⁽¹²³⁾.

Dado su mensaje de paz y solidaridad, la justicia social priva al comunismo de su potencial revolucionario, constituido por muchedumbres explotadas y oprimidas ⁽¹²⁴⁾.

Son necesarias medidas legislativas para acabar con fenómenos vergonzosos de explotación en perjuicio de los más débiles, inmigrados o marginales ⁽¹²⁵⁾.

4.5.- La vida económica.

La D.S.I. reconoce las bondades del mercado y de la empresa, pero al mismo tiempo indica que éstos han de estar orientados hacia el bien común ⁽¹²⁶⁾. La economía de mercado no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político. La primer incumbencia del estado es de garantizar esta seguridad, de manera que quien trabaja y produce, pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por lo tanto, se sienta estimulado a realizarlo eficiente y honestamente. La falta de seguridad, la corrupción de los poderes públicos y la proliferación de fuentes impropias de enriquecimiento y de beneficios fáciles, es uno de los obstáculos principales para el desarrollo y para el orden económico ⁽¹²⁷⁾.

El derecho de propiedad es considerado como derecho natural del hombre, como una prolongación de la libertad humana ⁽¹²⁸⁾, pero que, como todo derecho, se halla inserto en un orden cuya finalidad es el destino común de los bienes, principio del destino universal de los bienes de la tierra ⁽¹²⁹⁾. Los gobiernos deben respetar el derecho de propiedad y su función social ⁽¹³⁰⁾. Bajo esa perspectiva, hemos visto la crítica a las soluciones propuestas por el capitalismo liberal, de corte individualista, y por todas las formas de socialismo. El sistema de liberalismo individual o la libre competencia ilimitada en materia económica, ha sido objeto de crítica por que de él se deriva *“el predominio abusivo de los económicamente poderosos, o el prestigio de la nación”* ⁽¹³¹⁾. Este sistema solo genera y acentúa desigualdades entre los hombres y las naciones ⁽¹³²⁾.

Para evitar desvíos, los gobiernos deben intervenir en este tipo de relaciones. En materia de propiedad de medios de producción y las consecuentes relaciones laborales, deben hacerlo regulando condiciones mínimas tendientes a la dignificación del salario y del trabajo, con criterio de justicia distributiva y como responsable de la paz social: queda *“al alcance de los gobernantes beneficiar a los demás órdenes sociales y aliviar grandemente la situación de los proletarios; y esto en virtud del mejor derecho y sin la más leve sospecha de injerencia, ya que el*

⁽¹²³⁾ C.A., 8.

⁽¹²⁴⁾ C.A., 19.

⁽¹²⁵⁾ C.A., 15.

⁽¹²⁶⁾ C.A., 43.

⁽¹²⁷⁾ C.A., 48.

⁽¹²⁸⁾ G.S., 71.

⁽¹²⁹⁾ G.S., 69; L.E., 14; C.A., 6.

⁽¹³⁰⁾ M.M., 104 a 121.

⁽¹³¹⁾ M.M., 38.

⁽¹³²⁾ P.P., 26, 57 y 58.

Estado debe velar por el bien común como propia misión suya”, porque “*si el obrero, obligado por la necesidad o acosado por el miedo de un mal mayor, acepta, aun no queriéndola, una condición más dura, porque la imponen el patrono o el empresario, esto es ciertamente soportar una violencia, contra la cual reclama justicia*”⁽¹³³⁾.

En este contexto, toda persona tiene el deber de trabajar⁽¹³⁴⁾, el derecho a participar de la producción de su trabajo⁽¹³⁵⁾ y a percibir una remuneración justa por el trabajo la cual, tratándose de un trabajador adulto, debe ser suficiente para fundar y mantener dignamente a una familia⁽¹³⁶⁾.

La industrialización es necesaria para el desarrollo⁽¹³⁷⁾ pero no debe dejarse librada a la sola iniciativa individual, correspondiendo implementar programas para que el proceso se encauce por los cuerpos intermedios, respetando la regla de subsidiariedad⁽¹³⁸⁾, al servicio del hombre⁽¹³⁹⁾. Toda forma de desarrollo económico debe estar al servicio del hombre⁽¹⁴⁰⁾ y las desigualdades en el desarrollo de los hombres y de los pueblos, que deben ser corregidas con criterios de justicia y equidad⁽¹⁴¹⁾. El desarrollo debe ser integral, es decir, para todos los hombres y a todo el hombre⁽¹⁴²⁾.

Los titulares del capital tienen una responsabilidad social y la obligación de asegurar un trabajo productivo y beneficios suficientes a la población⁽¹⁴³⁾. La propiedad de los medios de producción es justa y legítima cuando se emplea para un trabajo útil, pero resulta ilegítima cuando no es valorada o sirve para impedir el trabajo de los demás u obtener unas ganancias que no son fruto de la expansión global del trabajo y de la riqueza social, sino más bien de su comprensión, de la explotación ilícita, de la especulación y de la ruptura de la solidaridad en el mundo laboral. Este tipo de propiedad no tiene ninguna justificación y constituye un abuso ante Dios y los hombres⁽¹⁴⁴⁾.

Las libertades económicas que el estado debe garantizar presupone una cierta igualdad de las partes, no sea que una de ellas supere totalmente en poder a la otra que la pueda reducir prácticamente a esclavitud⁽¹⁴⁵⁾. Es tan válido el derecho a la libertad como el deber de hacer uso responsable del mismo⁽¹⁴⁶⁾. Para encauzar correctamente las libertades, el estado debe participar directa e indirectamente. Indirectamente sobre la base del principio de subsidiariedad, creando condiciones favorable. Directamente sobre la base del principio de solidaridad, “*poniendo en defensa de los más débiles algunos límites a la autonomía de las*

⁽¹³³⁾ R.N., 23, 25 y 32.

⁽¹³⁴⁾ L.E., 16.

⁽¹³⁵⁾ L.E., 15.

⁽¹³⁶⁾ L.E., 19.

⁽¹³⁷⁾ P.P., 25.

⁽¹³⁸⁾ P.P., 33.

⁽¹³⁹⁾ P.P., 34, 42.

⁽¹⁴⁰⁾ G.S., 64 y 65.

⁽¹⁴¹⁾ G.S., 29.

⁽¹⁴²⁾ P.P., 14.

⁽¹⁴³⁾ G.S., 70.

⁽¹⁴⁴⁾ C.A., 43.

⁽¹⁴⁵⁾ C.A., 15.

⁽¹⁴⁶⁾ C.A., 32.

partes que deciden las condiciones de trabajo” correspondiendo asegurar un mínimo vital al trabajador desocupado ⁽¹⁴⁷⁾.

La libertad del mercado debe ser controlada por las fuerzas sociales y por el estado, de manera que se garantice la satisfacción de las exigencias fundamentales de toda sociedad ⁽¹⁴⁸⁾.

En *Ecclesia in América* (México, 1999), Juan Pablo II ha señalado acerca de la globalización, que se trata de un proceso que se impone debido a la mayor comunicación entre las diversas partes del mundo, llevando prácticamente a la superación de las distancias, con efectos evidentes en campos muy diversos. Agrega que *“Desde el punto de vista ético, puede tener una valoración positiva o negativa. En realidad, hay una globalización económica que trae consigo ciertas consecuencias positivas, como el fomento de la eficiencia y el incremento de la producción, y que, con el desarrollo de las relaciones entre los diversos países en lo económico, puede fortalecer el proceso de unidad de los pueblos y realizar mejor el servicio a la familia humana. Sin embargo, si la globalización se rige por las meras leyes del mercado aplicadas según las conveniencias de los poderosos, lleva a consecuencias negativas. Tales son, por ejemplo, la atribución de un valor absoluto a la economía, el desempleo, la disminución y el deterioro de ciertos servicios públicos, la destrucción del ambiente y de la naturaleza, el aumento de las diferencias entre ricos y pobres, y la competencia injusta que coloca a las naciones pobres en una situación de inferioridad cada vez más acentuada. La Iglesia, aunque reconoce los valores positivos que la globalización implica, mira con inquietud los aspectos negativos derivados de ella”* ⁽¹⁴⁹⁾.

4.6.- Los deberes de las naciones en el ordenamiento de la comunidad internacional.

La D.S.I. contribuye a la problemática de la globalización con la visión moral de su doctrina social, que se apoya en sus tres piedras angulares fundamentales: la dignidad humana, la solidaridad y la subsidiariedad. *“La economía globalizada debe ser analizada a la luz de los principios de la justicia social, respetando la opción preferencial por los pobres, que han de ser capacitados para protegerse en una economía globalizada, y ante las exigencias del bien común internacional. En realidad, la doctrina social de la Iglesia es la visión moral que intenta asistir a los gobiernos, a las instituciones y las organizaciones privadas para que configuren un futuro congruente con la dignidad de cada persona. A través de ese prisma se pueden valorar las cuestiones que se refieren a la deuda externa de las naciones, a la corrupción política interna y a la discriminación dentro de la propia nación y entre las naciones”* ⁽¹⁵⁰⁾.

Tal como se ha señalado anteriormente, el inicio de la D.S.I. en 1891 con *Rerum Novarum* estuvo marcado por las contingencias y necesidades propias de esa época, es decir, por la solución que debían dar los gobiernos, como garantes

⁽¹⁴⁷⁾ C.A., 15.

⁽¹⁴⁸⁾ C.A., 35.

⁽¹⁴⁹⁾ Juan Pablo II, *Ecclesia in América*, 20. Exhortación apostólica postsinodal, México, 22 de enero de 1999, T. y S.S., Tomo XXIV-1999, pág. 230.

⁽¹⁵⁰⁾ Juan Pablo II, *Ecclesia in América*, 55, cit. págs. 233 y 234

de la paz, a las luchas obreras que reivindicaban condiciones laborales compatibles con la dignidad del hombre y el fin social de la propiedad.

Una vez producido el “*pacto*” del constitucionalismo social, receptado en gran parte del mundo occidental hacia 1931, *Quadragésimo Año* comienza a ocuparse de los males que originarían luego un injusto reparto de riqueza entre las naciones, cuando alude a la acumulación de poder y recursos, como nota característica de la economía de la época. Refiere aquí Pío XI, en una línea que continuarán sus sucesores, que tal tipo de acumulación de riqueza origina, a su vez, tres tipos de luchas: primero por la hegemonía económica, luego por el poder público para poder abusar de su influencia y autoridad en los conflictos económicos y, finalmente, pugnan entre sí los diferentes estados “*para promover cada cual los intereses económicos de sus súbditos*” (151). En esta línea, se criticará más tarde el sistema capitalista liberal, que solo genera y acentúa desigualdades entre los hombres y las naciones (152).

Mater et Magistra perfecciona algunos de estos principios de *Quadragésimo Año* con respecto a la necesidad de universalizar la justicia social: “*que se establezca un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas y privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común*” (153). Se destaca, como cambio operado desde Pío XII, que “*han surgido con mayor amplitud organismos de dimensiones mundiales que, superando un criterio estrictamente nacional, atienden a la utilidad colectiva de todos los pueblos en el campo económico, social, cultural, científico o político*” (154). Comienza a preocupar a la Iglesia la situación de los asalariados en las regiones y países subdesarrollados (155).

A nivel mundial, se señala que constituye una exigencia del bien común internacional “*evitar toda forma de competencia desleal entre los diversos países en materia de expansión económica, favorecer la concordia y la colaboración amistosa y eficaz entre las distintas economías nacionales y, por último, cooperar eficazmente al desarrollo económico de las comunidades políticas más pobres*” (156). En este llamado a la solidaridad internacional, corresponde a las naciones más desarrolladas no permanecer indiferentes ante los problemas que padecen los habitantes de países en vías de desarrollo (157), y deben ser solidarias (158) en materia económica (159), humanitaria (160) y científica (161), pero evitando incurrir en

(151) Q.A., 108.

(152) P.P., 26, 57 y 58.

(153) M.M., 40.

(154) M.M., 49.

(155) M.M., 68 a 70.

(156) M.M., 80.

(157) M.M., 157.

(158) M.M., 158.

(159) M.M., 160.

(160) M.M., 161 y 162.

(161) M.M., 163 a 165.

un nuevo colonialismo ⁽¹⁶²⁾. Para ello, “*es de todo punto preciso que los Estados se entiendan bien y se presten ayuda mutua*” ⁽¹⁶³⁾.

Juan XXIII seguirá esta misma línea en *Pacem in terris*, encíclica cuyo tema fundamental será la paz: la desigualdad de recursos y oportunidades entre las naciones, conspira contra la paz y el progreso. La paz en el Mundo revestía particular importancia por aquellos años de auge de la llamada *guerra fría*. Constituye el primer llamado institucional de la Iglesia católica a los políticos de las naciones, instándolos a defender la libertad y los derechos fundamentales de los hombres en comunidad ⁽¹⁶⁴⁾.

Las reglas de verdad, justicia, solidaridad y libertad que deben regir las relaciones humanas, deben trasladarse a las relaciones entre las comunidades políticas ⁽¹⁶⁵⁾. Juan XXIII ha resaltado los esfuerzos emprendidos por las naciones para un mejor entendimiento en el derecho internacional ⁽¹⁶⁶⁾, pero señala que ellos son “*insuficientes para el fomento del bien común de todos los pueblos*” ⁽¹⁶⁷⁾. En este sentido, propone la extensión del principio de subsidiariedad a las relaciones internacionales, para que la autoridad mundial se ocupe de resolver aquellos problemas que plantea el bien común universal en la medida que no puedan ser resueltos por las autoridades públicas de cada nación ⁽¹⁶⁸⁾. Resalta la labor emprendida por la Organización de las Naciones Unidas en la aprobación de una Declaración Universal de los Derechos del Hombre, confiando que en algún momento, esta autoridad pueda garantizar la efectiva vigencia universal de estos derechos ⁽¹⁶⁹⁾.

La Constitución Pastoral sobre la Iglesia Católica *Gaudium et spes*, por el Capítulo V, la Sección II proclama la construcción de una comunidad internacional para evitar toda forma de guerra o conflicto. En este sentido, destaca que “*Las instituciones internacionales, universales o regionales que ya existen, ciertamente constituyen un gran beneficio para el género humano y se presentan como un primer esfuerzo para poner los fundamentos internaciones de toda la comunidad humana en orden a resolver los problemas más graves de nuestro tiempo y, ciertamente, para promover el progreso en todas partes y prevenir las guerras en cualquiera de sus formas*” ⁽¹⁷⁰⁾.

Las desigualdades entre los hombres, que dificultan e impiden la libre negociación individual según el desarrollo de *Rerum Novarum*, son luego trasladadas a las relaciones internacionales: “*lo que era verdadero acerca del justo salario individual, lo es también respecto a los contratos internacionales*” ⁽¹⁷¹⁾. El mensaje en este sentido de la D.S.I. es que debe haber fraternidad entre los pueblos y justicia social, para enderezar las relaciones comerciales defectuosas entre ricos y pobres ⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁶²⁾ M.M., 171 a 177.

⁽¹⁶³⁾ M.M., 202.

⁽¹⁶⁴⁾ P.T., 8 a 26.

⁽¹⁶⁵⁾ P.T., 80 a 129.

⁽¹⁶⁶⁾ P.T., 134.

⁽¹⁶⁷⁾ P.T., 135.

⁽¹⁶⁸⁾ P.T., 140.

⁽¹⁶⁹⁾ P.T., 142 a 145.

⁽¹⁷⁰⁾ G.S., 84.

⁽¹⁷¹⁾ P.P., 58.

⁽¹⁷²⁾ P.P., 44.

Los países desarrollados tienen un deber de solidaridad con los subdesarrollados ⁽¹⁷³⁾. De allí que la D.S.I. insista con extender las reglas de paz social de las naciones al derecho internacional, de manera tal que el mercado de competencias sea mantenido dentro de los límites que lo hagan justo y moral: *“La justicia social exige que el comercio internacional, para ser humano y moral, restablezca entre las partes al menos una cierta igualdad de oportunidades”* ⁽¹⁷⁴⁾. Constituyen un obstáculo para el desarrollo armónico de las naciones los nacionalismos ⁽¹⁷⁵⁾ y el racismo ⁽¹⁷⁶⁾. Hay un llamado a la caridad universal, particularmente en la hospitalidad que se debe dar a los extranjeros ⁽¹⁷⁷⁾, sean estos estudiantes ⁽¹⁷⁸⁾ o trabajadores migrantes ⁽¹⁷⁹⁾. *“Las diferencias económicas, sociales y culturales demasiado grandes entre los pueblos provocan discordias y ponen la paz en peligro”* ⁽¹⁸⁰⁾, destacando que la fraternidad y solidaridad entre los pueblos serán de utilidad para lograr un orden social más justo. En ese camino, considera comprendidos a *“Los acuerdos regionales entre los pueblos débiles a fin de sostenerse mutuamente”* ⁽¹⁸¹⁾.

También *Octogesima Adveniens* se ocupa del problema internacional ⁽¹⁸²⁾. Lo hace en el párrafo 43, titulado *“Por una justicia mayor”*. Se sigue la línea trazada en las encíclicas anteriores, en el sentido que deben proyectarse a las relaciones internacionales, los principios de justicia social elaborados hasta aquí. Plantea que en el comercio internacional es necesario superar las relaciones de fuerza para llegar a tratados concertados con la mirada puesta en el bien de todos: *“el deber más importante de la justicia es el de permitir a cada país promover su propio desarrollo, dentro del marco de una cooperación exenta de todo espíritu de dominio, económico y político”*. En este sentido, se menciona preocupación por el surgimiento de potencias económicas, empresas multinacionales con medios suficientes para llevar a cabo estrategias autónomas, sin control desde el punto de vista del bien común y que *“pueden conducir a una nueva forma abusiva de dictadura económica en el campo social, cultural e incluso político”* ⁽¹⁸³⁾.

En esta línea, *Sollicitudo rei socialis* reitera la preocupación de la Iglesia por el injusto reparto de riqueza y progreso entre las naciones del Norte y del Sur ⁽¹⁸⁴⁾. La bipolarización política del mundo dividido en dos bloques ⁽¹⁸⁵⁾ viene acompañada con una carrera armamentística, de corte imperialista, que constituye un obstáculo para el verdadero desarrollo del Mundo ⁽¹⁸⁶⁾ y en vez de acercar a la humanidad a la vida, parece encaminarla hacia la muerte ⁽¹⁸⁷⁾. El verdadero

⁽¹⁷³⁾ P.P., 48.

⁽¹⁷⁴⁾ P.P., 61.

⁽¹⁷⁵⁾ P.P., 62.

⁽¹⁷⁶⁾ P.P., 63.

⁽¹⁷⁷⁾ P.P., 67.

⁽¹⁷⁸⁾ P.P., 68.

⁽¹⁷⁹⁾ P.P., 69.

⁽¹⁸⁰⁾ P.P., 14.

⁽¹⁸¹⁾ P.P., 77.

⁽¹⁸²⁾ O.A., 35.

⁽¹⁸³⁾ O.A., 44.

⁽¹⁸⁴⁾ S.S., 14.

⁽¹⁸⁵⁾ S.S., 20 y 21.

⁽¹⁸⁶⁾ S.S., 10, 22.

⁽¹⁸⁷⁾ S.S., 24.

desarrollo no consiste en la mera acumulación de bienes ⁽¹⁸⁸⁾, pero las postergaciones, la miseria ⁽¹⁸⁹⁾, la falta de vivienda ⁽¹⁹⁰⁾, el desempleo ⁽¹⁹¹⁾, el subdesarrollo, conspiran contra la paz. La deuda internacional, como mecanismo para dar ayuda al desarrollo, se ha transformado en un mecanismo contraproducente, porque obliga a los países pobres a exportar capitales necesarios para mantener o aumentar su nivel de vida y termina acentuando su subdesarrollo ⁽¹⁹²⁾. Por último, se señalan como aspectos positivos la generalización de la Declaración de Derechos Humanos de la O.N.U. y la mayor conciencia que se está imponiendo en la humanidad, más preocupada que antes por la paz ⁽¹⁹³⁾. La encíclica concluye en el carácter espiritual del desarrollo humano y que para alcanzarlo, se debe transitar el camino de la solidaridad y la paz.

En *Centesimus annus*, las nociones sobre la injusticia del uso abusivo de los medios de producción ⁽¹⁹⁴⁾ son aplicadas también a las relaciones internacionales, haciendo un llamado a romper las barreras y los monopolios que dejan a tantos pueblos al margen del desarrollo, y asegurar a todos – individuos y naciones – las condiciones básicas, que permitan participar en dicho desarrollo. Es necesario que las naciones más fuertes sepan ofrecer a las más débiles oportunidades de inserción en la vida internacional; que las más débiles sepan aceptar estas oportunidades, haciendo los esfuerzos y los sacrificios necesarios para ello, asegurando la estabilidad del marco político y económico, la certeza de perspectivas para el futuro, el desarrollo de las capacidades de los propios trabajadores, la formación de empresarios eficientes y conscientes de sus responsabilidades ⁽¹⁹⁵⁾. Es necesario encauzar las relaciones internacionales, para evitar los desvíos de la libertad humana que al apartarse de la verdad y del deber de respetar a los demás hombres, se transforma en un amor propio con desprecio de Dios y del prójimo, conduce al afianzamiento ilimitado del propio interés y no se deja limitar por ninguna obligación de justicia ⁽¹⁹⁶⁾. Este ordenamiento se logra mediante la creación o consolidación de estructuras internacionales, capaces de intervenir, para el conveniente arbitraje, en los conflictos que surjan entre las naciones, de manera que cada una de ellas pueda hacer valer los propios derechos, alcanzando el justo acuerdo y la pacífica conciliación con los derechos de los demás ⁽¹⁹⁷⁾.

Así como el desarrollo es el nuevo nombre de la paz, la guerra es sinónimo de retroceso: así como dentro de cada Estado ha llegado finalmente el tiempo en que el sistema de la venganza privada y de la represalia ha sido sustituido por el imperio de la ley, así también es urgente ahora que semejante progreso tenga lugar en la Comunidad internacional ⁽¹⁹⁸⁾. Una carrera desenfundada a los

⁽¹⁸⁸⁾ S.S., 9.
⁽¹⁸⁹⁾ S.S., 13.
⁽¹⁹⁰⁾ S.S., 17.
⁽¹⁹¹⁾ S.S., 18.
⁽¹⁹²⁾ S.S., 19.
⁽¹⁹³⁾ S.S., 26.
⁽¹⁹⁴⁾ C.A., 43.
⁽¹⁹⁵⁾ C.A., 35.
⁽¹⁹⁶⁾ C.A., 17.
⁽¹⁹⁷⁾ C.A., 27.
⁽¹⁹⁸⁾ C.A., 52.

armamentos absorbe los recursos necesarios para el desarrollo de las economías internas y para ayudar a las Naciones menos favorecidas ⁽¹⁹⁹⁾.

El problema de la deuda externa que afecta a las naciones menos desarrolladas, es motivo de especial tratamiento en *Centesimus annus*. Si bien es ciertamente justo el principio de que las deudas deben ser pagadas. No se considera lícito, en cambio, exigir o pretender su pago, cuando éste vendría a imponer de hecho opciones políticas tales que llevarán al hambre y a la desesperación a poblaciones enteras. No se puede pretender que las deudas contraídas sean pagadas con sacrificios insoportables. En estos casos es necesario encontrar modalidades de reducción, dilación o extinción de la deuda, compatibles con el derecho fundamental de los pueblos a la subsistencia y al progreso ⁽²⁰⁰⁾.

Lo que se dice del desarrollo de la persona humana es aplicable al desarrollo de las Naciones: La historia reciente ha puesto de manifiesto que los países que se han marginado han experimentado un estancamiento y retroceso; en cambio, han experimentado un desarrollo los países que han logrado introducirse en la interrelación general de las actividades económicas a nivel internacional. Parece, pues, que el mayor problema está en conseguir un acceso equitativo al mercado internacional, fundado no sobre el principio unilateral de la explotación de los recursos naturales, sino sobre la valoración de los recursos humanos ⁽²⁰¹⁾.

5.- Conclusión.

De esta breve reseña que hemos realizado, podemos concluir con claridad que el mensaje de la Iglesia Católica, en la globalización, es el de extender los principios de justicia social elaborados por León XIII en *Rerum Novarum*, de manera tal que en la comunidad internacional, todas las sociedades menores, incluidas aquí las naciones, logren cumplir con relación al hombre su función de sociedad perfecta. La doctrina se acerca de este modo al proyecto de un *Nuevo Orden Económico Social Internacional (N.O.E.S.I.)* que en algún momento llamó la atención de la O.N.U. ⁽²⁰²⁾.

Para ello las naciones deben ajustar sus relaciones a los mismos criterios de solidaridad y amor al prójimo que se propugnan para las relaciones individuales. Y deben encontrar los medios de afianzar las organizaciones internacionales para que, por intermedio de estas, se puedan encauzar las relaciones entre los Estados de una manera que posibilite lograr acuerdos justos, esto es, evitando todo tipo de explotación de las naciones más desarrolladas sobre aquellas en vías de desarrollo.

La marginación de los Estados genera, al igual que la marginación entre los hombres, situaciones de odio y recelo que conspiran contra la paz y el desarrollo.

La doctrina del principio de subsidiaridad e importancia asignada a los cuerpos intermedios, elaborada en función de la actividad encomendada al

⁽¹⁹⁹⁾ C.A., 18.

⁽²⁰⁰⁾ C.A., 35.

⁽²⁰¹⁾ C.A., 33.

⁽²⁰²⁾ Capón Filas, Rodolfo, *Acercamiento a Laborem Exercens*, en Rev. T. y S.S., T° VIII-1981, pág. 688

Estado, logra trasladarse al plano internacional, revistiendo aquí igual importancia los procesos de integración regional como el encarado en el Mercosur.

De allí la pertinencia de esta doctrina en el desarrollo del presente trabajo, como asimismo la adecuada inserción en ella de los instrumentos y mecanismos que puedan alcanzarse, a nivel regional, tendientes a evitar la pobreza, la marginalidad y la exclusión social de cualquier persona.

Porque, en definitiva, todas estas cuestiones derivadas de la integración regional culminan en el hombre, de allí la dimensión humana de estos procesos. Como lo ha sostenido Jean Monnet, el ideólogo de la integración europea, *no coaligamos Estados, unimos hombres* ⁽²⁰³⁾.

⁽²⁰³⁾ Citada por Bazán, Víctor, en *El Mercosur en perspectiva*, Rev. E.D., T° 180, pág. 1381.

Capítulo 3

Lineamientos generales del MERCOSUR.

Sumario.

1.- Los modos de integración regional.- 1.1.- Zona de Libre Comercio.- 1.2.- Unión Tarifaria y Unión Aduanera. 1.3.- Mercado Común. 1.4.- Comunidad Económica o Unión Económica e Integración. 2.- El MERCOSUR. 2.1.- El Tratado de Asunción y síntesis de su evolución normativa posterior.- 2.2.- Elementos tipificantes del Mercosur, de sus órganos y del sistema de solución de controversias. 2.2.1.- Caracteres del Mercosur. 2.2.2.- Estructura orgánica del Mercosur. 2.2.3.- Solución de controversias. 3.- Fuentes jurídicas del Mercosur. 3.1.- El derecho comunitario. 3.2.- Clases de fuentes jurídicas en el Mercosur. 3.2.1.- Fuentes originarias. 3.2.2.- Fuentes derivadas. 3.2.3.- Relación con el derecho interno.

1.- Los modos de integración regional.

El Tratado de Asunción, suscripto entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Uruguay, en la ciudad de Asunción, el 26 de marzo de 1991, da origen al más importante proceso de integración económica del que participan los citados Estados, llamado Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

La figura del Mercado Común, constituye uno de los regímenes de excepción al acuerdo general de aranceles aprobado en la Ronda Tokio del GATT ⁽²⁰⁴⁾. Se trata de una de las especies de *"convenios, acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles"*.

Doctrinariamente, se reconocen cuatro especies de convenios de integración, a saber:

1.1.- Zona de Libre Comercio.

El art. XXIV, 8, b, del GATT define la zona de libre comercio en los siguientes términos: *Un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio.*

Su nota característica está dada por la eliminación progresiva de barreras arancelarias entre los Estados que la conforman. Esta se alcanza cuando los países que la integran reducen a cero las tarifas entre sí, pero cada uno conserva tarifas distintas respecto de las importaciones provenientes de terceros países.

1.2.- Unión Tarifaria y Unión Aduanera.

Art. XXIV, 8, a del GATT, define la unión aduanera como *la sustitución de dos o más territorios aduaneros de manera: 1) que los derechos de aduana y demás reglamentaciones comerciales restrictivas sean eliminados con*

⁽²⁰⁴⁾ Actual Organización Mundial del Comercio.

respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de dichos territorios, y 2) que cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella, derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en sustancia, sean idénticos.

Como característica de este sistema, aquí se logra la armonización interna y externa de aranceles aduaneros mediante la adopción de tarifas comunes, esto es: una unión aduanera. Elementos característicos: a.-) la liberación del comercio recíproco, que puede ser gradual; b.-) la adopción de una tarifa externa común: todos los países deciden igualar las tarifas aplicables a la importación de extrazona; y c.-) los países pueden establecer una aduana común encargada de recaudar los fondos y distribuirlos entre miembros. En este último elemento es donde se ha encontrado la diferencia conceptual entre una *Unión Tarifaria* (mera adopción de políticas arancelarias comunes) y una *Unión Aduanera* (políticas arancelarias y recaudación común). Correspondiendo aclarar que el GATT no define a la Unión Tarifaria, tal como sí lo hace con la Unión Aduanera, extremo por el cual nos hemos permitido expresar que se trata de una diferencia de tipo conceptual.

La unión tarifaria no importa la eliminación de las aduanas de cada estado parte, ellos las pueden conservar, recaudando cada uno el producido de los impuestos sin transferirlo a un fondo común. La unión aduanera adiciona a dicha política arancelaria la implementación de un fondo común y criterios de distribución de la recaudación global de impuestos aduaneros.

1.3.- Mercado Común.

Esta figura aparece con el Tratado de París del 18 de abril de 1951, cuando se crea la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

El Acta Única, modificatoria de los Tratados de las Comunidades Europeas, introduce el art. 8° que define al Mercado Interior Europeo como *“un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente tratado”*.

Nota característica del Mercado Común, son las llamadas libertades fundamentales: la libre circulación de mercadería, de personas, de capitales, y la libre prestación de servicios. Esta figura posibilita el desarrollo sin trabas de los dos factores de producción: trabajo y capital. Los trabajadores tienen derecho a acceder libremente a los puestos de trabajo en zonas donde haya mayor demanda de trabajo y, por tanto, mejores condiciones laborales y salariales. Pueden establecerse con sus familias en cualquier país miembro del Mercado Común y trabajar allí. Los empresarios pueden, en libre competencia, producir y vender sus productos donde les sea más ventajoso. Ningún Estado miembro del Mercado Común puede dar un trato preferente a sus propios nacionales frente a los nacionales de los Estados asociados en el campo de aplicación del Tratado constitutivo del Mercado Común⁽²⁰⁵⁾.

1.4.- Comunidad Económica o Unión Económica e Integración.

⁽²⁰⁵⁾ Abreu Bonilla, Sergio, *Mercosur e Integración*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991, pág. 14.

Existen dos grandes tipos de organizaciones internacionales: las fundadas en la simple cooperación entre los Estados y las que gozan de autonomía propia. Las comunidades económicas se corresponderían con el segundo grupo.

Aquí la nota característica está dada porque los Estados transfieren a favor de organismos supranacionales (que ellos mismos integran) ciertos atributos de su soberanía, tales como la determinación de sus políticas comerciales, financieras, de servicios, de transportes, etc. De manera similar a lo que ocurre en los Estados federales, a través de la comunidad económica, los Estados parte ya no ejercerán las facultades delegadas, pasando éstas a constituir la competencia normativa de los organismos supranacionales que ellos mismos conformaron.

Cuando los Estados delegan la competencia referida al valor de su moneda en pos de una unidad monetaria común, que sería el máximo grado de comunidad, se dice que hay integración o unión monetaria.

2.- EI MERCOSUR.

2.1.- El Tratado de Asunción y síntesis de su evolución normativa posterior.

El MERCOSUR, resultante del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991 ⁽²⁰⁶⁾, abarca un mercado de más de 200 millones de habitantes, que representan el 44 % de la población latinoamericana. Su Producto Interno Bruto es aproximadamente de 700.000 millones de dólares, equivalente al 51% del total de la región. Su superficie territorial ocupa el 59 % de la región.

Encuentra como antecedente, el proceso de integración de Argentina y Brasil, iniciado el día 30 de noviembre de 1985, mediante el acuerdo suscripto en la ciudad de Foz de Iguazú, constituyendo una Comisión Mixta de Alto Nivel para la Integración. Uruguay comienza a incorporarse a este proceso el 7 de abril de 1988, mediante la firma del Acta de Alvorada, en la ciudad de Brasilia y definitivamente, junto con Paraguay, con la aceptación de Argentina y Brasil, en la reunión de Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía en Brasilia, el 1° de agosto de 1990.

Posteriormente, el 17 de diciembre de 1991, los Estados Parte suscribieron el "*Protocolo de Brasilia para la solución de controversias*", como norma complementaria del Tratado de Asunción a través de la cual establecieron un mecanismo de solución a las diferencias que pudieran producirse sobre el curso del proceso de integración. El Congreso argentino aprobó este Protocolo por ley 24.102.

Si bien el Tratado de Asunción fue pactado como de "*duración indefinida*" ⁽²⁰⁷⁾ a los fines de la integración económica que comienza a regular, estableció un llamado "*período de transición*" entre la fecha de entrada en vigencia del Tratado y el 31 de diciembre de 1994. Las disposiciones del Tratado acerca de su Estructura Orgánica, Régimen General de Origen, Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de salvaguardia, están destinadas a regir principalmente en dicho período de transición. Por su parte, el Congreso argentino aprobó el T.A. por ley 23.981.

⁽²⁰⁶⁾ Ratificado por la Argentina mediante ley 23.981.

⁽²⁰⁷⁾ Art. 19, T.A.

Antes de producirse el vencimiento del período, el 17 de diciembre de 1994, los Estados Parte suscribieron en la ciudad de Ouro Preto, Brasil, el *“Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur”* que viene a complementar y reforzar las disposiciones del T.A. en cuanto a la estructura orgánica del Mercosur y solución de controversias.

La labor desarrollada en materia de acuerdos de cooperación dentro del contexto del Mercosur ha sido amplísima.

Entre los instrumentos más destacados, que ya fueron ratificados por la Argentina y se encuentran vigentes ⁽²⁰⁸⁾, podemos citar:

√ Convenio para establecer un Comité Regional de Salud Animal (CORESA), suscripto en Viña del Mar, Chile, el 4 de abril de 1991, ratificado por la Argentina mediante ley 24.214.

√ Protocolo sobre promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no partes del Mercosur, suscripto en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994, ratificado por la Argentina mediante ley 24.554.

√ Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur, suscripto en Ouro Preto, Brasil, el 17 de diciembre de 1994, ratificado por la Argentina mediante ley 24.560.

√ Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, firmado por los Estados miembros en el Valle de las Leñas, Departamento de Malargüe, Provincia de Mendoza el 27 de junio de 1992, ratificado por la Argentina mediante ley 24.578.

√ Protocolo de Medidas Cautelares, suscripto en Ouro Preto, el 16 de diciembre de 1994, ratificado por la Argentina mediante ley 24.579.

√ Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, suscripto en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994, ratificado por la Argentina mediante ley 24.669.

√ Protocolo de integración educativa y reconocimiento de certificados, títulos y estudios de nivel primario y medio no técnico, suscripto en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994, ratificado por la Argentina mediante ley 24.676.

√ Protocolo de integración educativa y revalida de diplomas, certificados, títulos y reconocimiento de estudios de nivel medio técnico, suscripto en Asunción, el 5 de agosto de 1995, ratificado por la Argentina mediante ley 24.839.

√ Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones en el Mercosur, suscripto en Colonia, Uruguay, el 17 de enero de 1994, ratificado por Argentina mediante ley 24.891.

√ Protocolo de Integración Cultural del Mercosur, suscripto Fortaleza, Brasil, el 16 de diciembre de 1996, ratificado por Argentina mediante ley 24.993.

√ Protocolo de Integración Educativa para la Prosecución de Estudios de Post-grado en las Universidades de los Países Miembros del Mercosur, suscripto en Fortaleza, Brasil, el 16 de diciembre de 1996, ratificado por Argentina mediante ley 24.997.

⁽²⁰⁸⁾ Información obtenida de la página web de la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur: www1.hcdn.gov.ar/dependencias/cpcmercotur.

- √ Protocolo de Integración Educativa para la formación de recursos humanos a nivel de post-grado entre los países miembros del Mercosur, suscripto en Fortaleza, Brasil, el 16 de diciembre de 1996, ratificado por Argentina mediante ley 25.044.
- √ Protocolo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales, suscripto en Potrero de los Funes, Provincia de San Luis, el 25 de junio de 1996, ratificado por Argentina mediante ley 25.095.
- √ Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el Mercosur, suscripto en Ushuaia, el 24 de julio de 1998, ratificado por Argentina mediante ley 25.133.
- √ Acuerdo complementario al protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, firmado por los Estados miembros en Asunción, el 19 de junio de 1997, ratificado por la Argentina mediante ley 25.222.
- √ Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur y acuerdo sobre arbitraje comercial internacional entre el Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, suscriptos en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998, ratificados por Argentina mediante ley 25.223.
- √ Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados partes del Mercosur, suscripto en Potrerillos de los Funes, Provincia de San Luis, el 25 de junio de 1996 y su fe de erratas, suscripta en Asunción, el 19 de junio de 1997, ratificados por la Argentina mediante ley 25.407.
- √ Acuerdo de admisión de títulos y grados universitarios para el ejercicio de actividades académicas en los Estados partes del Mercosur, suscripto en Asunción, el 14 de junio de 1999, ratificado por la Argentina mediante ley 25.521.
- √ Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR y Reglamento Administrativo para su aplicación, suscriptos en Montevideo, Uruguay, el 15 de diciembre de 1997, ratificados por Argentina mediante ley 25.655.
- √ Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, suscripto en Olivos, Pcia. de Buenos Aires, Argentina, el 18 de febrero de 2002, ratificado por Argentina mediante ley 25.663.

En sus relaciones con terceros países, comunidades u organismos internacionales, los Miembros del Mercosur han venido actuando “*en bloque*” o en común, desde antes de aprobarse la “*personalidad jurídica*” de dicho Mercado Común en el Protocolo de Ouro Preto. En este sentido, se destaca la celebración de un acuerdo con los Estados Unidos de América, denominado oficialmente - por el lugar de su firma- el “*Rose Garden Agreement*” o Acuerdo del Jardín de las Rosas, pero más conocido como el “*cuatro más uno*”. El Acuerdo fue firmado el 19 de junio de 1991 en Washington, y se inscribe dentro del marco más amplio de la Iniciativa para las Américas del Presidente Bush, constituyéndose en el primer instrumento que concreta algunas de las ideas rectoras de su planteamiento⁽²⁰⁹⁾.

Con posterioridad, y siempre en la misma senda de actuación “*en bloque*” o en común, el Mercosur ha ampliado su zona de influencia en los años 1996 y 1997, con los acuerdos de complementación económica, suscriptos, respectivamente, con Chile y Bolivia, destinados a la implementación de una zona de libre comercio entre el Mercosur y el territorio de las citadas naciones. Más tarde, similar criterio se irá a adoptar con el Acuerdo Marco para la Creación de la Zona de

⁽²⁰⁹⁾ Abreu Bonilla, Sergio, *Mercosur e Integración*, cit., pág. 87 a 89.

Libre Comercio entre el Mercosur y la Comunidad Andina, firmado en Buenos Aires el 16 de abril de 1998. En el mismo lugar y fecha, se suscribe un acuerdo de Entendimiento de Cooperación en Materia de Comercio e Inversiones y Plan de Acción entre el Mercosur y Canadá. También suscribirá convenio similar el Mercosur de complementación económica con México ⁽²¹⁰⁾.

En el ámbito extracontinental, cabe citar que en diciembre de 1995 el Mercosur suscribe con la Unión Europea un Acuerdo-Marco Interregional de Cooperación Económica y Comercial que contiene las bases convenidas entre los mismos para avanzar en el establecimiento de una zona de libre comercio común, en los diez años subsiguientes; a cuyos efectos se instituye un Consejo de Cooperación responsable del seguimiento del desenvolvimiento de la asociación creada entre las partes, las que están comprometidas a mantener un diálogo político regular en ese contexto convencional. En diciembre de 1997 se suscribe el Acuerdo de Cooperación entre la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur y la Comisión Europea. Del mismo modo, el Protocolo de Intenciones entre el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), firmado en Montevideo el 15 de diciembre de 1997.

Toda esta producción normativa, sucintamente expuesta, complementada con otros tantos convenios actualmente en trámite de ratificación, tanto intra como extra Mercosur, hacen que la realidad comunitaria de esta región del Sur tenga, por el momento, efectos desconocidos.

2.2.- Elementos tipificantes del Mercosur y sus órganos.

Dado que la DSLM es un instrumento aprobado en el ámbito del Mercosur, es oportuno reeditar aquí ⁽²¹¹⁾ algunos aspectos acerca de las características del Tratado constitutivo, estructura orgánica, sistemas de control interno, y producción normativa. Son puntos que será preciso tener en cuenta a la hora de evaluar ciertos aspectos de la DSLM.

2.2.1.- Caracteres del Mercosur.

Es dable advertir los siguientes caracteres del Mercado Común ⁽²¹²⁾ constituido a partir del Tratado de Asunción:

- a.-) **“Tratado-marco”**. No es un instrumento final, constitutivo del MERCOSUR, sino el instrumento destinado a hacer posible su concreción: es un conjunto de directivas generales, que deben ser ulteriormente desarrolladas y concretadas por convenios especiales ⁽²¹³⁾.
- b.-) **“Integración compleja”**. El Mercado Común del Sur no se ha constituido mediante un único instrumento. El Tratado de Asunción constituye el punto de

⁽²¹⁰⁾ Aprobado por el C.M.C. mediante Decisión N° 15/02.

⁽²¹¹⁾ En su mayoría estos temas están tratados extensamente en el Capítulo III – “El Mercado Común del Sur”, incluido en nuestro *Derecho del Trabajo del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 1999. Otros no, ya que corresponden a modificaciones introducidas en los últimos años, y respecto de ellos las páginas que siguen constituyen una actualización.

⁽²¹²⁾ Abreu Bonilla, Sergio, *Mercosur e Integración*, cit., págs. 47 y ss.

⁽²¹³⁾ Ragazzi, Guillermo Enrique, *Las entidades civiles no gubernamentales y el foro consultivo económico social del Mercosur*, Rev. *La Ley*, T° 1996-E, pág. 1029.

partida o de inicio, de un proceso en continua evolución, que se ha ido integrando con otros tratados y acuerdos posteriores de los cuales hemos hecho una referencia en el punto anterior; es el basamento, normativo y programático, de un proceso de integración cuyo ritmo de avance ha sido desperejo, pero sostenido y gradual. Dentro de los propósitos acordados por los Estados Miembros, estuvo el de concluir el Mercado Común al día 31 de diciembre de 1994. La realidad del carácter sumamente complejo del propósito se ha impuesto, a punto tal de haber experimentado un notable avance normativo desde entonces, pero que no ha podido superar, en los hechos, la barrera de la unión aduanera que actualmente conforma el territorio de sus miembros. Sin embargo, los demás principios y objetivos contenidos en el Tratado, continúan impulsando la actividad normativa que, tarde o temprano, logrará la integración allí planteada. De allí que sostengamos que se trata de una integración del tipo compleja e historicista, si se quiere, pero no puramente normativa. En este sentido, se ha destacado que se trata de una integración de tipo gradual, que debe ir alcanzándose por etapas sucesivas de intensidad creciente, con necesaria ampliación y reajuste de los plazos inicialmente previstos ⁽²¹⁴⁾.

c.-) **“Regionalismo”**. El Mercosur tiene vocación regional, pues queda abierto a la adhesión de los demás Estados miembros de la ALADI, proceso que ha logrado recientemente significativos avances con la admisión de Bolivia, Chile y la Comunidad Andina en calidad de asociados.

d.-) **“De integración económica”**. A mediano plazo, el propósito expresado por las Partes en el Tratado y sus protocolos y acuerdos complementarios, es el de integrar un Mercado Común, mediante aproximaciones sucesivas orientadas hacia la libre circulación de mercaderías, personas, capitales y servicios.

e.-) **“De vocación permanente”**. O de *“duración indefinida”* tal como lo indica el art. 19, lo que confirma lo expuesto acerca del carácter complejo y del tipo historicista de este proceso.

f.-) **“Unión aduanera”**. A partir de haberse aprobado el llamado *Relanzamiento del Mercosur* durante el año 2000 y la aprobación por el Consejo del Mercado Común de diez decisiones básicas para dicho programa, el estado actual del proceso de integración ha logrado implementar una *unión aduanera imperfecta*. Entre otros avances, tenemos la adopción de un *arancel externo común* ⁽²¹⁵⁾ cuyo proceso de convergencia espera ser concluido en el año 2006, *coordinación de políticas macroeconómicas* ⁽²¹⁶⁾, y compromiso de *relacionamiento externo común* del Mercosur con terceros países ⁽²¹⁷⁾, lo que implica la imposibilidad de negociaciones por separado o individuales de los Estados miembros.

g.-) **“Personalidad jurídica”**. El *“Protocolo de Ouro Preto”*, del 17 de diciembre de 1994, asigna al Mercosur *“Personalidad jurídica de derecho internacional”* ⁽²¹⁸⁾ y por lo tanto, lo inviste de facultad para actuar como sujeto de derecho internacional con personalidad distinta a la de los Estados Parte que lo componen, pudiendo *“practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, comparecer en juicio, conservar*

⁽²¹⁴⁾ Ruiz Díaz Labrano, Roberto, *MERCOSUR, Integración y derecho*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1998, pág. 274.

⁽²¹⁵⁾ Decisión CMC 27/00.

⁽²¹⁶⁾ Decisión CMC 30/00.

⁽²¹⁷⁾ Decisión CMC 32/00.

⁽²¹⁸⁾ Art. 34 del P.O.P.

fondos y hacer transferencias"⁽²¹⁹⁾. El Protocolo fue aprobado por la Argentina, mediante ley 24.560 del 6 de octubre de 1995.

h.-) **"Supranacionalidad imperfecta – carácter intergubernamental"**. El Tratado de Asunción excede los límites específicos de los acuerdos de cooperación tipo convencional, mas todavía no ha logrado conformar una estructura supranacional perfecta, con capacidad jurídica suficiente para el dictado de actos, normativos o jurisdiccionales, cuya vigencia sea automática en el territorio de cada uno de los Estados miembros, y la jerarquía sea prevalente respecto de actos similares dictados por sus autoridades internas. Sobre la base de lo dispuesto por el art. 2° del Protocolo de Ouro Preto, se ha sostenido que el Mercosur no dispone de órganos supranacionales sino intergubernamentales, es decir, que no representan al bloque, sino a los Estados parte⁽²²⁰⁾. Las atribuciones conferidas a sus órganos no revisten aún las mismas características que otros órganos permanentes como el Parlamento Europeo o la Corte Europea de Justicia. Sin embargo, se han venido experimentado notorios avances, como la constitución de un Tribunal Permanente de Revisión en el mecanismo de solución de controversias implementado por el Protocolo de Olivos⁽²²¹⁾. Lo propio en materia de recepción normativa del derecho comunitario derivado, a partir del dictado de la Decisión CMC 23/00 que ha venido a interpretar el Protocolo de Ouro Preto en lo concerniente a la incorporación de la normativa del Mercosur en el derecho interno de cada Estado miembro. La trascendencia de esta Decisión está dada por interpretar las fuentes jurídicas del Mercosur delimitadas en el Protocolo, en el sentido que aquellas disposiciones que reglamentan aspectos de la organización o funcionamiento del Mercado Común⁽²²²⁾, *no necesitan ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno de los Estados Miembros y revestirán carácter obligatorio* de acuerdo a lo dispuesto por el art. 42 del Protocolo reglamentado.

i.-) **"Reciprocidad"**. Según el art. 2° del Tratado de Asunción, el Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes. La reciprocidad de incentivos o de estímulos se basa en el concepto de que cada uno de los países miembros debe asumir su cuota de responsabilidad en la obtención de los beneficios derivados del sistema. Una vez definidos con precisión los objetivos generales del sistema, se trata que las opciones para la obtención de los beneficios de parte de cada país sean igualitarias o, por lo menos, equitativas, aún cuando haya o al menos sea posible prever determinados grados relativos de aplicación en este proceso. De este modo, se establece como compromiso de los Estados el reconocerse entre sí, un trato igual o equivalente al que cada uno de ellos recibe de los demás. Esta reciprocidad, se prevé en grado pleno, sin restricciones, meta a alcanzar progresivamente a partir de 1994. De manera complementaria, el art. 7° establece que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional.

⁽²¹⁹⁾ Art. 35 del P.O.P.

⁽²²⁰⁾ Bazan, Víctor, *El Mercosur en perspectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica a favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales*, Rev. E.D. T° 180 pág. 1364.

⁽²²¹⁾ Ratificado por Argentina mediante ley 25.663. Al momento de redactar este trabajo, el Protocolo de Olivos aguarda completar las cuatro ratificaciones para su entrada en vigencia.

⁽²²²⁾ Decisión CMC N° 23/00, art. 5 inc. B.

2.2.2.- Estructura orgánica del Mercosur.

La estructura orgánica o institucional del MERCOSUR, se encontró originariamente regulada en el Capítulo II, artículos 9 a 18 del Tratado de Asunción. Posteriormente, su estructura institucional quedó consagrada en el “*Protocolo de Ouro Preto*”, del 17 de diciembre de 1994, la que se mantuvo hasta diciembre del año 2000.

En el marco del relanzamiento del Mercosur, la reunión del Consejo del Mercado Común en Buenos Aires, aprobó la Decisión N° 26/00 del 29 de junio de 2000, por la cual se instruía al Grupo Mercado Común para que a través de un Grupo Ad Hoc, evalúe el estado de cumplimiento de los objetivos establecidos para cada Subgrupo de Trabajo, Reunión Especializada y Comité Técnico. Sobre la base de esta información, el 14 de diciembre de 2000, en su reunión de Florianópolis, el Consejo Mercado Común aprueba la Decisión N° 59/00 que reestructura los órganos dependientes del Grupo Mercado Común y de la Comisión de Comercio del Mercosur. Cabe anticipar que solo estos dos últimos órganos y el Consejo Mercado Común tienen poder de decisión ⁽²²³⁾, punto que debe destacarse y subrayarse muy especialmente.

De la conjunción de los citados Tratados y decisiones complementarias ⁽²²⁴⁾, la estructura orgánica del Mercosur ha quedado conformada del siguiente modo:

a.-) Consejo del Mercado Común.

Es el órgano superior del Mercosur. Le incumbe “*la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción*” ⁽²²⁵⁾. Está compuesto por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los Estados miembros. Sus funciones son la conducción política y la toma de decisiones, como autoridad máxima. La actividad desempeñada por este órgano ha sido intensa y sumamente fructífera en cuanto a su resultado. Hasta la reunión que mantuvo en Buenos Aires, los días 4 y 5 de julio de 2002, lleva aprobadas desde su constitución en 1991, la módica cantidad de 274 decisiones.

b.-) Grupo Mercado Común.

Es su órgano ejecutivo ⁽²²⁶⁾ y cuenta con la más amplia facultad de iniciativa. Está integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, que representarán a los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Economía o equivalentes y Banco Central ⁽²²⁷⁾. El Grupo constituirá subgrupos de negociación, sobre base temática, para estudiar la coordinación sectorial y macroeconómica.

⁽²²³⁾ Arts. 2°, 42 y conchs. del P.O.P.

⁽²²⁴⁾ Estas últimas, actualizadas al mes de julio de 2002, fueron obtenidas de la página web del Boletín Oficial del Mercosur, suministrada por el Instituto de Economía Internacional, <http://iei.uv.es/mercosur>.

⁽²²⁵⁾ Art. 3 del P.O.P.

⁽²²⁶⁾ Arts. 13 del T.A. y 10 del P.O.P.

⁽²²⁷⁾ Arts. 14 del T.A. y 11 del P.O.P.

c.-) Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur.

El art. 24 del Tratado de Asunción prevé su creación, pero su composición y competencias quedan derivadas a lo que se disponga por acuerdos interparlamentarios.

d.-) Secretaría Administrativa.

Creada por el art. 15 del Tratado de Asunción dentro de la esfera del Grupo Mercado Común, tiene a su cargo la guarda de documentos y comunicación de actividades del mismo. Su sede, por imperio de la citada norma, será en la ciudad de Montevideo. Está a cargo de un Director, que debe ser nacional de uno de los Estados Partes, designado por el Grupo Mercado Común previa consulta de los demás Estados Partes. Tendrá un mandato de dos años, quedando prohibida la reelección ⁽²²⁸⁾.

e.-) Comisión de Comercio del Mercosur.

Asiste al Grupo Mercado Común en la aplicación de los instrumentos de política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera, y hace seguimiento de las políticas comerciales comunes intra-Mercosur y con terceros países ⁽²²⁹⁾. Se integra por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por cada Estado Parte, bajo la coordinación de los Ministerios de Relaciones Exteriores ⁽²³⁰⁾. Por Decisión C.M.C. N° 59/00, esta Comisión de Comercio ha sido dotada de Comités Técnicos, de acuerdo a la siguiente estructura:

CT-1: Aranceles Nomenclatura y Clasificación de Mercaderías.

CT-2: Asuntos Aduaneros.

CT-3: Normas y Disciplinas Comerciales.

CT-4: Políticas Públicas que Distorsionan la Competitividad.

CT-5: Defensa de la Competencia.

CDCS: Comité de Defensa Comercial y Salvaguardias.

CT-7: Defensa del Consumidor.

Los Comités Técnicos tienen por principal función la de elaborar programas de trabajo anuales dentro de sus especialidades, los que deben ser enviados para su análisis y aprobación, en la primer reunión ordinaria anual de la Comisión de Comercio.

f.-) Foro Consultivo Económico Social.

Su función es netamente consultiva, manifestándose con Recomendaciones dirigidas al Grupo Mercado Común. Está compuesto por las respectivas Secciones Nacionales de cada Estado Parte en el Mercosur, las que

⁽²²⁸⁾ Art. 33 del P.O.P.

⁽²²⁹⁾ Art. 16 del P.O.P.

⁽²³⁰⁾ Art. 17 del P.O.P.

cuentan con autonomía organizativa para definir los sectores económicos y sociales que las compondrán ⁽²³¹⁾. Su órgano de mayor jerarquía es el Plenario del foro, integrado por nueve delegados que designa cada Sección Nacional.

g.-) Reuniones de ministros.

Tal vez por la necesidad de extender la práctica del funcionamiento del Consejo Mercado Común creado por el art. 3 del Protocolo de Ouro Preto a áreas ministeriales no directamente vinculadas con las inherentes de los miembros de dicho Consejo, este órgano promovió las reuniones de ministros de otras áreas por Decisión N° 05/91 ⁽²³²⁾, con el objeto de colaborar en el tratamiento de los asuntos vinculados al Tratado de Asunción, en las materias propias de su incumbencia.

Decisiones posteriores de este último órgano, fueron conformando las siguientes reuniones de ministros:

- √ de economía y presidentes de bancos centrales ⁽²³³⁾.
- √ de trabajo ⁽²³⁴⁾.
- √ de agricultura ⁽²³⁵⁾.
- √ de justicia ⁽²³⁶⁾.
- √ de educación ⁽²³⁷⁾.
- √ de salud ⁽²³⁸⁾.
- √ de cultura ⁽²³⁹⁾.
- √ de interior ⁽²⁴⁰⁾.
- √ de industria ⁽²⁴¹⁾.
- √ de minas y energía ⁽²⁴²⁾.
- √ de desarrollo social ⁽²⁴³⁾.

h.-) Comisión Sociolaboral del Mercosur (C.SL.).

Creada por la *D.SL.M.* el 10 de diciembre de 1998, como órgano tripartito, auxiliar del Grupo Mercado Común, que tiene a su cargo la tarea promocional de acompañar la aplicación de ese instrumento. A tal fin, ha sido dotado de instancias nacional (Comisión Sociolaboral Nacional, C.SL.N., una por Estado Parte) y regional (Comisión Sociolaboral Regional, C.SL.R.).

⁽²³¹⁾ Art. 3° del Reglamento del FCES.

⁽²³²⁾ Brasilia, 17/12/91.

⁽²³³⁾ Decisión CMC N° 06/91.

⁽²³⁴⁾ Decisión CMC N° 16/91.

⁽²³⁵⁾ Decisión CMC N° 11/92.

⁽²³⁶⁾ Decisión CMC N° 08/91.

⁽²³⁷⁾ Decisión CMC N° 07/92.

⁽²³⁸⁾ Decisión CMC N° 03/95.

⁽²³⁹⁾ Decisión CMC N° 02/95.

⁽²⁴⁰⁾ Decisión CMC N° 07/96.

⁽²⁴¹⁾ Decisión CMC N° 07/97.

⁽²⁴²⁾ Decisión CMC N° 60/00.

⁽²⁴³⁾ Decisión CMC N° 61/00.

En cumplimiento de esta Declaración, el Grupo Mercado Común mediante Resolución N° 15/99 (Asunción, 9/3/99) aprobó la creación de esta Comisión, previendo que se integrará por un miembro titular y un alterno de cada uno de los tres sectores involucrados por cada estado parte del Mercosur. El reglamento interno de la Comisión Sociolaboral del Mercosur fue aprobado por Resoluciones G.M.C. Nros. 12/00 (Buenos Aires, 5/6/2000, Reglamento de la C.SL.R.) y 85/00 (Brasilia, 7/12/2000, Reglamento de la C.SL.N.). La competencia de la C.SL.R. vino impuesta por la *D.SL.M.* A dicho órgano le compete: a.-) examinar, comentar y canalizar las memorias preparadas por los Estados Parte, resultantes de los compromisos de esta Declaración; b.-) formular planes, programas de acción y recomendaciones tendientes a fomentar la aplicación y el cumplimiento de la Declaración; c.-) examinar observaciones y consultas sobre dificultades e incorrecciones en la aplicación y cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Declaración; d.-) examinar dudas sobre la aplicación de la Declaración y proponer aclaraciones; e.-) elaborar análisis e informes sobre la aplicación y el cumplimiento de la Declaración; f.-) examinar e instruir las propuestas de modificación del texto de la Declaración y darles el curso pertinente.

i.-) Foro de Consulta y Concertación Política.

Creado por Decisión del C.M.C. N° 18/98 (Río de Janeiro, 10 de diciembre de 1998), como órgano auxiliar del Consejo del Mercado Común. Está integrado por altos funcionarios de las cancillerías de los Estados partes. Tiene por objetivo ampliar y sistematizar la cooperación política entre los Estados Partes y profundizar el examen y la coordinación de la agenda política de los mismos, inclusive en lo atinente a las cuestiones internacionales de naturaleza política y de interés político común relacionado con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. A tal fin, este órgano formulará recomendaciones, adoptadas por consenso, las que serán sometidas al Consejo del Mercado Común, para su consideración. Se ha previsto que este órgano sesione con participación de los representantes de la República de Bolivia y de la República de Chile en temas relacionados con la agenda de interés común.

Por su parte, la estructura actual del Grupo Mercado Común ha sido aprobada por el Consejo Mercado Común, en la citada Decisión N° 59/00 y se encuentra configurada del siguiente modo:

A.- Subgrupos de Trabajo:

SGT-1: Comunicaciones

SGT-2: Aspectos Institucionales

SGT-3: Reglamentos Técnicos y Evaluación de la Conformidad

SGT-4: Asuntos Financieros

SGT-5: Transportes

SGT-6: Medio Ambiente

SGT-7: Industria

SGT-8: Agricultura

SGT-9: Energía y Minería

SGT-10: Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social

SGT-11: Salud

SGT-12: Inversiones

SGT-13: Comercio Electrónico

SGT-14: Seguimiento de la Coyuntura Económica y Comercial.

B.- Reuniones Especializadas:

√ Autoridades de Aplicación en Materia de Drogas.

√ Mujer.

√ Ciencia y Tecnología.

√ Turismo.

√ Promoción Comercial.

√ Municipios/Intendencias del MERCOSUR.

√ Infraestructura de la Integración.

√ Cooperativas ⁽²⁴⁴⁾.

C.- Grupos Ad Hoc:

√ Concesiones.

√ Sector Azucarero.

√ Compras Gubernamentales.

√ Relacionamiento Externo.

√ Integración Fronteriza ⁽²⁴⁵⁾.

Los Grupos "Ad Hoc" tienen duración limitada al cumplimiento de sus respectivos mandatos. También se han desarrollado los siguientes órganos complementarios, dentro del Grupo Mercado Común:

D.-Comité de Cooperación Técnica

E.-Comité de Directores de Aduana

F.-Comité de Sanidad Animal y Vegetal

G.-Grupo de Servicios

El régimen diseñado por la propia D.S.L.M. para su aplicación y seguimiento (arts. 20 a 23), sobre el cual volveremos más adelante, ha previsto la intervención *promocional y no sancionatoria* de una Comisión Sociolaboral, de composición tripartita, que actúa a nivel nacional (Comisión Sociolaboral Nacional) y en plenario en una Comisión Sociolaboral Regional. El control que hace esta Comisión es de seguimiento acerca de cómo los Estados cumplen la D.S.L.M. Para realizar su tarea, cuenta con las Memorias confeccionadas por los Estados Miembros a través de las Comisiones Nacionales. Dicho control no excluye los controles internos que debe realizar cada Estado, a través de sus órganos

⁽²⁴⁴⁾ Decisión CMC N° 35/01.

⁽²⁴⁵⁾ Decisión CMC N° 05/02.

Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tendiente a evitar que sus actos sean contrarios a los derechos y principios reconocidos por la D.S.L.M.

2.2.3.- Solución de controversias.

La existencia de un órgano especializado con funciones jurisdiccionales dentro de un esquema de integración, es en cierta forma, el elemento que permite medir la madurez política del proceso. Así ha ocurrido en el ámbito de la Comunidad Europea. Pero los antecedentes integracionistas latinoamericanos, se han caracterizado por un cúmulo de incumplimientos, tanto implícitos como explícitos. La ausencia de un órgano independiente con función jurisdiccional controlando la legalidad de las medidas internas en su relación con las normas de derecho comunitario, determinó que la mayoría de los Estados miembros asumieran conductas contrarias a las obligaciones contraídas.

En oportunidad de suscribirse el Tratado de Asunción, por el Anexo III del mismo, las partes pactaron que antes de concluirse el período de transición, inicialmente previsto hasta el 31 de diciembre de 1994, adoptarían un “*Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común*”, a tal fin se convocó al Grupo Mercado Común para la elaboración de una propuesta.

Sobre la base de dichas previsiones, el 17 de diciembre de 1991, se firma en la ciudad de Brasilia el “*Protocolo de Brasilia Para la Solución de Controversias*”, aprobado por el Congreso argentino mediante ley 24.102 del 6 de julio de 1992.

Este Protocolo adopta un sistema de solución de controversias mediante la implementación de un proceso arbitral, llevado a cabo por ante un “*Tribunal*” arbitral integrado “*ad hoc*”, es decir, en cada caso concreto y no constituye un órgano permanente dentro del marco de la integración ⁽²⁴⁶⁾.

El 18 de febrero de 2002, las partes del Mercosur suscriben en Olivos, un nuevo Protocolo para la solución de controversias en el Mercosur. Dicho instrumento aún no ha entrado en vigencia. Con fecha reciente fue ratificado por la Argentina mediante ley 25.663 (B.O. 18/2/2002.). Cuando entre en vigencia, derogará el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias y el Reglamento del Protocolo de Brasilia ⁽²⁴⁷⁾ ⁽²⁴⁸⁾.

Está destinado a regir desde los treinta días posteriores a la cuarta ratificación, hasta la finalización del proceso de convergencia del arancel externo común. En dicho período, los Estados miembros continuarán la revisión del Protocolo a fin de lograr la implementación del sistema permanente de solución de controversias previsto por el numeral 3 del Anexo III al Tratado de Asunción.

Merece destacarse que sus disposiciones importan un claro avance en el proceso de integración, ya que por primera vez el Protocolo instituye un Tribunal Permanente de Revisión, con competencia para emitir opiniones consultivas y ejercer jurisdicción por apelación respecto de los laudos arbitrales del sistema de

⁽²⁴⁶⁾ Hemos hecho referencia a las particularidades del sistema diseñado por el Protocolo de Brasilia en nuestro *Derecho del Trabajo del Mercosur*, cit., págs. 53 y ss., de modo que allí nos remitimos.

⁽²⁴⁷⁾ Aprobado por Decisión CMC 17/98.

⁽²⁴⁸⁾ Protocolo de Olivos, art. 55 inc. 1°.

tribunales *ad hoc* para la solución de controversias que se mantiene por este instrumento.

Por último, corresponde anticipar que la D.S.L.M. en su art. 25 excluye la aplicabilidad de ese instrumento a “*cuestiones comerciales, económicas y financieras*”, dejando en claro así, que en lo concerniente a su aplicación y seguimiento no intervienen los órganos *ad hoc* o permanentes que actúan en el régimen de solución de controversias.

3.- Fuentes jurídicas del Mercosur.

En el Mercosur, las fuentes normativas se encuentran definidas por el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, y están dadas por las siguientes:

I - El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;

II - Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;

III - Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción”.

Por su parte, el artículo siguiente se ocupa de precisar que “*Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país*”.

3.1.- El derecho comunitario.

Estas fuentes constituyen, sin duda, el germen de una nueva disciplina jurídica, distinta del derecho internacional, que se ha dado en llamar *derecho comunitario* o *derecho de la integración*, cuyo presupuesto principal está dado por la creación de nuevas entidades, de composición intergubernamental, pero de tipo supranacional, que son distintas de los Estados nacionales y también se diferencian de los clásicos organismos internacionales.

Señalaba Ekmekdjian que “*uno de los rasgos que caracteriza especialmente a las entidades supranacionales gestadas por medio de este nuevo derecho de integración -a diferencia de lo que sucede con los organismos internacionales típicos-, es que los órganos de las mismas tienen poderes directos y coercitivos, no sólo sobre los Estados miembros, sino y fundamentalmente sobre los habitantes de éstos*”. “*Ello implica que hay una suerte de transferencia (parcial) de ciertos atributos emanados de la soberanía de los Estados miembros hacia la entidad supranacional que los agrupa*”⁽²⁴⁹⁾.

El grado de integración más perfecto que se ha logrado hasta ahora de la fecha se encuentra, sin duda, en el ámbito de la Unión Europea, la cual se ha consolidado sobre la base de Comunidades Europeas que se han ido manifestando como organizaciones autónomas que ejercen los poderes que los Estados miembros

⁽²⁴⁹⁾ Ekmekdjian, Miguel Angel, *Hacia una república latinoamericana*, editorial Depalma, Bs. As., 1991, pág. 1; íd., *El nuevo tratado del Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR) y la integración latinoamericana*, Rev. La Ley, Tomo 1991-C, pág. 864.

de ellas les han cedido expresamente desde el momento de su integración en ellas. En el ámbito de las competencias así atribuidas, las Comunidades ejercen poderes normativos propios, que no requieren necesariamente intervención de los Estados miembros para producir sus naturales efectos y que, en todo caso, gozan de primacía sobre las normas nacionales a las cuales desplazan. El Tribunal Europeo de Luxemburgo dijo en oportunidad de resolver el célebre caso "*M. Flaminio Costa c/ ENEL*", del 15 de julio de 1964, que la Comunidad Económica Europea estaba dotada de instituciones y de personalidad propias, como de la consecuente capacidad jurídica y representación internacional: "*al constituirse una Comunidad de duración ilimitada dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y más particularmente de poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y han creado así un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos*".

Esta doctrina fue completada por el Tribunal Europeo en el fallo "*Cilfit*", del 6 de octubre de 1982, cuando dijo que "*ese cuerpo de derecho, surgido de una fuente autónoma, constituye una fuente de derecho en sentido propio, dotado de sus propias fuentes, capaz de generar sus propios principios y sus propias categorías conceptuales, no siempre coincidentes con el derecho nacional*"⁽²⁵⁰⁾.

Estos tratados, en suma, tienen como objetivo inmediato la integración económica mediante la formación de un mercado común sin barreras aduaneras internas, pero van avanzando hacia una integración política, fundamentalmente por la dependencia recíproca y por la actividad de los poderes supranacionales, que van creando un derecho comunitario distinto y superior a los derechos nacionales.

Ocurre que todo proceso de integración trae como consecuencia la creación de órganos y autoridades comunes a los Estados parte, cuya misión será la de dictar normas de convivencia tendientes a la consecución de los objetivos perseguidos con la unión. Para que la integración sea viable, es necesario que las normas dictadas por los órganos comunitarios, llamadas derecho comunitario, tengan recepción inmediata en el derecho interno de cada uno de los Estados Miembros. La efectiva vigencia de estas normas exigirá que ellas tengan carácter "*supralegal*" es decir, cuenten con jerarquía superior a las leyes internas dictadas por cada uno de los Estados.

Este conjunto de normas que integra el llamado *derecho comunitario* es tradicionalmente clasificado en dos tipos de fuentes⁽²⁵¹⁾ a saber:

a.-) *Derecho primario u originario*. Está conformado por los tratados constitutivos de las Comunidades y los tratados que los modifican. Son convenios multilaterales concluidos con la pertinente ratificación que exige el derecho interno. Sus principales efectos a nivel comunitario son los siguientes:

√ *Materialmente*, representan un conjunto de normas de contenido superior (superlegalidad material).

⁽²⁵⁰⁾ Sarmiento García, Jorge H. y Ferrando, Ismael, *Procesos de Integración y Mercosur*, Depalma, Bs. As. 1994, págs. 58 y 59.

⁽²⁵¹⁾ Merino Merchán, José Fernando y otros, *Lecciones de derecho constitucional*, reimpr. de la 1° edición, editorial Tecnos, Madrid, 1997, págs. 324 y 325.

√ *Formalmente*, contienen la rigidez propia de este tipo de normas (superlegalidad formal). Su procedimiento de reforma o revisión exige la participación de los órganos comunitarios y el acuerdo unánime de los Estados miembros manifestado en un nuevo Tratado modificativo concluido igualmente de manera solemne.

b.-) *Derecho derivado*. Es el conjunto de normas emanadas de las instituciones comunitarias dotadas de poder legislativo.

3.2.- Clases de fuentes jurídicas en el Mercosur.

Según se ha visto más arriba, la enumeración de fuentes detallada por el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, nos permite recurrir al citado criterio tradicional de clasificación de fuentes del derecho comunitario, en originarias y derivadas.

3.2.1.- Fuentes originarias.

Son las citadas en los apartados I y II del art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, a saber: (I) Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; (II) Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos.

Estas normas son propias del derecho internacional público y se rigen por las disposiciones del llamado derecho de los tratados, cuyo marco regulatorio principal viene impuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ⁽²⁵²⁾. Cabe destacar con relación a este último instrumento, que es generalizada en la doctrina la preocupación por el hecho que Brasil aún no ha ratificado esta Convención ⁽²⁵³⁾.

En el ámbito de las organizaciones internacionales que integran los cuatro miembros del Mercosur, esto es, Organización Mundial del Comercio y A.L.A.D.I. Con relación a la primera de ellas, hemos visto más arriba que el Mercosur constituye uno de los regímenes de excepción al GATT, toda vez que se trata de una de las especies de *"convenios, acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles"*. En el ámbito de la A.L.A.D.I., de la cual participan los cuatro miembros del Mercosur, el Tratado de Montevideo de 1980 permite la suscripción de *"acuerdos de alcance parcial"* (AAP) ⁽²⁵⁴⁾ a través de los cuales se implemente, entre dos o más países, un subsistema de preferencias comerciales.

El art. 7° del Tratado de Montevideo de 1980, define del siguiente modo a los *acuerdos de alcance parcial*: *son aquellos en cuya celebración no participa la totalidad de los países miembros, y propenderán a crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional mediante su progresiva multilateralización. Los derechos y obligaciones que se establezcan en los acuerdos de alcance parcial regirán exclusivamente para los países miembros que los suscriban o que a ellos adhieran"*. El Tratado de Asunción encuadra en esta

⁽²⁵²⁾ Ratificada por Argentina mediante ley 19.865.

⁽²⁵³⁾ Bazán, Víctor, *El Mercosur en prospectiva*: ..., cit., pág. 1374.

⁽²⁵⁴⁾ Arts. 2 y 7 del Tratado de Montevideo de 1980.

categoría ⁽²⁵⁵⁾.

Dentro del territorio de cada uno de los Estados miembros, estas fuentes originarias tendrán la jerarquía asignada por sus propias constituciones y ordenamientos internos. Es uno de los efectos del sistema dualista (En la segunda parte de este trabajo, veremos la disparidad constitucional que existe sobre el particular, siendo que en Argentina y Paraguay los tratados tienen jerarquía superior a la ley, mientras que en Brasil y Uruguay tienen la misma jerarquía). En este sentido, la normativa del Mercosur se halla complementada, tal como se ha visto, con las normas del derecho internacional. En función de lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

3.2.2.- Fuentes derivadas.

A este tipo de fuentes se refiere el Apartado III del art. 41 del Protocolo de Ouro Preto y son las *Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción*.

Se trata de decisiones, muchas de ellas con alcance general y contenido normativo, dentro del territorio del Mercosur, adoptadas en ejercicio de las facultades que los Estados miembros le han conferido a los órganos del Mercosur, cuya nómina y competencias hemos tratado más arriba. Su regulación se encuentra prevista por el Capítulo III del Protocolo de Ouro Preto, arts. 37 a 39. Como principio, estas decisiones deben tomarse por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes (art. 37).

Una vez aprobadas, rige el compromiso adoptado por los Estados miembros de *“adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur”*, debiendo informar al respecto a la Secretaría Administrativa del Mercosur (art. 38).

La jerarquización vista en oportunidad de tratar la estructura orgánica del Mercosur es la que le confiere a estas normas su grado de prelación. De allí se sigue que las normas derivadas de mayor jerarquía son las *Decisiones* dictadas por el Consejo del Mercado Común, muchas de ellas reglamentan las fuentes originarias con carácter general, aprueban proyectos de tratados y coordinan la labor técnica de los restantes órganos. Las *Resoluciones* del Consejo Mercado Común están mayormente destinadas a cumplir y reglamentar Decisiones del Consejo, como asimismo a coordinar la labor armonizativa de las distintas áreas a cargo de los sub-grupos de trabajo. Por último, las *Directivas* de la Comisión de Comercio tienen por característica revestir carácter eminentemente técnico ⁽²⁵⁶⁾.

⁽²⁵⁵⁾ Para ampliar, véase nuestro *Derecho del trabajo en el Mercosur*, cit., págs. 38 y ss.

⁽²⁵⁶⁾ En sentido similar, Barra, Rodolfo Carlos, *Fuentes jurídicas del ordenamiento de la integración*, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1998, pág. 239; y Freeland López Lecube, Alejandro, *Manual de derecho comunitario*, Abaco Universidad Austral, Buenos Aires, 1996, págs. 212 y 213

Para la entrada en vigencia de estas normas se ha previsto el régimen que la doctrina ha calificado como de “*vigencia simultánea*”⁽²⁵⁷⁾. Esto significa la adopción de un sistema de recepción normativa de tipo complejo. Una vez aprobada la norma por los órganos del Mercosur, ella debe ser incorporada por los Estados Miembros e informar a la Secretaría Administrativa del Mercosur. Cuando los cuatro Estados Miembros concluyeron con dicho trámite, la Secretaría Administrativa expide una comunicación oficial a cada estado miembro. Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de esta comunicación (art. 40 inc. iii.-).

Sin embargo, el requisito de la incorporación expresa de las normas derivadas no rige en todos los casos.

Ello es lo que resulta del art. 42 del Protocolo de Ouro Preto, que luego de sostener que este tipo de normas derivadas “*tendrán carácter obligatorio*”, agrega que “*cuando sea necesario*” deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

Ello nos permite agregar que, dentro de las fuentes jurídicas derivadas del Mercosur, hay dos categorías: a.-) Normas de “*vigencia simultánea*”, que requieren de un procedimiento complejo para su entrada en vigencia, con recepción expresa en el derecho interno de cada uno de los Estados miembros y posterior intervención de la Secretaría Administrativa del Mercosur; y b.-) Normas de “*aplicabilidad directa*”, que no requieren de este procedimiento de tipo complejo y, por lo tanto, tendrán carácter obligatorio para los Estados miembros a partir de su aprobación en el seno del órgano del Mercosur, de acuerdo con lo dispuesto por la primer parte del art. 42 del Protocolo de Ouro Preto.

Pero ocurre que a partir del momento en que existe una categoría de normas cuya “*aplicabilidad directa*” viene asignada por las fuentes originarias del Mercosur que se rigen, según hemos visto, por el derecho internacional de los tratados y la obligación de cumplimiento más allá de las dificultades que el derecho interno pueda presentar, no podemos menos que anticipar que el principio de ausencia de suprallegalidad en el Mercosur no es del tipo absoluto.

El no haber advertido la existencia de este distinto tratamiento, ha llevado a parte de la doctrina a sostener que no hay supranacionalidad en el MERCOSUR, a partir del momento en que las normas dictadas por sus respectivos órganos no son directamente operativas y obligatorias⁽²⁵⁸⁾. Otro sector se ha manifestado en sentido similar al nuestro, sosteniendo que “*el derecho derivado no goza de aplicabilidad inmediata, aunque sí directa según el contenido de la norma*”⁽²⁵⁹⁾. Aunque también se ha sostenido, como conclusión de un muy fundamentado trabajo, que “*el ordenamiento de nuestro proceso de integración – se está refiriendo al MERCOSUR – participa de los caracteres propios de un sistema normativo comunitario (efecto directo, primacía y efecto inmediato); o, para decirlo claramente,*

⁽²⁵⁷⁾ Bertoni, Liliana, *Vigencia de las normas en el espacio jurídico Mercosur*, Rev. J.A., T° 2002-II, pág. 21.

⁽²⁵⁸⁾ Mariño Fages, Jorge R. J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Mario Viera Editor, Buenos Aires 1999, pág. 240; en el mismo sentido, González, Flavio Floreal, *Mercosur: un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio*, en Rev. L.L., T° 2000-B, pág. 1038.

⁽²⁵⁹⁾ Barra, Rodolfo Carlos, *Fuentes jurídicas del ordenamiento de la integración*, cit., pág. 240.

entendemos que el Derecho MERCOSUR es Derecho comunitario en el sentido técnico de la expresión" (260)

Nuestra conclusión se ha visto recientemente confirmada, con la reglamentación del art. 42 del Protocolo de Ouro Preto que ha hecho el Consejo Mercado Común, mediante Decisión N° 23/00 (261).

El art. 5° de la Decisión reglamentaria, reconoce la existencia de una categoría de normas derivadas de "*aplicabilidad directa*", las cuales "*entrarán en vigencia a partir de su aprobación*". En sus dos incisos, el artículo se refiere a las dos sub-categorías de este tipo de normas: a.-) aquellas cuyo contenido trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del Mercosur, a las que podemos denominar "*de organización*"; y b.-) aquellas otras cuyo contenido ya estuviera contemplado en la legislación nacional de un estado parte, que podemos llamar "*de reconocimiento*".

Cuando se trata de normas "*de organización*", la Decisión exige que dicho carácter sea explícito en el texto del documento, dejándose constancia de su "*aplicabilidad directa*", esto es, que la norma no necesita ser incorporada en un posterior procedimiento de recepción y rige, como hemos visto, desde su aprobación (262).

Para las normas "*de reconocimiento*", rige un trámite simplificado. El estado solo debe informar a la Secretaría Administrativa del Mercosur la existencia de la norma nacional que incluye el contenido de la norma del Mercosur en cuestión (263).

En ambos casos, la norma derivada puede establecer condiciones especiales en torno a la fecha o plazos para su incorporación, prevaleciendo en tal supuesto, la regulación particular (264).

En todos los casos, cuando se trate de Decisiones del Consejo del Mercado Común, Resoluciones del Grupo Mercado Común, Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur y de los Laudos Arbitrales de solución de controversias, su texto debe ser publicado en el Boletín Oficial del Mercosur. Igual criterio se adoptará con cualquier otro acto al cual el Consejo del Mercado Común o el Grupo Mercado Común entiendan necesario atribuirle publicidad oficial (265). En este sentido, cabe puntualizar que el texto íntegro de la D.S.L.M. fue publicado en el Boletín Oficial del MERCOSUR (N° 8, enero a marzo de 1999, págs. 252 y ss.).

3.2.3.- Relación con el derecho interno.

Ambas categorías de fuentes resultan de aplicación en el territorio

(260) Perotti, Alejandro D., *Estructura institucional y derecho en el MERCOSUR*, en Revista Derecho Internacional y del MERCOSUR, editoriales La Ley y Sintese, Año 6 N° 1, febrero de 2002, págs. 63 a 137, la cita corresponde a la pág. 133. En dicho trabajo hay un meduloso estudio comparativo entre los argumentos utilizados por el T.J.C.E. para sostener las reglas de primacía – caso Costa/Enel – y efecto directo – caso Van Gend y Loos – y las particularidades del MERCOSUR, todo lo cual enriquece las conclusiones del autor que compartimos.

(261) Bs. As., 29/6/2000.

(262) Decisión C.M.C. N° 23/00, art. 5° inc. a.-

(263) Decisión C.M.C. N° 23/00, art. 5° inc. b.-

(264) Decisión C.M.C. N° 23/00, art. 7°.

(265) Art. 39 del Protocolo de Ouro Preto.

de cada uno de los Estados miembros.

√ Cuando se trata de fuentes originarias o tratados, estos comenzarán a regir, en el orden internacional, de acuerdo a las pautas del derecho internacional público y, en los ordenamientos internos, conforme al sistema constitucional de que se trate.

√ Cuando se trata de norma comunitaria que requiera de incorporación, luego de los treinta días del informe producido por la Secretaría Administrativa según el procedimiento que hemos visto de “*vigencia simultánea*”.

√ Cuando se trata de normas “*de organización*”, que son de “*aplicabilidad directa*”, comenzarán a regir en el territorio de cada uno de los Estados miembros, una vez aprobadas por el órgano competente del Mercosur.

Para la efectiva vigencia de estas normas en el derecho interno de cada uno de los Estados miembros, el régimen comunitario ha diseñado un régimen de solución de controversias, al que pueden acceder los Estados miembros y también los particulares.

Este régimen, actualmente regulado por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, cuyas características hemos tratado someramente más arriba, ha sido diseñado para los conflictos derivados de restricciones arancelarias que algún estado miembro podría imponer en su territorio y que no resulte compatible con alguna fuente del derecho del Mercosur.

De manera tal que, si una norma interna resulta incompatible, a criterio de particular o estado miembro del Mercosur, por ocasionar un “*efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común o de las resoluciones del Grupo Mercado Común*”⁽²⁶⁶⁾, el remedio pactado para el control de la supremacía de la norma comunitaria es su régimen de solución de controversias.

En el procedimiento arbitral, las fuentes jurídicas a aplicar por el laudo, se encuentran previstas en el art. 19 del Protocolo de Brasilia Para la Solución de Controversias, y son las siguientes: a.-) Tratado de Asunción, b.-) acuerdos celebrados en el marco del mismo, c.-) decisiones del Consejo del Mercado Común, d.-) resoluciones del Grupo Mercado Común, y e.-) principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia⁽²⁶⁷⁾.

Ahora bien, el sistema de control de supremacía por procedimiento arbitral, ¿excluye la competencia atribuida por el derecho interno a sus poderes constituidos para la aplicación y control de estas normas comunitarias?

La respuesta vendrá dada por las particularidades propias de cada uno de los derechos internos de los Estados miembros, principalmente del régimen asignado a los tratados internacionales en sus relaciones con el derecho interno y a los órganos encargados de realizar el control de validez.

En la Argentina, el criterio que adoptó la Corte Suprema aún antes de la reforma constitucional de 1994 (que reemplazó el criterio de la supremacía de los tratados sobre la ley interna en su art. 75 inc. 22), fue expresado en el caso

⁽²⁶⁶⁾ Art. 25 del Protocolo de Brasilia y 39 del Protocolo de Olivos, agregando éste último a la nómina las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

⁽²⁶⁷⁾ El art. 34 inc. 1° del Protocolo de Olivos, reitera esta enumeración y agrega las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

“Ekmekdján, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros” ⁽²⁶⁸⁾: *“La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación”*.

La Corte argentina continuó luego en esa línea argumental, aunque a partir del año 1993, en oportunidad de resolver el caso *“Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Salto Grande”* ⁽²⁶⁹⁾ precisó el alcance de su doctrina, estableciendo que los tratados internacionales se encontraban por encima de la ley interna pero por debajo de la Constitución ⁽²⁷⁰⁾. A ello agrega que las decisiones de los tribunales, en el caso de un tribunal arbitral instituido por un Tratado, no pueden ser revisadas por la justicia local, ni siquiera por la Corte Suprema ⁽²⁷¹⁾.

En 1994 mantiene dicho criterio, sosteniendo que *“la aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado – además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional–, vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas”* ⁽²⁷²⁾.

Luego de reformada la Constitución, la Corte argentina mantuvo su criterio en oportunidad de resolver, entre otros, los casos *“Mendez Valles, Fernando c/ Pescio, A. M.”* de 1995 ⁽²⁷³⁾ y *“Conesa Mones Ruiz, Horacio c/ Diario Pregón”* de 1996 ⁽²⁷⁴⁾.

Queda claro entonces que, al menos en el caso argentino, la relación de oposición entre una norma de derecho internacional, categoría que revisten las fuentes jurídicas del Mercosur, y una norma de derecho interno, corresponde estar a la supremacía de la primer categoría, por aplicación de los principios derivados de la prelación normativa que la misma Constitución adopta.

Del mismo modo, si la norma internacional dispone un órgano encargado para su aplicación (caso el régimen de solución de controversias), el criterio admitido por la Corte desde el citado caso *“Fibraca”*, es que dicho órgano excluye en su competencia a las autoridades de la Nación.

Anticipamos que cuando la norma constitucional omite constituir un órgano del tipo supranacional, con competencia jurisdiccional específica, y el caso no se encuentra comprendido dentro del régimen de solución de controversias, nos parece claro que recobran su competencia jurisdiccional las autoridades de la Nación. En este último caso, al igual que en los anteriores y por aplicación de los

⁽²⁶⁸⁾ C.S.J.N., 7/7/92, “Fallos”: 315-1492.

⁽²⁶⁹⁾ C.S.J.N., 7/7/93, “Fallos” 316:1669; Rev. El Derecho, T° 154 pág. 161.

⁽²⁷⁰⁾ Sardegna, Miguel A., *Las relaciones laborales en el Mercosur*, ediciones La Rocca, Bs. As. 1995, pág. 131.

⁽²⁷¹⁾ Massnatta, Héctor, *Bases constitucionales del proceso de integración*, La Ley, T° 1996-B, pág. 1131.

⁽²⁷²⁾ C.S.J.N., 13/10/94, *“Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)”*, Rev. La Ley, T° 1995-D, pág. 277.

⁽²⁷³⁾ C.S.J.N., 26/12/95, “Fallos”: 318-2639; Rev. La Ley, Tomo 1996-C, pág. 501, con comentario de Germán J. Bidart Campos.

⁽²⁷⁴⁾ C.S.J.N., 23/4/96, “Fallos”: 319-459; Rev. La Ley, Tomo 1996-C, pág. 497, con comentario de Miguel A. Ekmekdján.

mismos principios, corresponderá estar a la relación de supremacía del derecho internacional sobre la legislación interna.

Sin embargo, esta última cuestión no es pacífica en el derecho constitucional comparado del Mercosur. Se ha señalado con acierto que la tarea de aplicación de la norma comunitaria por los jueces locales, *“agravará el problema que resulta de las asimetrías constitucionales de los estados partes y la carencia de un tribunal supranacional. Difícilmente puedan adoptarse decisiones judiciales uniformes cuando las normas constitucionales son distintas y no existe un tribunal superior común”* ⁽²⁷⁵⁾.

Consideramos atinado destacar que en el marco del derecho comunitario europeo, la preeminencia de este último ordenamiento sobre el interno de los Estados miembros ha surgido de una elaboración jurisprudencial de su Tribunal de Justicia ⁽²⁷⁶⁾ a partir del caso *“N.G. Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c/ Administration Fiscale Néerlandaise”* del 5 de febrero de 1963. A dicha conclusión se arriba luego de advertir que el derecho comunitario tiene como principales caracteres el efecto directo y la aplicación inmediata de sus normas, lo que conlleva su relación de supremacía o preeminencia con las normas internas de los Estados miembros ⁽²⁷⁷⁾. En sentencias posteriores, el Tribunal reafirmó estos principios, señalando que el derecho comunitario prevalecía ya fuera la norma nacional anterior o posterior ⁽²⁷⁸⁾ y aún cuando dicha norma fuera de rango constitucional ⁽²⁷⁹⁾.

Esta relación de supremacía tiene consecuencias también en los casos de incumplimiento por omisión reglamentaria de los Estados Miembros, caracterizada por la falta de aplicación de las Directivas de la Unión Europea en su derecho interno, situación que los responsabiliza no solo internacionalmente, sino también frente a sus ciudadanos que pudieron verse beneficiados con dichas normas. La falta de implementación por parte del Gobierno de Italia de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, dio origen a la reclamación de una trabajadora perjudicada por la insolvencia de su empleador. Es así como el Tribunal de Justicia de la U.E. resolvió, en el caso *“Francovich c/ República Italiana”* ⁽²⁸⁰⁾, que cuando un Estado Miembro deja de cumplir la obligación que le incumbe en virtud del artículo 189, párrafo 3 del Tratado, la plena eficacia de la directiva en

⁽²⁷⁵⁾ Nazareno, Julio Salvador, *Discurso de apertura al Primer Encuentro de Jueces Federales Argentinos y Brasileños en el ámbito del Mercosur*, 27-06-01. Merece destacarse que el autor no descarta la aplicabilidad del derecho derivado por parte de los jueces locales y concluye recomendando, por razones de seguridad jurídica, la implementación en el Mercosur de una autoridad judicial supranacional que, siguiendo el modelo europeo, pretorianamente imponga la supremacía del derecho comunitario sobre el local.

⁽²⁷⁶⁾ Arts. 164 y ss. del Tratado de Roma.

⁽²⁷⁷⁾ Bazán, Víctor, *El Mercosur en perspectiva ...*, cit., pág. 1373; en igual sentido, Farinella, Favio, *Mercosur: en dirección opuesta (jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal – Brasil)*, Rev. E.D. T° 181, pág. 1332.

⁽²⁷⁸⁾ Sentencia *“Simenthal”* del 9/3/78; González, Flavio Floreal, *Mercosur: un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio*, Rev. L.L., T° 2000-B, pág. 1035.

⁽²⁷⁹⁾ Sentencia *“San Michele”* de 1965; González, Flavio Floreal, op. loc. cit. en nota anterior.

⁽²⁸⁰⁾ *“Andrea Francovich e.a. contre République italienne”*, Cour de Justice, 19-11-1991, Affaires jointes C-6/90 et. C-9/90, Recueil 1991-9), citado por Von Potobsky, Geraldo, en *Los Convenios de la O.I.T.: ¿Una nueva dimensión en el orden jurídico interno?*, pág. 594.

cuestión impone un derecho de reparación, siempre que se reúnan tres condiciones: que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos en beneficio de particulares; que el contenido de esos derechos pueda ser identificado sobre la base de las disposiciones de la directiva; y que exista una relación de causalidad entre la violación de la obligación del Estado y el perjuicio sufrido por las personas interesadas ⁽²⁸¹⁾.

⁽²⁸¹⁾ Von Potobsky, Geraldo, *Los Convenios de la O.I.T.* ..., op. loc. cit.

Capítulo 4

MERCOSUR y derecho del trabajo.

Sumario.

Sumario: 1.- Objetivos del Tratado de Asunción. 2.- La armonización normativa laboral. 3.- Alternativas metodológicas. 3.1.- La armonización por tratados internacionales. 3.2.- Armonización por vía de delegación de facultades en órganos intergubernamentales (supranacionalidad). Avances en la Unión Europea.- 3.3.- Armonización de la legislación interna de los Estados Miembros. 3.4.- La negociación colectiva extranacional. 4.- El "dumping social" como obstáculo para el proceso armonizativo. 5.- Armonización de políticas aduaneras. La cláusula social.

1.- Objetivos del Tratado de Asunción.

El art. 1° del Tratado señala la efectiva intención de los Estados Partes a constituir el Mercado Común del Sur -MERCOSUR.

La norma aclara que este Mercado Común implica:

- a.-) La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos.
- b.-) El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados, así como la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales.
- c.-) La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales de los Estados Partes, de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y otras que se acuerden *"a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes"*.
- d.-) La armonización de su legislación, *"para lograr el fortalecimiento del proceso de integración"*.

De estos objetivos, hay dos que se encuentran directamente vinculados al contenido de la *D.S.L.M.* y son los indicados en los apartados a.-) y d.-). En ambos casos, corresponderá estar a la pauta directiva y programática contenida en el Preámbulo del Tratado, en el sentido de la expresa voluntad de los Estados Miembros de *"acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social"*. La libre circulación de factores productivos, necesariamente conlleva la libre circulación de trabajadores. Del mismo modo, la tarea de armonización legislativa, debe prever como objeto determinante al derecho del trabajo, en cuanto constituye la fuente de regulación de las relaciones existentes en toda comunidad productiva.

Indirectamente, el apartado b.-) se vincula al contenido de la *D.S.L.M.* en relación a la citada pauta programática. La disparidad de desarrollo existente en el mercado global, requerirá de medidas que, sobre la base del arancel externo común y la política comercial común con terceros Estados, restrinja el ingreso de mercaderías provenientes de terceros Estados o grupos económicos cuya competencia sea desleal, por aplicar *dumping social* o cualquier otra forma de explotación de la mano de obra humana en la elaboración de sus productos.

En el presente capítulo nos ocuparemos de ambos temas, como asimismo la elaboración de una reseña de hechos que derivaron en la conformación

de un derecho del trabajo comunitario en proceso, todo lo cual se encuentra estrechamente vinculado al contenido del instrumento en estudio.

La adopción de una política comercial común frente a Terceros Estados, analizada mediante el prisma expuesto en los considerandos del Tratado de *“acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”*, nos llevará a tratar la patología que el comercio internacional denomina *“dumping social”* y el remedio propuesto de la *“cláusula social”*.

El objetivo de armonización normativa prevista por el art. 1° inc. d.-) del Tratado de Asunción es lo que ha dado origen a la *D.S.L.M.* y su organismo de aplicación, la Comisión Sociolaboral Regional.

El tratamiento puntual del contenido de esta D.S.L.M., tanto en relación con el derecho internacional del trabajo como con los ordenamientos internos de los Estados Miembros del Mercosur, será realizado en las partes II y III del presente trabajo. Para ello, consideramos atinado incluir aquí un análisis previo de su contexto, en lo referido a los métodos de armonización legislativa y sus diferentes alternativas.

2.- La armonización normativa laboral.

Por el Tratado de Asunción los Estados miembros pactaron como objetivo del Mercado Común allí constituido, el de *“armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”*. Primer consecuencia lógica de esa expresión es el reconocimiento que los Estados miembros *conservarán*, al menos por ahora, sus ordenamientos jurídicos nacionales ⁽²⁸²⁾.

Armonización no significa *“unificación”*. La definición literal del término *“armonizar”*, en la primer acepción que surge del Diccionario de la Real Academia Española, significa *“poner en armonía o hacer que no discuerden o se rechacen, dos o más partes de un todo o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin”*. Siguiendo la misma fuente, *“unificar”* se define como *“Hacer de muchas cosas una o un todo, uniéndolas, mezclándolas o reduciéndolas a una misma especie”*.

El compromiso asumido por los Estados miembros en el Tratado de Asunción, importa adecuar **sus** legislaciones internas de manera que *“no se discuerden o se rechacen”*, permitiendo que puedan *“concurrir al mismo fin”*.

Ello no implica obligación de dictar códigos comunes en las distintas materias de derecho de fondo, lo que implicaría una *“unificación”*, sino de compatibilizar aquellas *“asimetrías”* que puedan generar obstáculo en el camino a la integración, particularmente aquellas que, sea por crear mejores condiciones comparativas con relación a los demás Estados Partes para la inversión, trabajo o servicios, pueda ser interpretada como práctica desleal o *“dumping”*.

También se ha diferenciado *“armonización”* de *“coordinación”*. La armonización legislativa exige la implementación de ciertos cambios en la normativa interna de los estados para crear, por esa vía, las similitudes necesarias a fin de

⁽²⁸²⁾ Cristaldo Montaner, Jorge Darío, *Armonización normativa laboral del Mercosur: una propuesta unificadora*, 1ra. Edición, editorial Litocolor, Asunción, diciembre de 2000, pág. 127.

obtener el resultado prefijado. En cambio, la coordinación de legislaciones apuntaría más al logro de cierto equilibrio que se instituye entre normas o sistemas jurídicos que pueden permanecer completamente diferentes. Desde este punto de vista, la “*coordinación*” constituiría un paso previo a la tarea de “*armonización*” el cual, dentro del marco del Mercosur, se ha visto simplificado, tanto por la existencia previa de una raíz romanística en el derecho interno de los estados parte, como asimismo por la adopción generalizada de formas de estado federal, gobierno republicano, a más de las similitudes étnicas y sociales de la población.

3.- Alternativas metodológicas.

Para el logro del fin armonizativo y la plena vigencia de las libertades de circulación antes referidas, existirían las siguientes alternativas metodológicas:

- a.-) El dictado de normas supraleales (tratados) con directa operatividad en el territorio de los estados miembros.
- b.-) La delegación de facultades en organismos supranacionales (supranacionalidad), de composición intergubernamental o representativa de la población.
- c.-) El compromiso de los Estados Miembros de implementar ajustes o modificaciones en su legislación interna, de manera de evitar *asimetrías*. Tarea que incluiría la creación de un órgano coordinador o de seguimiento.
- d.-) La negociación colectiva regional o extranacional.

Analizaremos cada una de ellas, dejando para los capítulos siguientes el desarrollo del camino armonizativo que se está siguiendo en el Mercosur y el lugar que en dicho camino ocupa la *D.S.L.M.*

3.1.- La armonización por tratados internacionales.

A través de este sistema, los Estados Miembros podrían ratificar, de común acuerdo, una lista consensuada de Convenios de la O.I.T. o bien, aprobar una Declaración o Carta de Derechos Sociales Fundamentales.

En el Mercosur se han intentado estos dos caminos.

Con relación a los Convenios de la O.I.T., en un importante trabajo armonizativo, la Comisión N° 8 del Subgrupo de Trabajo N° 10 del Grupo Mercado Común del Mercosur, elaboró el siguiente listado de 34 Convenios de la O.I.T. respecto de los cuales se aconsejaba su ratificación por los Estados miembros y se logró un consenso preliminar destinado a su aprobación por parte de Argentina, Brasil y Uruguay.

Se trata de los siguientes:

1. Horas de Trabajo Industria (N° 1).
2. Derecho de Asociación Agricultura (N° 11).
3. Protección contra la Cerusa (N° 13).
4. Descanso Semanal (Industria) (N° 14).
5. Igualdad de Tratamiento (Accidentes de Trabajo) (N° 19).
6. Contrato de Enrolamiento de la Gente de mar (N° 22).
7. Métodos de fijación de los salarios mínimos (N° 26).
8. Trabajo Forzoso (N° 29).

9. Horas de Trabajo (Comercio) (N° 30).
10. Examen Médicos de los Menores (trabajos industriales) (N° 77).
11. Examen Médicos de los Menores (Trabajos no industriales) (N° 79).
12. Inspección del Trabajo (N° 81).
13. Trabajo Nocturno de menores (Industria) (N° 90).
14. Protección del Salario (N° 95).
15. Trabajadores Migrantes (N° 97).
16. Derecho de Sindicalización y Negociación Colectiva (N° 98).
17. Igualdad de Remuneración (N° 100).
18. Abolición del Trabajo Forzoso (N° 105).
19. Poblaciones Indígenas y Tribales (N° 107).
20. Discriminación (empleo y ocupación) (N° 111).
21. Protección contra las radiaciones (N° 115).
22. Protección contra las Maquinarias (N° 119).
23. Examen Médico de los Menores (Trabajo Subterráneo).
24. Representación de los Trabajadores (N° 135).
25. Benzeno (N° 136).
26. Cáncer Profesional (N° 139).
27. Consulta Tripartita (Normas Internacionales) (N° 144).
28. Relaciones del Trabajo en la Administración Pública (N° 151).
29. Negociación Colectiva (N° 154).
30. Seguridad y Salud de los Trabajadores (N° 155).
31. Readaptación Profesional y Empleo (N° 159).
32. Amianto (Asbestos) (N° 162).
33. Seguridad y Salud en las Construcciones (N° 167).
34. Higiene (Comercio y Oficinas) (N° 120).

La propuesta no logró una completa aplicación práctica.

El principal escollo está dado por el hecho que los convenios internacionales del trabajo poseen un limitado campo de operatividad, el que además se encuentra referido solo a algunos aspectos del derecho del trabajo ⁽²⁸³⁾.

Un claro ejemplo se advierte con el Convenio N° 173 de la O.I.T. sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. Dicho Convenio prevé por su art. 5° que *“En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”*.

La Argentina ratificó dicho Convenio y la ley 24.522 sobre concursos y quiebras, asigna al crédito laboral dos privilegios (general y especial), por lo que cabría suponer que cumple con el Convenio. Sin embargo, la misma ley le asigna a créditos mercantiles garantizados con hipoteca o prenda, un privilegio de rango superior al laboral, creando un sistema perversamente injusto para el trabajador y que no tiene similar en las legislaciones comparadas del MERCOSUR ⁽²⁸⁴⁾.

⁽²⁸³⁾ Pla Rodríguez, Américo, *El rol de las normas internacionales de trabajo en el proceso de integración económica*, T. y S.S., T° XXV – 1998, pág. 449.

⁽²⁸⁴⁾ Para mayor información, ver nuestro *Derecho del trabajo en el MERCOSUR*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid 1999, págs. 242 a 251.

De allí que el intento posterior, seguido en el Subgrupo de Trabajo N° 10, estuvo dado por el logro de una Carta de Derechos Fundamentales para el Mercosur. En la cuarta parte de este trabajo volveremos sobre la actividad así desarrollada por el Subgrupo de Trabajo N° 10 y el resultado hasta el momento obtenido con la aprobación de la *D.S.L.M.*

3.2.- Armonización por vía de delegación de facultades en órganos intergubernamentales (supranacionalidad). Avances en la Unión Europea.

La existencia de un derecho supranacional, exige que los Estados miembros deleguen competencias en organismos intergubernamentales y acepten, con carácter prevalente e inmediato, la efectiva vigencia de las normas dictadas en ese ámbito, dentro de sus territorios. Ello aún cuando hubieren votado en disidencia, en la inteligencia de interpretar que hay un *"interés comunitario"* que se halla por encima del *"interés nacional"*.

La aplicación concreta de este sistema se ha dado en el ámbito de la Unión Europea, a partir de la creación de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA). Su tratado constitutivo (París, 1951), al regular las facultades asignadas a la Alta Autoridad (art. 9°, punto 2°), estableció que *"Los miembros de la Alta Autoridad ejercerán sus funciones, con plena independencia, en interés general de la Comunidad. En el cumplimiento de sus deberes, no solicitarán ni atenderán instrucciones de gobierno ni organismo alguno. Se abstendrán de todo acto incompatible con el carácter supranacional de sus funciones. Cada Estado miembro se compromete a respetar este principio y a no intentar influir sobre los miembros de la Alta Autoridad en la ejecución de sus tareas"*. Posteriormente el Tratado fue modificado, eliminándose la expresión *"supranacionalidad"*, aunque el sistema se vio perfeccionado a lo largo de cuarenta años de práctica integracionista.

En la actualidad, el órgano donde reside la máxima autoridad de decisión política de la Comunidad Europea es el Consejo de Ministros, integrado por un representante de cada Estado miembro, con rango ministerial y facultades para comprometer al gobierno del Estado que representa (art. 146 del Tratado de la Comunidad Europea). Hasta 1992, este órgano había dictado la mayor cantidad de decisiones legislativas, directamente aplicables a los Estados Miembros, organizaciones y particulares. Con posterioridad a las modificaciones introducidas en el Tratado de Maastrich, algunas facultades del Consejo fueron transferidas al Parlamento Europeo o a ambos órganos, con la nueva figura de las resoluciones conjuntas.

En materia de derechos sociales, por el art. 117 del Tratado de la Comunidad Europea, se ha establecido que la Comunidad y los Estados miembros, *"tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, de forma que puedan armonizarse al tiempo que se mantiene la mejora, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones"*.

La tarea de armonización en materia laboral que ha venido ejercitando la Comunidad Europea, partió de la base de fijar y consensuar aquellos aspectos que debían ser tratados en forma prioritaria. Los instrumentos comunitarios más importantes en este sentido han sido la Carta Social de 1989 y el Protocolo N° 14 del Tratado de la Unión Europea sobre la política social.

Los aspectos que mayormente merecieron atención de la Comunidad Europea ⁽²⁸⁵⁾ han sido los siguientes:

a.-) Igualdad de trato entre trabajadores de distintos sexos.

El art. 119 del Tratado de Roma, dispone la obligación a cada Estado miembro de garantizar *“la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo”*. Posteriormente el criterio se fue ampliando, particularmente en el art. 2º de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas N° 76/207 CEE del 9 de febrero de 1976, disponiendo que este principio supone *“la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente”*, aunque ello no obsta a la posibilidad que tienen los Estados miembros de *“excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales para las cuales el sexo constituye su condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio”* y la Directiva 86/613/CEE que extiende la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a quienes ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas. El Acuerdo sobre política social, celebrado dentro del marco del Tratado de la Unión Europea el 7 de febrero de 1992, estableció que el principio del art. 119 del Tratado, *“no impedirá que cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales”* (art. 6.3). Por su parte, en el art. 2º del Protocolo N° 14 del Tratado de la Comunidad Europea, se estableció el compromiso de los once Estados firmantes a implementar *“la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres”* y por el art. 6º del mismo instrumento se establecen criterios comunes para la implementación del derecho de igualdad de retribución entre trabajadores varones y mujeres. El artículo 13 del Tratado CE, introducido por el Tratado de Ámsterdam, concede poderes específicos a la Comunidad para combatir la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Sobre dicha base, se dictó la Directiva del Consejo, de 27 de noviembre de 2001, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La Directiva va dirigida tanto a la discriminación directa (diferencia de trato basada en una característica determinada) como a la discriminación indirecta (disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pero que pueden tener efectos desfavorables para una o varias personas determinadas o incluso producir una incitación a la discriminación). El acoso, que crea un clima hostil, se considera una discriminación. La Directiva prevé que se lleven a cabo adaptaciones razonables para garantizar el principio de igualdad de trato a las personas con discapacidad, limitándolas a los casos que no impliquen dificultades injustificadas. Esta Directiva pertenece a un paquete de medidas para combatir la discriminación. Dicho paquete comprende además una comunicación de la Comisión en la que se presenta el marco general de la acción emprendida, una propuesta de directiva sobre el principio de igualdad de trato sin distinción de raza u origen étnico

⁽²⁸⁵⁾ Para mayor información, consultar los sitios web de legislación europea: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/index.html> y Ministerio de Trabajo de España: <http://www.mtas.es>.

y un programa de acción de lucha contra la discriminación para el periodo 2001-2006.

Una sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo, de fecha 17 de octubre de 1995 (²⁸⁶), interpretó que resultaba contraria a dicha Directiva, una disposición nacional que otorgaba preferencias al sexo femenino en el acceso a un empleo donde este sector se encontraba subrepresentado, entendiéndose esto último cuando el porcentaje de mujeres ocupadas no alcanzaban a la mitad, por lo menos, de los efectivos.

b.-) La jornada laboral.

La armonización comenzó a llevarse a cabo a través de directivas del Consejo de las Comunidades Europeas, destinadas a regir en el sector de transportes por carretera y en algunas áreas de la actividad agrícola y ganadera. Con alcance general, rige la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo, Modificada por la Directiva 2000/34/CE, de 22 de junio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Su ámbito de aplicación comprende, en principio, a todos los sectores de actividad con excepción de los transportes, las actividades marítimas y las de los médicos en fase de formación. Se considera "*tiempo de trabajo*" todo período de al menos siete horas, tal y como lo define la legislación nacional, que incluya en todo caso el intervalo comprendido entre las 24 y las 5 horas. "*Trabajador nocturno*" es todo trabajador que emplee durante el periodo nocturno un mínimo de tres horas de su tiempo de trabajo diario o una parte de su trabajo anual (definida por los Estados miembros).

Los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores disfruten: a.-) del periodo mínimo de descanso diario de once horas consecutivas por cada periodo de veinticuatro horas; b.-) del periodo mínimo de descanso de un promedio de un día que siga sin interrupción al período de descanso diario durante cada período de siete días; c.-) por un trabajo diario superior a seis horas, de una pausa cuyas modalidades se fijarán mediante convenios colectivos, acuerdos celebrados entre interlocutores sociales y/o a través de la legislación nacional; d.-) de unas vacaciones anuales pagadas de al menos cuatro semanas conforme a las condiciones de obtención y concesión previstas en las legislaciones o prácticas nacionales; e.-) de una duración semanal del trabajo limitada a un promedio de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas suplementarias, por cada período de siete días; f.-) la duración normal del trabajo de un trabajador nocturno no debe exceder de un promedio de 8 horas por cada veinticuatro.

En la actualidad, sobre la base de las recomendaciones efectuadas por la O.I.T. en el Convenio N° 47 sobre las cuarenta horas, se está imponiendo en el derecho europeo la tendencia a disminuir la jornada de trabajo, como estrategia destinada a combatir la desocupación. Los avances tecnológicos, que han facilitado

(²⁸⁶) Fallo del Tribunal sobre el caso C-450/95, relativo a una solicitud remitida al Tribunal en aplicación del art. 177 del Tratado de la C.E.E., por el Bundesarbeitsfericht (Tribunal Federal del Trabajo), respecto a un litigio, ante esta jurisdicción, entre el Sr. Eckhard Kalanke y Freie Hansestadt Bremen de la ciudad de Bremen.

el trabajo humano, colaboran en este sentido. Tal el caso de Francia, que mantuvo hasta mayo de 1998 su jornada de 39 horas semanales, la que fue reducida a partir de entonces por ley a 35 horas. La jornada anterior, ha quedado mantenida hasta el 1° de enero de 2002 solo para las pequeñas y medianas empresas, cuyo número de trabajadores no exceda los 20, con la obligación de ajustar, dentro de dicho período, sus horarios y actividades a la nueva jornada. Por su parte, la misma tendencia existe en España, donde diversos gobiernos de sus comunidades han ido introduciendo la jornada de 35 horas en sus respectivas jurisdicciones, tal el caso de Cataluña, Andalucía, Galicia, Aragón y Navarra. El Partido Socialista ha manifestado que uno de sus objetivos consiste en implantar la jornada de 35 horas a nivel nacional, para el año 2002.

c.-) Vacaciones anuales.

Por el art. 120 del Tratado de la Comunidad Europea, los Estados se comprometen a mantener equivalencia entre sus distintos regímenes de vacaciones y una Resolución de 1975 ha fijado como principio, la extensión del período en cuatro semanas al año. Este criterio se mantiene en la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo, Modificada por la Directiva 2000/34/CE, de 22 de junio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo.

d.-) Seguridad e higiene en el trabajo.

En 1974 se creó un Comité Consultivo de Seguridad e Higiene en el Trabajo que ha venido dictando un número importante de normas técnicas destinadas a la labor armonizativa. Sus orientaciones se encuentran vinculadas a la responsabilidad del empresario en materia de salud y seguridad y a la participación de los trabajadores en la elaboración y control de medidas de prevención. En este sentido, el art. 118-A del Tratado de la Comunidad Europea, dispone que los Estados Miembros se empeñarán en promover la mejora de las condiciones de trabajo, destinadas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

Sobre esta base, en 1989 se aprobó la Directiva del Consejo N° 89/391/CEE sobre la aplicación de medidas para promover mejoras en el sistema de seguridad de los trabajadores en sus trabajos. Se trata de una Directiva de tipo "Marco", de la cual se derivaron luego trece Directivas específicas, que conforman un cuerpo normativo completo sobre "*disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud*"⁽²⁸⁷⁾.

e.-) Cesiones de empresas.

Supuesto contemplado por el art. 100 del Tratado de la Comunidad Europea, ha dado origen a la Directiva 77/187/CEE del Consejo, del 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Fue modificada más tarde por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998

⁽²⁸⁷⁾ Beltran, Ari P., *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho. Globalização e direitos sociais*, LTr editora, São Paulo 1998, pág. 303 y 324.

que rige en la actualidad. El principal objetivo de esta Directiva es el de armonizar las legislaciones internas a fin de lograr que los derechos y obligaciones que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de traspaso sean transferidos al cesionario.

Las legislaciones deben garantizar el derecho de los trabajadores a ser informados previamente, por el cedente y cesionario, de la fecha fijada o propuesta para el traspaso, de los motivos del traspaso, de las consecuencias jurídicas, económicas o sociales y de las medidas previstas respecto de los trabajadores.

Salvo disposición en contrario por los Estados, se ha previsto como excepción a estas disposiciones, la transferencia de empresas cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de insolvencia análogo incoado con vistas a la liquidación de bienes del cedente y bajo el control de una autoridad pública competente. En estos casos, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para evitar recursos abusivos a procedimientos de insolvencia que priven a los trabajadores de sus derechos en caso de traspaso. Cabe acotar, que en estos casos puntuales de insolvencia, rigen las disposiciones a tratar seguidamente.

f.-) Protección de los trabajadores en caso de insolvencia patronal.

Por Directiva N° 80/987/CEE del 20 de octubre de 1980 ⁽²⁸⁸⁾, se establecieron los principios a los que deberá ajustarse la organización y funcionamiento de la institución de garantía, de manera tal que determinados créditos de los trabajadores, en estos casos, sean pagados.

g.-) Despidos colectivos.

Han sido objeto de definición por Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 ⁽²⁸⁹⁾ sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a las modalidades y al procedimiento de despido colectivo. Se proponen reglas de procedimiento a seguir por los empleadores, con carácter previo al despido, cuando la medida afecta a un determinado número de trabajadores. En cierto modo, se siguen los lineamientos fundamentales del Convenio N° 158 de la O.I.T. ⁽²⁹⁰⁾. La cuestión, había despertado el interés del Consejo, previendo esta aproximación como uno de los objetivos previstos en su Resolución del 21/1/74, oportunidad en la que adopta el llamado "*Programa de Acción Social*". La Directiva establece que cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. Dichas consultas versarán como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a las medidas sociales de acompañamiento encaminadas, en especial, a la reclasificación o reconversión de los trabajadores despedidos. El empresario deberá proporcionar todos los informes útiles a los representantes de los trabajadores durante el transcurso de las consultas. También se prevé la intervención de la autoridad competente, debiendo el empresario notificar a ésta por

⁽²⁸⁸⁾ Modificada luego por la N° 87/164/CEE de 1987 debido a la adhesión de España.

⁽²⁸⁹⁾ Versión codificada de las Directivas 75/129/CEE y 92/56/CEE, que han sido derogadas.

⁽²⁹⁰⁾ Beltran, Ari P., *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho. Globalização e direitos sociais*, cit., pág. 303 y 324.

escrito cualquier proyecto de despido colectivo, suministrando todos los informes útiles referentes al proyecto de despido y a las consultas, a excepción del método de cálculo de las indemnizaciones. El empresario debe transmitir una copia de la notificación a los representantes de los trabajadores, los cuales podrán dirigir sus observaciones a la autoridad pública competente. Por último, la medida aclara que los despidos colectivos surtirán efecto no antes de treinta días después de la notificación, plazo que la autoridad pública competente aprovechará para buscar una solución.

h.-) Seguridad Social.

En cada Miembro de la Comunidad Europea conviven diversos regímenes, circunstancia que ha llevado al dictado de directivas imponiendo fines comunes que deben ser alcanzados a través de los sistemas previsionales. En tal sentido, el Consejo Europeo por Directivas Nros. 79/7, CEE del 19/12/78, complementada con la N° 86/378 del 24/7/86, estableció como criterio armonizador la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia previsional y regímenes profesionales de seguridad social ⁽²⁹¹⁾.

A partir de la aprobación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (diciembre de 1989), se han producido documentos comunitarios orientados hacia la armonización legislativa. En este sentido, se circunscriben la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas del 24 de junio de 1992 (92/441/CE) sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social y la Recomendación del 27/7/92 (92/442/CE) sobre la convergencia de los objetivos y las políticas de protección social ⁽²⁹²⁾.

i.-) Formación profesional.

El art. 128 del T.C.E.E., en su redacción actual, tiene previsto que *“La Comunidad desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación”*. De manera coincidente, el derecho de los trabajadores a acceder a los programas de formación profesional de la Comunidad, se encuentra consagrado en el art. 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de los Trabajadores de la Comunidad Europea ⁽²⁹³⁾. El Acuerdo de Cooperación, suscripto el 15 de diciembre de 1995 entre la Comunidad Económica Europea y el Mercosur, ha previsto por el art. 20, numeral 1, el compromiso de las partes a colaborar en la promoción y mejora de la formación profesional.

j.-) Derecho de los trabajadores a la información y consulta.

⁽²⁹¹⁾ Sobre el particular, ver el trabajo de Serna Calvo, María del Mar, *Marco normativo de los programas y medidas de acción positiva en la Unión Europea*, Rev. Relasur O.I.T. N° 8, Montevideo 1995, pág. 21.

⁽²⁹²⁾ Ackerman, Mario E., *Seguridad social e integración regional: ¿arraigo o circulación de trabajadores?*, en Revista Relasur O.I.T., N° 8, Montevideo, 1995, pág. 68.

⁽²⁹³⁾ Para mayor información, se recomienda el interesante trabajo de Barbagelata, Héctor Hugo, *Formación y legislación del trabajo*, publicado por la O.I.T. en diciembre de 1996.

El Consejo de la Unión Europea, por Directiva 94/45/CE del 22 de setiembre de 1994, con el objeto de promover la mejora del derecho de información y consulta a los trabajadores, implementó la constitución obligatoria, en cada empresa o grupo de empresas, de dimensión comunitaria, de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores.

k.-) Desplazamiento de trabajadores (en el marco de una prestación de servicios).

Rige la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, para los casos donde las empresas, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplazan a un trabajador al territorio de un Estado miembro. En estos casos, se establece que los Estados miembros velarán por que las empresas garanticen a los trabajadores desplazados un conjunto de reglas de protección establecidas en el Estado miembro en cuyo territorio se realiza el trabajo. Los Estados pueden prever que las empresas garanticen a los trabajadores destacados con carácter temporal el beneficio de las condiciones que se apliquen a los trabajadores temporales del Estado miembro en cuyo territorio se realiza el trabajo.

Asimismo, se entenderá que existe igualdad de trato cuando las empresas nacionales que se encuentran en una situación semejante, están sujetas, en el lugar de actividad o en el sector de que se trate, a las mismas obligaciones que las empresas objeto del desplazamiento y deben cumplir dichas obligaciones con los mismos efectos.

l.-) Circulación de trabajadores.

A partir de la entrada en vigencia de las reformas introducidas al TCEE en 1992 en Maastricht, se crea la *"ciudadanía de la Unión"* con el fin de *"reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros"* (Título I, art. B del Tratado). La *"Ciudadanía de la Unión"* le fue conferida por el Tratado a los nacionales de todos los Estados miembros. Por el art. 7A se estableció que la Comunidad adoptaría las medidas destinadas a establecer en forma progresiva un mercado interior que implicaría *"un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado"*. En el art. 8 se reconoció el derecho del Ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, previéndose también el derecho al voto en el Estado miembro de residencia. Más tarde, en 1997 por el Tratado de Amsterdam se modifica el art. 8 del TCCE aclarándose que *"La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional"*.

Por el mismo Tratado de Amsterdam, se inserta a continuación del art. 73 del TCCE un Título III bis denominado *"Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas"*. Se encomienda aquí al Consejo adoptar las medidas necesarias para garantizar, en un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado, *"medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas de conformidad con el artículo 7 A"* (art. 73 I, a) que implicarán *"la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros"*

países". De este modo, las migraciones dentro de la Comunidad dejan de ser inmigración – emigración porque cada ciudadano de un Estado miembro pasa a tener el status especial de "*ciudadano de la Unión*" en el territorio de los demás Estados, que lo asimila al nacional.

m.-) Contratos de duración determinada (plazo fijo).

Rige la Directiva 99/70/CE del Consejo, del 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada. Como pauta general, se establece que no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de la duración de su contrato, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Asimismo y con el fin de evitar abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o de relaciones de trabajo de duración determinada, se prevé la obligación de los Estados miembros a introducir en sus legislaciones, una o varias de las siguientes medidas: a.-) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones de trabajo; b.-) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c.-) el número de renovaciones. También prevé la Directiva que los trabajadores con contrato de duración determinada serán tenidos en cuenta para calcular el límite a partir del cual pueden constituirse en las empresas órganos de representación de los trabajadores.

n.-) Derecho a la información escrita de condiciones de contratación.

Rige la Directiva 91/533/CEE del Consejo, del 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación de que el empresario informe al trabajador de las condiciones aplicables al contrato o a la relación laboral. Es aplicable con relación a todo trabajador asalariado que tenga un contrato o una relación laboral regulada por la legislación vigente en un Estado miembro.

En oportunidad del inicio de la relación y en sus posteriores modificaciones, por medio de contrato escrito, carta de contratación u otro medio escrito, el empleador deberá poner en conocimiento del trabajador los siguientes elementos esenciales del contrato: a.-) la identidad de las partes; b.-) el lugar de trabajo; c.-) el título, el grado, la condición, la categoría laboral, las características o la descripción somera del trabajo; c.-) la fecha de inicio del contrato o relación laboral; d.-) la duración previsible, en caso de contrato o relación laboral temporal; e.-) la duración de las vacaciones pagadas o las normas con arreglo a las cuales se establecen o determinan dichas vacaciones; f.-) los plazos de preaviso que deberán observar el empresario y el trabajador en caso de cese del contrato, o de la relación laboral o, en su defecto, las normas con arreglo a las cuales se determinan tales plazos; g.-) el sueldo base y los demás elementos que constituyan la remuneración, así como la periodicidad del pago; h.-) el período de trabajo normal del trabajador; y, en su caso, i.-) la referencia a los convenios colectivos aplicables.

Cuando el trabajador se vea obligado a desarrollar su trabajo en otro país, antes de su partida deberá contar con la información anteriormente descrita y, además: j.-) la duración del trabajo que vaya a desempeñar en el extranjero; k.-) la divisa en que se efectuará el pago de la remuneración; l.-) en su caso, las ventajas relacionadas con la explotación; y, también en su caso, m.-) las condiciones de repatriación del trabajador.

3.3.- Armonización de la legislación interna de los Estados Miembros.

Mediante este procedimiento, los Estados asumen el compromiso de armonizar sus legislaciones internas. Tarea que demanda el estudio del derecho comparado de la región, la detección de *asimetrías* y la negociación de propuestas armonizadoras, las que traerán aparejado la realización de ajustes en el derecho interno de cada Estado. Tal como se ha visto, por el Tratado de Asunción los Estados asumieron el compromiso de armonizar **sus** legislaciones internas. De manera tal que, al menos inicialmente, ese fue el propósito, como también lo ha sido que el desarrollo del proceso de integración sea progresivo, es decir, de menor a mayor.

La tarea del estudio comparativo de los distintos institutos vigentes en cada uno de los Estados Parte, la ha venido emprendiendo el Subgrupo 10 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR, analizando en cada caso la existencia de las llamadas "*asimetrías*", es decir, aquellos aspectos discordantes en la regulación comparada, que puedan traer aparejadas situaciones de *dumping social* o competencia desleal entre los Miembros.

Al decir de Ari Beltrán, "*Debe entenderse por asimetría, toda ventaja o desventaja que un país tenga en relación a los demás socios del MERCOSUR, proveniente de la reglamentación, subsidios, impuestos u otra intervención del Estado que afecte la competitividad de productos o sectores. No se consideran asimetrías aquellas diferencias derivadas de la dotación de recursos o capacidad adquirida*"⁽²⁹⁴⁾.

Ocurre que un mayor nivel de flexibilidad en las normas laborales, podría tener como efecto, en teoría, el logro de ventajas comparativas en la competitividad de alguno de los Estados Parte, sobre otro que cuente con un sistema de contratación menos flexible y con un mayor *costo laboral* comparativo.

Los ejemplos de asimetrías pueden ser de lo más variados y en las distintas ramas del derecho, sobre todo en aquellas estrechamente vinculadas con la economía, puesto que las asimetrías jurídicas se generan cuando las empresas, por razones de facilidades para su instalación, traslado o recaudos administrativos derivados de leyes sustanciales o administrativas, prefieren un país a otro, y en tanto que tales divergencias son artificialmente provocadas por normativas discrecionales sin sustento en una dificultad o ventaja objetiva. Estas han sido destacadas a nivel de la llamada legislación económica o para condenar los elementos del costo que no se atribuyen a ventajas comparativas o competitivas y distorsionan la leal competencia⁽²⁹⁵⁾.

Si la legislación societaria de un Estado impide en cualquier supuesto la existencia de un mecanismo de "*inoponibilidad de la personalidad jurídica*" o mínimo de responsabilidad de los socios por actos de la sociedad, mientras que otro Estado regula el mismo aspecto, estableciendo reglas de excepción por las cuales es dable responsabilizar a los socios por actos societarios, allí existe una asimetría.

⁽²⁹⁴⁾ Beltrán, Ari P., *Os impactos da integração económica do direito do trabalho. Globalização e direitos sociais*, cit., pág. 359.

⁽²⁹⁵⁾ Meirovich de Aguinis, Ana María, *Empresas e inversiones en el Mercosur*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 13 a 15.

Otro tanto puede ocurrir mediante la legislación impositiva. Allí las asimetrías pueden ser mucho más claras. Si la legislación de un Estado tiene previsto un impuesto a las ganancias y en otro Estado las ganancias no están gravadas, existiría una disparidad extrema. También existirían asimetrías en la existencia o no de un mínimo no imponible, en las alícuotas del impuesto, en la existencia o no de alícuotas diferenciadas por montos de ganancias, en los supuestos de exención, etc.

Lo propio puede darse en la legislación laboral. Si en un Estado Parte se arriba a un máximo de desregulación, permitiendo importantes exenciones en materia de cargas sociales, despido sin indemnización, contrataciones a plazo determinado sin indemnización, escaso o mínimo período de vacaciones anuales con posibilidad que el empleador las asigne en cualquier momento del año, libertad en materia de fijación *“en ambos sentidos”* del salario y condiciones de empleo, etc.; estaría compitiendo en forma desleal con otro Estado Parte respetuoso de los derechos sociales, que regule mínimas condiciones, socialmente aceptables, de contratación laboral, con salarios mínimos, descanso anual, cobertura social y límites al ejercicio de los poderes del empleador.

En cada caso, del estudio comparativo, surgen las *“asimetrías”* o diferencias regulatorias. La comunidad, reitero, podrá convivir con todas aquellas que no provoquen práctica desleal o coloquen a un Estado en mejores condiciones comparativas con otro para la radicación de capitales o recaudación impositiva.

Por supuesto, corresponde que el proceso de armonización se encauce dentro del objetivo descrito por el Preámbulo del Tratado de Asunción: desarrollo económico con justicia social. Otra directiva válida en este sentido, está dada a nivel regional por el Protocolo de San Salvador, que como carta de derechos sociales anexa a la Convención Americana, ya en su art. 1° enfatiza el compromiso de los Estados de adoptar medidas *“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”*. Y en el art. 22.1 se dispone que *“Cualquier Estado Parte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrán someter a la consideración de los Estados Partes, reunidos con ocasión de la Asamblea General, propuestas de enmienda con el fin de incluir el reconocimiento de otros derechos y libertades, o bien otras destinadas a extender o ampliar los derechos y libertades reconocidos”* en el Protocolo.

Estas reglas de *progresividad*, exigen que los derechos sociales actualmente regulados por el derecho interno de los Estados Miembros del MERCOSUR, sean armonizados *hacia arriba* y, de ser posible, mejorados. Una armonización *a la baja*, sería contraria al principio de justicia social que consagra el Preámbulo del Tratado de Asunción y a la regla de *progresividad* del art. 1° del Protocolo de San Salvador.

Sobre la base de estos argumentos, en uno de los primeros estudios comparativos del derecho del trabajo en la región, Capón Filas propone integrar el derecho interno con las normas internacionales del trabajo vigentes, comparar en cada uno de los institutos las diferentes regulaciones internas e internacionales, haciendo regir la mejor: *“De ahí la propuesta transformadora: decidir en cada*

elemento la norma de mayor nivel protector y exigirla como mínima para todo el MERCOSUR” ⁽²⁹⁶⁾.

También ha preocupado a la doctrina lo concerniente a la necesidad de organizar esta tarea armonizativa, la cual difícilmente podrá ser llevada a cabo mediante la sola iniciativa de cada uno de los Estados miembros. Como bien sostiene Jorge Darío Cristaldo, *“Cualquiera que sea su tipo, las normas internacionales siempre han mostrado un flanco débil en su eficacia. De ahí el interés que cobra la búsqueda de medios aptos de control y aplicación de este tipo de normas”* ⁽²⁹⁷⁾.

Esa importante tarea organizadora parece haber sido confiada a la Comisión Sociolaboral Regional, creada por la *D.SL.M.*, aunque restringida a los contenidos previstos por ese instrumento y la elaboración de proyectos de reforma. Volveremos más adelante con el desarrollo de las atribuciones y cometido de este órgano (ver *infra*, Capítulo 9). Por su parte, el Subgrupo de Trabajo N° 10, no se encuentra restringido en su actuación al texto de instrumento alguno y mantiene su actividad armonizadora con la posibilidad de incluir otros grandes temas al debate comunitario, que no han sido cubiertos por la *D.SL.M.* (remuneración, jornada, descansos, estatutos especiales, etc.).

3.4.- La negociación colectiva extranacional.

El fenómeno de la negociación colectiva se ha venido imponiendo en todo el mundo. El diálogo entre los principales sectores involucrados, trabajadores y patrones, aparece como una nueva forma de convivencia entre el capital y el trabajo, cuyo contenido y alcance aparecen definidos por el artículo 2° del Convenio N° 154 de la O.I.T., cuando señala que *“... comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores por una parte y una organización o varias organizaciones de trabajadores por otra, con el fin de: a.-) fijar las condiciones de trabajo y empleo; o b.-) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; o c.-) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”* .

Mediante sistemas de protección social, caracterizados por el reconocimiento de condiciones mínimas socialmente aceptables de contratación laboral y la imposibilidad de negociar por debajo de ellas (*orden público laboral*), los Estados no abandonan la función protectora del trabajo que asumieron en el constitucionalismo social.

Sin embargo, así como la enfermedad existe para la salud, se ha impuesto a la negociación colectiva la llamada *disponibilidad colectiva*. El Estado abandona su función moderadora, permitiendo a los sindicatos que negocien condiciones de contratación laboral *por debajo* de los mínimos socialmente aceptables. Otra especie de la misma patología, esta dada por la falta de

⁽²⁹⁶⁾ Capón Filas, Rodolfo, *Armonización de la legislación laboral en los países del MERCOSUR*, Revista Notisur, Bs. As. Noviembre de 1992, Año XVII N° 43, pág. 12.

⁽²⁹⁷⁾ Cristaldo Montaner, Jorge Darío, *Armonización normativa laboral del MERCOSUR. Una propuesta unificadora*, 1° edición, Editora Litocolor, Asunción, diciembre de 2000, pág. 106.

intervencionismo estatal en la regulación de algún instituto del contrato de trabajo, el cual deriva a la negociación colectiva.

En un contexto ideal, de sindicatos con fuerte poder negociador, libre ejercicio del derecho de huelga y adecuado crecimiento económico, la disponibilidad colectiva no debería presentar obstáculos a la protección del trabajo.

Sin embargo, dicho contexto no es el vigente en nuestros países, que se hallan inmersos en el fenómeno mundial de des-sindicalización, al que hicimos referencia al comienzo de este trabajo (Supra Capítulo 1). Nuestro país se ha hecho tristemente célebre a partir de los llamados "Acuerdos Marco" de 1994, en los cuales la C.G.T. "oficial" convino una revisión integral de la legislación laboral a cambio del "derecho a la información". El sector empresario se comprometió a generar empleo a cambio de una mayor flexibilidad. Posteriormente, con invocación a este "Acuerdo Marco", se sancionaron las leyes 24.465, 24.467, 24.522 y 24.557 y el derecho del trabajo fue flexibilizado como nunca antes se había visto. Mientras tanto, el compromiso del sector empresario se transformó paulatinamente en los actuales niveles de desempleo, superiores al 20 % según indicadores oficiales y los trabajadores no lograron ver reglamentado, en la práctica, su derecho a la información.

Esta experiencia aconseja proceder con cautela, a la hora de merituar la función que le corresponde a la negociación colectiva como herramienta tendiente a mejorar condiciones de trabajo. Es atractiva la idea de ampliar el espectro de las fuentes de regulación autónomas del contrato de trabajo, pero no corresponde prescindir de la función reguladora del estado como garante de la paz social, que exige un grado de intervención en la autonomía (individual o colectiva) de las partes, a efectos de resguardar condiciones mínimas de contratación laboral.

Ello no implica desconocer que en el contexto internacional de un proceso de integración, a través del diálogo entre los grandes sectores involucrados, representativos del capital y el trabajo, existe la posibilidad de dinamizar no sólo la adecuación de la legislación de los países al nuevo contexto sino también la forma de regular aspectos disfuncionales producidos por la denominada Globalización Económica.

Es lo que Sardeña ha denominado "*Diálogo Social en sentido amplio*". Su desarrollo parte de la idea de considerar que la presencia de los Estados se advierte en todas las variantes que tengan que ver con la fijación de pautas o reglas internacionales ya sea como constitutivas del acto a nivel participativo (como aconteció en el tripartismo propiciado por la O.I.T.) o acompañando luego su desarrollo. Como es precisamente el caso de la negociación colectiva en el ámbito regional.

Sobre la viabilidad jurídica de este instituto a nivel extranacional, ha señalado Capón Filas que "*no existe impedimento a tal negociación en los regímenes jurídicos vigentes en los cuatro países del Mercosur, así como tampoco en Bolivia y Chile: de allí que la propuesta sea válida desde el punto de vista lógico formal. La discusión que la misma puede suscitar se refiere, entonces, a otros temas: relación entre las fuerzas sociales, sujetos de la negociación, contenido normado, gradualismo necesario*"⁽²⁹⁸⁾.

⁽²⁹⁸⁾ Capón Filas, Rodolfo, *El nuevo Derecho Sindical Argentino*, 2ª ed. La Plata, 1993, pág. 372.

Así las cosas, la posibilidad de una negociación colectiva internacional reposará entonces en la propia dinámica que puedan adquirir los actores sociales que resulten interesados en promoverla. Es esta una constante en las relaciones laborales: el poder autónomo que las partes puedan desarrollar constituye la mejor garantía de impulso que pueda darse al instituto, ya que aún si existiera un marco jurídico adecuado, *"la eficacia de las leyes depende de los sindicatos mucho más que estos dependen de la eficacia de aquellas" porque "como poder de contrapeso frente a los empresarios, los sindicatos son mucho más eficaces de lo que hayan sido las leyes o que jamás puedan serlo"* ⁽²⁹⁹⁾.

Son de lo mas variados los matices que trae este tipo de negociación, desde la representatividad de los sectores que la llevarán a cabo, el grado de intervencionismo estatal y, sobre todo, la materia a negociar.

En este último aspecto, se ha señalado que *"convenios colectivos multinacionales de empresas europeas no regulan salarios y otras condiciones de trabajo -al menos por ahora- sino que establecen mecanismos de información y consulta en toda la empresa en su dimensión europea"* ⁽³⁰⁰⁾. En el mismo sentido se inscribe la Directiva sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, adoptada el 22 de setiembre de 1994 por el Consejo de Ministros de Asuntos Sociales de la Unión Europea ⁽³⁰¹⁾.

Objeto valioso de la negociación colectiva nacional será, a nivel de empresa que cuente con establecimientos en el territorio de los distintos Estados Miembros, el reconocimiento de igualdad de derechos entre sus trabajadores, de manera tal que no exista diferencia salarial para el trabajador que se desempeñe en el establecimiento principal, con relación a los demás trabajadores ocupados en establecimientos con radicación en el territorio de otro u otros Estados del MERCOSUR.

En este sentido, la realidad del instituto se ha impuesto antes que su regulación comunitaria, con el primer convenio colectivo de empresa del MERCOSUR, suscripto entre la empresa Volkswagen de Argentina y Brasil, por una parte, y los sindicatos metalúrgicos de la CUT de Brasil y el sindicato de mecánicos del automotor de Argentina.

Concebido como un convenio colectivo *"mercosureño"*, este acuerdo se fundamenta expresamente, según consta en uno de sus *"considerandos"* en *"la necesidad de extender los acuerdos de las relaciones entre capital y trabajo al ámbito del Mercosur"*. En ese marco, establece el intercambio de información; la realización de una reunión anual conjunta entre las empresas y los sindicatos y las comisiones internas de fábrica; el compromiso de prevención de conflictos a través del diálogo permanente y de solución de las divergencias a través de la negociación, en la medida de lo posible; el reconocimiento, por parte de las empresas, de la representatividad de los sindicatos celebrantes y las comisiones internas, como interlocutores para el tratamiento de los asuntos laborales y del derecho de los

⁽²⁹⁹⁾ Kahn Freund, Otto, *Trabajo y Derecho*, 3ª ed. Colección Estudios, MTSS, Madrid, 1987, pág. 56.

⁽³⁰⁰⁾ Ermida Uriarte, Oscar. Ponencia presentada en el Seminario Italia-Mercosur. Ed. Bibliografía de Derecho Laboral N° 13. Montevideo, 1992, pág. 236.

⁽³⁰¹⁾ Ameglio, Eduardo J. y Barreto Ghione, Hugo, *Las dimensiones internacionales de la negociación colectiva: aspectos jurídicos*, ponencia presentada en el XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1996.

trabajadores a organizarse sindicalmente y a constituir las susodichas comisiones internas de fábrica; finalmente, este convenio contiene interesantes disposiciones en materia de formación profesional, previendo la *“homogeneización”* de los programas de capacitación, la cooperación de los sindicatos y comisiones internas en la elaboración de los programas y el reconocimiento automático de los cursos realizados en cualquiera de los establecimientos de la firma en el Mercosur.

Cabe destacar, por último, que son numerosas las aporías del derecho internacional privado del trabajo que pueden ser objeto de regulación a través de la negociación colectiva, en particular lo concerniente a la movilidad territorial de los trabajadores de una misma empresa transnacional.

4.- El *“dumping social”* como obstáculo para el proceso armonizativo.

Compatibilizar el fin de desarrollo económico con justicia social, en las actuales condiciones de un mercado global, caracterizado por la obsesión de lograr competitividad a cualquier costo, incluso el social, requerirá del Mercosur la adopción de medidas internas y de relacionamiento externo, destinadas a garantizar una competencia comercial que no sea desleal en términos sociales.

Sobre la base de estas consideraciones es que se ha impuesto el concepto del *“dumping social”* que aquí analizamos.

La expresión *“dumping”* proviene del comercio internacional. Se produce *“cuando se efectúan exportaciones por debajo del «valor normal», o sea precios inferiores a los de salida de fábrica. Otro caso de comercio desleal se presenta cuando algunos productos se venden al exterior a precios bajos debido a que reciben subsidios no permitidos. La gran diferencia entre ambas situaciones reside en que el dumping lo hacen las empresas y los subsidios los dan los gobiernos”* ⁽³⁰²⁾.

Sobre la base de este concepto se fue conformando la idea de un *“dumping”* de tipo social, configurado por otro tipo de práctica desleal consistente en la actitud de Estados de subvencionar costos de contratación de mano de obra, sea mediante la utilización del llamado *“trabajo forzoso”* (presidarios, *“probation”*, etc.), creación de zonas francas sin control en materia de cumplimiento de obligaciones laborales o recurriendo al sencillo expediente de eliminar o desregular o flexibilizar ciertos *“obstáculos”* a la contratación de mano de obra, como ser derechos mínimos del trabajador a la limitación de su jornada, salarios mínimos, régimen de seguridad social, etc., todo lo cual tiende a producir un efecto similar al del *“dumping”* comercial, esto es: la intervención del estado subsidiando los costos de contratación de mano de obra de manera contraria a elementales principios de justicia social.

Es tan antigua como atractiva la idea de que los productores del mundo deberían estar en libertad de competir en materia de calidad, precios, diseño, etc.; pero que no deberían estar en libertad de violar determinadas normas de trabajo internacionalmente aceptadas ⁽³⁰³⁾.

⁽³⁰²⁾ Baldinelli, Elvio, *La protección contra el comercio desleal*, en Rev. Integración Latinoamericana N° 184, pág. 27; editado por INTAL, Bs. As. 1982.

⁽³⁰³⁾ Pla Rodríguez, Américo, *Cláusulas sociales en los acuerdos internacionales sobre comercio*, en *Revista de Trabajo*, Año 1, N° 3, julio-agosto de 1994: *Globalización y derechos sociales*; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; Buenos Aires, 1994; pág. 53.

Fue este uno de los objetivos que llevaron a la creación de la O.I.T. Recuerda Nicolás Válticos que en la parte XIII del Tratado de Versalles se enuncia como tercer fundamento de la creación de este Organismo: *“En vista de que la no adopción por cualquier nación de un régimen de trabajo realmente humano obstaculiza los esfuerzos de las demás naciones deseosas de mejorar la suerte de los trabajadores en su propio país”* ⁽³⁰⁴⁾.

El art. VI del Acuerdo General (GATT) considera que el dumping, *“que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando causa o amenaza causar un perjuicio importante a una producción existente de una parte contratante o si retrasa sensiblemente la creación de una producción nacional”* (párr. 1°). Para tales casos, el Acuerdo General admite la procedencia del cobro de *“un derecho antidumping”* cuyo monto estará dado por *“la diferencia de precio”* (párr. 2do.).

El Tratado de Asunción se ocupa particularmente de la competencia leal en el artículo 4°: *“En cuanto a las relaciones con terceros países, los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio. A tal efecto, aplicarán sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal”*.

En tal sentido, el Consejo del Mercado Común, en su IV Reunión celebrada el 1 de julio de 1993, adoptó la Decisión Nro. 7/93: *“Reglamento Relativo a la Defensa contra las Importaciones que sean Dumping o Subsidios Provenientes de Países no Miembros del Mercado Común del Sur”*, aplicable a partir del 1° de enero de 1995.

Conforme a la Decisión Nro. 3/92 del Consejo del Mercado Común *“Procedimientos de Quejas y Consultas sobre Prácticas Desleales al Comercio”* aplicables durante el período de transición, cualquier industria o producción doméstica (o las asociaciones que actúen en representación del correspondiente sector económico) localizada en alguno de los Estados Partes, tiene derecho a formular una queja por escrito cuando se considere lesionada o amenazada por prácticas de *“dumping”* o subsidios relativas a productos importados. El reclamo abre un período de consultas, que puede concluir en el Grupo Mercado Común, o mediante el procedimiento previsto en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias. Con respecto a lo interno, el citado artículo 4° del Tratado dispone que, *“paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial”* ⁽³⁰⁵⁾.

Es tan estrecha la vinculación existente entre la aspiración de armonizar la legislación en las áreas pertinentes, expresada en el art. 1° del Tratado Asunción, y la cuestión del *“dumping social”*, que los primeros trabajos sobre el punto surgieron casi contemporáneamente a la firma de dicho Tratado. Desde entonces se ha venido llamando la atención acerca de la posibilidad de situaciones de *“dumping social”*, que podrían surgir si los Estados miembros recurren a la desregulación de la legislación laboral, mediante la reducción o supresión de

⁽³⁰⁴⁾ Válticos, Nicolás, *Derecho Internacional del Trabajo*; editorial Tecnos, Madrid 1977; pág. 119

⁽³⁰⁵⁾ ALTERINI, Atilio Aníbal y BOLDORINI, María Cristina, *El sistema jurídico en el Mercosur*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 95 y 96.

mínimos de contratación aceptables, para fomentar de este modo el ingreso de capitales ⁽³⁰⁶⁾.

Aún quienes entienden que no es imperativo un proceso de armonización legislativa en el derecho del trabajo, reconocen que no es descartable la posibilidad de “*dumping social*” como práctica desleal en el proceso integracionista ⁽³⁰⁷⁾, o que hasta incluso pueda representar un obstáculo para la integración ⁽³⁰⁸⁾.

El plexo normativo que resulta de las medidas comunitarias adoptadas para evitar el “*dumping*” arancelario, frente a la falta de aprobación de una declaración de derechos sociales mínimos que los Estados parte deben garantizar, solo puede verse justificada en la finalidad económica que constituyó el principal objetivo de la integración. Pero no cabe duda de que, un proceso de integración económica inevitablemente está llamado a tener una gran repercusión social y laboral por la posibilidad de crecimiento del mercado, pero también de reducción de fuentes de trabajo.

Hemos visto como este tema ha llamado la atención de la Doctrina Social de la Iglesia. En “*Sollicitudo rei socialis*”, SS Juan Pablo II ha recomendado evitar el dumping social, resultante de que “*los productos a bajo coste de algunos países, carentes de leyes laborales eficaces o demasiado débiles en aplicarlas, se venden en otras partes del mundo con considerables beneficios para las empresas dedicadas a este tipo de producción que no reconoce fronteras*”.

La posibilidad de evitar este tipo de prácticas desleales en la regulación de la contratación laboral está dada por la aprobación de contenidos mínimos en algunos de los institutos más importantes del derecho del trabajo y sistemas de seguridad social. Compartimos con Sardeña que “*cuando existe supervisión, armonización de las legislaciones sociales de los distintos Estados miembros sobre la base de la equiparación hacia arriba, nos alejamos de ese peligro o deslealtad, no solo económica, sino, primordialmente, social*” ⁽³⁰⁹⁾.

Un hito significativo en el camino de evitar situaciones internas de “*dumping social*” ha sido, sin duda, la aprobación de la *D.S.L.M.* Más allá de la cuestión inherente a la naturaleza jurídica de este instrumento, de la que nos ocuparemos en los capítulos siguientes, el plexo de derechos y condiciones mínimas de contratación reconocidos por el instrumento, importa un obstáculo difícil de salvar en el futuro, para cualquier proyecto de reforma interna a la legislación social de algún Estado miembro del Mercosur, con finalidad de promover “*dumping social*” o cualquier otra.

En la Argentina hemos visto en el pasado, un claro ejemplo de este tipo de práctica desleal por parte del Poder Ejecutivo al dictar este el Decreto N° 817/92, por cuyos arts. 34 a 37 resolvió dejar sin efecto los Convenios Colectivos de

⁽³⁰⁶⁾ Barbagelatta, Héctor-Hugo, *Exploración preliminar de la proyectada integración en el Mercosur desde la perspectiva laboral*, editado por Cinterfor/OIT, Montevideo 1991; Ferreira, María Carmen y Ramos Olivera, Julio, *Mercosur. Enfoque laboral*, editado por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991; ponencias del Seminario Italia-Mercosur, Montevideo 1992, organizado por la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo, publicadas en 1993; entre otros.

⁽³⁰⁷⁾ Dromi, Roberto; Ekmekdjian, Miguel A. y Rivera, Julio C., *Derecho Comunitario*, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As. 1995, pág. 470.

⁽³⁰⁸⁾ Ekmekdjian, Miguel A., *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, editorial Depalma, Bs. As. 1994, pág. 370.

⁽³⁰⁹⁾ Sardeña, Miguel Angel, *Las relaciones laborales en el Mercosur*, cit., pág. 53.

Trabajo que regulaban las condiciones laborales para el personal de trabajadores marítimos, fluvial y lacustre, de pasajeros, cargas y pesca, otras actividades extractivas, así como del personal afectado a todas las actividades portuarias, conexas y afines (art. 34 del Decreto).

Es difícil encontrar otro ejemplo más claro de intervención estatal a la autonomía colectiva y, sin embargo, este acto terminó siendo convalidado por la Corte Suprema de Justicia argentina ⁽³¹⁰⁾.

En efecto, con lo que entonces fue su nueva composición, el 2 de diciembre de 1993 la Corte Suprema de Justicia Argentina resolvió la causa "*Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo*" donde, haciendo suyos los argumentos del Poder Ejecutivo acerca que el recorte de beneficios de los trabajadores del sector portuario generaría condiciones más beneficiosas para su privatización, por el voto de la mayoría se agregó que el Tratado de Asunción requería un proceso de transformación "*respecto a la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países signatarios. Dentro de este sistema de integración regional se enmarca un proceso de desregulación, especialmente del transporte marítimo y fluvial y de la actividad portuaria, que requiere la descentralización de su administración mediante la transferencia a las provincias, municipios o al sector privado por vía de concesiones*" ⁽³¹¹⁾.

Comentando esa sentencia, Germán Bidart Campos señala el grave error de la Corte al arrasar inconstitucionalmente toda la tésis de la contratación colectiva, permitiendo la derogación de un convenio que, como derivado directo del principio protectorio del art. 14 bis de la Constitución Nacional, ha tenido por fin precisamente establecer un piso más alto en la relación de empleo. Concluye el ilustre constitucionalista señalando que hay demasiada literatura exorbitante en la decisión mayoritaria de la Corte a la que califica como equivocada ⁽³¹²⁾.

El "*dumping social*" no es patrimonio exclusivo de la normatividad, también puede darse por vía de la falta de control o efectiva vigencia de las normas. De allí que su erradicación en el Mercosur dependerá primeramente que en cada uno de los Estados miembros se logre el cumplimiento de su legislación laboral, siendo recomendable la adopción de criterios comunes en materia de inspección del trabajo y régimen de sanciones ya que, como bien apunta Recalde, "*la flexibilización de hecho favorece el dumping social*" ⁽³¹³⁾.

En este sentido, cabe recordar que partir de una recomendación del Subgrupo de Trabajo 10, el Consejo Mercado Común decidió, en relación con un tema estrechamente ligado al del desempleo, cual es, la existencia de empleo no registrado, "*instruir a los organismos competentes de cada Estado parte que*

⁽³¹⁰⁾ En su tan cuestionada composición posterior a la ley 23.774 de 1990, que amplía el número de Ministros de 5 a 9, permitiéndole al actual Gobierno introducir cuatro nuevos jueces y uno más, debido a la renuncia del Ministro Dr. Jorge A. Bacqué en clara disconformidad con este avasallamiento a la independencia del Poder Judicial.

⁽³¹¹⁾ E.D., Tomo 156, pág. 323.

⁽³¹²⁾ Bidart Campos, Germán, *El convenio colectivo de trabajo y su derogación por el Poder Ejecutivo en virtud de delegación legislativa*; El Derecho, Tomo 156, págs. 316 a 322.

⁽³¹³⁾ Recalde, Héctor, *Reforma laboral: flexibilidad sin empleo*, editado por Organización Mora Libros, Bs. As. 1994, pág. 19.

instrumenten las medidas necesarias para evitar el empleo no registrado" ⁽³¹⁴⁾, habiéndose interpretado en el Considerando que dicha irregularidad genera *"el consecuente efecto perturbador para la constitución del Mercosur"*.

Pese a estas observaciones, al día de la fecha no se ha aprobado a nivel comunitario cualquier tipo de norma cuyo objetivo particular tienda a evitar supuestos de *"dumping social"* de hecho o por falta de cumplimiento y control de la legislación laboral.

5.- Armonización de políticas aduaneras. La cláusula social.

Uno de los objetivos del Tratado de Asunción es el de adoptar una política comercial común frente a Terceros Estados. Dicha política no se reduce a la adopción de un arancel externo común, la redacción del artículo primero, aludiendo en forma separada a ambos extremos, así lo ratifica.

El instituto de la cláusula social es propio de la internacionalización de los mercados y tiene que ver con el comercio internacional. Tal como atinadamente ha señalado Ermida Uriarte, su propio nombre de *"cláusula"* (y no de *"carta"* o de *"norma"* o de *"convenio"*), nos está indicando que en lo esencial, en su forma original y conceptualmente pura, la cláusula social es una cláusula de un tratado, convenio o acuerdo comercial, en la cual las partes se comprometen a respetar y eventualmente a hacer respetar ciertos derechos sociales y, para el caso de violación de los mismos, pactan la caída de las ventajas que se han reconocido recíprocamente o las que hayan acordado a terceros países, o aún la simple rescisión por incumplimiento de todo el acuerdo ⁽³¹⁵⁾.

Sus orígenes se vinculan con la necesidad de evitar el dumping social en el comercio internacional y así fue incluida, según se ha visto, como uno de los fundamentos para la creación de la O.I.T. en la parte XIII del Tratado de Versalles. Años más tarde, en 1927 cuando la Conferencia Económica Internacional organizada por la Sociedad de las Naciones estudió el problema del dumping social, en sus recomendaciones instó a los gobiernos que alentaran a los empleadores a aplicar formas de remuneración que permitiesen al trabajador obtener una parte equitativa del incremento de su rendimiento.

Son varios los tratados internacionales que contienen cláusulas de este tipo, pudiendo citarse como tal la Carta de la Habana de 1948, que estableció una relación entre el comercio internacional y las normas del trabajo, luego fue propuesta informalmente como parte de las reglas del GATT en 1953 e incluida en varios convenios relativos al intercambio de mercancías o géneros específicos. Entre ellos, merece destacarse la Convención Internacional del Estaño de 1981, que estableció por el art. 45: *"(Normas justas del trabajo). Los Miembros declaran que con objeto de evitar la baja del nivel de vida o la introducción de factores de competencia desleal en el comercio mundial, procurarán mantener normas justas de trabajo en la industria del estaño"*.

En la Convención Internacional del Cacao, de 1986, su art. 64 establece que *"Los Miembros declarar que con objeto de elevar los niveles de vida*

⁽³¹⁴⁾ Decisión CMC, N° 08/92.

⁽³¹⁵⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *Globalización y relaciones laborales*, publicado en el sitio web www.derechosocial.com.

de las poblaciones y de proporcionar el pleno empleo, procurarán mantener, en los diversos sectores de producción de cacao en los respectivos países, normas laborales y condiciones de trabajo justas, compatibles con su estado de desarrollo, tanto en lo que se refiere a los trabajadores agrícolas como a los trabajadores industriales en ellos empleados”.

La Convención Internacional del Azúcar, de 1987, dispone por su art. 28 que *“Los Miembros garantizarán el mantenimiento de normas laborales justas en sus respectivas industrias azucareras y, en la medida de lo posible, procurarán mejorar el nivel de vida de los trabajadores agrícolas e industriales en los diversos ramos de la producción azucarera y de las plantaciones de caña de azúcar y remolacha”.*

El Convenio Internacional del Caucho Natural, de 1987, establece por su art. 53: *“Los miembros declaran que se esforzarán en mantener normas de trabajo que contribuyan a mejorar el nivel de vida de los trabajadores de sus respectivas industrias”.*

Señala Georgenor de Sousa Franco Filho ⁽³¹⁶⁾, que ha sido en los Estados Unidos donde se implementó la más amplia gama de acciones tendientes a vincular el fomento del comercio internacional con aquellos países, actividades o empresas que respeten normas mínimas de contratación laboral. Ejemplifica citando cuatro leyes a saber:

- 1.-) Ley sobre iniciativa concerniente a la cuenca del Caribe (C.B.I.), de 1983, que da preferencias comerciales si determinados derechos laborales fuesen cumplidos.
- 2.-) Ley de creación de la Sociedad de Inversiones Privadas en el Extranjero (O.P.I.C.), ofreciendo seguro para las empresas de Estados Unidos que inviertan en los Países en Vías de Desarrollo.
- 3.-) Ley relativa al Sistema General de Preferencias (S.S.P.), que concede franquicias aduaneras a los productos provenientes de Países en Vías de Desarrollo; y
- 4.-) Ley general sobre comercio y competencia, de 1988, disponiendo que se incluirá siempre como objetivo principal de negociación de los Estados Unidos en las rondas del GATT la promoción y respeto de los derechos de los trabajadores.

Comenta el citado autor, que con relación a la ley relativa al Sistema General de Preferencias, el Presidente de los Estados Unidos solo concede beneficios aduaneros al país que acredite reconocer ciertos derechos mínimos previstos en el art. 502,b,(8) de la ley de 1984 sobre comercio y tarifas. Estos derechos mínimos son:

- √ Libertad sindical.
- √ derecho de asociación y negociación colectiva.
- √ prohibición de recurrir a cualquier forma de trabajo forzoso.
- √ edad mínima para el ingreso al empleo.
- √ condiciones de trabajo aceptables en cuanto a salario mínimo, duración, seguridad e higiene en el trabajo.

⁽³¹⁶⁾ Franco Filho, Georgenor de Souza, *Relações de Trabalho na Pan-Amazônia. A circulação de trabalhadores*; editorial LTr, San Pablo, 1996, págs. 84 y 85.

De este modo, las cláusulas sociales aparecen expuestas en convenios de intercambio comercial, como normas mínimas o equitativas de trabajo, que se deben cumplir como condición para beneficiarse de las ventajas que surgen de esos tratados ⁽³¹⁷⁾.

Vázquez Vialard las define como *disposiciones, contenidas en documentos, por lo común tratados internacionales (bi o plurilaterales) de comercio, de integración o propios del orden interno, o en la Constitución o en disposiciones legales. A través de ellas, se establecen mínimos de cumplimiento (generalmente, referidos a los llamados 'derechos sociales fundamentales', en algunos casos con carácter obligatorio, en otros promocional), a fin de evitar situaciones anómalas de dumping social y/o asegurar condiciones aceptables de convivencia, que se estiman indispensables para mantener y consolidar el trato pactado* ⁽³¹⁸⁾.

Estas cláusulas tienen un objetivo inmediato y es el evitar situaciones de intercambio comercial injusto o inequitativo, derivado de adquirir productos cuya competitividad en el mercado deriva de una rebaja en el costo social, por no cumplir el país de origen o empresa productora, determinadas normas mínimas de contratación laboral. El exportador del producto, debido al ahorro experimentado por no cumplir normas mínimas de contratación laboral o simplemente derivado de situaciones de trabajo forzoso, logra colocarse en mejor situación de competitividad que aquél empresario que debe cumplir con una legislación laboral más estricta, garantizando condiciones de empleo decente a su personal y soportando un mayor "costo social" en el producto.

También logran, como objetivo mediato, mejorar las condiciones de trabajo de los países exportadores mediante la autorización de sanciones en contra de determinados países, ramos de actividad o empresas cuyas condiciones de trabajo sean inferiores a las determinadas por normas mínimas de contratación laboral y han sido propuestas para ser incorporadas a los textos generales que regulan el comercio internacional.

Hasta ahora han sido los Países en Vías de Desarrollo quienes mayores dificultades han evidenciado para implementar este tipo de cláusulas en su comercio internacional en el entendimiento que tales condiciones generarían un mayor costo en las manufacturas o productos que exportan. Es que, en realidad, este instituto ha venido siendo utilizado en forma abusiva y desnaturalizada, por los países más industrializados para restringir el ingreso de mercaderías provenientes del hemisferio sur.

Por estas razones, entre otras líneas de reforma, la O.I.T. ha propuesto en 1997 ⁽³¹⁹⁾, evitar la imposición de cláusulas sociales que al fijar condiciones de trabajo uniformes para países con distintos niveles de desarrollo, suprimen ventajas comparativas mermando las posibilidades de acoplarse al proceso de mundialización e introduciendo más puntos de conflicto en las relaciones Norte-Sur.

⁽³¹⁷⁾ Pla Rodríguez, Américo, *Cláusulas sociales en los acuerdos internacionales sobre comercio*, cit., pág. 51.

⁽³¹⁸⁾ Vázquez Vialard, Antonio, *Cláusulas sociales*, T. y S.S., T° XXVI-1999, pág. 1136.

⁽³¹⁹⁾ Memoria del director general sobre *La actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo en la era de la mundialización*; disponible en www.ilo.org.

Sin embargo, la implementación de un mecanismo de “*cláusula social*” que regule el comercio intra y extra Mercosur, constituiría sin duda la herramienta fundamental para evitar situaciones de dumping social y lograr de manera armónica, el desarrollo con justicia social planteado en los considerandos del Tratado de Asunción.

Porque constituye un principio generalmente aceptado, que mediante la aplicación rigurosa y universal de la “*cláusula social*” se logrará un instrumento eficaz para establecer condiciones de trabajo mínimas y socialmente aceptables donde actualmente no existen, eliminándose el flagelo del trabajo forzoso o la competencia desleal generada con la reducción de costos de producción a través de un progresivo empeoramiento de condiciones de contratación laboral.

Obviamente, la implementación de este mecanismo como norma de comercio a nivel mundial, requerirá la constitución de un organismo extranacional de contralor, con obligación de los Estados miembros a presentar informes periódicos acerca del cumplimiento de las normas sociales comunitarias. Dicho organismo debe ser investido de competencia necesaria para recibir y sustanciar reclamaciones o quejas de particulares o los propios Estados, investigar, efectuar recomendaciones y decidir los casos concretos de incompatibilidad entre una norma interna y la norma comunitaria, previéndose la posibilidad de adoptar medidas coercitivas tendientes a la plena vigencia de la norma social comunitaria.

SEGUNDA PARTE

Los contenidos de la Declaración Sociolaboral y el derecho internacional del trabajo.

Contenidos.

Capítulo 5: Antecedentes y reconocimientos derivados de los considerandos de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.

Capítulo 6: Contenidos de la Declaración Sociolaboral en derecho individual del trabajo.

Capítulo 7: Contenidos de la Declaración Sociolaboral en derecho colectivo del trabajo.

Capítulo 8: Contenidos de la Declaración Sociolaboral en materia de política social, autocomposición de conflictos, formación profesional.

Capítulo 8: Aplicación y seguimiento: la Comisión Sociolaboral.

Capítulo 5.

Antecedentes y reconocimientos derivados de los considerandos de la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

Sumario.

1.- Antecedentes del instrumento.- 2.- El contenido de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.- 2.1.- Reconocimientos derivados de los considerandos.- 2.1.1.- Justicia social y desarrollo progresivo.- 2.1.2.- Carácter "abierto" y "mínimo" de la Declaración.- 2.1.3.- Convenios y recomendaciones de O.I.T.: apoyo al núcleo de convenios fundamentales.- 2.1.4.- Compromiso con el orden público internacional.

1.- Antecedentes del instrumento.

El grado de integración escogido por los Estados Miembros del Mercosur, implica garantizar las libertades básicas de circulación, extremo que requerirá una labor previa de armonización de sus legislaciones en las áreas vinculadas a dichas libertades. Este propósito se halla explícito en el art. 1° del Tratado de Asunción: "*armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes*".

Los aspectos vinculados con la armonización del derecho social, no fueron previstos en oportunidad de suscribirse el Tratado. Sin embargo, los Estados Miembros tomaron partido sobre el punto, al declarar como propósito fundacional en el Preámbulo del Tratado, el de "*acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social*".

También existe una referencia a los trabajadores en el punto referido a las salvaguardias fundadas en el nivel de empleo ⁽³²⁰⁾. El nivel de empleo se encuentra aquí previsto como uno de los elementos a considerar para determinar la

⁽³²⁰⁾ Tratado de Asunción, Anexo IV, art. 3 inc. b.-).

existencia de “*daño o amenaza de daño grave*” que pudiera sufrir algún Estado Parte como consecuencia de importaciones intra-Mercosur. Se trata de una disposición transitoria del Tratado, destinada a regir en el llamado “*período de transición*” concluido el 31 de diciembre de 1994.

Por el anexo V del T.A. se determinó que el Grupo Mercado Común debía constituir, dentro de los treinta días de su instalación, diez subgrupos de trabajo, a efectos de coordinar las políticas macroeconómicas y sectoriales. Ninguno de los diez subgrupos de trabajo habría de dedicarse a la problemática laboral.

Ello motivó que algunos autores, con razón, sostuvieran que el T.A., orquestado, preparado y diseñado por economistas y diplomáticos, “*no respondió a una preocupación social, sino a una preocupación económica*”, recordándose incluso la experiencia europea, ya que en su proceso de integración los objetivos sociales se cuidaban en cuanto contribuían a los económicos. En la práctica, luego se fueron produciendo una serie de consecuencias en el orden social que tuvieron una gran significación, tales como la Carta Social Europea ⁽³²¹⁾ y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (de 1989) ⁽³²²⁾.

Se ha explicado en este sentido, que el T.A. recogió la experiencia europea (en cuanto a éxitos y fracasos). Los proyectos comunitarios anteriores al Tratado de Roma de 1957 venían fracasando debido a su excesiva ambición. Se procuraba un tipo de integración que abarcara la política exterior, la defensa, la integración económica y social y la defensa de los derechos del hombre. Por tal razón, los europeos decidieron tratar de llegar a una unión, primero en el terreno económico, por ser este el único medio de concitar un interés palpable para todos los países y de este modo se gestó el Tratado De Roma de 1957 y con posterioridad el principio de acuerdo en los temas laborales ⁽³²³⁾.

En el MERCOSUR, los aspectos laborales y sociales comienzan a ser tratados, a nivel gubernamental, en la reunión de los Ministros de Trabajo realizada en Montevideo, en mayo de 1991, mereciendo destacarse aquí los resultados obtenidos según el acta de Declaración conjunta, que textualmente dice:

- 1.-) El Tratado de Asunción abre las puertas de un notable progreso para sus respectivos países y por lo tanto es necesario procurar un resultado exitoso de las negociaciones pendientes.
- 2.-) Es necesario atender los aspectos laborales y sociales del Mercosur y acompañar las tareas de los respectivos representantes para asegurar que el proceso de integración venga acompañado de un efectivo mejoramiento en las condiciones de trabajo de los países que suscribieron el Tratado.
- 3.-) Promover la creación de subgrupos de trabajo con el cometido de avanzar en el estudio de las materias vinculadas a sus carteras.
- 4.-) Estudiar la posibilidad de suscribir un instrumento en el marco del Tratado de Asunción, que contemple las ineludibles cuestiones laborales y sociales que traerá consigo la puesta en marcha del Mercado Común.

⁽³²¹⁾ Firmada en Turín, el 18 de octubre de 1961.

⁽³²²⁾ Pla Rodríguez, Américo, *Problemática de los trabajadores en el Mercosur*, en *El Derecho Laboral del Mercosur*, editado por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, diciembre de 1994, pág. 19.

⁽³²³⁾ Ferreira, María del Carmen y Ramos Olivera, Julio, *Mercosur. Enfoque laboral*, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991, pág. 13.

5.-) Los diversos países se prestarán toda la cooperación necesaria para el recíproco conocimiento de los regímenes propios vinculados al empleo, la seguridad social, la formación profesional y las relaciones individuales y colectivas de trabajo.

6.-) Promover el seguimiento de los acuerdos alcanzados mediante otras reuniones análogas a la desarrollada en esta ciudad de Montevideo los días 8 y 9 de mayo de 1991 con la participación de las más altas autoridades competentes en la materia laboral y social.

Posteriormente, en diciembre del mismo año, con motivo de la reunión de Presidentes de los cuatro países, celebrada en la ciudad de Brasilia, se firma un Protocolo Adicional por el que se creó el Subgrupo 11 "*Asuntos Laborales*". Posteriormente, por Resolución G.M.C. N° 11/92 pasa a denominarse "*Relaciones laborales, empleo y seguridad social*".

En Foz do Iguazú, el 11 y 12 de diciembre de 1991 se realizó una reunión de los ministros de trabajo de los cuatro países socios, en la cual participaron representantes de los empleadores y trabajadores de la región, como asimismo un representante de la O.I.T. Allí se acordó realizar un relevamiento de las legislaciones nacionales mediante un cuestionario común. La O.I.T. realizó un análisis comparativo de las respuestas y éste se elevó al Subgrupo de Trabajo 11, del Grupo Mercado Común, para preparar un proyecto legislativo ⁽³²⁴⁾.

Una de las primeras actividades emprendidas por este Subgrupo de Trabajo, estuvo dada por la elaboración de un listado de 34 Convenios de la O.I.T. respecto de los cuales se aconsejaba su ratificación por los Estados miembros y se logró un consenso preliminar destinado a su aprobación por parte de Argentina, Brasil y Uruguay. Sin embargo, tal como lo hemos visto *supra* ⁽³²⁵⁾ la propuesta no logró una completa aplicación práctica.

Sin embargo, la preocupación del Subgrupo de Trabajo N° 10 por armonizar la ratificación de convenios de la O.I.T. continuó en los años siguientes, mereciendo destacarse que dicho propósito ha sido expresamente incluido en los Considerandos de la *D.S.L.M.*, al destacarse allí que "*los Estados Parte apoyaron la "Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo" (1998), la cual reafirma el compromiso de los Miembros de respetar, promover y poner en práctica los derechos y obligaciones expresados en los convenios reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización*", señalando más adelante "*la intención de los firmantes en la ratificación y cumplimiento de los principales convenios de la O.I.T.*".

A la fecha de escribir estas líneas, continúa la labor del Subgrupo de Trabajo N° 10, consistente en analizar el estado de ratificaciones de los Convenios de la O.I.T. por cada uno de los Estados Miembros y elevar propuestas periódicas de ratificaciones al Grupo Mercado Común ⁽³²⁶⁾.

En el ámbito de tareas emprendidas por el citado Subgrupo de Trabajo a partir del año 1997, se fue gestando la elaboración de un instrumento

⁽³²⁴⁾ Los antecedentes reseñados a partir de aquí, surgen de las actas de reuniones del Subgrupo de Trabajo N° 11 primero, luego N° 10, facilitadas en la investigación por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos.

⁽³²⁵⁾ Capítulo 4, Apartado N° 3.1.-

⁽³²⁶⁾ En este sentido se ha expresado su Comisión Temática 1, "*Relaciones Laborales*", en el Acta N° 1/2002, correspondiente a las reuniones de Buenos Aires durante el mes de mayo de 2002.

normativo comunitario, que contuviera pautas elementales destinadas a la armonización legislativa en la materia.

La Comisión Ad Hoc sobre Dimensión Social del Mercosur en la reunión que llevó a cabo los días 29 y 31 de octubre de 1997 ⁽³²⁷⁾ se ocupó de tratar lo concerniente a la naturaleza jurídica del instrumento a elaborar, acordando que sea un Protocolo, de carácter abierto y dinámico. Conteniendo dicho instrumento normas programáticas como autoejecutables, denominado Protocolo “Socio – laboral” .

Se consensuó allí que la temática básica de este Protocolo Socio Laboral versara sobre los siguientes temas: a.-) derechos individuales de las partes de la relación laboral; b.-) derechos colectivos de las partes de la relación laboral; c.-) empleo; d.-) formación profesional; e.-) certificación ocupacional; f.-) salud y seguridad en el trabajo; g.-) inspección en el trabajo; y h.-) inmigraciones laborales.

En cuanto a los mecanismos de aplicación y seguimiento de este Protocolo Social-laboral, se determinó que incluiría los siguientes ítems: a.-) órgano tripartito; b.-) ubicación institucional; c.-) funcionamiento regional y nacional; d.-) decisiones por consenso; e.-) atribuciones y competencias; y f.-) sin carácter sancionatorio.

A lo largo de 1997 y 1998 la Comisión ad hoc continuó trabajando en la elaboración del instrumento sobre la base de propuestas de cada órgano de representación tripartito (sus comisiones).

En la reunión de la Comisión ad hoc Sobre Dimensión Social del Mercosur llevada a cabo en Buenos Aires, entre los días 22 y 23 de abril de 1998, las tres representaciones empresarias presentes (argentina, brasileña y uruguaya) manifestaron su disconformidad con seguir elaborando un proyecto de Protocolo hasta tanto no se llegue a un acuerdo total sobre los temas propuestos y se definiera por consulta al Grupo Mercado Común la naturaleza jurídica del instrumento a aprobar ⁽³²⁸⁾.

Ello no sin dificultades, teniendo en cuenta que en la reunión celebrada en Buenos Aires los días 18 y 19 de mayo de 1998, se dio a conocer el resultado de la consulta elevada por el SGT N° 10 al Grupo Mercado Común relativa al Instrumento Socio Laboral a aprobar en el proceso de integración. En efecto, el Grupo Mercado Común, por Acta N° 1/98 del 6 y 8 de mayo de 1998, opinó en el numeral 2.1.: *“Dimensión socio laboral del Mercosur. Las delegaciones tomaron conocimiento del informe elaborado por el Grupo ad hoc De Aspectos Institucionales e intercambiaron puntos de vista sobre las alternativas que el mismo contiene en cuanto a la naturaleza jurídica del instrumento. En una evaluación preliminar, el Grupo Mercado Común se inclina por que el instrumento referido a los asuntos laborales en el Mercosur no revista carácter vinculante y no esté sujeto a los mecanismos de solución de controversias existentes en el Mercosur, ya que no resulta conveniente vincular la materia socio-laboral con los instrumentos de política comercial.- Sin perjuicio de ello, y a fin de contar con mayores elementos de juicio, el Grupo Mercado Común estimó conveniente remitir este tema con todos sus antecedentes en consulta al Foro Consultivo Económico y Social”*.

⁽³²⁷⁾ SGT N° 10, Acta N° 1/97.

⁽³²⁸⁾ SGT N° 10, Acta N° 1/98.

En esa misma reunión, se interpretó que la expresión “*no vinculante*” se refiere a que el instrumento no está sujeto a los mecanismos de solución de controversias del Mercosur, ya que la materia socio laboral es independiente de la política comercial. Además, se consideró que sin perjuicio de la consulta que el Grupo Mercado Común efectuara al Foro Consultivo Económico y Social, correspondía tener en cuenta la exhortación de los Ministros de Trabajo realizada en la reunión del 11 de mayo de 1998 y continuar con los trabajos previstos para la Comisión ad hoc en virtud de mediar un mandato expreso para que el SGT N° 10 formule un instrumento sobre Dimensión Social del Mercosur.

En definitiva se acordó allí la elaboración, por intermedio de la presidencia pro t mpore, de un documento consolidado con el contenido de las distintas propuestas, el que debería ser enviado a las coordinaciones de los distintos países antes del 1° de julio de 1998 para su análisis y formulación de observaciones ⁽³²⁹⁾.

De este modo, el documento no logró revestir el carácter de “*Protocolo*”, esto es, un instrumento internacional con naturaleza de tratado, que en la tradición jurídica del Mercosur sea explícitamente considerado parte integrante del Tratado de Asunción. Fue elevado a consideración de los gobiernos en el carácter de una “*declaración solemne de derechos*”.

El instrumento definitivo, bajo la denominación “*Declaración sociolaboral del MERCOSUR*” fue aprobado con la firma de los cuatro jefes de Estado de los Estados Miembros del MERCOSUR el 10 de diciembre de 1998 en la ciudad de Río de Janeiro. El texto íntegro de la D.S.L.M. fue publicado en el Boletín Oficial del MERCOSUR (N° 8, enero a marzo de 1999, págs. 252 y ss.).

2.- El contenido de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.

La “*Declaración*” consta de cinco partes bien diferenciadas, a saber: los considerandos, los derechos individuales (arts. 1 a 6 para el trabajador, 7 del empleador); los derechos colectivos (art. 8 a 12); política social (13 a 19); y disposiciones de aplicación y seguimiento a través de una Comisión Socio Laboral de composición tripartita (arts. 20 a 25).

2.1.- Reconocimientos derivados de los considerandos.

A lo largo de once considerandos, que preceden el texto de la *Declaración*, los máximos representantes de los Miembros del Mercosur se ocupan de expresar una serie de reconocimientos de gran trascendencia para el derecho social de la región, analizado desde la perspectiva del proceso de integración económica emprendido.

Los reconocimientos confieren carácter positivo a las reglas de convivencia social que integran el articulado de la *Declaración* y, al mismo tiempo, revisten trascendencia interpretativa y programática. En este último carácter, integran y forman parte del cuerpo de la *Declaración*, en tanto ratifican la inserción

⁽³²⁹⁾ GMC, SGT N° 10, Grupo Ad Hoc, Acta N° 2/98.

de este instrumento en el contexto más amplio de protección de los derechos humanos.

Los diez primeros considerandos son netamente programáticos, en el sentido que expresan fines e intenciones de los Estados Miembros, todas ellas destinadas a lograr bases sustentables de justicia social en el proceso de integración evitando situaciones de dumping social. Tienen, como toda norma programática, una aplicabilidad que viene impuesta por sus contenidos normativos, caracterizados por el compromiso que ellas importan para los Estados Miembros de evitar conductas contrarias a los fines allí declarados.

El contenido normativo se ve ratificado por el Considerando 11°, cuya redacción confiere *positividad* a todo el cuerpo de la *Declaración*, desde el momento que los máximos representantes de los Estados Miembros, debidamente facultados para el acto que están otorgando, “*Adoptan*” los principios y derechos del trabajo que detallan en los siguientes veinticinco artículos.

En líneas generales, de estos considerandos advertimos cuatro grupos de principios básicos que se adoptan como pautas mínimas de convivencia social para la región, a saber:

2.1.1.- Justicia social y desarrollo progresivo.

Por el primer considerando, los Jefes de Estado ratifican que el propósito de desarrollo económico previsto por el Tratado de Asunción, debe ir acompañado de justicia social.

En esta línea de desarrollo, se incluye (Consid. 2°) la necesidad de modernizar y abrir la economía de la región, como mecanismo tendiente a *mejorar las condiciones de vida de sus habitantes*.

Esta afirmación es de suma importancia ya que ratifica que el destinatario último del proceso de integración es el hombre y que el desarrollo económico debe estar subordinado al hombre, a la sociedad, a su desarrollo.

El Considerando 10° ratifica el carácter progresivo del reconocimiento de derechos humanos y sociales básicos, en la decisión de consolidarlos en la *Declaración Sociolaboral y sostener los avances futuros y constantes en el campo social*.

2.1.2.- Carácter “abierto” y “mínimo” de la Declaración.

Estrechamente vinculado a la progresividad del instrumento y la política social de la región, a continuación del Considerando 10°, hay una expresa mención al carácter abierto de la Declaración, señalándose que los principios y derechos del trabajo que en ella se adoptan, lo son “*sin perjuicio de otros que la práctica nacional o internacional de los Estados Parte haya instaurado o vaya a instaurar*”.

La adopción de esta regla se encuentra estrechamente vinculada a la operatividad del instrumento en el derecho interno de cada uno de los Estados Miembros.

La *D.S.L.M.* adquiere así, como efecto inmediato, el de cristalizar los avances logrado hasta ese momento por la legislación interna de los Estados Miembros en materia de derechos sociales, instrumentando así su compromiso de no introducir desregulaciones o rebajas que afecten, en términos generales, las

regulaciones mínimas hasta ese momento alcanzadas y, en particular, los contenidos expuestos en la *Declaración*.

A partir de aquí, queda claro el compromiso de los Estados Partes a evitar situaciones de competencia desleal en el comercio interno, derivadas de cualquier intento desregulatorio de su derecho social con el fin de alcanzar, por esa vía de dumping social, mayor competitividad con relación a los socios que adoptan una política social protectora de derechos sociales básicos.

De este compromiso se derivan, como claras consecuencias jurídicas, las siguientes características de la *D.S.L.M.*: a.-) supranacionalidad; b.-) aplicabilidad inmediata; c.-) norma de orden público regional. Trataremos estos puntos en los capítulos siguientes.

2.1.3.- Convenios y recomendaciones de O.I.T.: apoyo al núcleo de convenios fundamentales.

En el orden internacional, se ratifica el seguimiento de la labor emprendida por la O.I.T., tanto en lo concerniente a la ratificación por parte de los Miembros del Mercosur de sus principales convenios (Considerandos 3° y 10°), como asimismo el seguimiento a las recomendaciones de la O.I.T. que tienen la siguiente orientación:

- √ promoción del empleo de calidad;
- √ condiciones saludables de trabajo;
- √ diálogo social; y
- √ bienestar de los trabajadores.

El seguimiento a la labor de la O.I.T. se ratifica en el Considerando 4°, al reafirmar el apoyo expresado por los Miembros a la *Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo* (1998) y el consecuente deber de promover y poner en práctica los llamados “convenios fundamentales”.

La aludida *Declaración* de la O.I.T. fue aprobada por la Conferencia de dicha Organización en su 86ª Reunión de Ginebra, en junio de 1998. En líneas generales, constituye un llamado a la colaboración de los Estados en la aplicación de los convenios y recomendaciones calificados como “*fundamentales*” por la O.I.T., a efectos de garantizar que la actual coyuntura universal *logre un desarrollo sostenible de base amplia*, al que tengan acceso las *personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y los trabajadores migrantes*.

El núcleo de convenios “*fundamentales*”, cuya ratificación requiere la O.I.T. (³³⁰), son los vinculados con la siguiente temática que incluye la *Declaración*:

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

⁽³³⁰⁾ Sobre O.I.T., su estructura orgánica, los Convenios y Recomendaciones, su aplicación y control, ratificación y denuncia, jerarquía en el derecho interno del Mercosur, véase nuestro *Derecho del Trabajo en el Mercosur*, cit., Capítulo V, Apartado 4, págs. 102 a 115.

√ la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenios Nros. 100 y 111).

Si bien no encontramos en esta *Declaración de principios de la O.I.T.* una referencia expresa a la *globalización* de la economía, lo cierto es que gran parte de su contenido apunta a requerir solidaridad de las naciones más desarrolladas en su trato comercial con las menos desarrolladas.

Este punto se ve ratificado en la parte final de la *Declaración*, cuando requiere que las normas del trabajo no sean utilizadas con fines comerciales proteccionistas, al mejor estilo de algunas políticas de intercambio comercial que utilizan las naciones más desarrolladas, para subsidiar sus productos restringiendo el ingreso de mercaderías de naciones con menor grado de desarrollo, con el pretexto del incumplimiento a algún convenio de la O.I.T. La normativa de esta Organización no debiera utilizarse como parámetro para medir ventajas comparativas. La O.I.T. aquí cuestiona la utilización de *cláusulas sociales* abusivas.

2.1.4.- Compromiso con el orden público internacional.

Según la feliz expresión de Oscar Ermida Uriarte ⁽³³¹⁾, el cual estaría integrado por el *cuerpo de derechos humanos básicos* reconocidos en el orden internacional.

El Considerando 5° de la *D.S.L.M.* se refiere a este cuerpo de derechos humanos básicos con el carácter de *patrimonio jurídico de la humanidad*, expresión que recibe Ermida con el carácter de *jus cogens*, es decir, normas que se han convertido en reglas de convivencia básica en el ordenamiento universal, que rigen por sí mismas, independientemente de su ratificación o recepción expresa por los ordenamientos jurídicos nacionales.

Dicho *Corpus* universal de derechos humanos, en el cual se circunscribe la *D.S.L.M.*, está integrado por los siguientes instrumentos:

√ *Declaración Universal de Derechos Humanos* (O.N.U., 1948).

√ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (O.N.U., 1966).

√ *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (O.N.U., 1966).

√ *Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre*, (O.E.A., 1948).

√ *Carta de Organización de Estados Americanos*, (O.E.A., 1948).

√ *Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, (O.E.A., 1988).

Salvando las asimetrías constitucionales de los Estados Miembros, de las que nos ocuparemos más adelante, todos estos instrumentos, en mayor o menor medida, han sido incorporados en su legislación interna, aunque gozando de jerarquía dispar.

Dicha incorporación en los textos constitucionales es lo que ha permitido sostener a Ermida que el conjunto de declaraciones, pactos y tratados, un *bloque de constitucionalidad*: la sección constitucional vigente en el territorio de cada

⁽³³¹⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica*, O.I.T., Montevideo 2002, pág. 14.

uno de los Estados Miembros, se amplía constituyendo un bloque con estos instrumentos del ius cogens internacional ⁽³³²⁾.

⁽³³²⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *La Declaración Sociolaboral*, cit., pág. 14.

Capítulo 6.

Contenidos de la Declaración Sociolaboral en derecho individual del trabajo.

Sumario.

1.- Derechos individuales del trabajo.- 2.- No discriminación (art. 1°).- 3.- Promoción de la igualdad (art. 2°).- 4.- Igualdad entre hombres y mujeres (art. 3°).- 5.- Derechos de los trabajadores migrantes y fronterizos (art. 4°).- 6.- Eliminación del trabajo forzoso (art. 5°).- 7.- Edad mínima de ingreso al trabajo (art. 6°).- 8.- Derechos de los empleadores a la organización y dirección técnica de la empresa (art. 7°).-

1.- Derechos individuales del trabajo.

Los siete primeros artículos están destinados al reconocimiento de derechos mínimos en el ámbito del contrato individual de trabajo, los seis primeros se refieren al trabajador y el séptimo al empleador.

Reagruparemos el contenido de estas disposiciones en cinco apartados:

2.- No discriminación (art. 1°).

El primer artículo de la *D.S.L.M.* se ocupa del derecho a la igualdad efectiva de derechos, expresado también como derecho de *indiscriminación* o, en su versión negativa, como de *no discriminación*.

Su redacción no deja dudas que se trata de una norma directamente operativa o autoejecutable ⁽³³³⁾: *Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación.* La norma es clara, está dirigida al trabajador, es decir, al sujeto individual, al habitante y no hay nada en la redacción que haga suponer la falta de operatividad de este reconocimiento en caso de configurarse un supuesto de hecho contrario al mandato, es decir, que este trabajador o habitante al que se dirige la norma, sea objeto de un acto discriminatorio.

La igualdad efectiva de oportunidades exige que no haya excluidos o marginados en el desarrollo social. Resulta ilustrativo el criterio adoptado por la *Constitución Pastoral Gaudium et Spes* sobre el punto: *Ciertamente no todos los hombres pueden considerarse iguales en capacidad física, penetración intelectual y sensibilidad moral; sin embargo, toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona, sea social o cultural, por el sexo, la raza, el color o por la condición social, por la lengua o por la religión, debe ser superada y suprimida como contraria al designio divino. Y es sin duda lamentable que los derechos fundamentales de la persona no sean respetados íntegramente en todas partes* ⁽³³⁴⁾.

⁽³³³⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *La Declaración Sociolaboral del Mercosur*, en *Eficacia Jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, 1° Edición, Cinterfor – O.I.T., Montevideo 2002, pág. 25.

⁽³³⁴⁾ G.S., Primera Parte *La Iglesia y la vocación del hombre*, Capítulo II *La comunidad de los hombres*, párrafo 29.

Conceptualmente, no debe ser interpretada en el sentido que todos los trabajadores son iguales y que no corresponde trato diferencial de ningún tipo a su respecto, lo cual llevaría a sostener la vigencia de un *principio* de igualdad en las relaciones laborales. En este sentido, ha señalado Plá Rodríguez, en su clásica obra ⁽³³⁵⁾, que el principio de igualdad encierra la idea de equiparación, que es una fuente de conflictos y problemas; *desnaturaliza el carácter mínimo de las normas laborales y lleva a impedir el otorgamiento de mejoras y beneficios que podrían existir*.

Sostiene dicho autor, que luego de varios años de reflexión se ha inclinado a incorporar a su obra un principio de no discriminación, que conceptualmente se diferencia de un principio de igualdad: *el principio de no discriminación lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto y sin una razón válida ni legítima* ⁽³³⁶⁾.

Sobre esta base, el art. 1° Num. 1 de la *D.S.L.M.* adopta la garantía de igualdad a una igualdad *efectiva de derechos, trato y oportunidades*, la cual se ve complementada con la enunciación de supuestos de exclusión, que son claramente discriminatorios.

Y es en este último aspecto enunciativo donde la *Declaración* insiste, destacándose como causales de exclusión prohibidas la raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica. La enumeración tiene carácter simplemente enunciativo, ya que la misma norma enfatiza *“o cualquier otra condición social o familiar”* (Art. 1°, num. 1).

El numeral concluye con la expresión *“en conformidad con las disposiciones legales vigentes”* que, entendemos, no restringe la amplitud del reconocimiento efectuado por dicha norma, ni la limita a aquellos aspectos que hubieren merecido una previa reglamentación por parte de los Estados Miembros.

Ello significaría tanto como sostener que, a través de la *Declaración*, se faculta a los Estados para reconocer derechos, cuando su recta interpretación indica que, por dicha vía, se están reconociendo derechos.

Adjudicarle a dicha expresión un sentido o alcance restrictivo de las causales de exclusión que configurarían supuestos de discriminación, importaría un claro retroceso en materia de derechos humanos. Los Estados Miembros no podrían alegar la falta de reglamentación en su derecho interno de alguna de las causales de exclusión referidas por el art. 1° de la *Declaración*, ya que ello implicaría un obrar contrario a lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados: *“Una parte no podrá justificar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

Por aplicación de este criterio interpretativo, la *Corte Europea de Derechos humanos* resolvió, en el caso *Eckle*, que *“No es posible parapetarse detrás de las eventuales lagunas del derecho interno para sustraerse a los compromisos contraídos en virtud del artículo 6 del Convenio”* ⁽³³⁷⁾.

⁽³³⁵⁾ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 3° edición actualizada, ediciones Depalma, Buenos Aires 1998, pág. 415.

⁽³³⁶⁾ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios ...*, cit., págs. 414 y 415.

⁽³³⁷⁾ Que consagra los derechos al debido proceso; Eur. Court H.R., *Eckle case* of 15 July 1982 Series A No. 51, párr. 84; v. también *Marckx case*, judgment of 13 June 1979, Series A No. 31, párr. 3.

La versión americana de este caso estuvo dada por la célebre Opinión Consultiva N° 7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que fijó el alcance de una expresión similar contenida en la parte final del art. 14 Numeral 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos ⁽³³⁸⁾.

En esa oportunidad, a requerimiento del Gobierno de Costa Rica (Art. 64.1. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) la Corte sentó la siguiente doctrina legal: *“La tesis de que la frase “ en las condiciones que establezca la ley ” utilizada en el artículo 14.1 solamente facultaría a los Estados Partes a crear por ley el derecho de rectificación o respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule, no se compadece ni con el “ sentido corriente “de los términos empleados ni con el “contexto” de la Convención”* (Consid. 23), ya que *“el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”* (Consid. 24).

Esta Opinión Consultiva ⁽³³⁹⁾ tuvo una influencia decisiva en el derecho positivo argentino ya que inspiró, años más tarde, la decisión de la Corte Suprema en el célebre caso *“Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”* ⁽³⁴⁰⁾ y a partir de ella, la reforma constitucional de 1994, que estableció la regla de supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

En este sentido, señala Boggiano que en materia de obligaciones internacionales que crean derechos respecto de los individuos, la postura dualista no puede funcionar en la práctica de un modo extremo, pues hoy son cada vez más las obligaciones internacionales cuyo cumplimiento sólo puede tener lugar en el ámbito de personas, conductas y cosas localizadas en los territorios estatales y cita la doctrina de la Corte Permanente de Justicia Internacional, según la cual *“No puede discutirse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las partes de algunas normas determinadas creadoras de derechos y obligaciones para los individuos y aplicables por los tribunales nacionales (1928 – PCIJ Series B N° 15, p. 17)”* ⁽³⁴¹⁾.

En consecuencia, la regla de interpretación que corresponderá asignar a las causales de exclusión comprensivas del género de discriminación, será la del sentido amplio, comprendiendo las causales previstas en el art. 1°-1. de la *Declaración*, sin perjuicio de las otras incluídas previamente en los ordenamientos internos de los Estados Miembros (Consid. 11° de la *Declaración*).

En el ámbito laboral, este principio aparece por primera vez en el Tratado de Paz de Versailles al establecer que a trabajo igual corresponde igual retribución, sin distinción de edad, sexo, estado, religión o ideas políticas ⁽³⁴²⁾.

En el ámbito de la O.I.T. la *Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo* (1998), ha incluído como

⁽³³⁸⁾ Referida al Derecho de Rectificación o Respuesta. Luego de reconocer este derecho, el numeral 1 concluye con la siguiente expresión: *“... en las condiciones que establezca la ley”*.

⁽³³⁹⁾ Véase, asimismo, nuestro comentario publicado en Rev. E.D. Tomo 122, págs. 900 a 908.

⁽³⁴⁰⁾ Rev. La Ley, Tomo 1992-C, pág. 540.

⁽³⁴¹⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, editorial La Ley, Buenos Aires 2001, pág. 66.

⁽³⁴²⁾ Ruprecht, Alfredo J., *Los principios normativos laborales y su proyección en la legislación*, Zavalía editor, Buenos Aires 1994, pág. 150.

“*convenios fundamentales*” que se vincula con esta temática, el N° 111 (³⁴³). A dicho Convenio se encuentra vinculada la Recomendación N° 111 (³⁴⁴).

El Convenio N° 111 ha sido ya ratificado por los cuatro Estados Miembros del Mercosur. Establece por su art. 1°, que el término *discriminación* comprende: “*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”.

La enumeración de causales incluídas en el Convenio es del tipo “*abierta*”, toda vez permite la inclusión de otras por parte de los Estados Miembros, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores (art. 1° inc. b.-), o sin seguir dicho procedimiento, en cumplimiento del deber a “*formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto*” (art. 2°).

Son válidas las inclusiones realizadas en la *D.S.L.M.* con respecto a las causales de exclusión que no estaban comprendidas expresamente en el Convenio N° 111 de la O.I.T., tales como *orientación sexual, credo, opinión sindical, ideología y posición económica o cualquier otra condición social o familiar*.

Cabe acotar, que la O.I.T. ha considerado algunas de estas causales ya comprendidas en otros Convenios. Tal el caso de la *opinión sindical (o afiliación sindical)*, implícitamente contenida en el Convenio N° 87, que reconoce como derecho de todos los trabajadores la libertad de afiliación; y expresamente contemplada, como causal de discriminación, en el art. 1° del Convenio N° 135 sobre los representantes de los trabajadores y el art. 4°, párrafo 2°, del Convenio N° 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (³⁴⁵). Del mismo modo, la condición familiar, ha sido objeto de tratamiento específico por parte de la O.I.T. en el Convenio N° 156 sobre los trabajadores (de uno y otro sexo) con responsabilidades familiares.

Como criterio de interpretación, cobran virtualidad los elementos contenidos en la definición de discriminación, aprobados por la O.I.T. (³⁴⁶). Luego de aclarar que la definición del art. 1° del Convenio 111 tiene carácter meramente descriptivo, considera incluídos en ella los siguientes tres elementos:

- √ *un elemento de hecho* (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia originadas en un acto o en una omisión) *que constituye la diferencia de trato;*
- √ *un motivo determinante de la diferencia de trato, y*
- √ *el resultado objetivo de tal diferencia de trato* (o sea la anulación o alteración de igualdad de oportunidades y de trato).

⁽³⁴³⁾ Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 42° Conferencia, 25/06/1958, ratificado por Argentina mediante ley 17.677.

⁽³⁴⁴⁾ Sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, 42° Conferencia, 25/06/1958.

⁽³⁴⁵⁾ 83° Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 1996, Informe III, Parte 4B, sobre Igualdad en el Empleo y la ocupación, N° 63, pág. 23.

⁽³⁴⁶⁾ 83° Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 1996, Informe III, Parte 4B, sobre Igualdad en el Empleo y la ocupación, N° 23, pág. 12.

Merece destacarse, que en la autorizada opinión de Plá Rodríguez, la sola ratificación de los Convenios 100 y 111 de la O.I.T. no basta para evitar la discriminación. A dicha conclusión arriba con apoyo en el texto de algunas partes del Convenio 111, de las que infiere que, con su ratificación, los Estados solo se obligan a *“formular y llevar a cabo una política nacional que promueva ... la igualdad de oportunidades y de trato, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*. Sobre esa base, entiende que *“el Convenio es el punto de arranque, pero a lo que se obligan es a diseñar y cumplir una política”* ⁽³⁴⁷⁾.

Por las razones anteriormente expuestas, no nos parece que la clara enunciación del citado art. 2° permita la convivencia de normas discriminatorias con la ratificación de ese Convenio, máxime cuando por el artículo siguiente, en su inciso c.-), los Estados se obligan a *“derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política”*.

A todo evento, la redacción del art. 1° de la D.S.L.M. no deja espacio a la duda, es categórico en el sentido de su operatividad y que *“Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades ...”*.

Cabe acotar, que el Convenio N° 111 no contiene cláusulas específicamente destinadas a evitar discriminaciones, en materia de empleo y ocupación, con motivo de la nacionalidad. Solo considera, en tal sentido, la *“ascendencia nacional”*, que no es propia del trabajador, como sería su nacionalidad, sino más bien alude a la nacionalidad de su filiación. De la nacionalidad sí se ocupa el Convenio N° 122 sobre política de empleo ⁽³⁴⁸⁾, que contiene una referencia estrictamente vinculada a esta temática. Por su art. 1° establece el compromiso de todo Miembro a formular y llevar a cabo una política de fomento de empleo tendiente a garantizar: 2.c.-) *que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social*.

Más adelante veremos que, aún cuando Argentina, Brasil y Paraguay han ratificado este convenio N° 122, su derecho interno presenta ciertas incompatibilidades con relación a la igualdad de trato de los no nacionales.

Complementan los citados Convenios de la O.I.T. en materia de discriminación, las siguientes normas de orden público internacional:

√ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 23 1. y 2. ⁽³⁴⁹⁾.

√ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, arts. 2° inc. 1°, 3 y 26 ⁽³⁵⁰⁾.

⁽³⁴⁷⁾ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, cit., pág. 417.

⁽³⁴⁸⁾ 48° Conferencia, Ginebra, 9/7/64, ratificado por Brasil, Paraguay y Uruguay, hallándose pendiente la ratificación de la Argentina.

⁽³⁴⁹⁾ Art. 23, 1.- *Todo hombre tiene derecho al trabajo, a la libre búsqueda de empleo, a condiciones justas y favorables de trabajo y a la protección contra el desempleo.* Art. 23, 2.- *Todo hombre, sin distinción, tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo.*

⁽³⁵⁰⁾ Art. 2° inc. 1°: *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.-;* Art. 3: *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos*

√ *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, arts. 3 y 7 ⁽³⁵¹⁾.

√ *Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre*, art. 2° ⁽³⁵²⁾.

√ *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*, arts. 1° y 2° inc. d.-) ⁽³⁵³⁾.

√ *Carta de Organización de Estados Americanos*, art. 34 ⁽³⁵⁴⁾.

√ *Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 7° ⁽³⁵⁵⁾.

La discriminación presenta aristas que a menudo son difíciles de resolver. Por un lado, la legislación y la práctica nacional deben impedir que las personas sean excluidas o marginadas por su pertenencia a un grupo determinado (sexo, raza, nacionalidad, etc.), extremo que no constituye una variante razonable de *exclusión* y atentan contra la dignidad humana.

Pero, por el otro lado, la misma orientación debe estar encaminada a la *inclusión* de grupos que, debido a su particular situación de debilidad, requieren la ayuda de la sociedad para poder insertarse a través de una condición de empleo decente. Se trata, particularmente, de las personas discapacitadas y, en algunos casos, de otros sectores que por su corta edad y falta de experiencia, o edad avanzada y debilidad de recursos físicos, o bien, cualquiera sea su edad y condición física, la falta de una formación profesional adecuada y de medios para llevarla a

enunciados en el presente Pacto.- Art. 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación alguna, a igual protección de la ley. A este respecto, la ley, deber prohibir cualquier forma de discriminación y garantizar a todas las personas protección igual y eficaz contra cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política, o de otra naturaleza, origen nacional o social, situación económica, nacimiento o cualquier otra que fuese.

⁽³⁵¹⁾ Art. 3: *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.-; Art. 7°. Los Estados Parte del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: ... a.-) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i.-) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ... c.-) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y calidad.*

⁽³⁵²⁾ Art. 2°: *Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.*

⁽³⁵³⁾ Art. 1°, párrafo 2do.: *Esta Carta de Garantías Sociales protege por igual a hombres y mujeres.- Art. 2°: Los siguientes principios considéranse básicos en el derecho social de los países americanos: ... d.-) a trabajo igual, debe corresponder igual remuneración, cualquiera sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador.*

⁽³⁵⁴⁾ Art. 34: *Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: g.-) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos.*

⁽³⁵⁵⁾ Art. 7°: *”Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a.-) Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;”.*

cabo. En este sentido, recordemos que en el ámbito de la Unión Europea, se ha considerado que reviste carácter discriminatorio la norma que implementa cupos femeninos en las empresas ⁽³⁵⁶⁾.

Y, en el intermedio, también son válidos los requisitos y habilidades que puede exigir el mercado, dentro del uso razonable de la libertad de contratación. El Convenio 111 considera, en este sentido, que *las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación* (art. 1º, 2.-)

3.- Promoción de la igualdad (art. 2º).

La primer regla de no discriminación, se ve complementada con las previsiones del art. 2º, estrictamente vinculadas a la labor positiva que deberán cumplir los Estados Miembros a efectos de colaborar con la inserción en el empleo de las personas con discapacidad.

Por el primer apartado de este artículo, se reconoce el derecho de las personas con discapacidades físicas o mentales a recibir un tratamiento digno y no discriminatorio, complementado con una política social que tienda a su inserción social y laboral. La norma es claramente operativa ⁽³⁵⁷⁾ y, al igual que en materia de no discriminación, tampoco aquí corresponde suponer que no hay un derecho subjetivo reconocido. Por razón de dicha operatividad, los Estados Miembros se encuentran obligados a encauzar su política social de acuerdo a los parámetros que la norma contiene y, por su parte, las personas encuadradas en dichas previsiones, cuentan con el derecho subjetivo a recibir el trato allí previsto, tanto con relación al Estado como con respecto a los demás particulares.

Por el segundo apartado, los Estados Miembros se comprometen a adoptar una política social diferenciada para las personas discapacitadas, la cual tienda a lograr su inserción en una actividad productiva, a través de medidas efectivas en materia de educación, formación, readaptación y orientación profesional. Esta disposición es claramente programática, expresa fines y medidas que deben ser llevados a cabo por los Miembros.

En esta materia, los cuatro Estados Miembros han ratificado el Convenio de la O.I.T. N° 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas ⁽³⁵⁸⁾, que se ve complementado con las Recomendaciones Nros. 99 sobre la adaptación y readaptación profesional de los inválidos (1955) y 150 sobre el desarrollo de los recursos humanos (1975).

Por el art. 1º del Convenio se define el concepto de *persona inválida*, entendiéndose por tal *toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida*.

⁽³⁵⁶⁾ Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo, de fecha 17 de octubre de 1995; Fallo del Tribunal sobre el caso C-450/95, relativo a una solicitud remitida al Tribunal en aplicación del art. 177 del Tratado de la C.E.E., por el Bundesarbeitsfericht (Tribunal Federal del Trabajo), citado en el Capítulo 4, Apartado 3.2.a.- de este trabajo.

⁽³⁵⁷⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia* jurídica, cit., pág. 25.

⁽³⁵⁸⁾ 60º Conferencia, Ginebra, 20/6/83, ratificado por la Argentina mediante ley 23.462.

Con relación a estas personas, por el Convenio N° 159 los Estados se obligan a llevar a cabo las medidas apropiadas a las condiciones nacionales, a fin de lograr su readaptación profesional, la que consiste en *permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad* (art. 1°, num. 1.-).

Entre las medidas a adoptar, ocupan un lugar relevante las que se vinculan a los servicios de orientación y formación profesional, colocación, empleo y otros afines. Estos servicios deben ser los que ya existen con relación a los trabajadores, con las adaptaciones necesarias para estas circunstancias (art. 7°), las cuales deben cubrir también las zonas rurales y comunidades apartadas (art. 8) e incluir asesores con especial versación en la temática de empleo de personas discapacitadas (art. 9.-).

El art. 2° de la *D.S.L.M.* reitera estas reglas. Para una efectiva igualdad de las personas con discapacidad, no es suficiente a su respecto la no discriminación, a ello debe adicionarse una efectiva política social que favorezca la inserción de estas personas a una actividad productiva.

Los mecanismos descritos en el numeral 2° de este artículo parecen atinados al logro de dicho fin. La posibilidad de inserción del discapacitado, requiere de un nivel adecuado de información, adaptando las diferentes clases de discapacidad con las actividades diferenciadas que en cada caso pueda llevar a cabo. La persona con discapacidad requiere de orientación en este sentido y, una vez advertida de la actividad que se encuentra en posibilidad de desarrollar, resultará imprescindible una etapa de formación profesional. De allí que, con buen criterio, se opte por calificar a estas personas como portadoras de *capacidades diferenciales*, en vez de *discapacitados*.

Estos pasos, todos ellos previstos por la *D.S.L.M.*, deben ser ajustados a los casos de personas con discapacidad sobreviniente a su incorporación en el empleo, que requerirá su reinserción, ajustada esta a su nueva contingencia.

Por último, con relación a las personas con discapacidad, tal como lo ha previsto la *D.S.L.M.*, resultan de aplicación las reglas y normas internacionales que se vinculan con la discriminación tratadas en el punto anterior.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar la previsión contenida en la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* acerca del derecho de los trabajadores accidentados a su reestablecimiento (art. 31 inc. b.-)⁽³⁵⁹⁾ y la promoción de igualdad con relación a las poblaciones indígenas (art. 39)⁽³⁶⁰⁾.

⁽³⁵⁹⁾ Art. 31: *Los trabajadores, inclusive los trabajadores agrícolas, trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos, los empleados públicos, los aprendices, aunque no reciban salario y los trabajadores independientes cuando su afiliación fuere posible, tienen derecho a un sistema de seguridad social obligatorio orientado a la realización de los objetivos siguientes: ... b.-) Restablecer lo más rápida y completamente posible, la capacidad de ganancia perdida o reducida como consecuencia de enfermedad o accidente.-*

⁽³⁶⁰⁾ Art. 39: *En los países donde exista el problema de la población aborígen se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación ... Deben crearse instituciones o*

4.- Igualdad entre hombres y mujeres (art. 3°).

El art. 3° de la *D.S.L.M.* reedita un compromiso de antigua data y permanente actualidad, que es el de la equiparación salarial entre la mano de obra masculina y femenina. El punto se encuentra vinculado a la discriminación por razón del sexo, toda vez que importa un tratamiento diferenciado en materia de remuneración, por exclusiones arbitrarias y carentes de objetividad.

La redacción asignada a este art. 3° es más bien del tipo programática. El derecho a la no discriminación por sexo se encuentra reconocido en el art. 1° de la *D.S.L.M.* y, como hemos visto, la redacción de este último no deja lugar a dudas acerca del carácter operativo. Aquí, en el art. 3° de la *D.S.L.M.* la cuestión es tratada de una manera diferente y el compromiso que los Estados Miembros adoptan es con relación a un *fin* a alcanzar, esto es, el fin de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, lo que exigirá la realización de actos normativos y prácticas laborales encauzados hacia ese fin.

Por supuesto, como todo enunciado programático, este art. 3° posee un contenido de carácter normativo y, como tal, directamente operativo: el compromiso implícito de los Estados Miembros a no adoptar medidas que sean claramente contrarias al fin descrito. En caso de adoptar medidas contrarias, las mismas resultarían incompatibles con el enunciado programático, derivando en un incumplimiento a la *D.S.L.M.* que podría traducirse en la no aplicación de la norma contraria, atendiendo a la relación de paridad normativa que exista en el territorio del Estado que dicte tal tipo de medidas.

La legislación laboral comenzó con la protección de los menores y siguió con la protección a la mujer. La tendencia dominante de la legislación laboral en muchos países fue brindar una protección paternalista a las mujeres por ser consideradas como el sexo débil. Dicha protección se concretó en la legislación especial respecto a la jornada de trabajo (como lo es la prohibición del trabajo nocturno, las restricciones a trabajar horas extras), y la prohibición de realizar trabajos riesgosos o con exigencia de esfuerzos físicos. La protección de la maternidad también se instituyó a partir de esta perspectiva paternalista, siendo formas típicas de protección de la maternidad; la prohibición del despido de la trabajadora durante cierto período antes o después del parto, la licencia por maternidad de varias semanas, y el permiso para amamantar.

Sin embargo, como lo indican los informes de Israel, Uruguay y Chile, el efecto potencial de dicho paternalismo para perpetuar el estereotipo y reducir las oportunidades de trabajo fue admitido por muchos países en los últimos años. En los países industrializados, dichas medidas proteccionistas se abolieron completamente.

En algunos lugares (Eslovenia, por ejemplo) consideran que la mujer trabajadora no deberían gozar de la protección sobre la base de su sexo sino que la protección debería basarse en su rol especial de madre ⁽³⁶¹⁾.

servicios para la protección de los indios, y en particular, para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por extraños.

⁽³⁶¹⁾ Ponencia del Prof. Japonés Kazuo Sugeno, sobre *La Discriminación en el Empleo*, XV Congreso Mundial De Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Edita; Fundación del Trabajo, Buenos Aires, sep./1997, pág.30/31.

El fundamento de la protección del trabajo de la mujer y de los menores lo encontramos en los abusos que se cometían especialmente contra ella durante la Revolución Industrial; salarios más bajos que los de los hombres y horarios abusivos eran los elementos más comunes de aquella época.

Estos abusos iniciales llevaron desde mediados del siglo diecinueve a que fuera surgiendo una legislación protectora de la mujer que trabajaba, particularmente en los países industrializados. Esa tendencia tuvo, sustancialmente cuatro manifestaciones a su respecto: a.-) la duración máxima de la jornada de trabajo, b.-) los trabajos nocturnos, peligrosos o insalubres; c.-) el descanso semanal, y d.-) su situación en ocasión de ser madre ⁽³⁶²⁾.

La mujer era “*mano de obra*” marginal, más necesitada, menor calificada y peor remunerada. Tal situación originó una firme corriente legislativa que, desde la mitad del siglo pasado, tendió a acordar a la mujer condiciones especiales de trabajo, dando origen a las primeras expresiones del principio protectorio ⁽³⁶³⁾.

La mujer debe ser protegida especialmente por su rol fundamental en el marco de la familia, no sólo con respecto a la procreación y al cuidado de sus hijos, sino como factor de unión e integración familiar.

En definitiva, del mismo modo que los abusos dieron lugar a la protección, y con ello a que se establecieran siempre normas especiales de amparo, existe desde comienzos del '90 una corriente que afirma que la protección especial de la mujer es un factor de discriminación en su contra en la carrera por igualar al hombre, ya no sólo en sus derechos, sino fundamentalmente en todos los roles que hasta hace poco se consideraban exclusivos del hombre ⁽³⁶⁴⁾.

Dentro del grupo de convenios “*fundamentales*” de la O.I.T. a los que alude la *D.S.L.M.* en el Considerando N° 4°, vinculado a esta temática se ubica el Nro. 100 ⁽³⁶⁵⁾.

El Convenio N° 100 ha sido ya ratificado por los cuatro Estados Miembros del Mercosur. Por este instrumento, los Estados se obligan a emplear medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración y garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Con anterioridad al citado Convenio, por el N° 82 de 1947, sobre política social en los territorios no metropolitanos se explicitó el principio de no discriminación por motivo de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato.

La Carta de las Naciones Unidas de 1948, afirmó en su Preámbulo la igualdad de derechos del hombre y la mujer.

⁽³⁶²⁾ Martínez Vivot, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1981, págs. 182/3.

⁽³⁶³⁾ Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado Práctico del Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Buenos Aires 1990, Tomo II, pág. 1865.

⁽³⁶⁴⁾ De Diego, Julián Arturo, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1° edición, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires 1997; pág. 255.

⁽³⁶⁵⁾ Relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; 34° Conferencia, 29/06/1951, ratificado por Argentina mediante ley 11.595.

El Convenio N° 100 se inspira en esta corriente de opinión y ha previsto en el art. 2° la obligación de “*garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*”.

Por la Recomendación N° 90 se estima de utilidad que se apliquen en primer término al personal empleado en los servicios y organismos de la Administración pública o en aquellos donde la remuneración esté sujeta a control público. Asimismo, sugiere tomar medidas pertinentes para elevar el rendimiento de los trabajadores, otorgando idénticas posibilidades en cuanto formación y orientación profesional.

Sin embargo, y como se ha visto anteriormente, el problema de la discriminación salarial de la mujer constituyó siempre una de las prioridades de la O.I.T., pudiendo citarse que en la recomendación sobre métodos para la fijación de salarios mínimos –de 1928- la Conferencia de la O.I.T., llama “*la atención de los gobiernos sobre el principio de salario igual sin distinción de sexo, para un trabajo de valor igual*”.

De allí que junto con el citado Convenio N° 100, también se han ocupado de la presente temática los siguientes: el N° 3 sobre protección de la maternidad ⁽³⁶⁶⁾, revisado en 1952 por el Convenio N° 103, el que a su vez fue revisado en 2000 por el Convenio N° 183. También se vincula con esta temática el Convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares ⁽³⁶⁷⁾.

En materia de instrumentos internacionales previstos por el Considerando 5° de la *D.S.L.M.*, resultan de aplicación las reglas en ellos previstas con relación a la discriminación con motivo del sexo.

5.- Derechos de los trabajadores migrantes y fronterizos (art. 4°).

Hay dos partes bien diferenciadas en este art. 4° de la *D.S.L.M.*, que abordan de manera distinta la temática del trabajador migrante y del trabajador fronterizo.

Si bien la *D.S.L.M.* omite definir ambas categorías, corresponde precisar lo siguiente, la nota distintiva entre el trabajador fronterizo y el migrante clásico, pasa por el hecho de residir en un Estado y trabajar en otro. El emigrante abandona por completo su país de origen, con o sin su familia, para residir y trabajar en un país distinto del suyo. En cambio, el trabajador fronterizo tiene una doble vinculación nacional, en función de sus lugares de residencia y de trabajo.

Para el trabajador migrante, la disposición del primer párrafo de la *D.S.L.M.* reconoce con plena operatividad a su favor el derecho a la ayuda, protección e información. Complementa estos derechos, el reconocimiento de una igualdad de trato con los nacionales del Estado donde preste servicios. La cláusula es del tipo “*abierta*”, ya que al garantizar tal derecho a todo trabajador “*independientemente de su nacionalidad*” contiene una estipulación a favor de nacionales provenientes de Estados que no forman parte del Mercosur, con independencia que exista reciprocidad en el trato a los trabajadores nacionales del

⁽³⁶⁶⁾ 1° Conferencia, 28/11/29, ratificado por la Argentina mediante ley 11.726, también por Uruguay y Paraguay en el ámbito del Mercosur.

⁽³⁶⁷⁾ 67° Conferencia, 23/06/1981, ratificado por la Argentina mediante ley 23.451 y por Uruguay en el ámbito del Mercosur.

Mercosur, que se encuentren prestando tareas en el territorio de los Estados no miembros.

En la segunda categoría, destinada a los trabajadores fronterizos, la norma es claramente programática. No hay posibilidad de interpretar que los Estados se obligan a otra cosa que no sea el dictado de normas que reglamenten la circulación de trabajadores en las áreas de frontera y tiendan a mejorar su situación.

La cuestión referida a ambas categorías de trabajadores, con otras tantas subcategorías, ha merecido desde antigua dada la atención de la comunidad internacional y también, según lo hemos tratado en el Capítulo 2, de la Doctrina Social de la Iglesia.

La categoría de trabajador migrante, tiene que ver con los derechos de emigración y de inmigración en el plano internacional, y su consecuencia necesaria consistente en la prohibición de trato discriminatorio al trabajador extranjero.

Las restricciones a los derechos que dan sustento a la categoría en cuestión, se han venido dando en cada Estado, siendo uno de los atributos inherentes a su soberanía, la facultad de regular los flujos migratorios o inmigratorios que ocurran dentro de su territorio. De allí que ha sido prácticamente nula su recepción en los tratados o instrumentos internacionales de carácter general, no advirtiéndose referencia específica en ninguno de los citados por el Considerando 5° de la *D.S.L.M.* Estos instrumentos no se refieren al empleo migrante o fronterizo, salvo en lo concerniente al principio de no discriminación por la nacionalidad, pero se entiende que las disposiciones que regulan este tópico están dirigidas a los extranjeros residentes, es decir, a aquellos que ingresaron regularmente a un estado distinto de su nacionalidad y, con la consecuente autorización de autoridad competente, iniciaron su relación laboral.

En el terreno internacional, el punto vinculado a estos trabajadores mereció una atención especial, distinta de los instrumentos generales y siempre destinada a promover su igualdad de tratamiento con los nacionales. En este sentido, la producción normativa de la O.I.T. y de la O.N.U. han sido verdaderamente prolíficas.

La circulación de trabajadores se presenta con particularidades cuya complejidad, no se agota en las únicas dos categorías tratadas por el art. 4° de la *D.S.L.M.*, que son el caso del trabajador “*migrante*” y el trabajador “*fronterizo*”.

Al solo efecto ilustrativo, cabe recordar la clasificación de estas situaciones que hace la “*Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*”, aprobada por Resolución N° 45/158 de la Asamblea General de la O.N.U., del 18 de diciembre de 1990.

La Convención define como “*trabajador migratorio*”, a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional (art. 1° inc. 1).

A su vez, dentro de dicha calificación, en el inc. 2° del art. 1° se prevén las siguientes categorías:

a.-) “*trabajador fronterizo*”: todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana;

b.-) “*trabajador de temporada*”: todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año;

c.-) “*marino*” (término que incluye a los pescadores): todo trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional;

d.-) “*trabajador en una estructura marina*”: todo trabajador migratorio empleado en una estructura marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional;

e.-) “*trabajador itinerante*”: todo trabajador migratorio que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación;

f.-) “*trabajador vinculado a un proyecto*”: todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador;

g.-) “*trabajador con empleo concreto*”: el trabajador migratorio que:

g.1.-) Haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta.

g.2.-) Realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados o de otra índole;

g.3.-) A solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve;

h.-) “*trabajador por cuenta propia*”: el trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales.

Por “*familiares*”, se entiende a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que conforme a derecho produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación o acuerdos aplicables al país de que se trate (art. 4°).

A los efectos de la Convención, se entiende por “*Estado de origen*” aquél del cual sea nacional la persona de que se trate; por “*Estado de empleo*” aquél donde el trabajador vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada; y por “*Estado de tránsito*” cualquier Estado por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual (art. 6°).

El relevamiento de la labor realizada en esta materia por la O.I.T., también coloca en evidencia la complejidad de esta temática. La citada Organización, como principal foro de debate y origen de normas internacionales del trabajo, se ha dedicado prácticamente desde sus inicios a lograr la implementación de normas que eviten discriminaciones en el empleo por cualquier razón, incluyendo la nacionalidad del trabajador.

Así, ya en el Preámbulo de su Constitución se ocupa de incluir,

dentro de las mejoras urgentes que se propone lograr a las condiciones de trabajo, la *“protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero”* y, en el párrafo siguiente de aclarar *“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”*.

La labor dirigida al empleo migrante comienza en 1925 con la adopción, por la 7ma. Conferencia celebrada en Ginebra el 19 de mayo de dicho año, del Convenio N° 19 relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo. La Convención entró en vigencia el 8 de setiembre de 1926 con el depósito del segundo instrumento de ratificación. Tuvo gran aceptación entre los Estados miembros de la O.I.T., registrando, hasta octubre de 2002 la cantidad de 120 ratificaciones ⁽³⁶⁸⁾. En el ámbito del Mercosur, todos los Estados parte ratificaron este Convenio a excepción de Paraguay.

Por su art. 1° los miembros que ratifiquen el Convenio se obligan *“a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo”*. Aclarando, por la primera parte del art. 2°, que *“Esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia”*.

Por la Recomendación N° 25 vinculada a este Convenio, se aconseja que en los Estados donde no exista un régimen de indemnización o de seguros de accidentes del trabajo, *“los gobiernos, hasta que se instituya dicho régimen, concedan a los trabajadores extranjeros el beneficio de la legislación nacional de éstos en materia de indemnización por accidentes del trabajo”*.

Por el Convenio N° 21 (Ginebra, 8va. Reunión, 26 de mayo al 5 de junio de 1926), relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques, los Estados se obligan *“a aceptar el principio de que el servicio oficial de inspección encargado de velar por la protección de los emigrantes a bordo de un buque de emigrantes no sea realizado por más de un gobierno”* (art. 2, num. 1) correspondiendo que el inspector oficial *“sea designado, en general, por el gobierno del país cuyo pabellón lleve el buque”* (art. 3°). El inspector oficial no podrá, *“en ningún caso, depender ni estar directa o indirectamente en relaciones con el armador o compañía de navegación”* (art. 4°, num. 2).

El Convenio N° 21 entró en vigencia el 29 de diciembre de 1927 con el depósito del segundo instrumento de ratificación. Hasta 2002 cuenta con 33 Estados que lo ratificaron, entre ellos todos los Miembros del Mercosur a excepción del Paraguay, aunque debe tenerse en cuenta que se trata del único Estado cuyo territorio carece de acceso directo al mar.

En materia de seguridad social, la 19° Conferencia de la O.I.T. (Ginebra, junio de 1935) aprobó el Convenio N° 48 sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, a través del cual se persigue implementar un

⁽³⁶⁸⁾ Los datos volcados en este Capítulo acerca de cantidad de ratificaciones recibidas por los Convenios citados, como asimismo su ratificación o no por los miembros del Mercosur, han sido tomados de Internet, página de O.I.T., ILOLEX: www.ilo.org al 31/10/2002.

sistema internacional de conservación de los derechos de seguro de invalidez, vejez y muerte, reconociendo los Estados miembros los aportes efectuados por el migrante en su Estado de origen y pagando las prestaciones correspondientes con un posterior sistema de reembolso.

El Convenio fue revisado por el N° 157 (68° Conferencia, Ginebra 1982), que extiende el sistema a la conservación de derechos de asistencia médica, enfermedad, maternidad, supervivencia, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, prestaciones de desempleo y prestaciones familiares. Por su art. 5° se establece la aplicación de la ley del Estado donde tiene lugar la ejecución del contrato de trabajo, aún cuando el trabajador no resida en ese territorio.

No han gozado aún estos dos Convenios de una masiva aceptación. Hasta 2002, el Convenio N° 48 mantiene 7 ratificaciones (por denuncias de Hungría, Países Bajos, Polonia y España) y el N° 157 la cantidad de 3 ratificaciones (España, Suecia y Filipinas).

Ningún Estado miembro del Mercosur ha ratificado estos convenios aunque cabe destacar que a nivel de esta región se han aprobado el Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur y el Acuerdo Administrativo Para la Aplicación del Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur ⁽³⁶⁹⁾.

También vinculado a la seguridad social de los trabajadores migrantes, la 46° Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, 6 al 28 de junio de 1962) aprobó el Convenio N° 118 relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social. Los Estados se obligan aquí, en condición de reciprocidad, a conceder en su territorio a los nacionales de otros Estados miembros que hayan ratificado el Convenio, igualdad de trato respecto de sus propios nacionales por lo que se refiera a su legislación, tanto en lo que concierne a los requisitos de admisión como al derecho a las prestaciones, en todas las ramas de la seguridad social respecto de las cuales haya aceptado las obligaciones del Convenio. En oportunidad de su ratificación, el Estado puede escoger entre una o varias de las siguientes ramas: a) asistencia médica; b) prestaciones de enfermedad, c) prestaciones de maternidad, d) prestaciones de invalidez, e) prestaciones de vejez, f) prestaciones de sobrevivencia, g) prestaciones de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, h) prestaciones de desempleo; e i) prestaciones familiares (art. 2).

Este Convenio cuenta con 38 ratificaciones, también a 2002. De los cuatro miembros del Mercosur solo Brasil y Uruguay lo han ratificado.

El primer intento de implementar una normativa integral en materia de protección del trabajador migrante estuvo dado por el Convenio N° 66 relativo al reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes, aprobado por la 25ta. Conferencia, Ginebra 8 al 28 de junio de 1939. Diez años más tarde, la 32° Conferencia aprueba el Convenio N° 97 sobre los trabajadores migrantes que revisa integralmente el Convenio N° 66. Sin embargo, hacia 1965 este último Convenio no había logrado aún las dos ratificaciones previstas por el art. 10 para su entrada en vigencia y sí lo había logrado el Convenio N° 97. Ello implicó que el Convenio N° 66 nunca entrara en vigor y, dado su reemplazo por el Convenio N° 97, tampoco se encuentra abierto a la ratificación.

⁽³⁶⁹⁾ Ambos ratificados ya por Argentina, mediante ley 25.655.

Por el citado Convenio N° 66 se procuraba obligar a los Estados a instituir mecanismos de protección para el empleo migrante, interpretándose como tal el que tuviera como objeto contratar trabajadores residentes en otro país. Se implementaba un mecanismo de control con sanciones penales a la propaganda que indujera a error en este tipo de contrataciones (art. 1°); la creación en cada Estado de un servicio de información y ayuda a trabajadores migrantes (art. 2°); autoridades oficiales de control en la contratación, ingreso y colocación de trabajadores migrantes (art. 3°); que los contratos de trabajo se celebren en idioma del país de origen del trabajador migratorio especificando además su duración, modo de renovación, fecha y lugar donde deba presentarse el trabajador, modo de sufragar gastos de traslado, remuneración y descuentos y condiciones de alojamiento (art. 4°); regreso sin costo para el trabajador migratorio que no obtenga el empleo para el cual fue reclutado (art. 5°); igualdad de trato con los nacionales a favor del trabajador migratorio (art. 6°) y exenciones aduaneras para el ingreso al Estado de efectos personales y herramientas pertenecientes a estos trabajadores (art. 7°).

El Convenio 97 sobre trabajadores migrantes cuenta con disposiciones similares a las de su antecesor, agregando la obligación de los Estados de informar a la Oficina Internacional del Trabajo y a cualquier miembro cuando lo solicite, información sobre la política y legislación nacionales en materia de emigración e inmigración (art. 1°); creación de un servicio médico encargado de realizar tareas de control sobre el estado de salud del trabajador migratorio en oportunidad de su ingreso y salida del país (art. 5°); prohibición de enviar al trabajador migratorio a su país de origen en caso que la enfermedad o accidente posterior a su admisión le impidiera cumplir las tareas contratadas (art. 8) y posibilidad al trabajador migrante de transferir sus ingresos (art. 9).

Este Convenio cuenta en 2002 con 42 ratificaciones, incluyendo en dicha nómina solo a dos de los Estados miembros del Mercosur: Brasil y Uruguay.

Vinculada a estos Convenios, la Recomendación N° 100 de la O.I.T. sobre la protección de los trabajadores migrantes en los países y territorios insuficientemente desarrollados (38° Conferencia, Ginebra 1° al 23 de junio de 1955), en su extenso articulado cuenta con reglas sobre la protección de los migrantes y sus familias, tanto en los viajes de traslado entre el país de origen y el de empleo, como durante el cumplimiento de los respectivos contratos en materia de trato igualitario, alojamiento, salarios, derecho de asociación, seguridad e higiene en el trabajo.

En 1975 la 60° Conferencia de la O.I.T. aprueba el Convenio N° 143 sobre trabajadores migrantes, que contiene disposiciones complementarias al Convenio anteriormente citado. Aquí se agregan la obligación de los Estados parte a determinar la existencia en su territorio de trabajadores migrantes o movimientos migratorios con fines de empleo en condiciones contrarias a instrumentos internacionales o su legislación nacional con consulta a las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores (art. 2°); a adoptar medidas tendientes a suprimir migraciones clandestinas con fines a empleo o empleo ilegal de migrantes, como asimismo los organizadores de movimientos migratorios clandestinos con iguales fines (art. 3°); la pérdida de empleo posterior a la admisión del trabajador migrante no podrá generar que se considere a dicho trabajador en situación irregular (art. 8°, num. 1); dicho trabajador deberá beneficiarse con igual trato que los nacionales en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo y planes de desempleo o readaptación (art. 8°, num. 2); por el art. 10° los

Estados se obligan a asignar igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales colectivas para los trabajadores migratorios o sus familiares que se encuentren legalmente en su territorio.

Han sido 18 los Estados que ratificaron las disposiciones de este Convenio hasta 2002. Ninguno de los miembros del Mercosur lo ha ratificado hasta el momento.

También en la 60° Conferencia se aprueban las Recomendaciones Nros. 150 y 151. La primera de ellas, sobre la orientación y la formación profesional en el desarrollo de los recursos humanos, cuenta con una Parte IX (arts. 57 a 60) dedicada específicamente a los trabajadores migrantes. Aquí se hacen extensiva a estos trabajadores las disposiciones de la Recomendación con la pertinente igualdad de trato y se prevé que la formación profesional en estos casos, deberá tener en cuenta la eventual diferencia de idiomas, previéndose la intervención de intérpretes o traductores en su formación profesional.

La Recomendación 151 sobre los trabajadores migrantes se encuentra dividida en tres Partes: igualdad de oportunidades y de trato; política social y empleo y residencia. Por la primera se reiteran las disposiciones destinadas a la implementación de trato igualitario entre los trabajadores migrantes y los nacionales del país de empleo, tanto en lo concerniente a las condiciones de trabajo, como derecho a la sindicalización y acceso al sistema de seguridad social. La Parte II se ocupa de lograr el compromiso de los Estados en la implementación de una política social destinadas al logro de una efectiva igualdad de trato entre los trabajadores migratorios y sus familiares, en relación con la población del país de empleo, procurando facilitar a estos grupos de personas su adecuada reinserción social. Por último, la Parte III está dedicada al supuesto de pérdida del empleo por parte del trabajador migrante en cuanto a los efectos de dicha contingencia en el país de empleo, procurándose también aquí lograr la igualdad de trato de este trabajador con los nacionales en lo concerniente a la extensión de su residencia, derecho a indemnizaciones, proceso judicial y búsqueda de nuevo empleo.

Por su parte, el Convenio N° 82 sobre política social en territorios no metropolitanos (30° Conferencia, 11/7/47) cuenta con previsiones específicamente aplicables a los trabajadores migrantes en su Parte IV. El objetivo principal del Convenio está dado por el mejoramiento del nivel de vida en los planes de desarrollo económico de los Estados que controlan este tipo de territorios (art. 6°) y en materia de trabajadores migrantes, se prevé la posibilidad de transferencia de dinero o ahorros a sus estados de origen (art. 11), igualdad de trato con los nacionales (art. 12, num. 2) y consideración del eventual aumento del costo de vida comparativo con el vigente en su estado de origen (art. 13). Hasta 2002 el Convenio cuenta con cuatro ratificaciones, ninguna de ellas correspondiente a Estado miembro del Mercosur.

También ocurre lo propio con el Convenio N° 110 sobre las plantaciones (42° Conferencia, Ginebra 4 al 26/6/58), cuya Parte II cuenta con normas destinadas a la contratación y reclutamiento de trabajadores migrantes para ser ocupados en plantaciones. Así, se implementa la prohibición de propaganda de oferta de empleo que induzca a error (art. 17); obligación de los Estados a facilitar la salida, el viaje y el recibimiento de personas que emigren para trabajar en una plantación (art. 18); y la creación de servicios médicos destinados a efectuar control del estado de salud de los trabajadores migratorios y sus familiares en oportunidad

de ingreso o egreso al país (art. 19). Nueve son los Estados que, hacia 2002, mantienen ratificado este Convenio, habiéndolo denunciado Liberia y Brasil. En el ámbito del Mercosur, el Convenio cuenta con la ratificación Uruguay.

El Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), aprobado por la 42° Conferencia (Ginebra, 4 al 26/6/58), si bien ha tenido una masiva aceptación (157 Estados lo ratificaron hasta 2002 incluyendo los cuatro miembros del Mercosur), no contiene cláusulas específicamente destinadas a evitar discriminaciones, en materia de empleo y ocupación, con motivo de la nacionalidad. Solo considera, en tal sentido, la “*ascendencia nacional*”.

Se advierten normas complementarias, vinculadas al trabajador migrante, en el Convenio N° 117 relativo a las normas y objetivos básicos de la política social (45° Reunión, Ginebra 6 al 28 de junio de 1962). Su Parte III, sobre Disposiciones relativas a los trabajadores migrantes, establece que se deben tener en cuenta las necesidades familiares normales del trabajador que con motivo de su empleo deba vivir fuera de su hogar (art. 6°); la obligación de los Estados de facilitar la transferencia de los ingresos del trabajador migrante a su país de origen (art. 7°); por convenios interjurisdiccionales se deberán prever, para los trabajadores migratorios, el disfrute de una protección y de ventajas que no sean menores que las que disfruten los trabajadores de la región del empleo (art. 8°) y que se deberá tener en cuenta los casos de incremento comparativo del costo de vida entre el país de empleo y el de origen (art. 9°). Treinta y un Estados ratificaron este Convenio hasta 1997. Entre ellos, solo Brasil y Paraguay socios del Mercosur.

La *D.S.L.M.* ha relativizado o simplificado o reducido toda esta temática, a los únicos supuestos ya citados de trabajadores “*migrantes*” y “*fronterizos*”.

Lo hace por el art. 4° y prevé, respecto de los trabajadores “*migrantes*”, que deben gozar de iguales derechos que los nacionales del país donde preste servicios.

La redacción de esta norma es poco feliz, si se tiene en cuenta que bien puede suceder que el trabajador pertenezca a una empresa con establecimientos en más de un Estado Miembro y sea afectado por la casa central, a cumplir funciones en el territorio de otro Estado Miembro donde, casualmente, los salarios son más bajos que los pagados en el territorio donde está ubicada la casa central. Ese empleador podría ampararse en el contenido de la *Declaración* para pagarle a su trabajador un salario menor, porque así es igual que el pagado en el país donde pasó a desempeñarse en la genérica y única categoría admitida por la *Declaración* de trabajador migrante.

El numeral 2 se ocupa de los trabajadores fronterizos y constituye una simple declaración de propósitos de los Estados Miembros, en el sentido de su compromiso a adoptar “*normas y procedimientos comunes*” y “*llevar a cabo las acciones necesarias*” para mejorar la situación de estos trabajadores.

El ámbito de operatividad de esta última previsión es, en la práctica, irrelevante. Tampoco ayuda en mucho el estado actual de disparidad en materia de ratificaciones que han hecho los Estados Miembros de los Convenios de la O.I.T. que se refieren a esta temática. En este sentido, la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, mediante su Resolución N° 2/94, ha recomendado a los cuatro

Estados Miembros sobre esta temática, la ratificación de los Convenios Nros. 97 y 143 de la O.I.T. referidos a la situación de los trabajadores migrantes y sus familias, ratificados hasta el momento solo por Brasil y Uruguay ⁽³⁷⁰⁾.

Ocurre que el proceso de integración planteado a partir del Tratado de Asunción, exige de los Estados Miembros acciones más específicas y claras en relación a la regionalización de condiciones laborales y contratación, que no se limiten a los casos del empleo migrante (con el agregado abierto de “*cualquiera sea su nacionalidad*”) o al caso específico del trabajador fronterizo.

El compromiso asumido por los Estados Miembros es mucho mayor y exige implementar, en la práctica, una *Ciudadanía del Mercosur*, de manera tal que exista una categoría de nacional, distinta a la nacionalidad de origen, por la cual ningún nacional de Estado miembro del Mercosur sea tratado como extranjero en territorio de otro Estado miembro. Es la experiencia que nos están mostrando los europeos, quienes solucionaron toda esta cuestión a partir del Tratado de Maastricht de 1992 con la creación de una “*Ciudadanía de la Unión*”, con *carácter complementaria* a la ciudadanía del país de origen.

De allí que entendemos ha sido lamentable tan estrecho margen de contenido en la *Declaración* al problema del status jurídico del “*extranjero*” mercosureño, que continúa sin solución.

La misma preocupación ha sido señalada por Oscar Ermida, con la versación que le caracteriza, planteando que todo el suceso comercial del Mercosur, como *primer bloque comercial exitoso del subdesarrollo*, no se ha visto acompañado de un desarrollo social proporcional. Ello así por cuanto los derechos sociales y de ciudadanía no aparecen en los tratados constitutivos del Mercosur, ni han sido desarrollados en normas “*derivadas*”, salvo, escasamente en el plano laboral, a pesar de que se reconoce la existencia de una importante dimensión social de la integración. El concepto de ciudadanía no se agota en la tradicional noción jurídica constitucional de pertenencia a un Estado, sino que supone un proceso de participación de la cual ella es el resultado y a la cual ella retroalimenta, derivando en el componente básico de una democracia fuerte. Ello se debe, sostiene nuestro autor, a que *siendo un status reconocido a quienes participan, supone reconocer la igualdad de tales participantes y su inclusión en el sistema político de la comunidad* ⁽³⁷¹⁾.

En esta temática la *Declaración* sigue la preocupante tendencia, ya que no solo omite cualquier referencia que tienda a solucionar las asimetrías derivadas de las nacionalidades dispares de los habitantes del Mercosur, sino que, además, tampoco se ha ocupado de recibir la importante labor normativa previa, que ha importado en este sentido un claro acercamiento de la población y se caracteriza por un conjunto de acuerdos de cooperación y protocolos que regulan las más diversas cuestiones, como ser el reconocimiento de títulos, la asistencia jurisdiccional ⁽³⁷²⁾, etc., todos los cuales poseen directa vinculación con el objetivo plasmado en el art. 1° del Tratado de Asunción: “*Este Mercado Común implica: la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países [...]*”.

⁽³⁷⁰⁾ Robinson, Carlos Alberto, *A livre circulação de trabalhadores: condição necessária ao processo de integração econômica*, en Revista de Derecho del Mercosur de editorial La Ley, Año 2000-1, pág. 199.

⁽³⁷¹⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *La ciudadanía laboral del Mercosur*, versión mecanografiada.

⁽³⁷²⁾ Ver la nómina de instrumentos aprobados en el Capítulo 3, Apartado 2.1 de este trabajo.

No podemos pasar por alto un aspecto que nos parece importante y es la redacción asignada al art. 1° del Tratado de Asunción. La finalidad predominantemente económica de dicho instrumento salta a la vista, a poco de observar que la libertad de circulación de personas no se encuentra consignada expresamente en la fórmula utilizada por el art. 1°. Es necesaria una interpretación indirecta para sostener que las personas se hallan incluidas en la fórmula, no como seres humanos, sino como “factores productivos”.

Y es de este modo como la libre circulación de la mano de obra, en cuanto factor productivo y de servicios, pasa a convertirse en un elemento imprescindible de la idea de un mercado común. Esta idea significa, como lo expresa el mismo texto del Tratado, la eliminación de todo tipo de restricciones a las migraciones de trabajadores dentro del territorio de los cuatro socios del Mercosur y -fundamentalmente- que los trabajadores de cualquiera de estos países deben tener, en cualquiera de los otros, el mismo tratamiento de la mano de obra nacional, sin ningún tipo de discriminación. Las únicas excepciones admisibles a este principio general deben estar fundadas en funciones de policía de seguridad, moralidad, salubridad e higiene públicas.

Esta circulación de personas, en cuanto portadores de servicios o integrantes de factores de producción, supone básicamente el reconocimiento e implementación normativa de otras tres libertades: a.-) la libertad de circulación de los trabajadores asalariados o “libertad de actividad laboral”; b.-) la libertad de prestación de servicios o “libertad de actividad profesional”; y c.-) la libertad de establecimiento, residencia o “libertad de actividad empresarial”, tanto de personas físicas como jurídicas ⁽³⁷³⁾.

Cualquiera de ellas requerirá el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- √ el libre acceso de los trabajadores que habitan en cualquiera de los países socios del Mercosur, a las ofertas de trabajo existentes en cualquiera de ellos;
- √ eliminación progresiva de obstáculos para el acceso a determinados empleos por parte de trabajadores no nacionales de cualquiera de los estados socios del Mercosur.
- √ en materia de ejercicio de profesión u oficio, la implementación de un sistema de reconocimiento recíproco de títulos o habilitaciones extendido por autoridad competente de cualquiera de los estados socios del Mercosur.
- √ armonizar y simplificar los procedimientos para obtener el permiso de residencia de los migrantes comunitarios;
- √ facilitar las condiciones de permanencia en el país en caso de extinción del contrato de trabajo por muerte, incapacidad, despido o jubilación;
- √ reconocer las contribuciones a la seguridad social efectuadas en el país huésped, para jubilarse en cualquiera de los otros países. Esto debe ser materia de un acuerdo especial.

El ejercicio de dichas libertades requerirá, en algún momento próximo, una actividad normativa de los Estados miembros del Mercosur, a través de la cual, recíprocamente reconozcan la denominada “Ciudadanía del Mercosur”.

⁽³⁷³⁾ Colina Robledo, Miguel; Ramírez Martínez, Juan Manuel y Sala Franco, Tomás, *Derecho Social Comunitario*; editorial Tirant lo Blanch; Valencia, 1991; pág. 71.

Como se expuso más arriba, han sido notables los avances hasta aquí logrados en el ámbito del Mercosur, mereciendo destacarse los protocolos vigentes sobre integración educativa, con reconocimiento recíproco de certificados, títulos y estudios de nivel primario y medio no técnico ⁽³⁷⁴⁾; nivel medio técnico ⁽³⁷⁵⁾; reconocimiento de títulos universitarios de grado a los fines de proseguir estudios de post-gradó en las universidades de los Países Miembros del Mercosur ⁽³⁷⁶⁾, también de ejercicio de docencia en la formación de recursos humanos a nivel de post-gradó ⁽³⁷⁷⁾ y a nivel de grado universitario ⁽³⁷⁸⁾.

Lo propio cabe sostener con relación a los protocolos de asistencia jurisdiccional, en sus más variados aspectos, desde la cooperación y asistencia en materia civil, comercial, laboral y administrativa ⁽³⁷⁹⁾, en medidas cautelares ⁽³⁸⁰⁾, asistencia jurídica mutua en asuntos penales ⁽³⁸¹⁾, responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito ⁽³⁸²⁾ y jurisdicción internacional en materia contractual ⁽³⁸³⁾.

En materia de inversiones, merecen destacarse el protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones en el Mercosur ⁽³⁸⁴⁾ y el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur ⁽³⁸⁵⁾.

En materia de intercambio cultural, se ha aprobado un Protocolo de Integración Cultural del Mercosur ⁽³⁸⁶⁾.

En el terreno de las normas que aún no han logrado su vigencia simultánea, han sido aprobados en el Mercosur un "*Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercosur*" y el "*Acuerdo Administrativo*" para su aplicación ⁽³⁸⁷⁾.

A través de estos instrumentos se implementa un sistema de reconocimiento recíproco, entre los Estados parte, de las cotizaciones efectuadas por los trabajadores nacionales o extranjeros habitantes, de manera tal que las prestaciones puedan ser otorgadas por el Estado donde el trabajador o beneficiario se encuentre.

También se han sucedido avances de importancia que se vinculan con el trabajador *fronterizo*. Merecen destacarse las Decisiones C.M.C. Nros. 18/99,

⁽³⁷⁴⁾ Buenos Aires, 5 de agosto de 1994, ratificado por la Argentina mediante ley 24.676.

⁽³⁷⁵⁾ Asunción, el 5 de agosto de 1995, ratificado por la Argentina mediante ley 24.839.

⁽³⁷⁶⁾ Fortaleza, Brasil, 16 de diciembre de 1996, ratificado por Argentina mediante ley 24.997.

⁽³⁷⁷⁾ Fortaleza, Brasil, 16 de diciembre de 1996, ratificado por Argentina mediante ley 25.044.

⁽³⁷⁸⁾ Asunción, 14 de junio de 1999, ratificado por la Argentina mediante ley 25.521.

⁽³⁷⁹⁾ Valle de las Leñas, Mendoza, 27 de junio de 1992, ratificado por la Argentina mediante ley 24.578, con más su acuerdo complementario, firmado en Asunción, el 19 de junio de 1997, ratificado por la Argentina mediante ley 25.222.

⁽³⁸⁰⁾ Ouro Preto, 16 de diciembre de 1994, ratificado por la Argentina mediante ley 24.579.

⁽³⁸¹⁾ Potrero de los Funes, San Luis, 25 de junio de 1996, ratificado por Argentina mediante ley 25.095.

⁽³⁸²⁾ Potreros de los Funes, San Luis, 25 de junio de 1996, Asunción, 19 de junio de 1997, ratificados por la Argentina mediante ley 25.407.

⁽³⁸³⁾ Buenos Aires, 5 de agosto de 1994, ratificado por la Argentina mediante ley 24.669.

⁽³⁸⁴⁾ Colonia, Uruguay, 17 de enero de 1994, ratificado por Argentina mediante ley 24.891.

⁽³⁸⁵⁾ Buenos Aires, 23 de julio de 1998, ratificados por Argentina mediante ley 25.223.

⁽³⁸⁶⁾ Fortaleza, Brasil, 16 de diciembre de 1996, ratificado por Argentina mediante ley 24.993.

⁽³⁸⁷⁾ Ver el texto de ambos y su comentario, en nuestro *Derecho del Trabajo en el Mercosur*, cit., págs. 161/164 y 521/531. La Argentina recientemente aprobó estos instrumentos por ley 25.655.

19/99, 14/00 y 15/00 ⁽³⁸⁸⁾ mediante las cuales recibieron aprobación, a nivel mercosureño, los siguientes acuerdos:

- √ *Acuerdo de Ministros N° 17/99 Sobre Tránsito Vecinal Fronterizo Entre los Estados Parte del Mercosur* (Decisión C.M.C. N° 18/99);
- √ *Reglamentación del Régimen de Tránsito Vecinal Fronterizo Entre los Estados Parte del Mercosur* (Decisión C.M.C. N° 14/2000);
- √ *Entendimiento Sobre Tránsito Vecinal Fronterizo Entre los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile* (Decisión C.M.C. N° 19/99);
- √ *Reglamentación del Régimen de Tránsito Vecinal Fronterizo Entre los Estados Parte del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile* (Decisión C.M.C. N° 15/2000).

En términos generales, mediante estos instrumentos se aprueba un régimen identificadorio y de circulación especial a favor de los residentes de un Estado Parte, que se domicilien en localidades contiguas de dos o más Estados Parte. Ellos podrán obtener una credencial denominada *Transito Vecinal Fronterizo* (T.V.F.) que les permitirá circular por el límite internacional, con destino a la localidad contigua del país vecino, mediante un procedimiento ágil y diferenciado de las otras categorías migratorias. La credencial T.V.F. es extendida por el Estado Parte o Asociado de ingreso y habilita a su titular a permanecer en el país vecino por un plazo máximo de 72 horas.

Cabe acotar que este régimen diferenciado ya había sido recibido por la práctica. De hecho, en Argentina el art. 50 de la reglamentación a la ley 22.439 aprobada por Decreto 1023/94, ya tenía previsto el ingreso del extranjero en calidad de “*residente transitorio*” por visita o tráfico fronterizo, para lo cual no se requería otro trámite que la exhibición del documento de identidad u otro identificadorio expedido por la autoridad competente del país limítrofe, o la que otorgue o reconozca a tal fin la Dirección Nacional de Migraciones.

Actualmente, en la ley 25.781 de “*Política Migratoria Argentina*” que sustituye a la Ley 22.439, por su art. 24 inciso c) contempla el caso del “*tránsito vecinal fronterizo*” comprendido dentro de las subcategorías de los “*residentes transitorios*”.

Vinculados al empleo migrante, los avances significativos que corresponden ser destacados, son los *Acuerdos de Ministros Sobre Residencia Para Nacionales de los Estados Parte del Mercosur y su extensivo a Bolivia y Chile*, que llevan los Nros. 13 y 14/2002 y fueron suscriptos el 8 de noviembre de 2002 en la ciudad de Brasilia, mediante Acta 04/02.

Por estos Acuerdos se simplifica el trámite a seguir por los nacionales de un Estado Parte o Asociado que deseen establecerse en el territorio de otro Estado Parte o Asociado, aún cuando ya se encuentren residiendo en otro Estado Parte o Asociado y deseen regularizar dicha situación. Cuando el beneficiario aún no ha ingresado en el Estado donde desee residir, le bastará con realizar la solicitud ante la representación consular de este último Estado en la jurisdicción de su residencia habitual. Además de los documentos comunes que acreditan la

⁽³⁸⁸⁾ En Argentina, el bloque de estas Decisiones ha sido incorporado al ordenamiento jurídico interno – normativa migratoria – mediante Disposición N° 12.167/2002 de la Dirección Nacional de Migraciones, B.O. 7/11/02.

identidad, los únicos requisitos adicionales que deberá reunir están dados por un certificado que acredite la carencia de antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales, el pago de una tasa retributiva de servicios y, cuando lo exija la legislación interna del Estado Parte o Asociado de ingreso, un certificado médico de aptitud psicofísica. Cuando se trate de un nacional de Estado Parte o Asociado que ya está residiendo en otro de igual condición, igual solicitud debe presentar ante la autoridad migratoria correspondiente. Es interesante la mención contenida en el numeral 2° del art. 4° del Acuerdo principal (reiterada en el Acuerdo con Bolivia y Chile), con respecto a los requisitos exigidos para la legalización de estos documentos: *“cuando la solicitud se tramite en sede consular, bastará la certificación de su autenticidad, conforme a los procedimientos establecidos en el país del cual el documento procede. Cuando la solicitud se tramite ante los servicios migratorios, dichos documentos sólo deberán ser certificados por el agente consular del país de origen del petitioner acreditado en el país de recepción, sin otro recaudo”*, redacción de la cual parecería inferirse que los documentos ya no requieren traducción.

Con dicho trámite, el interesado obtiene una residencia temporaria de hasta dos años. El art. 5° (cuyo texto es similar en ambos acuerdos) permite transformar dicha residencia en permanente, a solicitud del interesado en el país de recepción, dentro de los 90 días anteriores al vencimiento del plazo de residencia temporaria. Los requisitos aquí exigidos pasan por acreditar la residencia efectiva en el país de recepción durante el plazo temporario, que en dicho período el interesado no hubiere adquirido antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales y contara con medios de vida lícitos que permitieran la subsistencia propia y la de su grupo familiar.

Estas personas, una vez que hubieran obtenido su residencia temporaria o permanente, tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en el territorio del país de recepción (art. 8 inc. 1° de ambos Acuerdos).

Los arts. 8 inc. 2° y 9° de ambos Acuerdos están dedicados al reconocimiento de equiparación de derechos a favor de las personas que hubieran obtenido residencia (temporaria o permanente) en el país de recepción, con relación a los nacionales de este último.

Se reconoce aquí la equiparación de derechos de diversa índole, siempre de acuerdo a las normas que regulan la actividad de los nacionales en el país de recepción, mereciendo destacarse los siguientes:

√ de acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena (art. 8° inc. 2°).

√ los mismos derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas de los nacionales del país de recepción, en particular el derecho a trabajar; y ejercer toda actividad lícita en las condiciones que disponen las leyes; petitionar a las autoridades; entrar, permanecer, transitar y salir del territorio de las Partes; asociarse con fines lícitos y profesar libremente su culto (art. 9° inc. 1°).

√ extensión de esta equiparación a los miembros de la familia del interesado (art. 9° inc. 2°).

√ derechos laborales, reconocidos a favor del inmigrante a través de un trato *no menos favorable* que el que reciben los nacionales del país de recepción, en lo que concierne a la aplicación de la legislación laboral, especialmente en materia de remuneraciones, condiciones de trabajo y seguros sociales (art. 9° inc. 3°).

√ derecho de los hijos de inmigrantes de acceso a la educación en condiciones de igualdad con los nacionales del país de recepción. La norma agrega que el acceso a las instituciones de enseñanza preescolar o a las escuelas públicas no podrá denegarse o limitarse a causa de la circunstancial situación irregular de la permanencia de los padres (art. 9° inc. 6°).

Este reconocimiento es del tipo *abierto y mínimo*, extremo que resulta del art. 11 de ambos Acuerdos: “*El presente Acuerdo será aplicado sin perjuicio de normas o disposiciones internas de cada Estado Parte que sean más favorables a los inmigrantes*”.

El Acuerdo entrará en vigencia, a partir de la comunicación por los cuatro Estados Parte a la República del Paraguay informando que se ha dado cumplimiento a las formalidades internas necesarias para dicho fin (art. 14° del Acuerdo del Mercosur). La disposición de este artículo se reitera en el Acuerdo suscripto entre el Mercosur y sus asociados, no existiendo previsión específica y distinta para su entrada en vigencia en el territorio de Bolivia y Chile.

Estas normas constituyen gestos y logros importantes de los gobiernos, que derivan en el intercambio cultural, educativo y jurisdiccional que el proceso de integración necesita.

Porque, como bien lo ha sostenido el Dr. Nelson Jobim, Ministro del Superior Tribunal Federal de Brasilia, el verdadero interés del proceso de integración está en la gente, sirve en la medida que se acerque a las personas y estas encuentren en las normas comunitarias, la solución a sus problemas concretos del día a día (³⁸⁹).

6.- Eliminación del trabajo forzoso (art. 5°).

El art. 5° de la *D.S.L.M.*, recibe la siguiente estructura temática:

√ Reconocimiento del derecho de trabajar, como libertad de elegir cualquier actividad lícita (art. 5°, inc. 1°).

√ Eliminación del trabajo forzoso (art. 5°, incs. 2° y 3°).

√ Se consideran comprendidas, como tales: a.-) servicio exigido bajo la amenaza de una pena; b.-) como medio de coersión o castigo derivado de opiniones discrepantes, de carácter político, social o económico; c.-) utilización de mano de obra con fines económicos; d.-) como sanción disciplinaria en el trabajo; e.-) castigo por haber participado en huelgas; o f.-) medida discriminatoria (racial, social, nacional o religiosa).

El citado reconocimiento del derecho a trabajar y elegir el oficio o profesión, está dirigido a las personas, a los trabajadores y, como tal, es directamente operativo (³⁹⁰), no dependiendo de ninguna otra norma que lo coloque en vigencia. La expresión *conforme a las disposiciones nacionales vigentes* no es limitativa de dicho contenido puesto que, como ya lo hemos tratado, el contexto de la *D.S.L.M.* tiende al **efectivo reconocimiento de derechos** y no a facultar a los estados para hacerlo.

⁽³⁸⁹⁾ Jobim, Nelson, Discurso pronunciado en el Ier. Encuentro de Escuelas de la Magistratura del Trabajo, San Pablo, Brasil, 27 de agosto de 2000.

⁽³⁹⁰⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica*, cit., pág. 25.

La eliminación del trabajo forzoso, tal como se encuentra descrita por los apartados 2 y 3, implica un fin a alcanzar por los Estados Miembros. Constituye un enunciado programático, cuyo contenido normativo encuentra el respaldo de los Convenios de la O.I.T. previamente ratificados por los Estados Miembros y el contenido normativo que exige la no adopción de medidas contrarias al fin propuesto.

El apartado N° 4, en cuanto describe las situaciones de trabajo forzoso que se suprimen, por imperio de la propia *D.S.L.M.*, también es directamente operativo.

En el ámbito de la O.I.T., la *Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo* (1998), ha incluido como “*convenios fundamentales*” que se vinculan con esta temática, los Nros. 29⁽³⁹¹⁾ y 105⁽³⁹²⁾. Vinculados a estos convenios citamos la Recomendación N° 36⁽³⁹³⁾.

Ambos convenios han sido ya ratificados por los cuatro Estados Miembros del Mercosur.

Complementan los Convenios 29 y 105 de la O.I.T. en materia de prohibición de trabajo forzoso, las siguientes normas de orden público internacional:

√ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 4⁽³⁹⁴⁾.

√ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 8 incs. 2° y 3°⁽³⁹⁵⁾.

√ *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 6°⁽³⁹⁶⁾.

√ *Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre*, arts. 14 y 37⁽³⁹⁷⁾.

⁽³⁹¹⁾ Sobre el trabajo forzoso; 14° Conferencia, 28/06/1930, ratificado por los cuatro Miembros del Mercosur, en Argentina mediante ley 13.560.

⁽³⁹²⁾ Sobre la abolición del trabajo forzoso, 40° Conferencia, 25/06/1957, ratificado por los cuatro Miembros del Mercosur, en Argentina mediante ley 14.932.

⁽³⁹³⁾ Sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, 14° Conferencia, 28/06/1930, que se ha visto superada por el citado Convenio N° 105.

⁽³⁹⁴⁾ Art. 4: *Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.*

⁽³⁹⁵⁾ Art. 8, inc. 2°: *Nadie estará sometido a servidumbre.- 3° a.-) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b.-) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c.-) No se considerarán como trabajo forzoso u obligatorio, a los efectos de este párrafo: i.-) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b, se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii.-) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia; iii.-) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; iv.-) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.-*

⁽³⁹⁶⁾ Art. 6°. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán las medidas adecuadas para garantizar este derecho.-*

⁽³⁹⁷⁾ Art. 14: *Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.- Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”; Art. 37: Toda persona tiene el deber de*

√ *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*, art. 3° (³⁹⁸).

√ *Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 7° (³⁹⁹).

La *D.S.L.M.* recibe el contenido de esta normativa por los Considerandos 4°, en cuanto alude a la ratificación de los “*convenios fundamentales*” de la O.I.T. y 5°, cuando remite al compromiso de los Estados Miembros con los citados instrumentos internacionales.

Toda manifestación de trabajo forzoso es contraria a la libertad de trabajar, que se ha considerado como un derecho inherente a la dignidad humana. Las formas de explotación de la mano de obra han sido comunes en la antigüedad, revistiendo particular importancia el régimen de la esclavitud o trabajos de presidiarios en el desenvolvimiento de algunas economías.

Los avances experimentados en materia de derechos humanos, progresivamente han ido incorporando la eliminación de todas formas de esclavitud o servidumbre, que resultan incompatibles con el derecho a trabajar.

En el terreno de las relaciones comerciales internacionales, la mano de obra no retribuida es configurativa de *dumping social*.

De allí la adopción de esta figura desde 1930 por parte de la O.I.T., adoptando los Estados que ratificaron dicho Convenio el compromiso de suprimir esta especie de servicio lo más pronto posible (art. 1° del Convenio N° 29).

Por la expresión *trabajo forzoso u obligatorio*, según la definición contenida en el Convenio N° 29 de la O.I.T., se designa *todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente* (Art. 2°, num. 1.-).

El Convenio N° 105, amplía dicha descripción, considerando comprendidas, además de la precedentemente indicada, las siguientes formas de trabajo forzoso u obligatorio:

√ como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido (Convenio N° 105, art. 1° inc. a.-);

√ como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico (Convenio N° 105, art. 1° inc. b.-);

√ como medida de disciplina en el trabajo (Convenio N° 105, art. 1° inc. c.-);

√ como castigo por haber participado en huelgas (Convenio N° 105, art. 1° inc. d.-);

como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa (Convenio N° 105, art. 1° inc. e.-).

trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.

(³⁹⁸) Art. 3: *Todo trabajador tiene derecho a seguir su vocación y dedicarse a la actividad que le acomode. Tiene igualmente la libertad de cambiar de empleo.*

(³⁹⁹) Art. 7°: *“Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a.-) Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;”*

Sin embargo, atendiendo a prácticas generalizadas en algunos Estados, no se consideran configurativos de empleo forzoso u obligatorio:

- √ el servicio militar obligatorio (Conv. O.I.T. N° 29, art. 2°, num. 2, inc. a.-).
- √ las obligaciones cívicas normales de un Estado con gobierno democrático (Conv. O.I.T. N° 29, art. 2°, num. 2, inc. b.-).
- √ servicios exigidos en virtud de condena judicial, a condición que el condenado no sea cedido o puesto a disposición de particulares o compañías de carácter privado (Conv. O.I.T. N° 29, art. 2°, num. 2, inc. c.-).
- √ los exigidos en circunstancias de fuerza mayor (guerra, siniestros, etc.) que pongan en peligro o amenacen la vida o las condiciones normales de toda o parte de la población (Conv. O.I.T. N° 29, art. 2°, num. 2, inc. d.-).
- √ tareas comunales, de carácter cívico, prestadas a favor de la misma comunidad, cuando la población tenga derecho a pronunciarse sobre la necesidad de estos trabajos (Conv. O.I.T. N° 29, art. 2°, num. 2, inc. e.-).

El Convenio vuelve a insistir en el resto del articulado, en un elemento esencial para la configuración del *trabajo forzoso u obligatorio* que está dada por su realización a favor de particulares o compañías privadas.

El Convenio N° 182 de la O.I.T. sobre las peores formas de trabajo infantil, complementa estas disposiciones por su art. 3°, considerando comprendidas entre las actividades que pretende erradicar, *las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados* (art. 3, inc. a.-)

Este Convenio recibe aquí, el criterio aprobado por la O.I.T. en la Recomendación N° 36 relativa al trabajo forzoso, en el sentido que cuando se deba recurrir a esta práctica en los supuestos de excepción, *no tenga nunca como consecuencia indirecta el empleo ilegal de mujeres y niños en trabajos forzados u obligatorios* (Recomendación O.I.T. N° 36, Art. III.-)

7.- Edad mínima de ingreso al trabajo (art. 6°).

La *D.S.L.M.* se ocupa en el art. 6° de la situación de los menores en el derecho del trabajo. En líneas generales, el contenido del art. 6° de la *D.S.L.M.* posee las siguientes características:

- √ Los Estados Miembros deberán fijar por ley la edad mínima de admisión al empleo y esta no podrá ser inferior a aquella que cesa la escolaridad obligatoria ⁽⁴⁰⁰⁾, previéndose como propósito de la Declaración que esta edad mínima no sea inferior a los 18 años de edad (Numerales 1, 2 y 6.-).
- √ Los Estados Miembros se obligan a mantener un régimen de protección especial para el menor (Numeral 3.-). Sin embargo, dado que las legislaciones laborales admiten la plena capacidad laborativa a los 18 años, de elevarse la edad mínima de admisión al empleo a esta última edad, no tendría sentido establecer un régimen de protección especial para aquello que estaría prohibido. En todo caso, el régimen de

⁽⁴⁰⁰⁾ En Argentina, la actual ley federal de educación N° 24.195 ha previsto un Ciclo Básico Común de 9 años, al que acceden los niños de 6 años de edad –art. 10, inc. b.-, de manera tal que la edad mínima no podrá ser inferior a los 15 años de edad.

protección especial estaría dado por los casos excepcionales autorizados para el empleo de este tipo de mano de obra (empresa familiar).

√ Lo propio cabe sostener, con relación al régimen de jornada de trabajo. Sin perjuicio de ello, se ratifican las disposiciones internas que implementan jornadas reducidas y se dispone la prohibición del trabajo de horas extras o en jornada nocturna (Numeral 4.-).

√ Del mismo modo, queda prohibida la ocupación de menores en ambiente insalubre, peligroso o inmoral, que pueda afectar su desarrollo (Numeral 6.-).

La elevación de la edad mínima de admisión al empleo a los 18 años, exigirá reestructurar el régimen de trabajo de menores, de manera tal que las disposiciones especiales (apartados 4 y 5) tengan algún ámbito de acción, el que quedaría ubicado entre la edad mínima de admisión (18 años) y la mayoría civil de edad (21 años).

De manera similar a lo ocurrido con relación al empleo migrante, los instrumentos internacionales de carácter general que se citan en el Considerando 5° de la *D.S.L.M.* le han prestado escasa atención al problema de la explotación de mano de obra infantil. Ello sin perjuicio de señalar, como veremos más adelante, que ha sido abundante la producción normativa, con carácter específico, tanto por parte de la O.N.U. como de la O.I.T.

De los instrumentos generales, solo se refieren a esta temática los siguientes:

√ *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 10, num. 3 ⁽⁴⁰¹⁾

√ *Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 7° inc. f.-) ⁽⁴⁰²⁾.

√ *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*, arts. 16 y 17 ⁽⁴⁰³⁾.

⁽⁴⁰¹⁾ Art. 10: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: ... 3.- se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.-*

⁽⁴⁰²⁾ Art. 7°: *Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: ... f.-) La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;*

⁽⁴⁰³⁾ Art. 16: *Los menores de 14 años y los que habiendo cumplido esa edad, sigan sometidos a la enseñanza obligatoria en virtud de la legislación nacional, no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo. Las autoridades encargadas de vigilar el trabajo de estos menores podrán autorizar su ocupación, cuando lo consideren indispensable para la subsistencia de los mismos, o de sus padres o hermanos y siempre que ello no impida cumplir con el mínimo de instrucción obligatoria.- La jornada de los menores de 16 años no podrá ser mayor de 6 horas diarias o de 36 semanales en cualquier clase de trabajo.-* Art. 17: *Es prohibido el trabajo nocturno y en labores insalubres o peligrosas a los*

En el ámbito de la O.N.U., el 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General aprobó la Convención Sobre los Derechos del Niño, instrumento ratificada por la Argentina mediante ley 23.849, con la salvedad que para nuestra legislación “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad” (art. 2° de la ley 23.849) y en estas condiciones, la Convención fue elevada a la jerarquía constitucional en la reforma de 1994 (C.N., art. 75 inc. 22). En el mismo sentido, la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos* también reconoce el derecho a la vida desde la concepción (art. 4°, numeral 1.-).

Los menores, junto con las mujeres, fueron los primeros en ser protegidos por las leyes laborales por ser los más afectados por los abusos de la Revolución Industrial, cuando se les abonaban magros salarios y se trabajaban jornadas extenuantes. Fue por ello que tradicionalmente se han previsto mecanismos especiales de protección, tanto en el orden internacional como en el derecho comparado, siendo nota característica de esta última especie de ordenamientos, la previsión de capítulos especiales en las leyes para trabajadores menores y para mujeres, con medios de protección también especiales.

Desde comienzos del siglo pasado surgieron en los países en transformación industrial las primeras normas protectorias de los menores y de las mujeres que trabajaban, insertos en una nueva caracterización de la actividad económica, que se llamó la revolución industrial. Siendo los primeros beneficiarios los niños. Pero después la normativa limitatoria comprendió también a la mujer que trabajaba en determinadas industrias y, en particular, en ocasión de ser madre. Dichas leyes fueron sin duda, los puntales de avanzada de un sistema que hoy comprende a todos los trabajadores y se denomina derecho del trabajo.

Pero puede advertirse que a medida que los demás trabajadores adquirirían protección similar, o se generalizaban algunos de los beneficios, surgían nuevas normas o se afirmaba las protectorias de los menores y de las mujeres ⁽⁴⁰⁴⁾.

El fundamento de la protección con el tiempo ha ido modificándose. En su origen eran consideraciones de carácter higiénico y fisiológicos. Luego aparecieron nuevas concepciones politicosociales, dirigidas a las masas obreras, instándolas a luchar por nuevas condiciones de trabajo y, en consecuencia, de vida. Por último podemos mencionar una concepción eugenésica, fundada en la conservación social, advirtiéndose que el trabajo excesivo es perjudicial para la salud, pero que, además, realizado en determinada edad o circunstancias puede originar graves consecuencias demográficas futuras. Vale decir que los niños que, afectados así en sus primeros años, serán después los jóvenes o adultos enfermos, incapacitados o disminuídos, con sus lógicas repercusiones sociales.

En tal sentido, la protección de los niños y de los jóvenes se lleva a cabo hoy con un criterio eminentemente formativo, inserto en un concepto integral de protección de la minoridad. Entendiéndose que toda la protección imaginada debe vincularse a un solo objetivo, consistente en integrar al menor en el conjunto social de los adultos, al que esta destinado normalmente a pertenecer, como un factor positivo de su desenvolvimiento.

menores de 18 años; las excepciones referentes al descanso hebdomadario contenido en la legislación de cada país, no podrán aplicarse a estos trabajadores.

⁽⁴⁰⁴⁾ Martínez Vivot, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1981, pág. 1.

El trabajo de menores cuenta con normas de tutela especial, derivadas básicamente de la Convención sobre los Derechos del Niño y convenios de la O.I.T.

Por el art. 1° de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Por su parte, mediante el art. 32 los Estados se obligan a reconocer *"el derecho del niño a estar protegido 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"*. Con tal propósito, el inc. 2° de dicha normativa establece que deberá fijar *"una edad o edades mínimas para trabajar"*, disponer la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo y estipular las penalidades u otras sanciones adecuadas para asegurar la aplicación efectiva de estas obligaciones.

En el ámbito de la O.I.T., la *Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo* (1998), ha incluido como *"convenios fundamentales"* que se vinculan con la abolición efectiva del trabajo infantil y esta temática, los Nros. 138 Sobre la edad mínima y 182 Sobre Prohibición de las peores formas de trabajo infantil. Ambos Convenios integran la nómina de los *"fundamentales"* y fueron ratificados por los cuatro Estados Miembros del MERCOSUR ⁽⁴⁰⁵⁾.

Estos Convenios conviven con otros también referidos al régimen especial de menores en el contrato de trabajo, aprobados en el seno de la O.I.T., como ser el N° 5, Sobre la edad mínima en la industria ⁽⁴⁰⁶⁾, el N° 7 Sobre la edad mínima para el trabajo marítimo ⁽⁴⁰⁷⁾, el N° 10 Sobre la edad mínima en la agricultura ⁽⁴⁰⁸⁾, el N° 33 sobre la edad mínima en trabajos no industriales ⁽⁴⁰⁹⁾, el N° 77 relativo al examen médico de aptitud para el empleo de los menores en la industria ⁽⁴¹⁰⁾ y el N° 78 relativo al examen médico de aptitud para el empleo de los menores en trabajos no industriales ⁽⁴¹¹⁾

El Convenio N° 138 determina por la primer parte de su art. 2.1. que *"Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá especificar, en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio y en los medios de transporte matriculados en su territorio"*, agregando al final que *"ninguna persona menor de esa edad podrá ser admitida al empleo o trabajar en ocupación alguna"*.

⁽⁴⁰⁵⁾ Argentina ratificó el Convenio N° 138 por ley 24.650 y el N° 182 mediante ley 25.255.- Por su parte, el Convenio N° 138 fue ratificado también por Brasil y Uruguay, hallándose pendiente la ratificación por Paraguay. Los cuatro EEMM del MERCOSUR han ratificado el Convenio N° 182.

⁽⁴⁰⁶⁾ Ratificado por la Argentina mediante ley 11.726. No fue ratificado por los demás EEMM del MERCOSUR.

⁽⁴⁰⁷⁾ Ratificado por la Argentina mediante ley 11.726. No fue ratificado por los demás EEMM del MERCOSUR.

⁽⁴⁰⁸⁾ Ratificado por la Argentina mediante ley 12.232. No fue ratificado por los demás EEMM del MERCOSUR.

⁽⁴⁰⁹⁾ Ratificado por la Argentina mediante ley 12.727. No fue ratificado por los demás EEMM del MERCOSUR.

⁽⁴¹⁰⁾ 29° Reunión, Montreal 1946, ratificado por la Argentina mediante ley 14.329. Ratificado también por Paraguay y Uruguay. No ratificado por Brasil.

⁽⁴¹¹⁾ 29° Reunión, Montreal 1946, ratificado por la Argentina mediante ley 12.232. Ratificado también por Paraguay y Uruguay. No ratificado por Brasil.

En el inciso 3° de este mismo artículo, el Convenio establece que *"La edad mínima fijada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso a los quince años"*.

No obstante la edad mínima allí fijada, la Argentina en oportunidad de ratificar el Convenio, hizo uso de la opción prevista en el art. 2.4. que autoriza al *"Miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados"* para *"especificar inicialmente una edad mínima de catorce años"* ⁽⁴¹²⁾.

Tratándose de trabajos en los que *"por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores"*, dicha edad mínima *"no deberá ser inferior a dieciocho años"* (art. 3.1. del Convenio). Por excepción, el art. 3.3. del Convenio admite el empleo de menores mayores de dieciséis años en dichos trabajos, *"siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente"*.

Originalmente, los Convenios de la O.I.T. Nros. 5, 7 y 33 de la O.I.T. fijaron la edad mínima en catorce años, admitiendo la incorporación prematura de los menores cuando las tareas se desarrollen en empresas u otros lugares donde se hallan ocupados solo miembros de la familia del empleador, o cuando ellas se realicen en escuelas técnicas, aprobadas y vigiladas por la autoridad pública.

Con posterioridad, el Convenio N° 5 de la O.I.T. fue objeto de revisión en 1937 por el Convenio N° 59, y en 1973 por el Convenio N° 138.

Los menores a partir de los 18 años están asimilados a los trabajadores adultos, es decir que adquieren plena capacidad a los fines laborales. Regulación similar advertimos en el Convenio N° 182 de la O.I.T., cuyo art. 2 califica como *"niño"* a toda persona menor de 18 años de edad.

Los convenios de 1946 N° 77 y 78, de la O.I.T. ⁽⁴¹³⁾, imponen el examen médico de los menores, tanto para tareas industriales como no industriales. Dicho examen debe ser gratuito, y realizado por médico calificado, y la aptitud se consignará en un documento que se renovará anualmente y que puede extenderse hasta los 21 años, cuando los trabajos impliquen riesgo para la salud. Si del examen resultara ineptitud, las autoridades deberán proveer lo necesario para el tratamiento y rehabilitación.

La cuestión concerniente al empleo nocturno de menores, ha sido materia de varios convenios y recomendaciones por parte de la O.I.T. En 1919 el convenio N° 6 ⁽⁴¹⁴⁾, prohibió, en principio, el trabajo nocturno de los menores en la industria hasta que cumplan 18 años. Admite, sin embargo, el trabajo nocturno de los menores a partir de los 16 años en actividades que, por su naturaleza, deben continuarse día y noche, quedando exceptuados aquellos que trabajan en talleres

⁽⁴¹²⁾ Etala, Carlos Alberto, *Reseña actualizada de la regulación del trabajo de menores*; O.I.T., Oficina de Área para Argentina, Paraguay y Uruguay; pág. 3.

⁽⁴¹³⁾ Ratificados por Argentina mediante las leyes 14.329 y 12.232 respectivamente.

⁽⁴¹⁴⁾ Ratificado por la Argentina por la ley 11.726.

familiares, exigiéndose en todos los casos un reposo entre jornada y jornada de doce horas ⁽⁴¹⁵⁾.

Asimismo el convenio N° 79, de 1946 ⁽⁴¹⁶⁾, contiene normas similares para los trabajos no industriales y en las que se limita el trabajo artístico permitido hasta la medianoche.

8.- Derechos de los empleadores a la organización y dirección técnica de la empresa (art. 7°).

La *D.S.L.M.* reafirma por este art. 7°, el derecho el empleador a organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa.

La inclusión de esta cláusula en un instrumento referido a derechos fundamentales, recibió la crítica de Hugo Barretto Ghione: *“Dirigir económica y técnicamente la empresa, comporta un derecho sobre una cosa puesta en el comercio de los hombres (la empresa), que es intercambiable con otros individuos y que la mayoría de las veces no es directamente ejecutable por el empleador. ... No posee, por tanto, una naturaleza de derecho fundamental equiparable o asimilable al resto del elenco comprendido en la DSL”* ⁽⁴¹⁷⁾.

Aún con dichas salvedades, la dirección de la empresa constituye una facultad que es inherente al derecho de propiedad, reconocido en prácticamente todos los instrumentos sobre derechos humanos. Conviven con el citado derecho, las libertades también conocidas de contratación e industria.

No hay convenio de la O.I.T. o instrumento de derechos humanos de los previstos por el Considerando 5° de la *Declaración* que se ocupe de manera expresa de las facultades o poder de dirección del empleador.

Ello no implica desconocer su existencia o la posibilidad, implícita en el derecho de usar y disponer de la propiedad, de organizar los medios y dirigirlos a un propósito determinado, esto es, la de dirigir su propia empresa. Facultades que han sido recepcionadas dentro de la esfera del llamado *“poder de dirección”*, del cual deriva la *subordinación* como elemento propio del contrato de trabajo, que alude a la relación existente entre el trabajador y el empleador. Alude al estado de limitación de la autonomía del trabajador, al cual se encuentra sometido en sus prestaciones, por razón de su contrato, el cual proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa ⁽⁴¹⁸⁾.

La *subordinación* se presenta así como un elemento propio del contrato de trabajo, que lo distingue de la locación de servicios del derecho civil y surge, como elemento distintivo, en los albores del derecho del trabajo. En la

⁽⁴¹⁵⁾ Esto último luego de ser revisado este Convenio por el N° 90 de 1948, ratificado por la Argentina mediante Decr. Ley 11.594/56.

⁽⁴¹⁶⁾ Ratificado por la Argentina mediante ley 14.329.

⁽⁴¹⁷⁾ Barretto Ghione, Hugo, *Consecuencias de la Declaración Sociolaboral del Mercosur en la interpretación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales*, en revista Derecho Laboral (Montevideo) T. XLVI N° 210 (abril - junio 2003) pág. 187 y ss. En el mismo trabajo, con relación al alcance que debe atribuirse a este art. 7° de la *D.S.L.M.*, agrega que *“La maleabilidad del poder de dirección de la empresa, y su extrema transferibilidad y circularidad, hace que deba relativizarse la naturaleza, alcance y entidad de la disposición comentada”*.

⁽⁴¹⁸⁾ Cabanellas, Guillermo, *Tratado de derecho laboral*, 3° edición, editorial Heliasta, Bs. As. 1988, Tomo III *Derecho individual del trabajo*, Volumen 1 *Contrato de trabajo*, pág. 148.

locación de servicios (*locatio operis*), el locatario se obliga a la ejecución de una obra, pudiéndose tratar de una cosa material o de un servicios (custodia o transporte de cosas o personas) y el deber del locador se limita a colaborar con el locatario para el cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la relación. La relación de trabajo (*locatio operarum*), en cambio, se caracteriza por la disponibilidad de la fuerza de trabajo del trabajador a favor del empleador, es decir, por la actividad laboral en sí misma ⁽⁴¹⁹⁾.

En general, son tres los elementos derivados de este poder de dirección que limita la autonomía del trabajador: el poder disciplinario, el *ius variandi* y las facultades económicas. Ellos se encuentran recepcionados de manera diversa por las legislaciones internas de los Estados Miembros del Mercosur y, como tales, serán objeto de tratamiento en la parte siguiente de este trabajo.

⁽⁴¹⁹⁾ Rivas, Daniel, *La subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo*, 1° edición, Fundación de Cultura Económica, Montevideo 1996, pág. 20).

Capítulo 7

Contenidos de la Declaración Sociolaboral

en derecho colectivo del trabajo.

Sumario.

1.- Los derechos colectivos.- 2.- Libertad de asociación (arts. 8 y 9).- 3.- Negociación colectiva (art. 10).- 4.- Derecho de huelga (art. 11).

1.- Los derechos colectivos.

Los arts. 8 a 12 de la *D.SL.M.* se ocupan de la temática de referencia.

Hay una marcada línea divisoria en la formulación de los derechos de la *libertad sindical*, regulándose de manera separada el derecho a *constituir asociaciones sindicales* (o profesionales, en caso de empleadores) regulada en el art. 8°, con relación a los demás derechos inherentes a la libertad sindical, vinculados a la afiliación, los que se encuentran previstos en el art. 9.

El lector atento, podrá advertir que la expresión “*de conformidad con las legislaciones nacionales vigentes*” ha sido colocada a continuación del derecho a constituir organizaciones (de empleadores y trabajadores), no existiendo la misma limitación en los demás derechos inherentes a la libertad sindical, que se consignan en los puntos 1 y 2, apartados a.-) y b.-).

Entendemos que la separación de ambos derechos y la limitación del primero, obedecen a la circunstancia que Brasil es el único de los Miembros del Mercosur que no ha ratificado la Convención N° 87 de la O.I.T. sobre libertad sindical, debido a la interpretación generalizada en su doctrina, acerca que las previsiones de dicho Convenio serían incompatibles con el régimen de unidad sindical adoptado en su legislación.

Sin perjuicio de volver más adelante sobre este tema, corresponde realizar aquí la misma observación que hicimos al comentar el art. 1° de la *D.SL.M.* acerca del alcance que debe darse a la expresión “*de conformidad con las legislaciones nacionales vigentes*”,

En un contexto de claro reconocimiento de derechos, donde en los Considerandos los Estados manifiestan haber ratificado los principales convenios de la O.I.T. ⁽⁴²⁰⁾, reiterando ello con la manifestación de “*apoyo*” a la Declaración de la O.I.T. sobre los llamados *convenios fundamentales* ⁽⁴²¹⁾, para luego y, en definitiva, “*adoptar*” (Considerando 11°) derechos, la aludida expresión contenida en el final del apartado 1° del art. 8, no puede ser interpretada en el sentido de constituir una “*facultad*” para el Estado que la ha suscripto.

Utilizando las expresiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la *Declaración* se adoptan derechos y no se faculta a los Estados para adoptarlos ⁽⁴²²⁾.

⁽⁴²⁰⁾ Considerando 3°, entre los cuales se ubica el N° 87 sobre la libertad sindical.

⁽⁴²¹⁾ Considerando 4°, entre los que también se encuentra el Convenio N° 87.

⁽⁴²²⁾ Opinión Consultiva N° 7/86.

Con esas aclaraciones, analizaremos brevemente el contenido de la *Declaración* en la formulación de estos derechos de libertad sindical (arts. 8 y 9), negociación colectiva (art. 10) y huelga (art. 11).

2.- Libertad de asociación (arts. 8 y 9).

La *D.S.L.M.* prevé por su art. 8° la libertad de asociación para trabajadores y empleadores, con un doble compromiso de los Estados Miembros: a.-) abstenerse de intervenir en la creación y gestión de estas organizaciones; y b.-) reconocer la legitimidad de la representación que ellos ejercen de la defensa de los intereses de sus miembros.

Por su parte, los demás componentes de la libertad sindical y los vinculados con las garantías de los representantes, se encuentran previstos en el art. 9. Por el numeral 1° se enfatiza el derecho de no discriminación, previsto a favor de los trabajadores que participen de actividad sindical. En el numeral siguiente, los Estados reconocen la libertad de afiliación (en todos sus aspectos) y que ella no debe comprometer el ingreso a un empleo o su continuidad en el mismo. También que por su legislación interna evitarán despidos vinculados a las prácticas sindicales, como asimismo el derecho de los trabajadores a ser representados sindicalmente.

El reconocimiento del derecho a la libertad de asociación, tanto de trabajadores como de empleadores, previsto por el apartado 1° de este artículo, es directamente operativo ⁽⁴²³⁾, no estando sujeto a ningún acto posterior de reconocimiento en el derecho interno de los Estados Miembros.

Es propio de la naturaleza humana constituir e integrar sociedades en las que pueda desarrollar su plenitud. La familia es la primer sociedad, luego las sociedades menores, intermedias, el Estado y la sociedad universal.

En esa articulación, las asociaciones profesionales de empleadores y trabajadores, constituyen cuerpos intermedios cuya importancia es significativa, según lo hemos visto en el desarrollo de la Doctrina Social de la Iglesia.

Es el criterio que se ha ido imponiendo en el mundo occidental luego de superar antagonismos propios del liberalismo impulsado con la Revolución Francesa de 1789. Con el basamento ideológico suministrado por las concepciones atomistas de la sociedad, la noción de igualdad fue llevada a su máxima expresión, de claro corte idealista y divorciado de la realidad. En el camino para la implementación de estos principios, las corporaciones que venían sobreviviendo desde la Edad Media constituían un obstáculo. Ello explica la ley francesa del 17 de junio de 1791, conocida como ley "*Le Chapelier*", que suprimió las corporaciones, prohibió la agremiación y fomentó la desregulación de todo tipo de contratación de mano de obra ⁽⁴²⁴⁾: todos los hombres son iguales y el Estado no debía interferir en la libre expresión de su voluntad en los contratos. La libertad de asociación volvería a Francia con jerarquía constitucional, recién en 1848, cuando se funda la II República ⁽⁴²⁵⁾. Posteriormente, la ley francesa de 1884 reconoció la libertad

⁽⁴²³⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica*, cit., pág. 25.

⁽⁴²⁴⁾ Pocos meses antes, la ley francesa del 2 de marzo de 1791 había restablecido la libertad de toda persona para realizar cualquier negocio o ejercer cualquier profesión, arte u oficio.

⁽⁴²⁵⁾ Bidegain, Carlos María y otros, *Curso de Derecho Constitucional*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires 2001, pág. 167.

sindical. Una evolución similar existió en Inglaterra, desde la prohibición de las *trade unions* en 1799, cuya violación significaba incurrir en el delito de conspiración, hasta llegar a 1871 que se deroga dicha legislación y se reconoce la libertad sindical ⁽⁴²⁶⁾.

En el Capítulo 2 nos hemos ocupado de la Doctrina Social de la Iglesia, la cual, desde León XIII en 1891, ha venido destacando que “*se ha de establecer como ley general y perpetua que las asociaciones de obreros se han de constituir y gobernar de tal modo que proporcionen los medios más idóneos y convenientes para el fin que se proponen, consistente en que cada miembro de la sociedad consiga, en la medida de lo posible, un aumento de los bienes del cuerpo, del alma y de la familia*” ⁽⁴²⁷⁾. Cuarenta años después, Pío XI dedicó siete capítulos de *Quadragesimo Anno* ⁽⁴²⁸⁾ a analizar la influencia producida en todo el mundo por el documento anterior, respecto de este “*derecho natural de asociación*”, postulando asimismo la creación de otro tipo de asociaciones, no ya sólo de obreros, sino de agricultores, industriales y patronos. Juan XXIII, en *Mater et Magistra* ⁽⁴²⁹⁾, ponderando lo ocurrido con anterioridad, y refiriéndose a las asociaciones sindicales, decía en 1961 que la finalidad de aquéllas “*no es ya la de movilización al trabajador para la lucha de clases, sino la de estimular más bien la colaboración, lo cual se verifica principalmente por medio de acuerdos establecidos entre las asociaciones de trabajadores y de empresarios; hay que advertir, además, que es necesario, o al menos muy conveniente, que a los trabajadores se les de la posibilidad de expresar su parecer e interponer su influencia fuera del ámbito de su empresa, y concretamente en todos los órdenes de la comunidad política*”. Más modernamente, Juan Pablo II, en *Laborem Exercens* ⁽⁴³⁰⁾, admitió que “*la defensa de los intereses existenciales de los trabajadores en todos los sectores en que entran en juego sus derechos, constituye el cometido de los sindicatos. La experiencia histórica enseña que las organizaciones de este tipo son un elemento indispensable de la vida social especialmente en las sociedades modernas industrializadas*”.

Con estos mismos criterios, la Constitución de la O.I.T. del 23 de octubre de 1919, incluye en su Preámbulo al “*reconocimiento del principio de libertad sindical*” como una de las condiciones necesarias para “*la paz y armonía universales*”. Más tarde, la Declaración de Filadelfia de 1944, que constituyó una actualización de los fines y objetivos de la O.I.T., señala que “*la libertad de expresión y de asociación son esenciales para el progreso constante*”.

Los arts. 8 y 9 de la *D.S.L.M.* se refieren a este derecho, que corresponde por igual a empleadores y trabajadores, el derecho a constituir asociaciones de clase o profesionales o representativas de sus intereses colectivos.

Los Estados Miembros manifiestan reconocer este derecho, como asimismo el de afiliarse a organizaciones ya constituidas, se comprometen a respetar la *autonomía* de estas asociaciones *absteniéndose de cualquier injerencia en la creación y gestión*. Reviste particular importancia el reconocimiento a la *legitimidad* de la representación invocada por estas asociaciones con relación a los intereses de sus miembros.

⁽⁴²⁶⁾ Bof, Jorge A., *Acciones tutelares de la libertad sindical*, Editorial La Roca, Buenos Aires 1991, pág. 26.

⁽⁴²⁷⁾ *R.N.*, 39.

⁽⁴²⁸⁾ *Q.A.*, nros. 31 a 38.

⁽⁴²⁹⁾ *M.M.*, nro. 97.

⁽⁴³⁰⁾ *L.E.*, Nro. 20.

La libertad de asociación ha sido objeto de un claro reconocimiento en los documentos internacionales de carácter general que se citan en el Considerando 5° de la *D.S.L.M.*, siendo los más relevantes:

- √ *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, art. 20 ⁽⁴³¹⁾.
- √ *Pacto Internacional de los Derechos civiles y Políticos*, art. 22 ⁽⁴³²⁾.
- √ *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 8 ⁽⁴³³⁾.
- √ *Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre*, art. 22 ⁽⁴³⁴⁾.
- √ *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*, art. 26 ⁽⁴³⁵⁾.
- √ *Carta de la Organización de Estados Americanos*, art. 45 inc. c.-) ⁽⁴³⁶⁾.

⁽⁴³¹⁾ Art. 20.1.: *Todo hombre tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas.- Núm. 2.: Nadie puede ser obligado a formar parte de una asociación.*

⁽⁴³²⁾ Art. 22, 1.: *Toda persona tendrá el derecho de asociarse libremente a otras, inclusive el derecho de constituir sindicatos y de afiliarse a ellos, para la protección de sus intereses.- 2.- El ejercicio de ese derecho estará sujeto a restricciones previstas en la ley y que resulten necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad y del orden público, o para proteger la salud o moral públicas o los derechos y libertades de las demás personas. El presente artículo no impedirá que se someta a restricciones legales el ejercicio de ese derecho por miembros de las fuerzas armadas y de la policía.- 3.- Ninguna de las disposiciones del presente artículo permitirá que Estados Partes de la Convención de 1948 de la Organización Internacional del Trabajo, relativa a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, vengan a adoptar medidas legislativas que restrinjan -o a aplicar la ley de manera restrictiva- las garantías previstas en la mencionada Convención.*

⁽⁴³³⁾ Art. 8: 1.- *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a.- El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b.- El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c.- El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d.- El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.- 2.- El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.- 3.- Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.*

⁽⁴³⁴⁾ Art. 22: *Toda persona tiene el derecho de asociarse a otras, para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.*

⁽⁴³⁵⁾ Art. 26: *Trabajadores y empleadores, sin distinción de sexo, raza, credo o ideas políticas, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos que, a su vez, puedan federarse entre sí. Estas organizaciones tienen derecho a gozar de personería jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus derechos. Su suspensión o disolución no puede imponerse sino en virtud de procedimiento judicial adecuado.- Las condiciones de fondo y de forma que se exijan para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales no deben coartar la libertad de asociación.- La formación, funcionamiento y disolución de federaciones y confederaciones estarán sujetos a las mismas formalidades prescriptas para los sindicatos.- Los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el período de su elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa, calificada previamente por la autoridad competente.*

√ *Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 8, Num. 1 inc. a.-, Num. 2 y 3 ⁽⁴³⁷⁾.

En el ámbito de la O.I.T., la *Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo* (1998), ha incluido como “*convenios fundamentales*” que se vinculan con la libertad sindical, el N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación ⁽⁴³⁸⁾ y el N° 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva ⁽⁴³⁹⁾.

Sin embargo, la labor de la O.I.T. sobre esta temática no se agota en los citados convenios fundamentales, mereciendo recordar el Convenio N° 11 sobre el derecho de asociación en la agricultura ⁽⁴⁴⁰⁾, destinado a un sector generalmente marginado en el trabajo ⁽⁴⁴¹⁾, labor ulteriormente complementada con los Convenios N° 84 sobre derecho de asociación y solución de conflictos en territorios no metropolitanos ⁽⁴⁴²⁾, el N° 110 sobre trabajo en las plantaciones ⁽⁴⁴³⁾ y el N° 141 sobre organización de los trabajadores rurales ⁽⁴⁴⁴⁾ (Estos últimos tres aún no ratificados por la Argentina). También merecen destacarse los Convenios N° 135 sobre representantes de los trabajadores ⁽⁴⁴⁵⁾, N° 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública ⁽⁴⁴⁶⁾.

A nivel de Recomendaciones, las más relevantes en materia de libertad de asociación estarían dadas por la N° 113 sobre consulta en las ramas de

⁽⁴³⁶⁾ Art. 45: *Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: ... c.-) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva;*

⁽⁴³⁷⁾ Art. 8°: 1.- *Los Estados Partes garantizarán: a.- El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; ... 2.- El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstas sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley. 3.- Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.*

⁽⁴³⁸⁾ 31° Conferencia, San Francisco, 9/7/48, ratificado por la Argentina, mediante ley 14.932, también por Paraguay y Uruguay.

⁽⁴³⁹⁾ 32° Conferencia, Ginebra, 1/7/49, ratificado por la Argentina, mediante Decreto-Ley N° 11.594/56, también por los otros tres Miembros del Mercosur.

⁽⁴⁴⁰⁾ 3° Conferencia, Ginebra, 12/11/21, ratificado por la Argentina mediante ley 12.232.

⁽⁴⁴¹⁾ Capón Filas, Rodolfo, *Régimen laboral agrario*, Editorial Platense, 1981, págs. 30 a 31; Ermida Uriarte, Oscar, *Sindicatos en libertad sindical*, 2° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, pág. 15.

⁽⁴⁴²⁾ 30° Conferencia, Ginebra, 11/7/47.

⁽⁴⁴³⁾ 42° Conferencia, Ginebra, 24/6/58.

⁽⁴⁴⁴⁾ 60° Conferencia, Ginebra, 23/6/75.

⁽⁴⁴⁵⁾ 56° Conferencia, Ginebra, 23/6/71, ratificado por la Argentina mediante ley 25.801.

⁽⁴⁴⁶⁾ 64° Conferencia, Ginebra, 27/6/78 (ratificado por la Argentina mediante ley 23.328.

actividad económica ⁽⁴⁴⁷⁾ y en el ámbito nacional, donde deben participar las asociaciones sindicales; las Nros. 119 ⁽⁴⁴⁸⁾ y 166 ⁽⁴⁴⁹⁾, ambas sobre la terminación de la relación de trabajo que procuran evitar despidos por razones sindicales; la Nro. 130 sobre reclamaciones ⁽⁴⁵⁰⁾, previendo la actuación de la asociación sindical; la N° 143 sobre representantes de los trabajadores ⁽⁴⁵¹⁾, aconsejando la implementación de un fuero gremial; la N° 149 sobre las asociaciones sindicales en el ámbito del trabajo rural ⁽⁴⁵²⁾; la N° 159 sobre relaciones de trabajo y sindicación en la administración pública ⁽⁴⁵³⁾ y la N° 163 sobre fomento de la negociación colectiva ⁽⁴⁵⁴⁾ ⁽⁴⁵⁵⁾.

El sistema de supervisión de la O.I.T. en esta materia específica incluye un Comité de Libertad Sindical, de composición tripartita y funcionamiento permanente, que depende del Consejo de Administración y se encarga de examinar las reclamaciones relacionadas con la libertad de asociación y el derecho de sindicación, derechos que ocupan un lugar fundamental en la Constitución de la O.I.T.

Del Convenio N° 87 de la O.I.T. se derivan una serie de derechos, condensados en la expresión *libertad sindical*.

Estos derechos admiten ser considerados desde dos puntos de vista: la libertad sindical propiamente dicha y la autonomía sindical. A su vez, la primera de ellas admite ser analizada desde un doble punto de vista, individual y colectivo.

La libertad sindical propiamente dicha, es definida por el art. 2° del Convenio N° 87 de la O.I.T., del siguiente modo: *Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.*

Desde un punto de vista individual, la libertad sindical está dada por el derecho garantizado a cada trabajador y empleador, de afiliarse a una organización sindical ya constituida, no afiliarse o desafiliarse. También comprende los derechos de participar en la vida interna de la asociación sindical o profesional a la que se afilió y el derecho de constituir sin restricciones una nueva asociación de esa especie.

Desde un punto de vista colectivo, las asociaciones participan de iguales derechos con relación a la creación, funcionamiento y afiliación a organizaciones de grado superior (federaciones y confederaciones) (art. 6° del Convenio O.I.T. N° 87).

En cualquiera de los dos casos, la libertad no puede quedar subordinada a cualquier tipo de autorización previa.

⁽⁴⁴⁷⁾ 44° Conferencia, Ginebra, 20/6/60.

⁽⁴⁴⁸⁾ 47° Conferencia, Ginebra, 26/6/63.

⁽⁴⁴⁹⁾ 68° Conferencia, Ginebra, 22/6/82.

⁽⁴⁵⁰⁾ 51° Conferencia, Ginebra, 29/6/67.

⁽⁴⁵¹⁾ 56° Conferencia, Ginebra, 23/6/71.

⁽⁴⁵²⁾ 60° Conferencia, Ginebra, 23/6/75.

⁽⁴⁵³⁾ 64° Conferencia, Ginebra, 27/6/78.

⁽⁴⁵⁴⁾ 67° Conferencia, Ginebra, 19/6/81.

⁽⁴⁵⁵⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *Sindicatos en libertad sindical*, cit., pág. 18.

La libertad sindical garantizada por el Convenio N° 87 de la O.I.T. no es incompatible con un régimen de unidad sindical, en la medida que exista la posibilidad de constituir nuevas asociaciones sindicales.

Bien se ha dicho que los principios derivados del citado Convenio *no presuponen ningún patrón uniforme de organización sindical, debiendo cada movimiento adaptarse necesariamente al cuadro político económico y social en el que opera*. Estas expresiones, de muy clara actualidad, fueron publicadas en 1971 ⁽⁴⁵⁶⁾. En el mismo sentido, con fecha reciente se ha expuesto que *la libertad sindical no debe ser interpretada bajo la óptica de la mera multiplicación numérica de sindicatos (a mayor cantidad de sindicatos constituidos mayor libertad sindical), ya que en la actual coyuntura de la economía global, si afirmamos que el capital tiende casi inexorablemente a concentrarse, argüir entonces que la libertad sindical se centra en dar la posibilidad de que se multipliquen los sindicatos sin preocuparse de la atomización de la fuerza de los trabajadores es, en los casos más honestos, una muestra de ingenuidad* ⁽⁴⁵⁷⁾.

De allí que la propia O.I.T., a través de su Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ⁽⁴⁵⁸⁾, se ha ocupado de aclarar que el Convenio N° 87 no es incompatible con *“que existan organizaciones sindicales más representativas, denominadas “con personería gremial”, ni tampoco a que estas organizaciones, por su carácter de ser las más representativas, gocen de ciertos privilegios”*.

En la misma línea de interpretación, ha señalado que *“Precisamente, consciente de que la multiplicidad excesiva de las organizaciones sindicales puede debilitar el movimiento sindical y menoscabar los intereses de los trabajadores, la Comisión siempre ha considerado que el reconocimiento de los sindicatos más representativos por la legislación no es en sí contrario al principio de la libertad sindical, a reserva de que se respeten ciertas condiciones. Al respecto, la Comisión ha señalado que para la determinación de la organización más representativa debería basarse en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión parcial o abusiva. Además las ventajas deberían limitarse de manera general al otorgamiento de ciertos derechos preferenciales tales como la negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de los delegados ante los organismos internacionales (véase Estudio general sobre libertad sindical y negociación colectiva, 1994, párrafo 97)”* ⁽⁴⁵⁹⁾.

Cabe acotar, que el criterio de la asociación más representativa, propia de regímenes de unidad sindical, ha sido receptado por el Convenio N° 144 sobre la consulta tripartita ⁽⁴⁶⁰⁾, en cuyo art. 1° puede leerse: *la expresión organizaciones representativas significa las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, que gocen del derecho a la libertad sindical*.

⁽⁴⁵⁶⁾ Rodríguez Mancini, Jorge, *Ensayo de una temática fundamental para el estudio de las asociaciones profesionales*, Rev. L.T. T° XIX-B, pág. 666.

⁽⁴⁵⁷⁾ Tomada, Carlos A., *La libertad sindical en la Argentina y el modelo normativo actual de la O.I.T.*, Rev. D.T., T° 2001-A, pág. 741.

⁽⁴⁵⁸⁾ Acerca de su funcionamiento, ver nuestro *Derecho del Trabajo en el Mercosur*, págs. 105 y ss.

⁽⁴⁵⁹⁾ Comentarios de la C.E.A.C.R., 1998, 69° Reunión, en sitio web de la O.I.T.: www.ilo.org.

⁽⁴⁶⁰⁾ 61° Conferencia, Ginebra, 21/6/76, ratificado por la Argentina mediante ley 23.460, también por Brasil y Uruguay en el ámbito del Mercosur, estando pendiente su ratificación por Paraguay.

En materia de **autonomía sindical**, por el art. 3 del Convenio N° 87 se reconoce a favor de las organizaciones de trabajadores y empleadores, *el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.*

Con relación a este derecho, el Convenio enfatiza que *las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención* que tienda a limitarlo o a entorpecer su ejercicio legal (Art. 3, num. 2).

En cuanto a la actuación de la autoridad administrativa, por el art. 4° se prevé que estas organizaciones no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

El Convenio N° 141 de la O.I.T. sobre organización de los trabajadores rurales, hace extensivas estas reglas para todas las categorías de trabajadores de esa actividad, quienes *tienen el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas* (Art. 3, num. 1.-). A su respecto, *Los principios de la libertad sindical deberán respetarse plenamente; las organizaciones de trabajadores rurales deberán tener un carácter independiente y voluntario, y permanecer libres de toda injerencia, coerción o represión* (Art. 3, num. 2.-).

El reconocimiento de la libertad sindical exige un marco adecuado de protección para aquellos trabajadores que realizan actividades inherentes a ella, esto es, los representantes sindicales. Se trata de los representantes de los trabajadores ante el empleador (delegados gremiales, miembros de comisiones internas) y aquellos que fueron designados por sus compañeros para integrar los órganos de la asociación sindical previstos por el estatuto constitutivo (miembros de órganos directivos o representativos de la organización sindical).

Los Convenios Nros. 87 y 98 de la O.I.T. se refieren a estos trabajadores. En primer término, cabe destacar que inherente a la libertad sindical, es el derecho a *“elegir libremente sus representantes”* (art. 3° del Convenio N° 87).

Por su parte, el Convenio N° 98 complementa esa disposición, previendo por el art. 1° que *“los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”* y el art. 2 inc. b.-) agrega que *“dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: ... b.-) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”*.

Se ocupa con especialidad de esta temática el Convenio N° 135 de la O.I.T. sobre representantes de los trabajadores (⁴⁶¹).

Su art. 1° establece que *“Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su*

(⁴⁶¹) 56° Conferencia, Ginebra, 23/6/71, ratificado por Argentina y Brasil en el Mercosur.

participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”.

Complementa estas disposiciones, la Recomendación N° 143 de la O.I.T. ⁽⁴⁶²⁾, en cuyo Apartado III.5.- establece sobre el punto: *Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.*

Por el Apartado III.7.- agrega que la protección debe hacerse extensiva a los candidatos y a aquellos trabajadores que hayan cesado en la representación.

El Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo ⁽⁴⁶³⁾, enumera entre los motivos que no constituirán causa justificada para extinción de la relación de trabajo, a los siguientes vinculados con esta temática: *a.-) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; b.-) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c.-) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.*

3.- Negociación colectiva (art. 10).

Por el art. 10 de la *D.S.L.M.* se reconoce que *Los empleadores o sus organizaciones y las organizaciones o representaciones de trabajadores tienen derecho a negociar y celebrar convenciones y acuerdos colectivos para reglamentar las condiciones de trabajo.*

La negociación colectiva se encuentra estrechamente vinculada a la libertad sindical, toda vez que es inherente a ella el derecho a ejercer el género de la acción sindical ⁽⁴⁶⁴⁾. En la esfera colectiva, este género comprende las acciones destinadas a la reivindicación o defensa de los intereses colectivos que representan las organizaciones profesionales o sindicales, tanto en el conflicto como en el acuerdo. El conflicto se manifiesta a través del derecho de huelga. El acuerdo a través de la figura de los convenios o contratos colectivos y, en un nivel mayor, la concertación y el diálogo social. En el intermedio, como mecanismo de autocomposición de intereses y conflictos, se ubica la negociación colectiva.

En estas tres etapas (conflicto, negociación y acuerdo) interviene el Estado con el solo fin de resguardar la paz social y los intereses públicos, de la sociedad en general y los particulares que, aún siendo ajenos al conflicto, pudieran verse afectados gravemente por las consecuencias del mismo (regulación de la huelga en los servicios “*esenciales*”).

⁽⁴⁶²⁾ 56° Conferencia, Ginebra, 23/6/71.

⁽⁴⁶³⁾ 68° Conferencia, Ginebra, 22/6/82, solo Brasil ratificó en su momento este Convenio, aunque lo denunció en 1996 mediante Decreto 2100 del 20/12/96.

⁽⁴⁶⁴⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *Sindicatos en libertad sindical*, cit., pág. 45.

Se ha descrito a la negociación colectiva como un *proceso*, desarrollado entre dos partes (trabajadores y empleadores), que invocan y defienden intereses distintos, en el curso del cual ambas se comunican e interactúan influenciándose recíprocamente y como resultado de ese desarrollo normalmente se logra elaborar un producto mutuamente aceptado, el convenio colectivo de trabajo ⁽⁴⁶⁵⁾.

Este mecanismo de autocomposición de intereses, cumple tres funciones básicas: normativa, componedora y participativa ⁽⁴⁶⁶⁾.

Normativa, toda vez que atendiendo a la representatividad de los sectores que participan de la negociación, los ordenamientos jurídicos le otorgan poder normativo, es decir, la facultad de arribar a convenios o acuerdos que son extensivos a todos los empleadores y trabajadores representados (convencional o fictamente) por las partes de la negociación.

Componedora, como mecanismo destinado a la prevención y/o solución de conflictos colectivos. Constituye un cauce para superar las controversias laborales y asegurar períodos de tregua, todo lo cual contribuye al logro de paz social.

Participativa ya que la negociación colectiva, en sus diversas modalidades, genera ámbitos de participación entre los actores sociales del mundo de la producción y del trabajo.

En este último aspecto, el ámbito mayor de negociación colectiva se manifiesta a través de la llamada *concertación*, que corresponde a un tipo de política de acuerdo social en la que los tres protagonistas principales de la actividad económica (Estado, empleadores y trabajadores) conciertan sus voluntades para enfrentar situaciones críticas ⁽⁴⁶⁷⁾.

El art. 10 de la *D.S.L.M.* reconoce el derecho a la negociación colectiva en su aspecto normativo. La legitimación representativa de las partes ya viene reconocida en el artículo 8°, numeral 2.

Del mismo modo, la negociación colectiva integra los mecanismos de autocomposición de conflictos colectivos y constituye herramienta destinada al fomento del diálogo social, ambos aspectos comprendidos en los arts. 12 y 13 de la *D.S.L.M.*

El derecho a la negociación colectiva, como derecho a la acción sindical, se encuentra comprendido en los instrumentos de derechos humanos o sociales que reconocen la libertad sindical y que han sido citados en el Apartado anterior. Solo alude con carácter específico a la negociación colectiva, el art. 7° de la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* ⁽⁴⁶⁸⁾. También merece

⁽⁴⁶⁵⁾ Etala, Carlos Alberto, *Derecho colectivo del trabajo*, editorial Astrea, Buenos Aires 2001, pág. 271.

⁽⁴⁶⁶⁾ Rosenbaum Rimolo, Jorge, *Negociación Colectiva sobre formación en el Mercosur*, en *Aportes para el diálogo social y la formación*, Cinterfor, O.I.T., Montevideo, 2000, N° 1, pág. 10.

⁽⁴⁶⁷⁾ Barreto Ghione, Hugo, *Diálogo social y formación: una perspectiva desde los países del Mercosur y México*, en *Aportes para el diálogo social y la formación*, Cinterfor, O.I.T., Montevideo, 2001, N° 7, pág. 11.

⁽⁴⁶⁸⁾ Art. 7: *La ley reconocerá y reglamentará los contratos y convenciones colectivos de trabajo. Regirán en las empresas que hubieren estado representadas en su celebración no solamente para los trabajadores afiliados a la organización profesional que los suscribió, sino para los demás trabajadores que formen o lleguen a formar parte de esas empresas. La ley fijará el procedimiento*

destacarse la previsión contenida por el art. 45 inc. c.-) de la Carta de la Organización de Estados Americanos (Ver Apartado anterior).

En el ámbito de la O.I.T., la *Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo* (1998), ha incluido como “derechos fundamentales” el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. Se vinculan con este derecho, además de los Convenios y Recomendaciones referidos a la libertad sindical, particularmente el N° 98 sobre sindicación y negociación colectiva, el Convenio N° 151 sobre relaciones de trabajo en la administración pública (⁴⁶⁹) y el N° 154 sobre fomento de la negociación colectiva (⁴⁷⁰).

El Convenio N° 98 de la O.I.T., dispone por su art. 4° que *Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.*

En el ámbito de la administración pública, el Convenio N° 151 de la O.I.T. se refiere a la habilitación de la negociación colectiva para ese sector, previendo por su art. 7° que *Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.*

El Convenio N° 154 de la O.I.T. sobre fomento de la negociación colectiva tiene carácter general, está dirigido a todas las ramas de actividad económica, aunque admite la fijación de modalidades particulares a fijar por la legislación y la práctica nacional, en el terreno de la administración pública (objeto del Convenio N° 151) y lo concerniente a las fuerzas armadas o de seguridad (art. 1°).

Se define aquí a la negociación colectiva como “*todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a.-) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b.-) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c.-) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez*” (art. 2°). El art. 3° extiende este criterio, a las negociaciones celebradas con los representantes de los trabajadores, aunque, en estos casos, la norma prevé que deberán adoptarse “*medidas apropiadas para garantizar que la*

para extender los contratos y convenciones colectivos a toda actividad para la cual se concertaron y para ampliar su ámbito de validez territorial.

(⁴⁶⁹) 64° Conferencia, Ginebra, 27/6/78, ratificado por la Argentina mediante ley 23.328 y también por el Uruguay en el Mercosur, hallándose pendientes las ratificaciones de Brasil y Paraguay.

(⁴⁷⁰) 67° Conferencia, Ginebra, 19/6/81, ratificado por la Argentina mediante ley 23.544, también por Brasil y Uruguay, hallándose pendiente la ratificación de Paraguay en el Mercosur.

existencia de estos representantes no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas”.

Esta última variable, claramente prevista para los casos de discrepancia entre los representantes (delegados, comisiones internas) y la organización sindical, es de extrema utilidad interpretativa con relación al art. 10 de la D.S.L.M., en cuanto prevé como titulares de este derecho a *“las organizaciones o representaciones de trabajadores”*. La representación menor no podrá excluir ni menoscabar, en la negociación colectiva, al nivel mayor de representatividad que corresponde a las organizaciones. En todo caso, deberán preverse las consabidas medidas apropiadas en cumplimiento de lo dispuesto por el citado art. 3° de este Convenio.

Este Convenio también prevé por su art. 5 que *1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.- 2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que: a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio; b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio; c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores; d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas; e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.*

La redacción dada al art. 6°, permite interpretar que los mecanismos tendientes a la solución de conflictos mediante la conciliación o arbitraje, deben prever la participación *voluntaria* de las partes.

El art. 7° exige que las medidas de los gobiernos tendientes al fomento de la negociación colectiva, sean objeto de consultas previas con los sectores involucrados y, cuando sea posible, adoptadas mediante el acuerdo.

Por su parte, hay importantes elementos clarificadores en la Recomendación N° 163 de la O.I.T. (⁴⁷¹), mereciendo destacarse, debido a su pertinencia en el régimen de negociación colectiva comparado del Mercosur, la recomendación tendiente a que *“en los países en que las autoridades competentes apliquen procedimientos de reconocimiento a efectos de determinar las organizaciones a las que ha de atribuirse el derecho de negociación colectiva, dicha determinación se base en criterios objetivos y previamente definidos, respecto del carácter representativo de esas organizaciones, establecidos en consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores”* (Apartado II.3.b).

Con ello ratifica la O.I.T. el criterio que el reconocimiento de la libertad sindical, no es incompatible con regímenes de unidad sindical, donde el derecho a la representación del sector en el ámbito de la negociación colectiva, le sea atribuido a la asociación sindical más representativa, en la medida que su determinación responda a los citados criterios objetivos y previamente definidos.

⁽⁴⁷¹⁾ 67° Conferencia, Ginebra, 19/6/81.

4.- Derecho de huelga (art. 11).

Por la *D.S.L.M.*, los Estados Miembros reconocen el ejercicio del derecho de huelga a favor de “*todos los trabajadores*” y las organizaciones sindicales (art. 11, num. 1). El uso de la conjunción disyuntiva “y” denota que son dos los titulares reconocidos para el ejercicio de este derecho, a saber: un grupo de trabajadores y, además de ellos, las organizaciones sindicales. Volveremos sobre este punto en oportunidad de tratar la regulación que han hecho del instituto los ordenamientos internos del Mercosur.

La expresión “*conforme a las disposiciones nacionales vigentes*” no debe entenderse en sentido limitativo de la nómina de titulares para el ejercicio de este derecho que reconoce la *Declaración*, por las mismas razones que desarrollamos anteriormente con respecto al principio de no discriminación.

A mayor abundamiento, la intención de reconocer y mejorar la regulación de este derecho es clara, puesto que luego de esa expresión se sella el compromiso de los Estados Miembros de no impedir el ejercicio del derecho de huelga o desvirtuar su finalidad, con la implementación de mecanismos de prevención, solución de conflictos o regulación de este derecho.

Por lo general se define a la huelga como *la cesación del trabajo, concertada por un grupo de trabajadores, con el objeto de tutelar sus intereses profesionales* ⁽⁴⁷²⁾, o como *la suspensión colectiva concertada de la relación de trabajo* ⁽⁴⁷³⁾ o también como *la abstención colectiva del trabajo dispuesta por una pluralidad de trabajadores por la tutela de sus propios intereses profesionales, aún de sus intereses atinentes a la propia condición social y económica* ⁽⁴⁷⁴⁾.

Cualquiera de estas definiciones de la huelga son limitativas ya que excluyen otras formas de expresión, distintas de la mera suspensión del trabajo. Se ha propuesto como descripción amplia de este instituto, conceptualizarlo como *toda omisión, reducción o alteración colectiva del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta, o como alteración colectiva del trabajo con finalidad de autotutela* ⁽⁴⁷⁵⁾. Dentro de esta orientación amplia, Guillermo López define a la huelga como “*el derecho subjetivo colectivo reconocido a los trabajadores para la autotutela de sus derechos e intereses, mediante el ejercicio de las medidas de acción directa, que los usos y costumbres incorporan en las relaciones laborales, que no entren en la esfera de lo ilícito penal*” ⁽⁴⁷⁶⁾.

La huelga es inherente a la acción sindical y, por lo tanto, participa del género libertad sindical en sentido amplio. Se halla inseparablemente unida de los demás derechos vistos hasta aquí conformando, junto con la libertad sindical y la negociación colectiva, los tres pilares centrales de las relaciones colectivas del trabajo. Este punto de vista, en función del cual, los tres elementos conforman una

⁽⁴⁷²⁾ Pérez del Castillo, Santiago, *El derecho de la huelga*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1993, pág. 19.

⁽⁴⁷³⁾ Vázquez Vialard, Antonio, *El sindicato en el derecho argentino*, editorial Astrea, Buenos Aires 1981, pág. 267.

⁽⁴⁷⁴⁾ Galantino, Luisa, *Diritto sindacale*, 10° edición, G. Giappichelli editore, Torino 2000, pág. 188.

⁽⁴⁷⁵⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *La flexibilización de la huelga*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1999, pág. 48.

⁽⁴⁷⁶⁾ López, Guillermo A.F., *La huelga y sus efectos sobre el contrato de trabajo*, D.T. T° 1990-A, pág. 539

unidad que es como un reloj, que no funciona cuando le falta uno de esos componentes, es lo que se ha dado en llamar la *triangularidad del derecho colectivo del trabajo* ⁽⁴⁷⁷⁾.

La abstención de tareas, constituye el único recurso potencial del sindicalismo en la defensa de los intereses colectivos. Se trata de un mecanismo de autocomposición, donde una de las partes de la relación colectiva ejerce la defensa de los intereses del sector, absteniéndose de cumplir tareas y, con ello, privando a la otra parte de obtener el beneficio derivado del trabajo de sus dependientes.

En la práctica, se presenta como un recurso último, al que se arriba en caso de fracaso de la negociación colectiva y no habiendo derivado el conflicto en otros modos de solución, autónomos (conciliación) o heterónomos (arbitraje o decisión judicial).

Como inherente al género de la acción sindical, se halla implícitamente comprendida en las declaraciones y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos que contemplan la libertad sindical.

En particular, se refiere al derecho de huelga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 8° num. 1 inc. d.-) ⁽⁴⁷⁸⁾. También lo hace la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* por su art. 27 ⁽⁴⁷⁹⁾.

Similar previsión existe en la *Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 8, Num. 1 inc. b.-) ⁽⁴⁸⁰⁾.

En el ámbito de la O.I.T. no hay un Convenio específicamente destinado al derecho de huelga. Tampoco figura expresamente en la Constitución de la O.I.T. o en la Declaración de Filadelfia. Aún sin que exista referencia concreta a este derecho en los Convenios Nros. 87 y 98 sobre libertad sindical, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha opinado que este derecho queda admitido sobre la base del derecho que se reconoce a las organizaciones de trabajadores y de empleadores a organizar sus actividades y a formular su programa de acción con el objeto de fomentar y defender los intereses de sus miembros (arts. 3, 8 y 10 del Convenio N° 87) ⁽⁴⁸¹⁾.

Sobre la base de esta interpretación, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que la prohibición impuesta a las federaciones y confederaciones de declarar la huelga no es compatible con el Convenio núm. 87 ⁽⁴⁸²⁾. Y dentro de la misma línea, que la exclusión de los asalariados del sector privado del derecho de huelga es incompatible con los principios de la libertad sindical ⁽⁴⁸³⁾.

⁽⁴⁷⁷⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *Apuntes sobre la huelga*, 2° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1996, pág. 127.

⁽⁴⁷⁸⁾ Art. 8.1.: *Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: ... d.-) el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.*

⁽⁴⁷⁹⁾ Art. 27: *Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La ley regulará este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio.*

⁽⁴⁸⁰⁾ Art. 8°: 1.- *Los Estados Partes garantizarán: ... b.-) El derecho a la huelga.*

⁽⁴⁸¹⁾ O.I.T., *Libertad sindical y negociación colectiva*, párr. 147, p. 70, citado por Etala, Carlos Alberto en *Derecho colectivo del trabajo*, cit., pág. 349.

⁽⁴⁸²⁾ C.L.S., Informe N° 265, casos Nros. 1434 y 1477, Colombia, sitio web de la O.I.T.: www.ilo.org.

⁽⁴⁸³⁾ C.L.S., Informe N° 476, Recopilación de 1985, párrafo 389, sitio web de la O.I.T.: www.ilo.org.

Capítulo 8

Contenidos de la Declaración Sociolaboral

en materia de política social, autocomposición de conflictos, formación profesional.

Sumario.

1.- Política social, autocomposición de conflictos, formación profesional (arts. 12 a 19).- 2.- Fomento del diálogo social (arts. 12 y 13).- 3.- Fomento de empleo y protección contra el desempleo (arts. 14 y 15).- 4.- Programas de formación y capacitación profesional (art. 16).- 5.- Prevención en materia de seguridad y salud en las condiciones y el ambiente de trabajo (art. 17).- 6.- Inspección del trabajo (art. 18).- 7.- Seguridad social (art. 19).-

1.- Política social, autocomposición de conflictos, formación profesional (arts. 12 a 19).

Estrechamente vinculado con el fin de desarrollo con justicia social, al que se refiere el Tratado de Asunción en sus Considerandos, hay un expreso reconocimiento de los Estados Miembros a una política social que se sustente en los siguientes parámetros:

- √ Promoción de mecanismos de autocomposición alternativos para la solución de conflictos individuales y colectivos (art. 12).
- √ Fomento del diálogo social nacional e internacional, a efectos de lograr consenso en los conflictos sectoriales (art. 13).
- √ Fomento del empleo y protección de los desempleados y derecho a la formación profesional, lo que exigirá una política social integracionista, que evite por estas vías la existencia de sectores marginados o excluidos del mercado de trabajo, colaborando en la implementación de medidas que garanticen una efectiva igualdad de posibilidades en el acceso al empleo (arts. 14 a 16).
- √ Prevención en materia de seguridad y salud en las condiciones y el ambiente de trabajo (art. 17).
- √ Compromiso de instituir y mantener los servicios de inspección del trabajo (art. 18).
- √ Derecho de los trabajadores a la seguridad social (art. 19).

Seguiremos ese orden para el breve desarrollo de la normativa internacional vinculada a estos aspectos de la *D.SL.M.*

2.- Fomento del diálogo social (arts. 12 y 13).

Los arts. 12 y 13 de la *D.SL.M.* se refieren al compromiso de los Estados Miembros de impulsar el diálogo social, como mecanismo preventivo y alternativo de composición de conflictos (art. 12) y también como elemento de consulta permanente para el dictado de fuentes heterónomas de regulación (art. 13). El propósito de estas formas, no es otro que el desarrollo con justicia social y progresividad: *mejora en las condiciones de vida de sus pueblos.*

En la Carta Orgánica de la Organización de los Estados Americanos, por el art. 45 inc. d.-) se ha previsto el compromiso de los Estados Miembros a la implementación de sistemas de consulta y colaboración entre los sectores de la producción ⁽⁴⁸⁴⁾. La *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* aborda al tema de solución de conflictos individuales y colectivos en forma separada. Para ambos rige, como principio, la regla contenida en el art. 2° inc. c.-): *Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables*. Tratándose de conflictos individuales, el art. 36 establece que *En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de conflictos*. Pero tratándose de conflictos colectivos, por su art. 37 se refiere al deber de los estados a implementar a su respecto estos métodos alternativos de solución ⁽⁴⁸⁵⁾.

El diálogo social constituye una variable del sistema de relaciones laborales. En sentido amplio, implica todas las formas de trato y relacionamiento entre los actores sociales, diferentes al conflicto ⁽⁴⁸⁶⁾ y a ello podemos agregar, que también son ajenas a la solución del conflicto por tercero.

En la interacción del capital y el trabajo no solo existen componentes conflictivos, también ocupan un lugar destacado los intereses comunes, caracterizados por el progreso de los medios de producción y de las personas que los componen. A nivel de empresa, el diálogo social es de tipo bilateral, entre el empleador y sus trabajadores, siendo la negociación colectiva su vía propia de realización. El campo de estas relaciones se ve incrementado cuando se trata de lograr soluciones en terrenos más amplios, que pueden ser el sectorial constituido por las empresas de una misma región o de actividades afines y los trabajadores que las integran, o marco, cuando comprende a los sectores involucrados en la actividad económica de un Estado. En estos niveles mayores de diálogo, la intervención del gobierno hace que sean tres las partes involucradas y el diálogo adquiera así la figura denominada como tripartismo.

El diálogo social se manifiesta en los llamados métodos alternativos para la solución de controversias, donde son los mismos interesados quienes encuentran la fórmula componedora, la cual adquiere un carácter “autónomo” como fuente reguladora de la relación laboral. El principal componente del diálogo social es la comunicación que corresponde lograr entre sus partes, para que cada una logre transmitir a la otra su punto de vista. Su principal fortaleza está dada por el conocimiento que tienen las partes acerca de sus realidades, intereses y expectativas, elementos que son poco o nada considerados en los modos tradicionales de solución del conflicto por un tercero (arbitraje, sentencia, acto normativo del Estado).

⁽⁴⁸⁴⁾ Art. 45: *Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: ... d.-) Justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad;*

⁽⁴⁸⁵⁾ Art. 37: *Es deber del Estado promover la conciliación y el arbitraje como medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos del trabajo.*

⁽⁴⁸⁶⁾ Serna, María Mar y Ermida Uriarte, Oscar, *El tripartismo*, Rev. Derecho Laboral, Tomo XXXVII, núm. 173-174, Montevideo, 1994, pág. 235.

A un nivel mayor de diálogo, al Estado le interesa que sus normas sean cumplidas. No posee el mismo grado de conocimiento de la realidad que los propios sectores involucrados (capital y trabajo). Por lo general, es más fácil predecir el cumplimiento de una norma “autónoma” a la cual arribaron las propias partes en un proceso de negociación, que una norma del tipo “heterónoma”, dictada por un tercero que poco o nada sabe acerca de los problemas e intereses de las partes a las que se destina esa solución. Por mejor voluntad que tenga el tercero en hallar la solución, su decisión no tendrá la misma aceptación que el acuerdo arribado por las propias partes. Ello no significa desconocer el valor que tienen las fuentes “heterónomas” de regulación del contrato de trabajo, cuya razón de ser se justifica en la dificultad natural de equiparar las diferencias de poder existentes en la relación obrero-empleador.

De este modo, la participación del Estado en el diálogo social adquiere importancia en la labor de construcción de la regulación heterónoma. Las formas de tripartismo, acercan al Estado al conflicto, a los intereses, a las expectativas de las partes y, dicho conocimiento, le permitirá el dictado de normas que sean producto del consenso de los sectores involucrados, que se ajusten a sus realidades, a sus conductas, intereses, expectativas y que, en definitiva, cuenten con un mayor grado de aceptación y cumplimiento.

Por supuesto, para el logro de dicho fin, es necesario que cada una de las partes del *diálogo social* cumpla con sus deberes de buena fe, como en toda negociación. Ello implica perseguir fórmulas de acuerdo que se ajusten a las realidades, que sean posibles en cuanto a su cumplimiento y que deriven en beneficios recíprocos para las partes involucradas. El Estado desempeña aquí una función importantísima, requiriéndose a su respecto de un alto grado de imparcialidad, la cual también exige, prudencia para saber cuando es necesario fortalecer la posición del sector más debilitado, con el propósito de equiparar las desigualdades de las partes para el logro de un acuerdo que componga intereses recíprocos.

Cuando estas fórmulas no se ajustan a la realidad, o persiguen objetivos que solo benefician a uno de los sectores en detrimento del otro, no hay un auténtico diálogo social y, lo más probable, es que el acuerdo arribado y las normas que como consecuencia del él dicta el Estado, no se cumplan y generen un mayor grado de diferencias y conflictos.

Un claro ejemplo de fracaso del *diálogo social* es el que se ha dado en la Argentina, con el denominado *Acuerdo Marco para el empleo, la productividad y la equidad social*, concertado el 25 de julio de 1994 entre el Gobierno, una de las tres centrales sindicales ⁽⁴⁸⁷⁾ y ocho de las más importantes confederaciones empresarias, con el objeto de promover “*la creación de empleo, el incremento de la competitividad y la introducción de nuevos elementos de equidad social*”. Con sustento en este *Acuerdo Marco*, en los años siguientes el Gobierno aprobó una serie de leyes desreguladoras del contrato de trabajo y limitativas de la responsabilidad patronal. No cumplió el Gobierno con su función componedora esencial puesto que atendió solo los intereses del sector empresario, en detrimento

⁽⁴⁸⁷⁾ Que en realidad son dos: C.G.T. y C.T.A., aunque con una fractura en la primera de ellas que derivó en la no suscripción de dicho acuerdo por el sector de los gremios disidentes y que lo suscribiera solo el sector *oficialista* de la C.G.T.

de la justicia social. Lejos de cumplirse con los objetivos propuestos en ese *Acuerdo Marco*, la Argentina ingresó en un período de recesión, pobreza y desarticulación de su derecho social como nunca antes se había visto.

Sin embargo, este instituto ha venido funcionando en el ámbito de la Unión Europea prácticamente desde su constitución. En efecto, la base de las prácticas comunitarias del *diálogo social* surge del art. 118 B del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, el que dispone que la Comisión se esfuerce en desarrollar el diálogo entre los interlocutores sociales a nivel europeo, pudiendo llegar, si aquellos lo estiman deseable, a relaciones convencionales. A su vez, el Acuerdo sobre la política social de 1992, prevé en su art. 3° que la Comisión tiene por cometidos promover la consulta de los interlocutores sociales a nivel comunitario y tomar toda medida útil para facilitar el diálogo, velando por mantener el equilibrio de las partes. Para lograrlo, con anterioridad a la presentación de proposiciones en el dominio de la política social, se consultará a los interlocutores sobre la orientación posible de una acción comunitaria ⁽⁴⁸⁸⁾.

El *diálogo social* no ha sido formalmente incorporado en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que se indican en el Considerando 5° de la *D.S.L.M.* Sin perjuicio de ello, forma parte de la negociación colectiva y participa del género de la llamada *acción sindical*, quedando incluido de este modo, en toda la normativa referida a la libertad sindical en su sentido amplio.

En el ámbito de la O.I.T. la figura del *diálogo social* no ha sido expresamente incluida en su Constitución y tampoco se ha dictado un Convenio específico sobre esta temática. Sin embargo, el propio funcionamiento de este Organismo, caracterizado por concurrir los Estados Miembros a su máximo órgano (la Conferencia) con delegaciones de composición tripartita y el mecanismo seguido para la aprobación de Convenios y Recomendaciones por consenso de todos los sectores, hacen que, en la práctica, el *diálogo social* se halle inseparablemente unido a todo su funcionamiento ⁽⁴⁸⁹⁾.

Sin perjuicio de ello, en los últimos años la O.I.T. ha puesto en marcha el "*Programa In Focus sobre Fortalecimiento del Diálogo Social*", con el fin de fortalecer y de promover la práctica del diálogo social en los Estados Miembros como forma de facilitar la difusión de información entre las administraciones del trabajo, los sindicatos y las organizaciones de empleadores con el propósito de generar consenso en materia de políticas y de medidas concretas que aseguren un desarrollo económico y social equitativo.

En dicho Programa se enfatiza que el diálogo social abarca todo tipo de negociaciones, consultas o intercambio de informaciones entre los interlocutores sociales, bipartitos o tripartitos, sobre temas de interés común relativos a la política económica y social. También que el diálogo social desempeña un papel central en la identificación de las cuestiones laborales y sociales de importancia para la O.I.T.

Se describen como objetivos principales de este Programa:

√ promover el diálogo social de forma que se comprenda y acepte mejor su función esencial como instrumento para la democracia y el respeto de los derechos

⁽⁴⁸⁸⁾ Ermida Uriarte, Oscar y Rosenbaum Rímolo, Jorge: *Formación profesional en la negociación colectiva*, Cinterfor O.I.T., Montevideo 1998, págs. 20 y ss.

⁽⁴⁸⁹⁾ Ver nuestro *Derecho del Trabajo en el Mercosur*, págs. 102 a 115 donde hemos desarrollado esta temática.

laborales, y se utilice en las negociaciones para alcanzar consenso en materias económicas y sociales;

√ fortalecer las instituciones, mecanismos y procesos de diálogo social en los países miembros de la OIT; y

√ fortalecer la representación, capacidad y servicios de los interlocutores en el diálogo social.

En el contexto de este Programa, se indican como instrumentos de la O.I.T. específicamente vinculados al *diálogo social* los siguientes: el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151); el Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154); y el Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144).

Los cinco primeros convenios se vinculan estrechamente a la acción sindical y a la negociación colectiva, como formas de manifestación del diálogo social.

Por el Convenio N° 144 sobre la consulta tripartita ⁽⁴⁹⁰⁾, los Estados Miembros se comprometen a *poner en práctica procedimientos que aseguren consultas efectivas, entre los representantes del gobierno, de los empleadores y de los trabajadores, sobre los asuntos relacionados con las actividades de la Organización Internacional del Trabajo* (art. 2.1.-).

El art. 1° se ocupa de aclarar que la expresión *organizaciones representativas* significa *las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, que gocen del derecho a la libertad sindical*.

La nómina de asuntos sobre los cuales se deben llevar adelante las consultas, están dados por los siguientes incluidos en el art. 5° del Convenio:

a.-) las respuestas de los gobiernos a los cuestionarios relativos a los puntos incluidos en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo y los comentarios de los gobiernos sobre los proyectos de texto que deba discutir la Conferencia;

b.-) las propuestas que hayan de presentarse a la autoridad o autoridades competentes en relación con la sumisión de los convenios y recomendaciones, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo;

c.-) el reexamen a intervalos apropiados de convenios no ratificados y de recomendaciones a las que no se haya dado aún efecto para estudiar qué medidas podrían tomarse para promover su puesta en práctica y su ratificación eventual;

d.-) las cuestiones que puedan plantear las memorias que hayan de comunicarse a la Oficina Internacional del Trabajo en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo;

e.-) las propuestas de denuncia de convenios ratificados.

⁽⁴⁹⁰⁾ 61° Conferencia, Ginebra, 21/6/76, ratificado por la Argentina mediante ley 23.460, también por Brasil y Uruguay en el ámbito del Mercosur, estando pendiente su ratificación por Paraguay.

Entendemos que también merece citarse, por su estricta relevancia sobre esta temática, el Convenio N° 150 de la O.I.T. sobre la administración del trabajo ⁽⁴⁹¹⁾, a través del cual los Estados Miembros se comprometen a delegar o confiar, determinadas actividades de administración del trabajo, a organizaciones no gubernamentales o representantes de empleadores y trabajadores. Es decir, deberá confiar determinadas áreas de su administración laboral a sistemas de representación tripartita.

Del mismo modo, por el Convenio N° 88 sobre el servicio de empleo ⁽⁴⁹²⁾, se prevé la creación de un servicio público de colocación o empleo, a nivel nacional, con el compromiso de los Estados miembros de obtener la cooperación de representantes de los empleadores y de los trabajadores en la organización y funcionamiento de este servicio (art. 4°, Num. 1.-), los que actuarán en una o varias comisiones nacionales consultivas y, si fuere necesario, en comisiones regionales y locales (art. 4°, Num. 2.-), siendo obligatoria la consulta a estas comisiones en materia de política general del servicio de empleo cuando se trate de dirigir a los trabajadores hacia los empleos disponibles (art. 5°).

El régimen de consulta en materia de política de empleo, continuará en el Convenio N° 122 sobre la política del empleo ⁽⁴⁹³⁾, previendo por su art. 3° que en dicha materia *se consultará sobre todo a los representantes de los empleadores y de los trabajadores con el objeto de tener plenamente en cuenta sus experiencias y opiniones y, además, de lograr su plena cooperación en la labor de formular la citada política y de obtener el apoyo necesario para su ejecución.*

3.- Fomento de empleo y protección contra el desempleo (arts. 14 y 15).

Por los arts. 14 y 15 de la *D.S.L.M.* los Estados Miembros se comprometen a implementar una política social encaminada al logro de dos objetivos básicos, a saber:

- √ Creación y mejoramiento del empleo (art. 14).
- √ Protección contra el desempleo (art. 15).

En materia de creación y mejoramiento de empleo y protección contra el desempleo, encontramos las siguientes referencias en los instrumentos sobre derechos humanos referenciados en el Considerando 5° de la *D.S.L.M.*

√ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, art. 25, Num. 1, prevé el derecho a un seguro de desempleo ⁽⁴⁹⁴⁾.

√ *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 6, Num. 2.- ⁽⁴⁹⁵⁾.

⁽⁴⁹¹⁾ 64° Conferencia, Ginebra, 26/6/78, ratificado en el ámbito del Mercosur por Argentina mediante ley N° 25.802 y Uruguay.

⁽⁴⁹²⁾ 31° Conferencia, San Francisco, 9/7/48, ratificado por la Argentina mediante Decreto-Ley 11.594/56, también por Brasil en el ámbito del Mercosur, estando pendientes las ratificaciones de Uruguay y Paraguay.

⁽⁴⁹³⁾ 48° Conferencia, Ginebra, 9/7/64, ratificado por Brasil, Paraguay y Uruguay, hallándose pendiente la ratificación de la Argentina.

⁽⁴⁹⁴⁾ Art. 25, Num. 1: *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*

- √ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, art. 14 ⁽⁴⁹⁶⁾.
- √ *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*, arts. 4° y 31 inc. c.-) ⁽⁴⁹⁷⁾.
- √ *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, art. 45, inc. b.-) ⁽⁴⁹⁸⁾.
- √ *Convención Americana de Derechos Humanos Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 6 ⁽⁴⁹⁹⁾.

En el ámbito de la O.I.T., el problema del desempleo ha ocupado desde el comienzo un lugar destacado, extremo que resulta de la inclusión de este punto en el Preámbulo de su constitución y el hecho de haber dedicado a la temática su primer Conferencia. Con especial referencia a esta temática se han aprobado el Convenio N° 2 sobre el desempleo ⁽⁵⁰⁰⁾; el N° 88 sobre el servicio de empleo ⁽⁵⁰¹⁾; el

⁽⁴⁹⁵⁾ Art. 6, Num.2: *Las medidas que cada Estado Parte del presente Pacto tomarán a fin de asegurar el pleno ejercicio de ese derecho deberán incluir la orientación y la formación técnica y profesional, la elaboración de programas, normas y técnicas apropiadas para asegurar un desenvolvimiento económico, social y cultural constante del pleno empleo productivo en condiciones que salvaguarden a los individuos el goce de las libertades políticas y económicas fundamentales.*

⁽⁴⁹⁶⁾ Art. 14: *Toda persona tiene el derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.*

⁽⁴⁹⁷⁾ Art. 4°: *Todo trabajador tiene derecho a recibir educación profesional y técnica para perfeccionar sus aptitudes y conocimientos, obtener de su trabajo mayores ingresos y contribuir de modo eficiente al desarrollo de la producción. A tal efecto, el Estado organizará la enseñanza de adultos y el aprendizaje de los jóvenes, de tal modo que permita asegurar la enseñanza efectiva de un oficio o trabajo determinado, al par que provea su formación cultural, moral y cívica.-* Art. 31: *Los trabajadores, inclusive los trabajadores agrícolas, trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos, los empleados públicos, los aprendices, aunque no reciban salario y los trabajadores independientes cuando su afiliación fuere posible, tienen derecho a un sistema de seguridad social obligatorio orientado a la realización de los objetivos siguientes: ... c.-) Procurar los medios de existencia en caso de cesación o interrupción de la actividad profesional como consecuencia de enfermedad o accidente, maternidad, de invalidez temporal o permanente, de cesantía, de vejez o de muerte prematura del jefe de la familia.- El seguro social obligatorio deberá atender a la protección de los miembros de la familia del trabajador y establecer prestaciones adicionales para los asegurados de familia numerosa.*

⁽⁴⁹⁸⁾ Art. 45: *Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: ... b.-) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;*

⁽⁴⁹⁹⁾ Art. 6. *Derecho al trabajo: 1.- Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.- 2.- Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados Partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.*

⁽⁵⁰⁰⁾ 1° Conferencia, Washington, 28/11/19, ratificado por la Argentina mediante ley 11.726.

⁽⁵⁰¹⁾ 31° Conferencia, San Francisco, 9/7/48, ratificado por la Argentina mediante Decreto-Ley 11.594/56, también por Brasil en el ámbito del Mercosur, estando pendientes las ratificaciones de Uruguay y Paraguay.

N° 122 sobre la política de empleo ⁽⁵⁰²⁾; el N° 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo ⁽⁵⁰³⁾.

En toda esta normativa, los puntos vinculados a la protección del desempleo y política de empleo se encuentran inseparablemente unidas.

Ya en ocasión de aprobarse el Convenio N° 2, se instrumentó allí el compromiso de los Estados Miembros de informar a la O.I.T. los datos estadísticos sobre el desempleo y las medidas que adopten con el fin de luchar contra el desempleo (art. 1°). Asimismo, también se instrumentó aquí el compromiso de los Estados a establecer un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación (art. 2°), compromiso que se reiterará más tarde por el Convenio N° 88 en su art. 1°, con la denominación *servicio público y gratuito del empleo*, que deberá ser nacional (art. 2° del Convenio N° 88). Tanto este último Convenio como el N° 122, prevén la implementación de comisiones de representantes de empleadores y trabajadores, las que actuarán como órganos de consulta obligatoria en materia de políticas de empleo.

El Convenio N° 168 constituye la última normativa aprobada en el ámbito de la O.I.T. sobre estos tópicos. Revisa y actualiza los convenios anteriores sobre esta temática, particularmente el N° 44 sobre el desempleo (1934).

La política social debe organizar sistemas de protección contra el desempleo, que tiendan a la reinserción laboral de la persona que ha perdido su trabajo. Así lo dispone el art. 2° del Convenio N° 168: *Todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para coordinar su régimen de protección contra el desempleo y su política de empleo. A tal fin deberá procurar que su sistema de protección contra el desempleo y en particular las modalidades de indemnización del desempleo, contribuyan al fomento del pleno empleo, productivo y libremente elegido, y no tengan por efecto disuadir a los empleadores de ofrecer un empleo productivo ni a los trabajadores de buscarlo.*

De manera consecuente, el art. 21 del Convenio prevé que *Las indemnizaciones a que tenga derecho una persona protegida en caso de desempleo total o parcial podrán denegarse, suprimirse, suspenderse o reducirse, en una medida prescrita, cuando el interesado se niegue a aceptar un empleo conveniente.* Aunque la misma norma aclara, en su numeral 2, que *en la apreciación del carácter conveniente de un empleo se tendrán en cuenta especialmente, en condiciones prescritas y en la medida apropiada, la edad del desempleado, la antigüedad en su profesión anterior, la experiencia adquirida, la duración del desempleo, la situación del mercado del empleo, las repercusiones de este empleo sobre la situación personal y familiar del interesado y el hecho de que el empleo esté disponible como consecuencia directa de una suspensión del trabajo debido a un conflicto laboral en curso.*

Elemento prioritario de la política social, debe ser el fomento del *pleno empleo, productivo y libremente escogido, por todos los medios adecuados, incluida la seguridad social.* Estos medios deben incluir servicios del empleo y la formación y orientación profesionales (art. 7 del Convenio).

⁽⁵⁰²⁾ 48° Conferencia, Ginebra, 9/7/64, ratificado por Brasil, Paraguay y Uruguay, hallándose pendiente la ratificación de la Argentina.

⁽⁵⁰³⁾ 75° Conferencia, Ginebra, 21/6/88, ratificado solo por Brasil en el Mercosur.

Las medidas de fomento de empleo deberán prever categorías de personas desfavorecidas, con dificultades para encontrar un empleo, tales *como las mujeres, los trabajadores jóvenes, los minusválidos, los trabajadores de edad, los desempleados durante un largo período, los trabajadores migrantes en situación regular y los trabajadores afectados por reestructuraciones* (art. 8 del Convenio). A esta nómina, se agregan las categorías correspondientes a los trabajadores que pretenden ingresar al mercado de trabajo y se hallan con dificultades en su inserción, tales como los jóvenes que han concluido su formación o el servicio militar obligatorio, las personas que concluyeron un período consagrado a la educación de un hijo o cuidado de un enfermo, aquellas cuyo cónyuge ha fallecido y no poseen derecho a pensión, las personas divorciadas o separadas, los ex detenidos, trabajadores migrantes que reingresan a su país de origen, etc. (art. 26 del Convenio).

4.- Programas de formación y capacitación profesional (art. 16).

El art. 16 de la *D.S.L.M.* está integrado por el reconocimiento de un derecho y la mención de tres compromisos que asumen los Estados Miembros, de estos últimos, dos dirigidos a la población y uno recíprocamente a los otros Miembros. Se reconoce el derecho de todo trabajador *a la orientación, a la formación y a la capacitación profesional*.

El reconocimiento de dicho derecho ninguna relevancia social tendría sin una actividad del Estado tendiente a su realización efectiva. Bien se ha escrito que *por cuanto el derecho a la formación profesional es una condición para el goce del derecho al trabajo, su proclamación obliga a los Estados a proveer los medios jurídicos y los servicios correspondientes, para asegurar que todas las personas, sin ninguna discriminación, tengan el máximo de oportunidades de acceder a una capacitación acorde con sus expectativas* ⁽⁵⁰⁴⁾.

De allí que en los numerales siguientes, se adopten como elementos integrativos de la política social, los siguientes compromisos:

√ Implementación de servicios y programas de formación y orientación profesional, continua y permanente, dirigida a calificar a los trabajadores para el desempeño de una actividad productiva, ello con participación de las entidades involucradas que voluntariamente deseen hacerlo.

√ Promover la articulación entre los citados programas de formación profesional y los servicios públicos de empleo y protección contra el desempleo, con el objetivo de mejorar la posibilidad de inserción laboral de los trabajadores.

Por último, los Estados Miembros sellan el compromiso de publicitar la información correspondiente a su mercado de trabajo, tanto a nivel nacional como regional.

El derecho a la formación y capacitación profesional desde siempre ha integrado los instrumentos referidos a los derechos humanos como integrante de la libertad de aprender. Ingresó al mundo del derecho social en 1919 con el Preámbulo de la Constitución de la O.I.T. Con relación a los instrumentos

⁽⁵⁰⁴⁾ Barbagelata, Héctor – Hugo, *Formación y legislación del trabajo*, Polform – Cinterfor O.I.T., Montevideo 1996, pág. 14.

internacionales de carácter general que se citan en el Considerando 5° de la D.S.L.M., son de relevancia los siguientes:

√ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 26, Num. 1 ⁽⁵⁰⁵⁾.

√ *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 6 Num. 2 ⁽⁵⁰⁶⁾.

√ *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*, art. 20 ⁽⁵⁰⁷⁾.

√ *La Carta de la Organización de Estados Americanos*, art. 50 ⁽⁵⁰⁸⁾.

√ *La Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, arts. 6 Num. 2, 13 Num. 1 y 2 ⁽⁵⁰⁹⁾.

En el ámbito de la O.I.T., el derecho a la formación profesional integra el Preámbulo de su Constitución y se hallaba ya previsto en la Declaración de Filadelfia de 1944, relativa a sus fines y objetivos. En esta temática se circunscriben, asimismo, el Convenio Nro. 140 sobre la licencia pagada de estudios ⁽⁵¹⁰⁾ con su Recomendación N° 148, y el Convenio N° 142 sobre formación de los recursos humanos ⁽⁵¹¹⁾, con su Recomendación N° 150.

Por el primero de dichos Convenios, los Estados se obligan a formular y llevar a cabo una política para fomentar la concesión de licencia pagada

⁽⁵⁰⁵⁾ Art. 26, 1.-: *Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos;*

⁽⁵⁰⁶⁾ Art. 6, Num. 2: *Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho – derecho al trabajo descrito en el numeral 1 – deberá figurar la orientación y formación técnico – profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.*

⁽⁵⁰⁷⁾ Art. 20: *Las leyes regularán el contrato de aprendizaje, a efecto de asegurar al aprendiz la enseñanza de un oficio, o profesión, un tratamiento digno, una retribución equitativa y los beneficios de la previsión y la seguridad sociales.*

⁽⁵⁰⁸⁾ Art. 50: *Los Estados miembros prestarán especial atención a la erradicación del analfabetismo; fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo; asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos.*

⁽⁵⁰⁹⁾ Art. 6 Num. 2: *Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados Partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo. Art. 13, 1.- *Toda persona tiene derecho a la educación. 2.- Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.**

⁽⁵¹⁰⁾ 59° Conferencia, Ginebra 24/6/74, ratificado solo por Brasil en el Mercosur.

⁽⁵¹¹⁾ 60° Conferencia, Ginebra 23/6/75, ratificado por la Argentina mediante ley 21.662 y por Brasil en el ámbito del Mercosur.

de estudios con fines: a.-) de formación profesional a todos los niveles; b.-) de educación general, social o cívica; c.-) de educación sindical (art. 2°).

Dentro de los objetivos de esta política social, previstos por el art. 3° del Convenio, merecen destacarse los vinculados con la promoción humana, social y cultural de los trabajadores y el de facilitarles la adaptación a las exigencias de la vida actual (incisos c y d.-).

El período de la licencia pagada de estudios deberá asimilarse a un período de trabajo efectivo a efectos de determinar los derechos a prestaciones sociales y otros derechos que se deriven de la relación de empleo con arreglo a lo previsto por la legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o cualquier otro método compatible con la práctica nacional (art. 11).

Por el Convenio N° 142, los Miembros se comprometen a adoptar y llevar a la práctica políticas y programas completos y coordinados en el campo de la orientación y formación profesionales, estableciendo una estrecha relación entre este campo y el empleo, en particular mediante los servicios públicos del empleo, con el objetivo de mejorar la aptitud del individuo de comprender su medio de trabajo y el medio social y de influir, individual o colectivamente, sobre éstos (art. 1°). Estos programas deben complementar la enseñanza general técnica y profesional (art. 3°).

En el ámbito del MERCOSUR, la Resolución N° 59/01 del Grupo Mercado Común (Montevideo, 5/12/2001) ha aprobado importantes medidas armonizativas con relación a las acciones que vienen llevando a cabo los Estados Miembros en esta materia, según resulta de las Memorias que han presentado a la Comisión Sociolaboral (regional) durante el año 2001.

En primer término, la Resolución recomienda a los Estados encarar las acciones vinculadas con la formación profesional, a través del diálogo social, con participación de las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores (art. 1°).

También que los sistemas nacionales o redes de formación profesional debieran considerar: a.-) la articulación entre las acciones públicas y privadas de formación profesional con los programas y servicios de empleo, orientación laboral y protección a los desempleados; b.-) la sinergia de las instancias gubernamentales con las organizaciones de trabajadores y empleadores junto con los diversos agentes de la formación; c.-) la capacidad de respuesta a los requerimientos de la producción y el trabajo; d.-) la mejora de la calidad de vida de las personas (arts. 2 y 3).

Las políticas de formación profesional deben integrarse también con los sistemas educativos (art. 4°). En todos los casos, se requiere una labor previa de información sobre la oferta y demanda de calificaciones, seguida de mecanismos de evaluación de impacto, a fin de encarar reformas o ajustes que impliquen una mejora en sus resultados (arts. 5 y 6).

Por último, la norma establece su autoaplicabilidad, en el sentido de no considerarse necesario subordinar su vigencia a la incorporación expresa de su contenido en las legislaciones internas (art. 7°).

5.- Prevención en materia de seguridad y salud en las condiciones y el ambiente de trabajo (art. 17).

Queda reconocido por la *D.S.L.M.* el derecho del trabajador a *ejercer sus actividades en un ambiente de trabajo sano y seguro, que preserve su salud física y mental y estimule su desarrollo y desempeño profesional* (art. 17, ap. 1).

El único medio previsto para tal fin, es el compromiso de los Estados Miembros a la implementación de políticas y programas de prevención, en consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores (art. 17, ap. 2).

De los instrumentos internacionales sobre derechos humanos citados por el Considerando 5° de la *D.S.L.M.*, se refieren específicamente a este derecho los siguientes:

√ *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 7 inc. b.-) (⁵¹²).

√ *Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 7, incs. e.- y g.- (⁵¹³).

√ *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*, art. 30 (⁵¹⁴).

En el ámbito de la O.I.T., la cuestión relativa a las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo tiene como antecedente la Conferencia de Filadelfia de 1914, donde se proclamó como obligación de este Organismo fomentar entre todas las naciones del mundo programas que permitan alcanzar la extensión de las medidas de seguridad social para proveer un ingreso básico a cuantos necesitan tal protección, así como la asistencia médica completa y la protección adecuada para la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones (⁵¹⁵).

Del mismo modo, en el Preámbulo de la Constitución de la O.I.T. se ha previsto como uno de sus objetivos, el logro de un adecuado sistema de protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo.

En cuanto a la producción normativa de esta Organización, se vinculan en forma directa con la temática en tratamiento los siguientes Convenios: N° 3 sobre protección de la maternidad (⁵¹⁶); N° 4 sobre el trabajo nocturno de mujeres (⁵¹⁷); el N° 12 sobre indemnización por accidentes del trabajo en la agricultura (⁵¹⁸); el N° 13 sobre la cerusa, prohibiendo el uso del albayalde en la

(⁵¹²) Art. 7: *Los Estados Partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: ... b.-) La seguridad y la higiene en el trabajo.*

(⁵¹³) Art. 7: *Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: ... e.- La seguridad e higiene en el trabajo; ... g.- La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.*

(⁵¹⁴) Art. 30: *El Estado, mediante normas adecuadas, debe asegurar la higiene y moralidad en los lugares de trabajo.*

(⁵¹⁵) Cabanellas, Guillermo, *Tratado de derecho laboral*, 3° edición, editorial Claridad, Buenos Aires 1988, Tomo IV, pág. 16.

(⁵¹⁶) 1° Conferencia, Washington 28/11/1919, ratificado solo por la Argentina, en el ámbito del Mercosur, mediante ley 11.726.

(⁵¹⁷) 1° Conferencia, Washington 28/11/1919, no ratificado por ninguno de los miembros del Mercosur.

(⁵¹⁸) 3° Conferencia, Ginebra, 12/11/21, ratificado en el Mercosur sólo por la Argentina mediante ley 12.232 y por Brasil.

pintura ⁽⁵¹⁹⁾; el N° 17 sobre la indemnización por accidentes del trabajo ⁽⁵²⁰⁾; el N° 18 sobre las enfermedades profesionales ⁽⁵²¹⁾; el N° 28 sobre la protección de los cargadores de muelles contra los accidentes ⁽⁵²²⁾; el N° 42 sobre las enfermedades profesionales ⁽⁵²³⁾; el N° 55 sobre obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidente de la gente de mar ⁽⁵²⁴⁾; el N° 56 sobre seguro de enfermedad de la gente de mar ⁽⁵²⁵⁾; el N° 62 sobre prescripciones de seguridad en la industria de la edificación ⁽⁵²⁶⁾; el N° 73 sobre examen médico de la gente de mar ⁽⁵²⁷⁾; el N° 77 sobre examen médico de los menores en la industria ⁽⁵²⁸⁾; el N° 78 sobre examen médico de los menores en trabajos no industriales ⁽⁵²⁹⁾; el N° 113 sobre examen médico de los pescadores ⁽⁵³⁰⁾; el N° 115 sobre protección contra las radiaciones ionizantes ⁽⁵³¹⁾; el N° 119 sobre protección de la maquinaria ⁽⁵³²⁾; el N° 127 sobre peso máximo admitido para transporte manual ⁽⁵³³⁾; el N° 136 sobre intoxicaciones con benceno ⁽⁵³⁴⁾; el N° 139 sobre cáncer profesional (59° Conferencia, Ginebra 24/6/74, ratificado por la Argentina mediante ley 21.663, también por Brasil y Paraguay en el Mercosur); el N° 148 sobre el medio ambiente de trabajo – contaminación del aire, ruido y vibraciones – ⁽⁵³⁵⁾; el N° 152 sobre la seguridad e higiene en los trabajos portuarios ⁽⁵³⁶⁾; el N° 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores ⁽⁵³⁷⁾; el N° 161 sobre los servicios de salud en el trabajo ⁽⁵³⁸⁾; el N° 162 sobre el asbesto ⁽⁵³⁹⁾; el N° 164 sobre la protección de la salud y asistencia médica para la gente de mar ⁽⁵⁴⁰⁾; el N° 167 sobre seguridad y salud en la construcción ⁽⁵⁴¹⁾;

⁽⁵¹⁹⁾ 3° Conferencia, Ginebra, 19/11/21, ratificado en el ámbito del Mercosur por la Argentina, mediante ley 12.232 y por Uruguay.

⁽⁵²⁰⁾ 7° Conferencia, Ginebra, 10/06/25, ratificado solo por la Argentina en el ámbito del Mercosur, mediante ley 13.560.

⁽⁵²¹⁾ 7° Conferencia, Ginebra, 10/06/25, ratificado en el ámbito del Mercosur solo por la Argentina mediante Decreto-ley 11.594/56.

⁽⁵²²⁾ 12° Conferencia, Ginebra, 21/6/29, revisado por los Convenios Nros. 32 y 152.

⁽⁵²³⁾ 18° Conferencia, Ginebra, 21/6/34, ratificado en el ámbito del Mercosur por la Argentina mediante ley 13.560 y por Brasil; este Convenio ha sido revisado por el N° 121 de 1964, el que solo fue ratificado por Uruguay en el mismo ámbito.

⁽⁵²⁴⁾ 21° Conferencia, Ginebra, 24/10/36, no fue ratificado en el ámbito del Mercosur.

⁽⁵²⁵⁾ Idem anterior.

⁽⁵²⁶⁾ 23° Conferencia, Ginebra, 23/6/37, ratificado solo por Uruguay en el Mercosur.

⁽⁵²⁷⁾ 28° Conferencia, Seattle, 29/6/46, ratificado en el Mercosur por la Argentina mediante ley 14.329 y por Uruguay.

⁽⁵²⁸⁾ 29° Conferencia, Montreal 9/10/46, ratificado en el Mercosur por la Argentina mediante ley 14.329, Paraguay y Uruguay.

⁽⁵²⁹⁾ 29° Conferencia, Montreal, 9/10/46, ratificado en el Mercosur por la Argentina mediante ley 14.329, también por Paraguay y Uruguay.

⁽⁵³⁰⁾ 43° Conferencia, Ginebra 19/6/59, ratificado por Brasil y Uruguay en el Mercosur.

⁽⁵³¹⁾ 44° Conferencia, Ginebra 22/6/60, ratificado por los cuatro Miembros del Mercosur, en Argentina mediante ley 21.664.

⁽⁵³²⁾ 47° Conferencia, Ginebra 25/6/63, ratificado en el Mercosur por Brasil, Paraguay y Uruguay.

⁽⁵³³⁾ 51° Conferencia, Ginebra 28/6/67, ratificado solo por Paraguay en el Mercosur.

⁽⁵³⁴⁾ 56° Conferencia, Ginebra 23/6/71, ratificado por Brasil y Uruguay en el Mercosur.

⁽⁵³⁵⁾ 63° Conferencia, Ginebra, 20/6/77, ratificado solo por Brasil y Uruguay en el Mercosur.

⁽⁵³⁶⁾ 65° Conferencia, Ginebra, 25/6/79, ratificado solo por Brasil en el Mercosur.

⁽⁵³⁷⁾ 67° Conferencia, Ginebra 22/6/81, ratificado solo por Brasil y Uruguay en el Mercosur.

⁽⁵³⁸⁾ 71° Conferencia, Ginebra 25/6/85, ratificado solo por Brasil y Uruguay en el Mercosur.

⁽⁵³⁹⁾ 72° Conferencia, Ginebra 24/6/86, ratificado solo por Brasil y Uruguay en el Mercosur.

⁽⁵⁴⁰⁾ 74° Conferencia, Ginebra 8/10/87, sin ratificaciones en el Mercosur.

⁽⁵⁴¹⁾ 75° Conferencia, Ginebra 20/6/88, sin ratificaciones en el Mercosur.

el N° 174 sobre la prevención de accidentes industriales mayores ⁽⁵⁴²⁾; el N° 176 sobre seguridad y salud en las minas ⁽⁵⁴³⁾; y el N° 184 sobre la seguridad y salud en la agricultura ⁽⁵⁴⁴⁾.

En materia de Recomendaciones, se vinculan con esta temática las siguientes: la N° 20 de 1923, referente a los principios generales para la organización de servicios especiales destinados a asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores; la N° 31 de 1929 sobre prevención de los accidentes de trabajo; la N° 33 de 1929 sobre responsabilidad en los dispositivos de seguridad de las máquinas movidas por una fuerza mecánica; la N° 33 de 1929 sobre reciprocidad en materia de protección de los trabajadores ocupados en la carga y descarga de los vapores; la N° 34 de 1929 sobre consulta entre las organizaciones profesionales para establecimiento de reglamentos sobre seguridad de los trabajadores ocupados en la carga y descarga de los barcos; la N° 53 de 1937 sobre prescripciones de seguridad para la industria de la construcción; la N° 54 de 1937 sobre colaboración para la prevención de los accidentes en la industria de la construcción; la N° 56 de 1937 sobre educación profesional para la industria de la construcción, etc. Las intoxicaciones con benceno, los riesgos de la exposición a radiaciones ionizantes, el ruido ambiente, el peso máximo, el cáncer profesional, la contaminación atmosférica y otros aspectos relativos a la higiene y la seguridad en el trabajo han sido igualmente objeto de recomendaciones en la década de los años 70. A partir de los 80 se aprobaron la N° 164 de 1981 sobre seguridad y salud de los trabajadores; la N° 171 de 1985 sobre los servicios de salud en el trabajo; la N° 172 de 1986 sobre el asbesto; la N° 175 de 1988 sobre seguridad y salud en la construcción; la N° 177 de 1990 sobre los productos químicos; la N° 181 de 1993 sobre la prevención de accidentes industriales mayores; la N° 183 de 1995 sobre seguridad y salud en las minas; y la N° 192 de 2001 sobre la seguridad y la salud en la agricultura.

De esta extensa producción normativa por parte de la O.I.T., el contenido general en la temática estrictamente vinculada a la salud en las condiciones de trabajo, se encuentra reunida en los Convenios Nros. 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y el N° 161 sobre servicios de salud en el trabajo, este último complementado con la Recomendación N° 171.

La importancia del Convenio N° 155 está dada por su carácter general, dirigido a todas las ramas de la actividad económica y trabajadores a ellas afectados, incluida la administración pública, aunque admite la exclusión total de actividades específicas, como ser el transporte marítimo o la pesca (art. 1°). El término salud es extensivo a las afecciones físicas y mentales directamente relacionadas con la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3°). Por el Convenio los Estados se obligan a poner en práctica, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, que tenga por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea

⁽⁵⁴²⁾ 80° Conferencia, Ginebra, 22/6/93, ratificado solo por Brasil en el Mercosur.

⁽⁵⁴³⁾ 82° Conferencia, Ginebra 22/6/95, sin ratificaciones en el Mercosur.

⁽⁵⁴⁴⁾ 89° Conferencia, Ginebra, 21/6/2001, que aún no entró en vigor.

razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo (art. 4°).

Por este Convenio se prevé también la obligación de implementar la realización de exámenes globales o relativos a determinados sectores, a fin de identificar los problemas principales, elaborar medios eficaces de resolverlos, definir el orden de prelación de las medidas que haya que tomar, y evaluar los resultados (art. 7). Los empleadores deberán garantizar que en los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones y procesos que estén bajo su control son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y la salud de los trabajadores. También deberán garantizar que los agentes y las sustancias químicos, físicos y biológicos que estén bajo su control no entrañan riesgos para la salud cuando se toman medidas de protección adecuadas. Asimismo, deberán suministrar ropas y equipos de protección apropiados a fin de prevenir, en la medida en que sea razonable y factible, los riesgos de accidentes o de efectos perjudiciales para la salud (art. 16).

En materia de educación, los Estados deben tomar medidas tendientes a la inclusión de las cuestiones de seguridad, higiene y medio ambiente de trabajo en todos los niveles de enseñanza y de formación, incluidos los de la enseñanza superior técnica, médica y profesional, con objeto de satisfacer las necesidades de formación de todos los trabajadores (art. 14).

Con destino a los trabajadores, el art. 13 del Convenio prevé que la legislación y práctica nacionales, deberán proteger de consecuencias injustificadas a todo trabajador que juzgue necesario interrumpir una situación de trabajo por creer, por motivos razonables, que ésta entraña un peligro inminente y grave para su vida o su salud.

Por el Convenio N° 161, los Estados Miembros se comprometen a establecer progresivamente, por vía legislativa o mediante convenios colectivos de trabajo, servicios de salud en el trabajo para todos los trabajadores, incluidos los del sector público y los miembros de las cooperativas de producción, en todas las ramas de actividad económica y en todas las empresas (arts. 3 y 6). Las disposiciones adoptadas deberían ser adecuadas y apropiadas a los riesgos específicos que prevalecen en las empresas (art. 3). Los Estados deberán incluir en sus memorias los planes que han elaborado y progresos logrados en su aplicación.

Los servicios de salud cumplirán una función esencialmente preventiva, asesorando al empleador, a los trabajadores y a sus representantes en la empresa acerca de: i.-) los requisitos necesarios para establecer y conservar un medio ambiente de trabajo seguro y sano que favorezca una salud física y mental óptima en relación con el trabajo; ii.-) la adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental (art. 1°).

El personal que preste servicios de salud en el trabajo deberá gozar de plena independencia profesional, tanto respecto del empleador como de los trabajadores y de sus representantes (art. 10). El personal de estos servicios deberá reunir las calificaciones que determine la autoridad competente (art. 11).

Con relación a los trabajadores, el Convenio prevé que la implementación del sistema no deberá significar a su respecto ninguna pérdida de ingresos y, en la medida de lo posible, realizarse durante las horas de trabajo (art. 12). Asimismo, todos los trabajadores deberán ser informados de los riesgos para la salud que entraña su trabajo (art. 13).

6.- Inspección del trabajo (art. 18).

Escaso resultado tendrían en la práctica las normas laborales en la medida que no se implementen sistemas de inspección y control. El incumplimiento a esta normativa genera situaciones de dumping social. De allí que la *D.S.L.M.* ha previsto un doble mecanismo de control:

√ Un control interno que deberá llevar adelante cada uno de los Estados Miembros, previendo por el art. 18 el derecho de todo trabajador a una protección adecuada en lo que se refiere a las condiciones y el ambiente de trabajo (numeral 1), protección que debe ser llevada a cabo a través del compromiso asumido por cada uno de los Estados a instituir y mantener servicios de inspección del trabajo, con el cometido de controlar en todo su territorio el cumplimiento de las disposiciones normativas que se refieren a la protección de los trabajadores y a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo (numeral 2).

√ Un control comunitario de seguimiento a las disposiciones de la *D.S.L.M.*, que será llevado a cabo por la *Comisión Sociolaboral* (arts. 20 a 24) a través del examen de las memorias presentadas por los Estados Miembros y los informes y propuestas que eleve al Grupo Mercado Común.

Nos ocuparemos aquí del primer sistema de control, es decir, el servicio interno de inspección del trabajo que, en todo su territorio, se han comprometido los Estados Miembros a implementar, dejando para el final de este Capítulo el punto referido a la constitución y funcionamiento de la Comisión Sociolaboral.

De los instrumentos internacionales sobre derechos humanos citados por el Considerando 5° de la *D.S.L.M.*, se refieren específicamente al deber de implementar sistemas de inspección del trabajo, los siguientes:

√ *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*, art. 35 ⁽⁵⁴⁵⁾.

√ *Carta Orgánica de la Organización de Estados Americanos*, art. 45, incs. d.-, e.-, h.- e i.- ⁽⁵⁴⁶⁾.

√ *Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 6 Num. 2 ⁽⁵⁴⁷⁾.

⁽⁵⁴⁵⁾ Art. 35: Los trabajadores tienen derecho a que el Estado mantenga un servicio de inspección técnica encargado de velar por el fiel cumplimiento de las normas legales o de trabajo, asistencia, previsión y seguridad sociales, comprobar sus resultados y sugerir reformas procedentes.

⁽⁵⁴⁶⁾ Art. 45: Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: ... d.-) Justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad; ... e.-) El funcionamiento de los sistemas de administración pública, banca y crédito, empresa, distribución y ventas, en forma que, en armonía con el sector privado, responda a los requerimientos e intereses de la comunidad; ... h.-) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social, e i.-) Disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos.

⁽⁵⁴⁷⁾ Art. 6, num. 2.-: Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados Partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer

En el ámbito de la O.I.T., la cuestión relativa a la inspección del trabajo figuraba entre los principios generales enunciados en el artículo 427, cifra 9, de la parte XIII del Tratado de Versalles, que creó dicha Organización. Estipulaba que *"Cada Estado deberá organizar un servicio de inspección, que comprenderá las mujeres, con objeto de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección a los trabajadores"*. Por ello, ya en su primera reunión de 1919, la Conferencia adoptó la Recomendación N° 5 sobre la inspección del trabajo (servicios de higiene), que preconizaba un sistema de inspección encargado de vigilar la salud de los obreros. Cuatro años más tarde, la Conferencia consagraba la única cuestión del orden del día a los *"principios generales para la organización de la inspección del trabajo"*. Una consecuencia de ello fue la Recomendación N° 20 sobre la inspección del trabajo de 1923, cuyas disposiciones anunciaban en más de un aspecto, el futuro Convenio núm. 81.

Con posterioridad se adoptaron otras recomendaciones sobre la inspección del trabajo, entre ellas la Recomendación N° 28 sobre la inspección del trabajo para la gente de mar de 1926, y la Recomendación N° 54 sobre la inspección en la actividad de la construcción de 1937.

La cuestión de la inspección del trabajo, inscrita en el orden del día de la 26.ª reunión de la Conferencia que tuvo lugar en 1940, no se analizó debido a la guerra hasta 1947, fecha en la que se adoptó el Convenio N° 81 sobre la inspección del trabajo en la industria y el comercio ⁽⁵⁴⁸⁾, así como las Recomendaciones N° 81 sobre la inspección del trabajo y N° 82 sobre la inspección del trabajo en minas y transporte. En la misma reunión, la Conferencia adoptó el Convenio N° 85 sobre la inspección del trabajo en territorios no metropolitanos ⁽⁵⁴⁹⁾. El Convenio N° 81 se refiere a la industria y al comercio, pero no a la agricultura. Por ello, en su estudio general de 1966, la Comisión estimaba *"que sería sumamente conveniente que la Conferencia Internacional del Trabajo pudiese examinar la cuestión de la inspección del trabajo en la agricultura con el fin de adoptar un instrumento que sirviese de complemento al Convenio núm. 81"* ⁽⁵⁵⁰⁾. Se puede señalar, no obstante, que el Convenio N° 110 relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones ⁽⁵⁵¹⁾ reproduce en su parte XI la mayoría de las disposiciones del Convenio N° 81.

En la 50ª Reunión de la Conferencia en 1966, la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones insistió en la necesidad de lograr un convenio de inspección del trabajo para el sector de la agricultura. Ello recién se logró tiempo más tarde con el Convenio N° 129 relativo a la inspección del trabajo en la agricultura ⁽⁵⁵²⁾ y su Recomendación N° 133.

programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

⁽⁵⁴⁸⁾ 30ª Conferencia, Ginebra, 11/7/47, ratificado por los cuatro Miembros del Mercosur, en Argentina mediante ley 14.329.

⁽⁵⁴⁹⁾ 30ª Conferencia, Ginebra, 11/7/47, no ratificado por los Miembros del Mercosur.

⁽⁵⁵⁰⁾ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CIT, 50ª reunión (Ginebra, 1966), Informe III (parte IV), cuarta parte: La inspección del trabajo en la industria, el comercio, las empresas mineras y los transportes, párrafo 235.

⁽⁵⁵¹⁾ 42ª Conferencia, Ginebra 24/6/58, ratificado solo por Uruguay en el Mercosur.

⁽⁵⁵²⁾ 51ª Conferencia, Ginebra, 25/6/69, ratificado por la Argentina mediante ley 22.609 y por Uruguay en el ámbito del Mercosur.

Además de todos estos textos que se refieren específicamente a la inspección del trabajo, numerosos convenios contienen disposiciones tipo que prevén la creación de un sistema de inspección apropiado para asegurar la aplicación del mismo.

El Convenio núm. 81 prevé el deber de los Estados Miembros de implementar un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales con facultad para cubrir o no las minas, los transportes y los establecimientos comerciales (arts. 1 y 2). Sus diversas disposiciones tratan de la organización y del funcionamiento de los servicios de inspección, de los efectivos, de la formación y del estatuto del personal, del equipo, de las visitas de inspección, así como de los informes sobre las actividades de inspección. Otras disposiciones se ocupan de la función de los inspectores del trabajo, al igual que de sus facultades y obligaciones.

Estos servicios deben estar bajo la vigilancia y control de una autoridad central. En el caso de un Estado federal, el término *autoridad central* podrá significar una autoridad federal o una autoridad central de una entidad confederada (art. 4).

El Convenio núm. 81 está completado por la Recomendación N° 81, que trata, además, de la misión preventiva de los servicios de inspección y de la acción educativa continuada de los trabajadores y los empleadores. En cuanto a la Recomendación núm. 82, preconiza que las minas y los transportes se sometan, en la medida de lo posible, a servicios de inspección del trabajo adecuados.

El Convenio N° 129 y la Recomendación N° 133 se inspiran en gran medida en normas establecidas en 1947 para la industria y el comercio, al tiempo que se prevén ciertas innovaciones a fin de tener en cuenta la experiencia adquirida (⁵⁵³). Entre éstas, el Convenio prevé la extensión facultativa del sistema de inspección a varias categorías de trabajadores o de personas no asalariadas (Como los arrendatarios, aparceros y otras categorías análogas de trabajadores, miembros de una cooperativa; miembros de la familia del productor (artículo 5, párrafo 1 del Convenio N° 129). El Convenio permite, además, la inclusión en el sistema de inspección del trabajo de agentes o representantes de las organizaciones profesionales bajo ciertas condiciones. Otras innovaciones hacen referencia al refuerzo de la colaboración con los empleadores y los trabajadores, al efectuar las visitas de inspección; a la participación de los servicios de inspección del trabajo en las investigaciones sobre el terreno relativas a las causas de los accidentes del trabajo o de las enfermedades profesionales más graves; a la vigilancia preventiva de nuevos procedimientos, instalaciones y sustancias susceptibles de constituir una amenaza para la salud y la seguridad. En cuanto a la Recomendación N° 133, aporta ciertas precisiones sobre el funcionamiento de la inspección, en particular sobre la formación de los inspectores, la vigilancia preventiva y los informes anuales de inspección.

7.- Seguridad social (art. 19).

El art. 19 de la *D.S.L.M.*, por su primer apartado, reconoce a los trabajadores del Mercosur el derecho a la seguridad social *en los niveles y condiciones previstos en las respectivas legislaciones nacionales.*

(⁵⁵³) O.I.T., *La inspección del trabajo*, en Estudios Generales de 1985, sitio web OIT: www.ilo.org.

Por el segundo apartado, los Estados asumen el compromiso de garantizar una red mínima de amparo social, con cobertura para los habitantes en las contingencias de riesgos sociales, enfermedades, vejez, invalidez y muerte. La cláusula incluye el deber adicional de coordinar las políticas sociales a efectos de suprimir eventuales discriminaciones derivadas del origen nacional de los beneficiarios.

En este sentido, la *D.S.L.M.* ha sido precedida por dos instrumentos significativos, el "*Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercosur*" y el "*Acuerdo Administrativo*" para su aplicación ⁽⁵⁵⁴⁾.

A través de estos instrumentos se implementa un sistema de reconocimiento recíproco, entre los Estados parte, de las cotizaciones efectuadas por los trabajadores nacionales o extranjeros habitantes, de manera tal que las prestaciones puedan ser otorgadas por el Estado donde el trabajador o beneficiario se encuentre.

Ello se colige del ámbito de aplicación personal definido por el art. 2° del Convenio: "*1. Los derechos de Seguridad Social se reconocerán a los trabajadores que presten o hayan prestados servicios en cualquiera de los Estados Contratantes reconociéndoles, así como a sus familiares y asimilados, los mismos derechos y estando sujetos a las mismas obligaciones que los nacionales de dichos Estados con respecto a los específicamente mencionados en el presente Convenio.- 2. El presente Convenio también será aplicado a los trabajadores de cualquier otra nacionalidad residentes en el territorio de uno de los Estados Contratantes siempre que presten o hayan prestado servicios en dichos Estados*".

Por su parte, el art. siguiente establece que "*Cada Estado Contratante concederá las prestaciones pecuniarias y de salud de acuerdo con su propia legislación*".

El principio se ve complementado por el art. 6° del Convenio: "*Los períodos de seguro o cotización cumplidos en los territorios de los Estados Contratantes serán considerados, para la concesión de las prestaciones por vejez, edad avanzada, invalidez o muerte*", todo ello en la forma y en las condiciones establecidas en el Acuerdo Administrativo.

Para la concesión de prestaciones pecuniarias o de salud, estas se rigen por la ley del Estado donde son otorgadas (art. 3 del Convenio).

Es importante tener en cuenta que por el sistema de reciprocidad se reconocen los aportes anteriores a su vigencia pero restringidos a aquellos casos donde el trabajador tenga períodos de seguro o cotización posteriores a esa fecha (art. 8°), de manera tal que el sistema no se hace masivamente aplicable a los trabajadores que actualmente se encuentren percibiendo prestaciones del sistema de seguridad social (jubilados o pensionados) en cualquiera de los Estados miembros.

Por el Convenio no se implementa un sistema de transferencia de aportes de sistemas de jubilaciones y pensiones por capitalización individual del Estado donde fueron realizados al Estado que deba otorgar prestaciones, la cuestión queda derivada a acuerdos complementarios. Sin embargo, se establece que las

⁽⁵⁵⁴⁾ A la fecha de este trabajo, solo Brasil ha ratificado los citados instrumentos, motivo por el cual no han entrado en vigencia.

transferencias serán efectuadas en oportunidad en que el interesado acredite derecho a la obtención de las prestaciones efectivas ante un Estado miembro (art. 9 del Convenio) y más adelante, por el art. 11, que las Entidades Gestoras de los Estados contratantes establecerán mecanismos de transferencia de fondos para el pago de las prestaciones pecuniarias del trabajador o de sus familiares o asimilados que residan en el territorio de otro Estado.

Son Entidades Gestoras, según el art. 2 del Acuerdo Administrativo, por la Argentina la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), las Cajas o Institutos Provinciales y Municipales de Seguridad Social y la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL); por Brasil, el Instituto Nacional del Seguro Social (INSS) y el Ministerio de la Salud; por Paraguay, el Instituto de Previsión Social (IPS); y por Uruguay, el Banco de Previsión Social (BPS).

De los instrumentos internacionales sobre derechos humanos citados por el Considerando 5° de la *D.S.L.M.*, se refieren específicamente al deber de implementar sistemas de seguridad social, los siguientes:

- √ *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 9⁽⁵⁵⁵⁾.
- √ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, art. 16⁽⁵⁵⁶⁾.
- √ *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*, arts. 28, 31 y 32⁽⁵⁵⁷⁾.
- √ *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, art. 45 inc. h.-⁽⁵⁵⁸⁾.
- √ *Convención Americana de Derechos Humanos Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 9⁽⁵⁵⁹⁾.

⁽⁵⁵⁵⁾ Art. 9: *Los Estados Parte del presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la previsión social, inclusive al seguro social.*

⁽⁵⁵⁶⁾ Art. 16: *Toda persona tiene derecho a seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier causa ajena a su voluntad, le imposibilite física o mentalmente de obtener los medios de subsistencia.*

⁽⁵⁵⁷⁾ Art. 28: *Es deber del Estado proveer en beneficio de los trabajadores medidas de previsión y seguridad sociales.- Art. 31: Los trabajadores, inclusive los trabajadores agrícolas, trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos, los empleados públicos, los aprendices, aunque no reciban salario y los trabajadores independientes cuando su afiliación fuere posible, tienen derecho a un sistema de seguridad social obligatorio orientado a la realización de los objetivos siguientes: a.-) Organizar la prevención de los riesgos cuya realización priva al trabajador de su capacidad de ganancia y de sus medios de subsistencia. ... c.-) Procurar los medios de existencia en caso de cesación o interrupción de la actividad profesional como consecuencia de enfermedad o accidente, maternidad, de invalidez temporal o permanente, de cesantía, de vejez o de muerte prematura del jefe de la familia.- El seguro social obligatorio deberá atender a la protección de los miembros de la familia del trabajador y establecer prestaciones adicionales para los asegurados de familia numerosa.- Art. 32: En los países donde aún no exista un sistema de seguro o previsión social, o en los que existiendo éste, no cubra la totalidad de los riesgos profesionales y sociales, estarán a cargo de los empleadores prestaciones adecuadas de previsión y asistencia.*

⁽⁵⁵⁸⁾ Art. 45: *Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: ... h.-) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social.*

⁽⁵⁵⁹⁾ Art. 9: *Derecho a la seguridad social. 1.- Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2.- Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad*

En el ámbito de la O.I.T., las cuestiones relativas a la seguridad social han figurado siempre entre sus temas prioritarios. Ya en el preámbulo de la Constitución se encomendó a la Organización en 1919 que mejorase las condiciones de trabajo en lo concerniente a "... *lucha contra el desempleo, ... protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, ... pensiones de vejez y de invalidez, ...*". En una primera fase y desde las primeras reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo, estos objetivos se tradujeron en la adopción de normas destinadas a proteger determinadas categorías de trabajadores contra ciertos riesgos, como los siguientes Convenios: el N° 2 sobre el desempleo ⁽⁵⁶⁰⁾; el N° 3 sobre la maternidad ⁽⁵⁶¹⁾; el N° 12 sobre la indemnización por accidentes del trabajo en la agricultura ⁽⁵⁶²⁾; el N° 17 sobre la indemnización por accidentes del trabajo ⁽⁵⁶³⁾; el N° 18 sobre las enfermedades profesionales ⁽⁵⁶⁴⁾; el N° 24 sobre el seguro de enfermedad en la industria ⁽⁵⁶⁵⁾; el N° 25 sobre el seguro de enfermedad en la agricultura ⁽⁵⁶⁶⁾; el N° 35 sobre el seguro de vejez en la industria ⁽⁵⁶⁷⁾; el N° 36 sobre el seguro de vejez en la agricultura ⁽⁵⁶⁸⁾; el N° 37 sobre el seguro de invalidez en la industria ⁽⁵⁶⁹⁾; el N° 38 sobre el seguro de invalidez en la agricultura ⁽⁵⁷⁰⁾; el N° 39 sobre el seguro de muerte en la industria ⁽⁵⁷¹⁾; el N° 40 sobre el seguro de muerte en la agricultura ⁽⁵⁷²⁾; el N° 44 sobre el desempleo ⁽⁵⁷³⁾.

La Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en 1944 en Filadelfia, adoptó el programa de acción de la O.I.T. que incluye, entre otros puntos, el de "*extender las medidas de*

profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

⁽⁵⁶⁰⁾ 1° Conferencia, Washington 28/11/1919, ratificado en el Mercosur solo por la Argentina mediante ley 11.726.

⁽⁵⁶¹⁾ 1° Conferencia, Washington 28/11/1919, ratificado en el Mercosur solo por la Argentina mediante ley 11.726.

⁽⁵⁶²⁾ 3° Conferencia, Ginebra 12/11/1921, ratificado en el Mercosur por Brasil y por Argentina mediante ley 12.232.

⁽⁵⁶³⁾ 7° Conferencia, Ginebra 10/6/1925, ratificado en el Mercosur solo por la Argentina mediante ley 13.560.

⁽⁵⁶⁴⁾ 7° Conferencia, Ginebra 10/6/1925, ratificado en el Mercosur solo por la Argentina mediante Decreto – ley 11.594/56; este Convenio fue revisado luego por el Convenio N° 42.

⁽⁵⁶⁵⁾ 10° Conferencia, Ginebra 15/6/1927, sin ratificaciones en el Mercosur.

⁽⁵⁶⁶⁾ 10° Conferencia, Ginebra 15/6/1927, sin ratificaciones en el Mercosur aunque se trata de un Convenio que fue revisado en 1969 por el N° 130.

⁽⁵⁶⁷⁾ 17° Conferencia, Ginebra 29/6/1933, ratificado solo por la Argentina en el Mercosur mediante ley 14.329, aunque se trata de un Convenio que ha sido revisado en 1967 por el Convenio N° 128 y, por lo tanto, el N° 35 ya no está abierto a la ratificación.

⁽⁵⁶⁸⁾ 17° Conferencia, Ginebra 29/6/1933, ratificado solo por la Argentina en el Mercosur mediante ley 14.329, aunque se trata de un Convenio que ha sido revisado en 1967 por el Convenio N° 128 y, por lo tanto, el N° 36 ya no está abierto a la ratificación.

⁽⁵⁶⁹⁾ 17° Conferencia, Ginebra 29/6/1933, sin ratificaciones en el Mercosur, aunque este Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio N° 128 y, por lo tanto, el N° 37 ya no está abierto a la ratificación.

⁽⁵⁷⁰⁾ 17° Conferencia, Ginebra 29/6/1933, sin ratificaciones en el Mercosur, aunque este Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio N° 128 y, por tanto, el N° 38 ya no está abierto a la ratificación.

⁽⁵⁷¹⁾ 17° Conferencia, Ginebra 29/6/1933, sin ratificaciones en el Mercosur, aunque este Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio N° 128 y, por tanto, el N° 39 ya no está abierto a la ratificación.

⁽⁵⁷²⁾ 17° Conferencia, Ginebra 29/6/1933, sin ratificaciones en el Mercosur, aunque este Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio N° 128 y, por tanto, el N° 40 ya no está abierto a la ratificación.

⁽⁵⁷³⁾ 18° Conferencia, Ginebra 23/6/34, sin ratificaciones en el Mercosur.

seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa". A partir de aquí se sucedieron las dos importantes Recomendaciones de 1944, la N° 67 sobre la seguridad de los medios de vida y la N° 69 sobre la asistencia médica. Posteriormente fue adoptado, en 1952, el Convenio N° 102 relativo a la seguridad social, norma mínima⁽⁵⁷⁴⁾. Este instrumento introduce el concepto de un nivel mínimo general de seguridad social que los Estados Miembros deben alcanzar. La norma superior en esta materia fue aprobada por la O.I.T. años más tarde, en 1967 y se trata del Convenio N° 128⁽⁵⁷⁵⁾, complementado con la Recomendación N° 131.

A diferencia de los anteriores, el Convenio N° 102 de la O.I.T. se ocupa de las nueve ramas principales de la seguridad social, a saber: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes. Su campo de aplicación ya no está definido en función de un sector de actividad económica (industria, agricultura), sino que se determina, a opción de los Estados, por referencia a los asalariados, a la población activa o a los residentes. Por último, el Convenio fija el nivel mínimo de las prestaciones; en lo que atañe a los pagos periódicos, éstos se calculan por referencia a los salarios del país interesado, mientras que en los instrumentos precedentes la fijación del monto de las prestaciones era determinada por la legislación nacional. Este Convenio consta de quince partes, de las cuales las Nros. II.- a X.- corresponden a las nueve ramas de la seguridad social anteriormente mencionadas. Las partes restantes (I.- y XI.- a XV.-) contienen disposiciones comunes a todas las ramas. Para poder ratificar el Convenio núm. 102 basta aceptar tres de estas nueve ramas (art. 2, inc. a-ii.-), que comprendan por lo menos una de las ramas siguientes: prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones de invalidez o prestaciones de sobrevivientes. Los Estados pueden aceptar ulteriormente las obligaciones que derivan de otras partes (art. 4).

El Convenio contiene, para cada rama, disposiciones sobre definición de la contingencia cubierta, campo de aplicación mínimo de la protección, nivel de las prestaciones, duración de las mismas y condiciones de su atribución. El artículo 3 prevé varias excepciones temporales para los países *"cuya economía y cuyos recursos médicos estén insuficientemente desarrollados"*.

Las disposiciones comunes para todas las ramas, tratan en particular de la igualdad de trato a los residentes no nacionales (art. 68), de los casos en que las prestaciones pueden ser suspendidas (art. 26, num. 3, y art. 69), de los derechos de recurso de los interesados (art. 70) y de ciertos principios en materia de financiamiento (art. 71, num. 1 y 2). El Estado debe además asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de las prestaciones y a la buena administración de las instituciones y servicios (art. 71, num. 3, y art. 72), num. 2). Por último, cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental, representantes de las personas protegidas deben participar en la administración de la seguridad social o estar asociados a ella, con carácter consultivo (art. 72, num. 1).

⁽⁵⁷⁴⁾ 35° Conferencia, Ginebra 28/6/1952, sin ratificaciones en el Mercosur.

⁽⁵⁷⁵⁾ 51° Conferencia, Ginebra, 29/6/67, ratificado solo por Uruguay en el Mercosur.

Por último, este Convenio N° 102 no se aplica a la gente de mar ni a los pescadores de altura (art. 77).

El Convenio N° 128 ⁽⁵⁷⁶⁾ consta de ocho partes, tres de ellas dedicadas a las contingencias a largo plazo: invalidez, vejez y muerte del sostén de familia (sobrevivientes). Al igual que el Convenio núm. 102, contiene disposiciones para cada una de las tres ramas citadas (partes II.- a IV.-) y disposiciones comunes (parte I y partes V.- a VIII.-). Para poder ratificar el Convenio basta aceptar una de las tres ramas cubiertas (art. 2).

La mayoría de las disposiciones comunes y de las disposiciones relativas a la definición de la contingencia, a la forma de las prestaciones, a su cálculo y a su duración están redactadas de manera muy similar a las del Convenio N° 102. El Convenio N° 128 prevé la conservación de los derechos en curso de adquisición, por ejemplo, en caso de traslado de un régimen a otro (art. 30).

Hay en este Convenio N° 128 un mayor grado de protección, tanto con respecto a su campo de aplicación, como en lo concerniente al nivel de las prestaciones. En materia de prestaciones de vejez, a las que se ocupa la parte III del Convenio, su campo de aplicación debe comprender a todos los asalariados, a categorías prescritas de la población económicamente activa, que constituyan por lo menos el 75 por ciento de toda la población económicamente activa, o a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos (art. 16). El monto de las prestaciones se fija en el 45 por ciento del salario de referencia (cuadro anexo a la parte V del Convenio).

El Convenio N° 128 contiene cláusulas destinadas a flexibilizar su campo de aplicación. Tal el caso del art. 37, que autoriza la exclusión de ciertas categorías de asalariados y el art. 38 hace lo propio con los asalariados del sector agrícola. La gente de mar y los funcionarios y empleados públicos pueden también ser excluidos en ciertas condiciones (art. 39). Otras posibilidades de exclusión, algunas de muy amplio alcance, están también previstas para los Estados que han aceptado las obligaciones del Convenio y cuya protección abarque a un determinado porcentaje de la población económicamente activa superior al que exige normalmente el Convenio (arts. 41 y 42).

La Recomendación núm. 131, completa el Convenio núm. 128 elevando el nivel de protección previsto por este instrumento en ciertos puntos, y más particularmente para las prestaciones de vejez, en materia de campo de aplicación (párrafo 2), de edad de pensión (párrafos 6 y 7), de período de calificación (párrafos 8, 16 y 17), de suspensión de las prestaciones (párrafos 11 y 26), de jubilación diferida (párrafo 18) y de nivel de las prestaciones (párrafos 22 a 25) ⁽⁵⁷⁷⁾.

⁽⁵⁷⁶⁾ 51° Conferencia, Ginebra, 29/6/67, ratificado solo por Uruguay en el Mercosur.

⁽⁵⁷⁷⁾ O.I.T., *La protección de la vejez por la seguridad social*, en Estudios Generales de 1989, sitio web de la O.I.T.: www.ilo.org.

Capítulo 9

Aplicación y seguimiento: la Comisión Sociolaboral.

Sumario.

1.- Aplicación y seguimiento: la Comisión Sociolaboral (arts. 20 a 24).- 2.- Carácter promocional de la Comisión Sociolaboral.- 3.- Objetivo de la Comisión Sociolaboral.- 4.- Composición de la Comisión Sociolaboral.- 5.- Atribuciones y responsabilidades.- 6.- Las memorias.-

1.- Aplicación y seguimiento: la Comisión Sociolaboral (arts. 20 a 24).

Los arts. 20 a 24 de la *D.S.L.M.* se ocupan de instituir un órgano tripartito, auxiliar del Grupo Mercado Común, que tendrá carácter promocional y no sancionatorio, dotado de instancias nacional y regional, cuyo objetivo será el de fomentar y acompañar la aplicación del instrumento. Se trata de la Comisión Sociolaboral.

Estas disposiciones se han visto complementadas luego con la Resolución N° 15/99 dictada por el Grupo Mercado Común en su reunión de Asunción, a través de la cual dispuso *Crear la Comisión Sociolaboral del Mercosur como órgano tripartito, auxiliar del Grupo Mercado Común, que tendrá carácter promocional y no sancionatorio, dotado de instancias nacionales y regional, con el objetivo de fomentar y acompañar la aplicación de la Declaración Sociolaboral del Mercosur* (art. 1°).

Más tarde, en su reunión de Buenos Aires del 5 de junio de 2000, el Grupo Mercado Común aprobó por Resolución N° 12/00 el Reglamento Interno de la Comisión Sociolaboral (regional).

Complementa el Reglamento Interno de la Comisión Sociolaboral (regional) el de las Comisiones Sociolaborales Nacionales, las cuatro de composición tripartita y cuyos miembros, en pleno, conforman la Comisión Sociolaboral (regional). El Reglamento Interno de las Comisiones Sociolaborales Nacionales fue aprobado por el Grupo Mercado Común por Resolución N° 85/00 del 7 de diciembre de 2000.

Del conjunto de normas hasta aquí reseñadas, se infieren las siguientes consideraciones en orden al carácter promocional de la Comisión, su objetivo, composición, atribuciones y régimen de memorias a presentar por los Estados Miembros.

2.- Carácter promocional de la Comisión Sociolaboral.

La *D.S.L.M.* le asigna a este órgano, de composición tripartita, un carácter promocional y no sancionatorio. Del conjunto de atribuciones y responsabilidades que se le han asignado y que trataremos más adelante, se infiere que se trata de un órgano consultivo y de seguimiento de la *D.S.L.M.* en el terreno más amplio del objetivo asumido por los Estados Miembros en el Tratado de Asunción de armonizar sus legislaciones. En el caso, la Comisión Sociolaboral se inscribe como medio instrumental tendiente a ese fin.

De allí que le corresponda recibir memorias de los Estados Miembros, en las cuales irán dando cuenta de los avances armonizativos logrados

en sus legislaciones internas, encaminados todos ellos a la consecución de los fines programáticos incluidos en gran parte de la *D.SL.M.*

En consecuencia, este órgano cumple una clara función de seguimiento en las políticas sociales (legislativas y administrativas) llevadas a cabo por los Estados Miembros. Dentro de este seguimiento, a la Comisión le competen funciones inherentes al fin armonizativo, como ser la de formular propuestas tendientes al cumplimiento de la *D.SL.M.* (art. 20, num. 1 inc. b.-).

No es un órgano intergubernamental, toda vez que su composición tripartita complementa la acción de los gobiernos con la participación de los sectores sociales involucrados en la actividad económica.

Carece de poder normativo debido a su carácter *promocional y no sancionatorio*. También carece de facultades jurisdiccionales, toda vez que las decisiones que aprueba por consenso, se limitan a recomendar conductas a seguir por los órganos comunitarios, particularmente el Grupo Mercado Común en cuya órbita actúa.

La labor consultiva de la Comisión Sociolaboral complementa el mecanismo administrativo de seguimiento interno que debe realizar cada Estado Miembro, mediante los servicios de inspección del trabajo a los cuales se refiere la *D.SL.M.* en su art. 18, num. 2.

No deben confundirse estos mecanismos de *consulta y seguimiento* con lo referido a la *aplicación* del contenido de la Declaración en el régimen jurídico interno de los Estados Miembros. De acuerdo a lo dispuesto por el art. 25 de la *Declaración*, su aplicación no puede ser realizada *en cuestiones comerciales, económicas y financieras*, circunstancia que a la luz de sus antecedentes, solo puede ser interpretada en el sentido que queda excluida del sistema control comunitario de validez mediante los mecanismos de solución de controversias.

Es decir, en lo concerniente al conocimiento y aplicación de la Declaración no son competentes los tribunales arbitrales previstos en los sistemas de solución de controversias comerciales vigentes a nivel comunitario.

Sin embargo, tal exclusión, devuelve el texto de la *D.SL.M.* a los sistemas de control (judicial y administrativo) existentes en el territorio de cada uno de los Estados Miembros, de hecho, al sistema de control administrativo se refiere el art. 18 numeral 2 y no hay en el texto de la Declaración, norma que excluya a la autoridad judicial de lo concerniente a la interpretación y aplicación de los enunciados operativos previstos en la *Declaración*, siendo que el enunciado de la primera parte del art. 20, en cuanto expresa el compromiso de los Estados Miembros a promover su *aplicación de conformidad con la legislación y la práctica nacionales*, no tendría sentido si no estuviera dirigido a que el instrumento sea aplicado por los órganos judiciales de los Estados Miembros con arreglo a las competencias asignadas en cada legislación.

De manera tal que sin perjuicio de lo concerniente a la aplicación de la Declaración por las autoridades administrativas y judiciales de cada Estado, en el contexto del proceso de integración que conlleva la necesidad de armonizar las legislaciones laborales, por la *Declaración* se crea este órgano consultivo y asesor, denominado la Comisión Sociolaboral, que actuará como auxiliar del Grupo Mercado Común. El órgano ha sido dotado de instancias nacionales y regional. Ambas interactúan en la recepción, análisis e interpretación de las memorias, como asimismo, en la elaboración de propuestas.

Si bien la Declaración aclara que la Comisión “*tendrá carácter promocional y no sancionatorio*”, en la medida que logre cumplir con sus atribuciones y los estados informen sobre los avances experimentados en la aplicación de los derechos reconocidos por la Declaración, podrá concentrar toda la información referida al derecho social tal y como es vivido por los distintos Estados Miembros.

Sobre esa base, podrá elevar proyectos de instrumentos internacionales elaborados con base en la práctica nacional de los Estados.

3.- Objetivo de la Comisión Sociolaboral.

Por la *D.SL.M.*, los Estados Miembros expresan que el objetivo de crear esta Comisión Sociolaboral está dado por la voluntad de *fomentar y acompañar la aplicación del instrumento* (art. 20, num.1.-). Este objetivo es ratificado en el art. 1° del Reglamento de la Comisión Sociolaboral.

Este objetivo guarda estrecha coincidencia con el proceso armonizativo encarado por los Estados Miembros en el Tratado de Asunción. La armonización pretendida, tal como lo expresa el Tratado, es de sus legislaciones internas y, en dicho ámbito, deberá actuar la Comisión, recibiendo las memorias elaboradas por los Estados que reflejarán los cambios y avances logrados en sus legislaciones internas, de manera tal de ir corrigiendo asimetrías y ajustando sus normas a los objetivos previstos por la *D.SL.M.*

La labor creativa e innovadora de la Comisión Sociolaboral estará dada por la elaboración de propuestas de reforma a la *D.SL.M.* y, en su caso, de instrumentos sobre derechos sociales que la complementen y ayuden, en su aplicabilidad interna, a la corrección de asimetrías, ajustando las respectivas legislaciones hacia el fin de desarrollo económico con justicia social que se persigue en este proceso de integración.

4.- Composición de la Comisión Sociolaboral.

En este sentido, la *D.SL.M.* ha previsto que la Comisión Sociolaboral tenga composición tripartita (art. 20), es decir, con participación de los gobiernos y los dos sectores sociales más involucrados con la dimensión social de la integración: los trabajadores y los empleadores.

Por mandato de la *D.SL.M.*, la Comisión Sociolaboral estará dotada de instancias nacionales y regional. De este modo, habrá una Comisión Sociolaboral (nacional), de composición tripartita, por cada uno de los Estados Miembros y el plenario de estos mismos miembros conformará la Comisión Sociolaboral (regional). Es decir, los mismos miembros que conforman cada Comisión Sociolaboral Nacional y actúan en dicho ámbito, reunidos en pleno conforman la Comisión Sociolaboral Regional. Ello es lo que resulta del art. 2° del Reglamento de la Comisión Sociolaboral Nacional: *Las Comisiones Nacionales están compuestas por los miembros que integran la Comisión Regional.*

Por el Reglamento Interno de la Comisión Sociolaboral (regional), se ha previsto en el art. 2° que estará compuesta por doce miembros titulares, más uno alterno por cada titular, correspondiendo tres a cada Estado Parte del MERCOSUR, los que deben pertenecer respectivamente a los sectores gubernamental, empleador y trabajador. Cada sector (gubernamental, trabajadores y empleadores) designa sus propios miembros titulares y alternos, pudiendo luego modificar dichas

designaciones previa notificación con 48 hs. de anticipación a las respectivas reuniones.

Cabe acotar que en el proceso de integración llevado adelante por la Unión Europea, la Carta Social de 1961 contenía mayormente normas programáticas, que establecían instrucciones y fines a alcanzar por Estados en la reformulación de sus legislaciones internas. La Carta Social europea constituyó una Comisión de seguimiento que controlaba la labor realizada por los Estados a través del análisis de las memorias anuales que estos debían presentar. Sin embargo, esta Comisión tenía carácter intergubernamental y no participaban en su constitución los sectores sociales involucrados. Posteriormente, en 1989 se aprueba la Carta comunitaria de los Derechos de los Trabajadores, donde ya se contenían derechos subjetivos es decir normas que directamente se le aplicaban a los trabajadores, las que se sumaban a nuevas instrucciones y fines que debían alcanzar los Estados a través de normas programáticas. En este instrumento, convivían estas dos categorías de normas, las directamente operativas y las programáticas.

La participación de los sectores sociales tendrá lugar a partir del Tratado de Maastrich de 1992, donde se habilitó la denominada "*Dimensión Convencional del Proceso Europeo*". En efecto, además de suscribirse en dicha oportunidad el acuerdo sobre unidad monetaria, se suscribió otro sobre los temas laborales, donde se habilitó a los actores sociales a que realicen acuerdos laborales en Europa, sobre temas de competencia de la Unión sin intervención de los Estados, pero para ello necesitaban una especie de reconocimiento de la Unión de la aptitud para negociar, como una personería gremial regional. Esto debería ser entendido como un reconocimiento de los Estados de la Unión de Confederaciones de trabajadores y Empleadores para negociar colectivamente.

Cabe distinguir sin embargo entre negociaciones colectivas de empresas multinacionales, con negociación colectiva regional. La negociación colectiva de empresas multinacionales, son condiciones de trabajo comunes que fijan las empresas con los gremios con cada uno de los países, pero en forma autónoma, es decir repitiendo la negociación en cada uno de ellos, y presentándolo a negociar en cada uno de los países. Cuando se trata de la convención colectiva regional, se trata de sujetos de derecho reconocidos por la Comunidad Regional, con quien se negocian condiciones de trabajo independientemente de cada uno de los países.

La Comisión Sociolaboral no constituye un órgano de negociación, sino un mecanismo de concertación social regional, por cuanto todos los sectores se encuentran integrados en el proceso de expresión de voluntad a través de recomendaciones adoptadas por consenso.

En efecto, por el art. 20 de la D.S.L.M., luego de señalar el compromiso de los EEMM a respetar los derechos reconocidos en ese instrumento y a promover su aplicación, se "*...recomienda instituir como parte integrante de la Declaración Sociolaboral una Comisión Sociolaboral, órgano Tripartito auxiliar del Grupo Mercado Común...*". Es decir al ser de composición tripartita la Comisión y estar integrada al sistema decisorio del Mercosur, los actores sociales no requieren de ningún tipo de reconocimiento de aptitud para representar regionalmente y pueden hacer propuestas dentro de la Comisión –conforme las facultades que surgen del artículo 20) que luego una vez aprobado se eleven al Consejo del Mercado Común y se internalizarían en cada uno de los países conforme el procedimiento de Ouro Preto.

Quiere decir que en el futuro y en base a las memorias que se vayan presentando, puede ser que la Comisión advierta la necesidad o conveniencia de lograr acuerdos regionales y lo manifieste de acuerdo a las posibilidades de expresión que le confieren los arts. 20 y ss. de la *D.S.L.M.* y las materias tratadas por este instrumento, como ser lo concerniente a la no discriminación, trabajo infantil, seguridad en el trabajo, etc.

5.- Atribuciones y responsabilidades.

Dicho órgano, ha sido dotado por el art. 20 de la *D.S.L.M.* de importantísimas atribuciones y responsabilidades.

En efecto, a la *Comisión Sociolaboral Regional* le compete: a.-) examinar, comentar y canalizar las memorias preparadas por los Estados Parte, resultantes de los compromisos de esta Declaración; b.-) formular planes, programas de acción y recomendaciones tendientes a fomentar la aplicación y el cumplimiento de la Declaración; c.-) examinar observaciones y consultas sobre dificultades e incorrecciones en la aplicación y cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Declaración; d.-) examinar dudas sobre la aplicación de la Declaración y proponer aclaraciones; e.-) elaborar análisis e informes sobre la aplicación y el cumplimiento de la Declaración; f.-) examinar e instruir las propuestas de modificación del texto de la Declaración y darles el curso pertinente.

A estos fines, dicha Comisión establecerá sus propios mecanismos de acción con el dictado de un reglamento.

Los arts. 3 y 4 del Reglamento se ocupan de reiterar y complementar, respectivamente, las citadas atribuciones.

El art. 4 del Reglamento agrega las siguientes: a.-) Investir a los miembros integrantes de la Coordinación Tripartita Pro Tempore; b.-) Establecer anualmente el calendario y la agenda de trabajo de sus reuniones; c.-) Definir el calendario para la elaboración y presentación de las memorias anuales; d.-) Organizar, cuando corresponda en coordinación con la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, los servicios logísticos y administrativos a fin de lograr el cumplimiento de las competencias asignadas; e.-) Aclarar las dudas relativas a la aplicación de su reglamento interno y los de las Comisiones Nacionales; f.-) Revisar dichos reglamentos y someterlos al GMC; g.-) Crear grupos de trabajo en su seno para la realización de tareas específicas y por tiempo determinado, que les sean encomendadas; h.-) Definir y administrar los ingresos y egresos que les correspondan; i.-) Definir las formas y mecanismos de canalización de los asuntos de su competencia que no estén previstos en este reglamento.

La Comisión funcionará bajo la dirección de una Coordinación Tripartita rotativa, compuesta por los tres miembros titulares que representan a los respectivos sectores gubernamental, empleador y trabajador del Estado Parte en ejercicio de la Presidencia Pro Tempore del MERCOSUR (art. 5).

6.- Las memorias.

La Comisión Sociolaboral Regional deberá sesionar por lo menos una vez al año para analizar las memorias ofrecidas por los Estados Miembros y preparar un informe para ser presentado al Grupo Mercado Común (art. 21 de la *D.S.L.M.*).

Por la *D.S.L.M.* se ha pactado que estas memorias deben ser elaboradas por los Ministerios de Trabajo de cada uno de los Estados, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores. Las memorias contendrán la siguiente información: a.-) los cambios ocurridos en la legislación o la práctica nacional relacionados con la implementación de los enunciados de la *Declaración*; y b.-) el informe de los avances realizados en la promoción de la *Declaración* y dificultades enfrentadas en su aplicación (art. 23).

Las propuestas e informes suministrados por la Comisión, serán considerados por los Estados Miembros en oportunidad de revisar el contenido de la *Declaración* (art. 24).

Una gran parte del contenido del Reglamento de la Comisión está destinado al régimen de estas memorias. En líneas generales, las memorias son previamente consensuadas por cada Comisión Nacional y luego elevadas, con el respectivo informe, al plenario de la Comisión Sociolaboral Regional.

A tal fin, deben ser presentadas por los Estados Miembros a la Comisión Nacional antes del 30 de junio de cada año y elevadas a la Comisión Regional y remitidas a las otras Comisiones Nacionales antes del 30 de julio de cada año. Al elevar las Memorias Anuales a la Comisión deberán acompañarse de las consideraciones realizadas a las mismas por los otros sectores (art. 8 del Reglamento).

El contenido de las Memorias se debe ajustar a lo dispuesto por el art. 23 de la *D.S.L.M.* que se ve reiterado en el art. 9 del Reglamento de la Comisión, agregándose aquí para las primeras memorias a presentar, el requerimiento a los Estados Partes de informar respecto a la situación legal, institucional y práctica en lo concerniente a los enunciados de la *Declaración*.

Las primeras memorias nacionales se presentaron durante el año 2001 y no siguieron una estructura descriptiva uniforme, circunstancia que dificultó la labor emprendida por la Comisión Sociolaboral debido a la diversidad de formas y contenidos de las presentaciones nacionales. Por Acta N° 2/2001, la Comisión decidió hacer uso de la atribución que le confiere el art. 10 del Reglamento⁽⁵⁷⁸⁾ y elaborar un modelo de memoria que sirva tanto para la apreciación sintética de las memorias nacionales, como para los correspondientes informes.

El trámite correspondiente al examen de las memorias se encuentra previsto por el Reglamento de la Comisión. En primer término, las Memorias deben ser objeto de examen por cada Comisión Nacional, la que canalizará a la Comisión Regional el informe pertinente (art. 11). La memoria y el informe de la Comisión Nacional son posteriormente examinados por la Comisión Regional. A este fin, la Comisión Regional elabora un calendario de tratamiento, subdividiendo las Memorias en los temarios abarcados por la *Declaración*, con el objeto de tratar cada semestre una o más categorías de derechos o grupos de temas en forma rotativa (art. 12). De este modo, la Comisión Regional irá preparando un informe acerca de la aplicación de los principios, derechos y compromisos contenidos en la *Declaración*, junto con las opiniones de los sectores sociales involucrados, el cual será elevado al G.M.C. para su consideración (art. 12).

⁽⁵⁷⁸⁾ Artículo 10° - Las Memorias serán redactadas en la forma que indique la Comisión y deberán contener los datos que ésta solicite.

El Reglamento también determina el procedimiento a seguir en la formulación de planes, programas de acción y recomendaciones vinculadas con la aplicación y el cumplimiento de la *Declaración*. Estas deben surgir de las Comisiones Nacionales, para ser luego consideradas por la Comisión Regional y elevadas al G.M.C. (art. 13).

El mismo procedimiento debe seguirse cuando se trata de examinar las observaciones, consultas y dudas sobre la aplicación e interpretación de la *Declaración*. Si no hay consenso en la Comisión Regional, la cuestión es nuevamente remitida para un nuevo tratamiento a las Comisiones Nacionales (art. 14).

En materia del contenido de los informes a elaborar por la Comisión Sociolaboral Regional, en oportunidad de recibirse las primeras memorias de 2001, la Comisión Nacional de Brasil elevó una propuesta vinculada a como debían cumplir estos informes los requisitos previstos por la Declaración y el Reglamento de la Comisión.

Sobre la base de dicha propuesta, se estimó que los informes elaborados por la Comisión Sociolaboral Regional deben cumplir tres finalidades principales de acuerdo a lo dispuesto por el art. 15 de su Reglamento Interno: a.-) proporcionar una síntesis de las memorias nacionales; b.-) realizar un examen crítico de los contenidos de las memorias, es decir, de la situación legal, institucional y práctica de los Estados Miembros en cuanto a los derechos y compromisos de la *D.S.L.M.*, los avances realizados y las dificultades encontradas en la aplicación del instrumento; y c.-) ofrecer elementos, extraídos de las memorias nacionales, convertidos en planes, programas de acción y recomendaciones tendientes a fomentar la aplicación y el cumplimiento de la Declaración.

El informe acerca de la situación legal, debe contener una descripción sintética y crítica sobre: a.-) las fuentes de derecho relacionadas por las memorias nacionales (Constitución, legislación nacional, convenciones de la O.I.T. y tratados internacionales, normas administrativas, convenciones y acuerdos colectivos y otras fuentes de derecho) concernientes al derecho en tratamiento; b.-) las deficiencias legales relacionadas al derecho en tratamiento; c.-) el nivel de aplicación legal o de efectivo cumplimiento de las normas vigentes sobre el derecho en tratamiento.

El correspondiente a la situación práctica, debe contener una descripción sintética y crítica sobre: a.-) la realidad socioeconómica (antecedente, actual y prospectiva) del Estado Parte y de los principales problemas existentes en relación al derecho en tratamiento; b.-) las políticas, programas y acciones realizadas, en desenvolvimiento y a realizar concernientes al derecho en tratamiento; c.-) el desempeño de las políticas, programas y acciones, especialmente los beneficios proporcionados a las poblaciones destinatarias, con mención de datos estadísticos e indicadores pertinentes, ejemplos de los resultados obtenidos y estudios representativos.

En cuanto a la situación institucional, la misma propuesta indica que deberá obtener igual tipo de descripción sobre: a.-) las definiciones político-programáticas de carácter sistémico; b.-) las instituciones actuantes en el campo del derecho en tratamiento; c.-) las interacciones que se aprecian entre las instituciones actuantes y entre ellas y las poblaciones beneficiadas; d.-) los métodos y procedimientos de acción; e.-) las experiencias innovadoras; y f.-) las fuentes de recursos.

En materia de dificultades encontradas en el cumplimiento del derecho en tratamiento, el informe deberá describirlas de manera sintética y referidas a las áreas o sectores de actuación.

El informe también debe contener proyecto de propuestas, las que resultarán del examen crítico de las memorias y deberán contener los siguientes objetivos principales: a.-) la generación de insumos para la formulación de planes y programas de acción tendientes a fomentar la aplicación y el cumplimiento de la Declaración; b.-) la elevación al G.M.C. de proyectos de recomendación con igual propósito de fomentar la aplicación y el cumplimiento de la Declaración; c.-) la reunión de elementos para la revisión del texto de la Declaración; d.-) el perfeccionamiento de la metodología y del instrumental de elaboración de las memorias nacionales, para que estas reflejen, de la manera mas completa y fiel, la situación de los Estados Partes en lo que atañe a los derechos y compromisos asumidos en la Declaración.

Por último, la *Declaración* dispone que la Comisión se manifestará por consenso de los tres sectores (art. 20). El punto fue objeto de tratamiento por el art. 19 del Reglamento de la Comisión. De acuerdo a esta normativa, las decisiones deben obtener 12 votos de consenso, a razón de un voto por Estado Parte y sector. La Coordinación comunicará inmediatamente de finalizada la reunión los asuntos adoptados a los miembros ausentes, que tendrán 15 días para presentar sus objeciones totales o parciales. No habiendo manifestación en ese plazo, la Comisión considerará el texto acordado en la reunión como adoptado por consenso de los tres sectores. Los votos positivos y las abstenciones de todos los miembros se considerarán como consenso.

TERCERA PARTE

Los contenidos de la Declaración Sociolaboral y el derecho interno.

Contenidos.

Capítulo 10: Los derechos individuales de la Declaración Sociolaboral en los ordenamientos internos.

Capítulo 11: Los derechos colectivos del trabajo de la Declaración Sociolaboral en los ordenamientos internos.

Capítulo 12: Contenidos de la Declaración Sociolaboral en materia de autocomposición de conflictos, política social, formación profesional y seguridad social en los ordenamientos internos.

Capítulo 10

Los derechos individuales de la Declaración Sociolaboral en los ordenamientos internos

Sumario.

1.- Introducción.- 2.- No discriminación (art. 1°).- 3.- Promoción de la igualdad (art. 2°).- 4.- Igualdad entre hombres y mujeres (art. 3°).- 5.- Derechos de los trabajadores migrantes y fronterizos (art. 4°).- 6.- Eliminación del trabajo forzoso (art. 5°).- 7.- Trabajo infantil y de menores (art. 6°).- 8.- Derechos de los empleadores a la organización y dirección técnica de la empresa (art. 7°).-

1.- Introducción.

A partir de este Capítulo analizaremos sucintamente el derecho interno de cada uno de los Estados Miembros en lo concerniente a los contenidos previstos por la *D.SL.M.* y que fueron objeto de tratamiento en los capítulos 6 a 8 de este trabajo. Reagruparemos aquí los tópicos de la *D.SL.M.* vinculados al derecho individual del trabajo, esto es, la no discriminación, igualdad de trato, trabajadores migrantes, trabajo forzoso, régimen de menores y derechos de los empleadores, realizando un análisis de compatibilidad entre estos enunciados y los respectivos ordenamientos internos.

Corresponde clarificar en primer término, que existe un previo estado armónico de las constituciones de Argentina (de 1853, con reformas significativas en 1860 y 1994), Brasil (1988 con reformas parciales posteriores), Paraguay (1992) y Uruguay (1967, con reformas parciales posteriores) en lo concerniente a conceptualizar el contrato de trabajo como una relación jurídicamente protegida. Se trata de la aplicación del principio protectorio u ordenador de esta rama del ordenamiento jurídico, el cual se encuentra expresamente consagrado en el art. 14 bis de la Constitución de Argentina: *El trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador.* Con mayor énfasis, la Constitución de Paraguay prevé por su art. 86 que *La ley protegerá el trabajo en todas sus formas y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables.*

En Uruguay, su Constitución consagra el principio protectorio en el art. 53, cuyo primer párrafo establece: *El trabajo está bajo la protección especial de la ley*. La palabra *especial* contenida en dicho párrafo, al decir de Plá Rodríguez, fue agregada por el constituyente para dar a entender la intensidad, la fuerza, la amplitud, la profundidad de esa protección ⁽⁵⁷⁹⁾.

La Constitución de Brasil dedica al contrato de trabajo un extenso artículo 7º, integrado por 34 apartados y un párrafo único. No hay allí una consagración expresa de este principio protectorio ⁽⁵⁸⁰⁾, sí del carácter abierto y progresivo del enunciado de esta norma que surge de su primer parte: *Son derechos de los trabajadores rurales y urbanos, además de otros que establezcan mejoras en su condición social*. Su inciso I alude al carácter protegido de la relación de empleo, en los aspectos derivados del despido arbitrario o sin justa causa. Sin embargo, el inciso VI, luego de consagrar como regla la *irreducibilidad del salario*, admite este supuesto mediante convención colectiva, llevando a la doctrina a sostener que se trataría de una excepción al principio de aplicación de la norma más favorable ⁽⁵⁸¹⁾. Este último principio derivaría de la conjunción de algunas reglas infraconstitucionales, como ser el caso del art. 620 de su C.L.T., en cuanto determina que las condiciones establecidas en la convención colectiva, cuando fuesen más favorables, prevalecerán sobre las estipuladas en el acuerdo colectivo. Ocurre que este último ordenamiento distingue conceptualmente los “*convenios*” de los “*acuerdos*”. La diferencia tiene que ver con los sujetos de la negociación: mientras que para celebrar “*convenios*” se exige la *bilateralidad de asociaciones* (trabajadores – empleadores), el “*acuerdo*” puede ser celebrado directamente por la empresa o grupo de empresas con la asociación sindical representativa del sector ⁽⁵⁸²⁾. En términos usuales para la doctrina argentina, el “*convenio*” o “*convención*” colectiva sería la negociada en el ámbito mayor de representatividad, mientras que la figura del “*acuerdo*” colectivo, quedaría restringida a un ámbito menor de negociación (convenio de empresa, grupo de empresas) estimado de acuerdo a la representatividad de la asociación sindical interviniente. En el derecho brasileño, los casos de convergencia de convenios de ámbito mayor con ámbito menor, se resuelven por aplicación de la norma más favorable para el trabajador. También derivaría del art. 9 de la C.L.T. en cuanto dispone la nulidad de todo acto fraudulento destinado a desvirtuar o impedir la aplicación de la legislación laboral ⁽⁵⁸³⁾.

Aún con estas últimas salvedades, se ha sostenido que en los cuatro ordenamientos rige el principio protectorio, expresado a través de las reglas sobre la norma más favorable, la condición más beneficiosa y la *in dubio pro operario* ⁽⁵⁸⁴⁾. De manera tal que, en la cúspide de cada ordenamiento interno, la jerarquía de las

⁽⁵⁷⁹⁾ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, cit., pág. 82.

⁽⁵⁸⁰⁾ Oscar Ermida Uriarte lo justifica en atención a la detalladísima nómina de derechos laborales consagrados expresamente por ese artículo, en *La constitución y el derecho laboral*, en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995, pág.114.

⁽⁵⁸¹⁾ Nascimento, Amauri Mascaro, *Iniciação ao direito do trabalho*, 27º edición, editorial LTr, San Pablo 2001, pág. 118.

⁽⁵⁸²⁾ Pinto, José Augusto Rodrigues, *Direito sindical e coletivo do trabalho*, editorial LTr, San Pablo 1998, pág. 222; en igual sentido Nascimento, Amauri Mascaro, *Teoria Geral do direito do trabalho*, editorial LTr, San Pablo 1998.

⁽⁵⁸³⁾ Nascimento, Amauri Mascaro, *Iniciação ao direito do trabalho*, cit., pág. 120.

⁽⁵⁸⁴⁾ O.I.T., *Las relaciones laborales en el Cono Sur*, Colección de informes O.I.T. N° 44, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social – España -, Madrid 1995, pág. 39.

normas colocará en lugar preferente aquella que resulte más benigna para el trabajador.

Las cuatro constituciones contienen declaraciones *abiertas* en materia de derechos humanos. Tal el caso de la Constitución de Argentina los arts. 14, 20, 33, 41 y 75 inc. 22 entre otras disposiciones. El de la Constitución de Brasil, su art. 5. La Constitución de Paraguay por sus arts. 6, 7, 8, 10, 32, 33, 34, 42, 45, 48 y 54 entre otros. Y la Constitución de Uruguay sus arts. 7 a 52, 72 y 332, también entre otros.

Del mismo modo, las cuatro constituciones han recepcionado con carácter expreso el constitucionalismo social. Es el caso de Argentina por el art. 14 bis de su Constitución. La de Brasil en sus arts. 6 a 11. La de Paraguay en sus arts. 86 a 99. La de Uruguay en sus arts. 53 a 72.

Sin embargo, hay una asimetría importante, vinculada con la efectiva vigencia de los derechos de contenido social que las constituciones reconocen. Es el tema referido a las cláusulas programáticas, es decir, aquellas cuya falta de reglamentación las convierte en inoperantes. Tal asimetría está dada porque todas las constituciones de los EEMM del MERCOSUR, a excepción de la Argentina, poseen mecanismos expresos destinados a garantizar la eficacia de los derechos consagrados en ellas en caso de omisión reglamentaria.

En el caso de la Constitución de Brasil, el apartado LXXVII del art. 5, por su § 1º establece que *“Las normas definitorias de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”*, agregando por el § 2º que *“Los derechos y garantías expresos en esta Constitución, no excluyen otros derivados del régimen de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”*.

No hay posibilidad de legitimar *“promesas constitucionales”* en este régimen. La norma es suficientemente clara.

Sin embargo, por si quedara alguna duda, por el mismo artículo, en su numeral LXXI, se reconoce como garantía un instituto que, para nosotros, sería algo así como un amparo por mora del legislador, complementado con la posibilidad del dictado de un acto normativo por parte del órgano judicial constitucional.

Se trata del instituto del *“mandato de injunción”*, reconocido por el constituyente brasileño en los siguientes términos: *“Art. 5º ... LXXI –Se concederá el mandato de injunción siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”*.

Manoel Jorge E. Silva Neto, nos explica que el origen de este instituto se remonta a las constituciones del Siglo XX que reconocieron derechos sociales expresados con fórmulas programáticas. Se trata de normas que no pudieron redactarse en una fórmula completa, autoaplicativa, debido a la falta de consenso por parte del constituyente, quien prefirió delegar en el órgano legislativo la solución particular para cada derecho reconocido: *“Ocurre que la inercia del legislador ordinario, en algunos casos, terminó por vulnerar garantías fundamentales de los individuos, razón por la que surgió el mandato de injunción”* ⁽⁵⁸⁵⁾. Dicho autor

⁽⁵⁸⁵⁾ Neto, Manoel Jorge E. Silva, *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos*, editorial LTr, San Pablo 2001, pág. 221.

agrega que este recurso no está limitado a los intereses individuales de cada trabajador, también procede en casos de tutela de intereses difusos, pluriindividuales o colectivos. En este supuesto, la labor normativa derivada del mandato de injunción será del tipo concentrada, a cargo del Supremo Tribunal Federal (art. 105, I, h de la Constitución brasileña). En los casos de reclamaciones individuales, es competente la justicia ordinaria del trabajo.

También merece destacarse la solución adoptada por dicho sistema jurídico para la efectiva vigencia del derecho que el art. 7° inc. XI de su Constitución, que reconoce a favor de los trabajadores el derecho a la *“participación en los lucros, o resultados, discriminada de la remuneración y, excepcionalmente, participación en la gestión de la empresa, conforme lo definido en ley”*. La falta de reglamentación de este instituto por parte del órgano legislativo, llevó a que el Poder Ejecutivo utilizara la herramienta de las *“medidas provisórias”*, que son algo parecido a nuestros decretos de necesidad y urgencia, solo que rigen por tiempo limitado y, a falta de ratificación expresa por parte del Congreso, caducan en un plazo breve, generalmente de un año. La trampa habitual del Ejecutivo cuando falta la ratificación legislativa, es la de dictar otra medida provisoria, de igual contenido y con otra denominación, para evitar el vacío normativo que generaría la caducidad de la medida originaria. Fue así como este derecho se reglamentó por sucesivas medidas provisorias del Ejecutivo a partir del año 1994 y recibió, en diciembre de 2000, su consagración definitiva por ley N° 10.101.

La ley propicia un método autónomo para la regulación de este derecho, fomentando la negociación colectiva y el proceso arbitral.

En el régimen constitucional paraguayo tampoco hay margen para cláusulas programáticas que no se cumplen.

El art. 45 de su Constitución de 1992, resuelve el punto con una fórmula sencilla y clara: *“DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS NO ENUNCIADOS La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”*.

En la misma corriente, tampoco hay margen para este tipo de cláusulas en el derecho constitucional uruguayo.

De manera similar al caso precedentemente expuesto, con una fórmula sintética y precisa, el art. 332 de su Constitución de 1967 dispone: *“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”*.

Martín Risso Ferrand nos informa que esta norma existe en el derecho constitucional uruguayo desde 1942. Su iniciativa correspondió al Dr. Juan A. Ramírez que presentó la misma redacción vigente en la actualidad, en la Segunda Junta Consultiva de los Partidos en el año 1941. La junta la aprobó por unanimidad, sin debates, y de la misma manera fue aceptada por el Consejo de Estado. Para Risso Ferrand este artículo establece una solución especial y de la cual, dentro del ámbito de aplicación de la norma, no podrá apartarse el intérprete en materia de integración de las normas reglamentarias (deberá recurrir a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las

doctrinas generalmente admitidas). Si el precepto no reglamentado, en cambio, no cae dentro de las hipótesis del artículo 332 (no reconoce derechos a los individuos, no atribuye facultades ni impone deberes a las autoridades públicas), a los efectos de la integración del ordenamiento jurídico inferior, el intérprete tendrá una flexibilidad mayor, y podrá por ejemplo utilizar la vía analógica con leyes que no tengan un fundamento análogo con la norma constitucional que se debe aplicar, o podrá recurrir a las soluciones contenidas en tratados internacionales suscriptos por la República, etc. ⁽⁵⁸⁶⁾.

En materia de normas infraconstitucionales, Paraguay cuenta con un Código Laboral de 1993 (Ley 213 del 30 de octubre de 1993.), aunque con algunas modificaciones introducidas en 1995 (Ley 496 del 22 de agosto de 1995.) y leyes complementarias. Se trata de la regulación más moderna existente en el sector y, como nota característica, sus disposiciones se aplican tanto a las relaciones de empleo privado como a las del sector público. El Código se ve complementado con un Código Procesal Laboral (Ley 742 del 23 de agosto de 1994.) y normas que regulan su derecho previsional que fueron incorporadas a este Código por su Libro Cuarto (arts. 381 y 382).

Le sigue Brasil en materia de codificación, que desde 1943 ha logrado consolidar en un único cuerpo normativo, verdaderamente avanzado para la época, su *Consolidação das Leis do Trabalho* o C.L.T. ⁽⁵⁸⁷⁾, la reglamentación concerniente al derecho individual del trabajo (arts. 1 a 223 y 352 a 510), estatutos especiales (arts. 224 a 351), derecho colectivo (arts. 511 a 625), procedimiento administrativo de policía del trabajo (arts. 626 a 642), organización de la Justicia del Trabajo y Ministerio Público (arts. 643 a 762) y procedimiento ante la Justicia del Trabajo (arts. 763 a 910), correspondiendo aclarar que en dicho Estado, las particularidades de su régimen federal hacen que las normas de procedimiento sean comunes en todo el territorio. Complementan su C.L.T. en materia previsional, las leyes de financiamiento del sistema (Ley N° 8.212 del 24/7/91 sobre *Plano de Custeio da Previdência Social*) y de beneficios (Ley N° 8.213, también del 24/7/91, sobre beneficios del sistema).

En Argentina rige un derecho positivo laboral y previsional disperso. La Ley de Contrato de Trabajo o L.C.T. de 1974 (N° 20.744, publicada en Boletín Oficial el 27/9/74, con significativas reformas, particularmente en 1976.) reglamenta cuestiones del derecho individual para el grueso de los trabajadores de la actividad privada. Para los dependientes de la administración pública nacional, en principio rigen las disposiciones de la Ley de Empleo Público (N° 25.164) aunque por acto expreso pueden ser incorporados en el régimen de la L.C.T. Esta última norma no resulta aplicable a los trabajadores excluidos que se rigen por su propio estatuto (Servicio doméstico, por Decreto – Ley 326/56; trabajo agrario por ley 22.248; y obreros de la construcción, por ley 22.250). Hay trabajadores que cuentan con leyes que regulan su actividad, en forma complementaria a la L.C.T. (los llamados estatutos especiales). La L.C.T. convive, además, con una serie de leyes complementarias, siendo las más relevantes la N° 11.544 de jornada de trabajo, la

⁽⁵⁸⁶⁾ Risso Ferrand, Martín J., *Derecho constitucional*, editorial Industria Gráfica Nuevo Siglo Ltda., Montevideo 2000, Tomo 1 págs. 140 y ss.

⁽⁵⁸⁷⁾ Aprobada mediante Decreto – Ley N° 5.452 del 1° de mayo de 1943 para comenzar a regir el día 10/11/1943 y continúa vigente en la actualidad, aunque con numerosas modificaciones y leyes complementarias.

N° 24.013 de fomento del empleo; la N° 24.465 de flexibilización de los contratos laborales de cuyas modalidades precarias de contratación sobrevive el contrato “*a tiempo parcial*” como art. 92 ter de la L.C.T.; la N° 24.467 sobre régimen de la Pequeña y Mediana Empresa; disposiciones laborales contenidas en la ley de concursos y quiebras N° 24.522; la N° 24.557 sobre riesgos del trabajo; la N° 25.013 que introduce un régimen complementario en materia de extinción del contrato. El régimen de inspección y policía del trabajo también se encuentra regulado de manera dispersa, siendo las normas más relevantes las leyes 25.212 que implementa el llamado *Pacto Federal de Trabajo*, la N° 18.693 sobre régimen de infracciones, la N° 18.694 sobre régimen de sanciones; la N° 18.695 sobre aplicación de sanciones; la N° 24.769 sobre régimen penal tributario y otras tantas normas reglamentarias. El derecho colectivo del trabajo también se reparte entre una ley de asociaciones sindicales N° 23.551; una ley de convenciones colectivas del trabajo N° 14.250; leyes sobre procedimiento para la negociación colectiva Nros. 23.544 y 23.546; otra ley N° 14.786 para el procedimiento de conciliación obligatoria que reglamenta el derecho de huelga, más disposiciones particulares que reglamentan la huelga en los servicios esenciales por la ley 25.250. En derecho previsional hay una ley básica sobre jubilaciones y pensiones que lleva el N° 24.241, más otra ley sobre asignaciones familiares N° 24.714, las cuales se ven complementadas con el régimen de obras sociales por ley 23.660 y del seguro nacional de salud, ley 23.661. A este cuadro de dispersión normativa, se adicionan las particularidades propias del régimen federal de la Argentina, donde queda reservado a cada Provincia organizar su administración de justicia y dictar las normas que regulan el procedimiento laboral. Es decir, hay unos 24 códigos de procedimiento laboral, uno por cada provincia más el de la Ciudad de Buenos Aires, que comparte con la Nación el régimen de la ley 18.345.

En Uruguay es donde existe un mayor cuadro de dispersión normativa. En la regulación del contrato de trabajo convergen leyes que regulan de manera diferencial algunos de sus institutos (jornada de trabajo en la industria por ley 5.350; en el comercio por Decreto – ley 14.320; régimen de horas extras en ley 15.996; descanso semanal en la ley 7.318; régimen del trabajo de menores en su Código del Niño – ley 9.342 – y normas complementarias; trabajo de mujeres por Decreto 492/967; descanso anual en leyes 12.590, 13.556 y 16.104; salario vacacional ley 16.101; régimen del salario en ley 10.449 – fijación –, Decreto – ley 14.159 – oportunidad del pago –, Decreto N° 462/70 y normas complementarias sobre protección del salario; el régimen del despido cuenta con regulaciones varias en el Código de Comercio, las leyes 10.489, 10.542, 10.570, 12.597 y otras tantas sobre supuestos especiales, como ser el caso de despido de la trabajadora grávida o que ha dado a luz por ley 11.577; regímenes especiales para el trabajo rural por Decreto ley 14.785 reglamentado por Decreto 647/78, trabajo en arroceras por ley 9.991, trabajo en montes, bosques y turberas por ley 10.471, en tambos por ley 13.130, en granjas y quintas por ley 11.718, marítimo en su Código de Comercio, trabajo a domicilio en 9.910, domésticos ley 7.305, pescadores por Decreto ley 15.523, portuarios por ley 16.246, etc. Estas y otras disposiciones que regulan la contratación individual de trabajo, conviven en relación de paridad normativa con los Convenios de la O.I.T. ratificados por Uruguay. Asimismo, algunos institutos fueron objeto de regulación pretoriana, como el caso del despido indirecto que carece de

otra fuente normativa ⁽⁵⁸⁸⁾. En materia de derecho colectivo, rigen los Convenios de la O.I.T. ratificados por Uruguay (Nros. 87, 98, 141, 151 y 154) conjuntamente con el Decreto 93/68. En policía del trabajo, conviven las regulaciones del Ministerio de Trabajo en el art. 9 del Decreto 574, la correspondiente al sistema de inspección del trabajo por Decreto 680/77, la documentación laboral obligatoria básicamente establecida por decretos 392/80, 658/91, 337/92 y 651/90, las sanciones administrativas reguladas por ley 15.593 y Decreto ley 14.902, como asimismo otra regulación dispersa para el trámite de audiencias y conciliación ante el Ministerio de Trabajo en ley 13.318, decretos – leyes 14.911 y 14.429 y decreto 281/98. Su régimen previsional también se encuentra bastante disperso. El ente coordinador del sistema es el Banco de Previsión Social, cuyo funcionamiento está regulado en la ley 15.800 complementada con la ley 17.170. Varias normas prevén el financiamiento del sistema (ley 16.173, decreto 113/96, decreto – ley 15.562, decretos 187 y 454/95, 728/91), los mecanismos de control (leyes 16.190, 16.105, 16.320, 16.244 y decretos 107/95, 104/96 y 40/98), el régimen jubilatorio y pensionario (leyes 16.713, 16.759, 16.338 y 17.106 y decretos 359/95, 125/96, 205/97, 282/98, 381/98 y 382/98), el funcionamiento de la Administradora de Fondos de Ahorro Previsional (ley 16.713 y decretos reglamentarios), el seguro de paro – desempleo– (decreto ley 15.180), las prestaciones familiares (decreto ley 15.084 y leyes 16.697 y 17.139), reparación de accidentes (ley 16.074 y decreto del 8/4/1914) y enfermedades del trabajo (leyes 9.196 y 16.074, decreto 167/81) y un sistema de seguros sociales por enfermedad común (decreto ley 14.407, decretos 7/76 y 546/84).

En materia de prelación de normas hay asimetrías en los sistemas. En Argentina y Paraguay, el tratado propiamente dicho o sus asimilados (Convenios de la O.I.T. ratificados) tienen jerarquía superior a la ley ⁽⁵⁸⁹⁾. En Brasil y Uruguay la misma jerarquía. Las cuatro legislaciones admiten al convenio colectivo de trabajo con carácter de fuente de regulación. Sin embargo, en Brasil se admite con restricciones la disponibilidad colectiva en materia salarial (art. 7 ap. VI de su Constitución), en Argentina ha sido habilitada por ley, también con restricciones, para algunos institutos (período de prueba, régimen de vacaciones, preaviso e indemnizaciones, pago del sueldo anual complementario). En Paraguay su Código Laboral establece con claridad, que sus disposiciones “*contienen el mínimo de garantías y derechos en beneficio de los trabajadores y que “Ese mínimo no podrá alterarse en detrimento de éstos”* (art. 5°), los arts. 4, 9, 10 y 47 del mismo Código reiteran y complementan esta regla de prelación normativa. En Uruguay rige la regla de aplicación de la norma más favorable para el trabajador, como derivación del principio protector de raigambre constitucional ⁽⁵⁹⁰⁾.

Con estas aclaraciones, nos ocuparemos seguidamente de indagar acerca de las regulaciones existentes en cada uno de los Estados Miembros del

⁽⁵⁸⁸⁾ Larrañaga Zeni, Nelson, *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 1ra. edición; editado por Fundación de Cultura Universitaria; Montevideo, 1995; pág. 113; Perez del Castillo, Santiago, *Manual práctico de normas laborales*; 7° edición; editado por Fundación de Cultura Universitaria; Montevideo, 1992, págs. 129 y 130.

⁽⁵⁸⁹⁾ En el caso de Argentina, ver Etala, Carlos Alberto, *Los convenios de la O.I.T. y su interpretación*, D.T. T° 2002-A, pág. 679.

⁽⁵⁹⁰⁾ Pérez del Castillo, Santiago, *La jerarquía de las fuentes en el derecho del trabajo*, en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*, 1° edición, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995, pág. 70.

Mercosur vinculadas a los contenidos de la *D.S.L.M.* que fueron objeto de tratamiento en los Capítulos 6 a 8 de este trabajo y siguiendo el orden allí expuesto.

2.- No discriminación (art. 1°).

La igualdad ante la ley, como derecho de primera generación, se encuentra recepcionado por las cuatro constituciones. Asimismo, hemos visto anteriormente que los cuatro Estados han ratificado los convenios fundamentales de la O.I.T. en esta materia (Nros. 100 y 111).

A continuación, analizaremos el grado de recepción de las reglas contenidas en el art. 1° de la *D.S.L.M.* en el derecho constitucional de cada uno de los Estados Miembros y su legislación derivada.

2.1.- Argentina.

La Constitución Argentina se refiere a este derecho en su art. 16: *Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.* También por su art. 14 bis, al establecer que las leyes deben garantizar al trabajador: *igual remuneración por igual tarea.* Con relación a los extranjeros, el art. 20 les garantiza el goce de *todos los derechos civiles del ciudadano.*

Las normas infraconstitucionales reciben parcialmente esta regla. La situación laboral del extranjero que se encuentra en territorio nacional está regulada por las siguientes normas:

√ Ley 25.781 de Política Migratoria Argentina, que sustituye a la Ley 22.439 de Migraciones y Fomento de la Inmigración.

√ Ley 24.493 de Fomento de la Mano de Obra Nacional.

Otras normas de alcance general que se vinculan con esta temática se encuentran diseminadas en las leyes 20.744 (L.C.T.) y 23.592 (ley antidiscriminatoria). También se refiere al extranjero el art. 18 de la ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551.

En términos generales y de acuerdo con el primer grupo de estas normas, la situación laboral del extranjero que se encuentra en territorio nacional y no está sujeto a regímenes especiales (representaciones extranjeras, tripulaciones, asilo, etc., según el art. 27 de la Ley 25.781) queda encuadrada en las siguientes categorías:

√ Residente permanente (art. 22 de la Ley 25.781.)

√ Residente temporario (art. 23 de la Ley 25.781.)

√ Residente transitorio (art. 24 de la Ley 25.781.)

√ Residente precario (art. 20 de la Ley 25.781.)

√ Residente ilegal (arts. 61 a 69 de la Ley 25.781.)

Estas normas regulan lo concerniente a las posibilidades de acceso a cada una de las categorías, todo lo cual es encomendado a la autoridad de aplicación (Dirección Nacional de Migraciones).

El residente permanente y el temporario (mientras dure su permiso), pueden desarrollar cualquier tarea como trabajador autónomo o dependiente, gozando de la protección de las leyes que prohíben la discriminación por el origen nacional (art. 20 de la C.N., art. 51 de la Ley 25.781, arts. 17 y 81 de la L.C.T. y ley

23.592), con la limitación prevista por el art. 18 de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales.

Conforme al art. 52 de la Ley 25.781, el residente transitorio puede realizar tal tipo de actividades solo en caso de haber sido expresamente autorizado para ello, gozando de igual protección con respecto a la no discriminación y de igual limitación en la ley 23.551. La habilitación concluye al expirar el plazo. En esta categoría se encuentran los trabajadores que ingresan para realizar tareas de temporada.

El residente ilegal carece de cualquier tipo de habilitación. (art. 53 de la Ley 25.781.)

En todos los casos, los empleadores son responsables por la continuidad laboral o contractual con extranjeros cuya situación hubiese devenido en ilegal (arts. 55 a 60 de la Ley 25.781). De manera coincidente, la L.C.T. en sus arts. 40 y 42, establece como principio que las prohibiciones vinculadas al objeto del contrato de trabajo están siempre dirigidas al empleador y no afectan el derecho del trabajador a percibir las remuneraciones e indemnizaciones que se deriven de la extinción del contrato por tal causa. De manera tal que la situación de ilegalidad del trabajador extranjero no puede ser alegada por el empleador para eludir el cumplimiento de sus obligaciones.

Según la Ley 25.781 en su art. 59, responde el empleador que ocupa a extranjeros en situación ilegal, con una multa de 50 Salarios Mínimo Vital y Móvil por cada ilegal ocupado. Si se tratase de no emancipados o menores de 14 años, la multa es de 100 Salarios Mínimo Vital y Móvil. Para quien proporcione ya no trabajo sino alojamiento a título oneroso a los extranjeros irregulares, hay prevista además una multa de 20 Salarios Mínimo Vital y Móvil por cada ilegal alojado. Y en caso de reincidencia la multa correspondiente puede aumentarse hasta en un 50 %.

Estrechamente vinculada a estas disposiciones se encuentran los términos de la ley 24.493, denominada de Fomento de la Mano de Obra Nacional. Para la ley, constituye "*mano de obra nacional*" la realizada por ciudadanos argentinos nativos o nacionalizados y a los extranjeros habilitados por la Ley General de Migraciones para desempeñar tareas remuneradas (art. 1°). El art. 2° de esta ley, establece textualmente que "*La Dirección Nacional de Migraciones, en ningún caso podrá extender autorización para realizar tareas remuneradas o lucrativas a extranjeros admitidos como "residentes transitorios", existiendo mano de obra nacional disponible*".

Dadas las amplias atribuciones conferidas a la autoridad de aplicación por la ley 25.781, en lo concerniente al criterio que debe seguir para autorizar el ingreso o permanencia de extranjeros en las categorías que habilitan a realizar tareas, queda claro que la estricta aplicación del criterio precedentemente expuesto, conllevaría a la imposibilidad de ingreso al país, de extranjeros que pretendan realizar tareas mientras existan nacionales dispuestos a hacerlas, todo lo cual no resulta compatible en general, con las libertades de circulación y residencia que se derivan del Tratado de Asunción y, en particular, con los arts. 1 y 4 de la D.S.L.M.

Sin embargo, la nueva Ley 25.781 contempla especialmente el caso de los migrantes provenientes de países del Cono Sur, Bolivia y Chile. En el art. 23 inciso "1" su nacionalidad les habilita especialmente para que les sea concedida la residencia temporal con autorización para permanecer en el país por dos (2) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples.

Y el Artículo 28 in fine la citada Ley 25.781, expresa textualmente: *“El principio de igualdad de trato no se considerará afectado por la posibilidad que tiene el Estado, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y las leyes, de firmar acuerdos bilaterales de alcance general y parcial, que permitan atender fenómenos específicos, como el de la migración laboral fronteriza, ni por la posibilidad de establecer esquemas diferenciados de tratamiento entre los países que con la Argentina forman parte de una región respecto de aquellos países que resulten terceros dentro del proceso de regionalización, priorizando las medidas necesarias para el logro del objetivo final de la libre circulación de personas en el MERCOSUR”.*

Por su parte, la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 ha dispuesto en su art. 17 que *“Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”.* A su vez, la misma ley establece el deber del empleador de dispensar igualdad de trato por su art. 81: *“Igualdad de trato. El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”.*

Con carácter general, la ley antidiscriminatoria N° 23.592, dispone en su art. 1° que *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.- A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.*

En atención al sentido amplio de la previsión contemplada por el segundo párrafo de dicha normativa, los tribunales argentinos han interpretado que sus términos son aplicables a los casos que se han planteado sobre discriminación laboral (⁵⁹¹).

Con ámbito de aplicación restringido a algunas causales de despido, la ley 25.013 recibe la figura del despido discriminatorio, previendo para los casos allí previstos una indemnización tarifada, adicional a la común por despido, cuyo monto estará dado por el 30 % de esta última indemnización, la que además, se calculará sin aplicación del tope máximo legal determinado sobre la base de la remuneración percibida por el trabajador. Sin embargo, la norma restringe su propio ámbito de aplicación, al determinar que *“Será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, sexo, religión”.* Su redacción original agregaba como causales de exclusión la nacionalidad, orientación sexual, ideología u opinión política o gremial. Estas causales fueron objeto de veto parcial por el Ejecutivo mediante Decreto 1111/98. Ello no significa que queda habilitado el despido discriminatorio fundado en las causales objeto de veto, sino que cuando ello ocurre, resulta

⁽⁵⁹¹⁾ Véase nuestro trabajo *El daño moral y los ilícitos adicionales del empleador*, Rev. T. y S.S., en prensa.

aplicable el enunciado más amplio de la ley 23.592 y se impone el resarcimiento integral del daño moral, fijado sobre la base del criterio amplio de discrecionalidad del juez y no sobre la base tarifada prevista, para otros casos, por la ley 25.013. El mismo criterio corresponderá aplicar en los casos de discriminación por otras causales, las que encuadrarían en la previsión amplia del art. 1° de la ley 23.592.

Hay una clara incompatibilidad entre la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades garantizada por la D.S.L.M., *sin distinción o exclusión en razón del origen nacional* y el art. 18 de la ley 23.551, cuando por su segundo párrafo, exige que *“El 75 % (setenta y cinco por ciento) de los cargos directivos y representativos deberán ser desempeñados por ciudadanos argentinos, el titular del cargo de mayor jerarquía y su reemplazante estatutario deberán ser ciudadanos argentinos”*.

Esta norma no solo resulta incompatible con la cláusula antidiscriminatoria por razón de la nacionalidad contenida en la D.S.L.M., también lo es con relación al art. 4° referido a la igualdad de derechos y condiciones de trabajo del trabajador migrante o fronterizo. También resulta incompatible con el enunciado de los derechos colectivos (arts. 8 a 11 de la D.S.L.M.) en cuanto impide la constitución de asociaciones sindicales que tengan previsto un ámbito de representación territorial a nivel regional, con la posibilidad de órganos de dirección integrados por trabajadores cuya nacionalidad sea la de cualquiera de los Estados Miembros.

2.2.- Brasil.

La Constitución de Brasil, comienza su art. 5° estableciendo que *Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad*. Por su parte, en materia de derechos sociales el art. 7° prevé por su inciso XXX la *prohibición de diferencia de salarios, del ejercicio de funciones de criterios de admisión, por motivos de sexo, edad, color o estado civil* y el siguiente agrega la *prohibición de cualquier discriminación salarial y criterios de admisión en el trabajador portador de deficiencias*.

En su C.L.T. encontramos diversos contenidos destinados a garantizar la igualdad de trato y no discriminación.

Así, en el art. 3°, su parágrafo único, establece que *No habrá distinciones relativas a la especie de empleo y a la condición del trabajador, ni entre el trabajo intelectual, técnico y manual*. Un poco más adelante, su art. 5° dispone que *A todo trabajo de igual valor corresponderá salario igual, sin distinción de sexo*.

Por su art. 461 se reitera esta regla, al disponer que *Siendo idéntica la función, a todo trabajo de igual valor, prestado al mismo empleador, en la misma localidad, corresponderá igual salario, sin distinción de sexo, nacionalidad o edad*.

Por ley 9.029 del 13 de abril de 1995, se declara *“prohibida la adopción de cualquier práctica discriminatoria y limitativa con efectos en el acceso a la relación de empleo, o su mantenimiento, por motivos de sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar o edad”*.

Por el artículo siguiente se establece una pena de prisión de dos años y multa, para quien incurriera en las siguientes prácticas discriminatorias que se definen como delito: *“1.- La exigencia de test, examen, pericia, dictamen,*

certificado o cualquier otro procedimiento relativo a la esterilización o estado de embarazo; II.- la adopción, a iniciativa del empleador, de cualquier medida que configure: inducción o instigamiento a la esterilización genética; promoción del control de natalidad.

Sujeto activo de estos delitos pueden ser tanto el empleador, como su representante, el dirigente sindical o funcionario público de cualquier nivel de administración, incluso municipal.

Se prevé una sanción adicional de multa administrativa, cuyo importe será de diez veces el mayor salario pagado por el empleador, elevado en un 50 %. El importe de esta multa será destinado a instituciones financieras oficiales (art. 3°).

Si la extinción del contrato de trabajo tuviera por causa un acto discriminatorio, el empleador podrá optar en: *I.- la reincorporación, con el pago integral de los salarios devengados durante el tiempo de no prestación de servicios, con su actualización por depreciación monetaria y accesorias legales; II.- la percepción del doble de la remuneración por dicho período, con su actualización por depreciación monetaria y accesorias legales.*

Por ley 9.799 del 26 de mayo de 1999, fue modificada la C.L.T. con la inserción del art. 373-A, por el cual se prohíbe la utilización de referencias o criterios fundados en el sexo, edad, color, situación familiar o estado de embarazo para los fines de anuncios de ofertas de empleo, o criterios de admisión, de remuneración, de promoción o despidos, o para la oferta de vacantes de formación o perfeccionamiento profesional o situaciones laborales afines.

La situación laboral del trabajador indígena, en cuanto a la prohibición de trato discriminatorio que pudieran sufrir con motivo de dicha causal de origen étnico, ha sido objeto de tratamiento en el *Estatuto del indígena* (ley 6.001 del 19/12/73). Esta ley prohíbe todo tipo de discriminación entre el trabajador indígena y los demás, siendo permitida la adaptación de condiciones de trabajo a los usos de la comunidad a la que aquellos pertenezcan. La ley prevé dos categorías de indígenas: los que se encuentran en situación de aislamiento y aquellos que están en proceso de integración. Para el primer grupo, caracterizado por aquellos que viven en grupos desconocidos, de los cuales no existe otra información de su existencia más que por contactos eventuales con elementos de la comunidad nacional, rige la prohibición de celebrar contratos de trabajo. Para la segunda categoría, que agrupa a aquellas comunidades indígenas que logran convivir, de manera intermitente o permanente, con los demás sectores de la comunidad nacional, su contratación laboral dependerá de una previa autorización a conferir por el Órgano de protección al indígena.

La C.L.T. contiene en su Título III sobre *Normas especiales de tutela en el empleo*, un Capítulo II denominado *Nacionalización del trabajo* (arts. 352 a 371). Por este Capítulo fue incorporada la llamada *ley de los 2/3* que fuera dictada en Brasil por los años 30. Se exige aquí, que en todo empleo con tres o más trabajadores, exista una proporción de 2/3 de dependientes de nacionalidad brasileña o portuguesa (arts. 353 y 354). Por el art. 359 se prohíbe la contratación de extranjeros que no cuenten con documento de identidad extendido por las autoridades de Brasil, lo cual exigiría una previa regularización de su residencia (art. 366). El art. 358 cuenta con un lapidario *Parágrafo único: En los casos de falta o cesación de trabajo, el despido del empleado extranjero debe preceder al del brasileño que ejerza función análoga.*

Aún cuando la doctrina resulta medianamente conteste en que todas estas disposiciones habrían quedado tácitamente derogadas, en cuanto establecen un trato discriminatorio para el trabajador extranjero residente en Brasil ⁽⁵⁹²⁾, las mismas presentan una clara incompatibilidad respecto de la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades que la D.S.L.M. garantiza *sin distinción o exclusión en razón del origen nacional*.

2.3.- Paraguay.

La Constitución de Paraguay consagra la regla de igualdad ante la ley por la primera parte del art. 46: *Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos*. En materia de discriminación, si bien la norma omite precisar una nómina de casos de exclusión, bajo la expresión que sigue refiriendo esta misma norma al decir *“No se admiten discriminaciones”*, sin distinción de ningún tipo, lleva a un campo ampliado de aplicación, comprensivo de los supuestos contemplados por el art. 1° de la D.S.L.M. (*Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*). El compromiso contenido en el 2° párrafo del art. 1° de la D.S.L.M. se encuentra previamente receptado por este mismo artículo de la Constitución de Paraguay, que sobre el particular expresa: *El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios*.

Por su parte, el art. 88 de la Constitución de Paraguay, bajo el título *De la no discriminación*, establece que *No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas o sindicales. El trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado*. Esta última expresión, ha sido interpretada como que prevé el caso de discriminación *“positiva”* mediante un amparo especial para asegurar la protección de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales ⁽⁵⁹³⁾.

Sin embargo, en materia de políticas de empleo, el art. 87 de su Constitución establece que en ese ámbito y en la formación profesional de recursos humanos, se dará *preferencia al trabajador nacional*, fórmula que tampoco se compatibiliza con el enunciado amplio del art. 1° de la D.S.L.M.

En su Código Laboral, el segundo párrafo del art. 9° prevé que *No podrán establecerse discriminaciones relativas al trabajador por motivo de impedimento físico, de raza, color, sexo, religión, opinión política o condición social*.

El enunciado del Código, tanto en este como en los demás institutos, es del tipo *“abierto”*. El art. 3°, luego de establecer que los derechos previstos por el Código a los trabajadores no pueden ser objeto de renuncia, transacción o limitación convencional, siendo nulo todo acto en contrario, por el segundo párrafo prevé que *Las leyes que los establecen obligan y benefician a todos los trabajadores y*

⁽⁵⁹²⁾ Delgado, Mauricio Godinho, *Proteções contra a discriminação na relação de emprego*, en *Discriminação*, Coordinado por Márcio Tulio Viana y Luiz Otávio Linhares Renault; editorial LTr, San Pablo 2000, pág. 106; en igual sentido, Carrión, Valentín, *Comentários à Consolidação das leis do trabalho*, 18° edición, editora Revista dos Tribunais, San Pablo 1994, págs. 352 y ss.

⁽⁵⁹³⁾ Cristaldo Montaner, Jorge Darío: *Legislación laboral paraguaya*, 1° edición, editorial Litocolor, Asunción 1995, pág. 56.

*empleadores de la República, sean nacionales o extranjeros y se inspirarán en los principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, proclamada por la novena Conferencia Panamericana de Bogotá el día 2 de mayo de 1948 y en los demás Convenios Internacionales del Trabajo ratificados y canjeados por el Paraguay **que integran el Derecho positivo.***

En materia de salarios, el art. 230 de su Código Laboral establece que *Las tasas de remuneración no podrán establecer desigualdades por razón de sexo, impedimento físico, nacionalidad, religión, condición social y preferencia política o sindical.- A trabajo de igual naturaleza, valor, duración y eficacia, deberá corresponder remuneración igual, salvo el salario mayor fundado en productividad y merecimientos.*

2.4.- Uruguay.

La Constitución de Uruguay consagra la regla de igualdad ante la ley por su art. 8: *Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos y virtudes.*

En su régimen infraconstitucional, rigen los convenios de la O.I.T. Nros. 100, 111 y 156 ratificados por el Uruguay.

Asimismo, se ha aprobado una ley especial de fecha 2 de junio de 1989 (N° 16.045) específicamente destinada a la no discriminación, la cual fue reglamentada por Decreto 37/97.

El enunciado del art. 1° de la citada ley es suficientemente amplio: *Prohíbese toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y de oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral.*

Por el art. 2°, la prohibición se hace extensiva a los distintos momentos de la relación de trabajo, que van desde los llamados para la provisión de cargos, hasta el régimen de suspensiones o despidos e incluyendo los criterios para determinar el salario, la promoción y los ascensos.

La ley no prevé modalidad de resarcimiento por el daño ocasionado al trabajador discriminado. Solo regula en su art. 4° una vía rápida de acceso a la jurisdicción, la que tendrá por objeto lograr una sentencia judicial que condene al empleador a cesar con el acto discriminatorio bajo apercibimiento de astreintes o multa diaria. Ese sistema es independiente de las penalidades que la ley declara aplicables, para las infracciones discriminatorias en las que pudiera incurrir el empleador.

3.- Promoción de la igualdad (art. 2°).

Por el art. 2° de la *D.S.L.M.* los estados se comprometen a promover la igualdad efectiva de posibilidades, con relación a las personas con discapacidad física y mental.

3.1.- Argentina.

En la reforma constitucional de 1994, fue agregado un objetivo programático a las funciones del Congreso Nacional en el art. 75, incisos 19 y 23.

Por el primero de dichos incisos, corresponde al Congreso *Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la*

productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.- Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.- Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.- Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

Por el inciso 23, también corresponde al Congreso Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.- Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Se trata de disposiciones del tipo programáticas, esto es, que establecen fines a alcanzar por el legislador a través de una política de producción legislativa encaminada hacia ellos. Como toda disposición del tipo programática, cuenta con la utilidad interpretativa de potenciar la norma existente que no refleje adecuadamente estos fines, adecuándola al sentido más favorable que se ajuste a ellos. Como se trata de disposiciones del tipo normativo, aún con su carácter programático, los jueces o encargados de aplicar el derecho no pueden prescindir de ellas, de su contenido, como si no estuvieran escritas o no formaran parte del texto constitucional. En tal inteligencia, solo cabe concluir que por aplicación de los principios generales en materia de control de constitucionalidad, en aquellos casos donde una norma inferior sea claramente contraria a estos fines programáticos, corresponde descartar su aplicación (declaración de inconstitucionalidad) y resolver la cuestión sobre la base del contenido de la norma programática constitucional⁽⁵⁹⁴⁾.

En este sentido, el art. 119 de la L.C.T. establece, como excepción a la regla de prohibición de pagos de remuneración por debajo de los valores del salario mínimo vital y móvil, el caso de los “trabajadores de capacidad manifiestamente disminuida”. Esta previsión no se compatibiliza con la expresión contenida en la primera parte del art. 1° de la *D.S.L.M.*, en cuanto establece que *Las personas con discapacidades físicas o mentales serán tratadas en forma digna y no discriminatoria*. Prever una excepción a la regla general del mínimo salarial, en perjuicio de los trabajadores con discapacidades físicas o mentales debido,

⁽⁵⁹⁴⁾ Capón Filas, Rodolfo, *Declaración Sociolaboral del Mercosur, Proyecto Regional para el Empleo Decente*, en *Revista Peronistas para el debate nacional*, editada por el Centro de Estudios de la Patria Grande, Buenos Aires junio de 2002, Año 1, N° 1, pág. 77.

exclusivamente, a esa razón, aparece como claramente discriminatoria. No cabe interpretar que la excepción comprende solo a las personas con discapacidad que trabajen jornada reducida, toda vez que entre uno y otro supuesto, la redacción empleada por la L.C.T. utiliza la conjunción disyuntiva “ó”, dando cuenta que se trata de previsiones distintas.

Ha sido prolífica la labor normativa emprendida en este país, con relación a la implementación de planes de readaptación y/o formación profesional para las personas con discapacidad. Del mismo modo, también se han previsto normas tendientes a la incorporación de personas con discapacidad, en tareas acordes, en el ámbito de la administración pública y el fomento de tal tipo de incorporaciones en la actividad privada, mediante la concesión de beneficios al empleador.

Entre estas normas, merece citarse a las siguientes:

- √ La ley 25.280 que aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.
- √ La ley 25.211 que incluye la temática de las personas con discapacidad, en los temas del Censo Nacional de Población y Vivienda realizado en el año 2000.
- √ La ley 24.901 que implementa un Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.
- √ La ley 24.308 que implementa un sistema de Concesiones a favor de discapacitados para explotar pequeños negocios.
- √ La ley 24.147 que crea un régimen de talleres protegidos de producción para los trabajadores discapacitados.
- √ La ley 22.431 que instituye un sistema de protección integral para las personas discapacitadas, con sus Decretos reglamentario Nros. 498/83, 1027/94, 762/97, 914/97.
- √ La ley 20.888 de otorgamiento del beneficio jubilatorio para ciegos.
- √ La ley 20.475 de otorgamiento del beneficio jubilatorio para los discapacitados.
- √ La ley 18.384 de creación del Servicio Nacional de Rehabilitación, con su Decreto reglamentario N° 6.064/69.
- √ El Decreto Ley 6.765/63 sobre condiciones establecidas para la venta de prótesis para sordos.
- √ La ley 14.849 sobre entrega gratuita y venta de textos y material didáctico producidos por los talleres gráficos del sistema braille.
- √ El Decreto Ley 9.276/56 sobre la Organización de la Comisión Nacional de Rehabilitación del Lisiado.
- √ La ley 13.642 sobre el otorgamiento de pases libres a los ciegos indigentes en los transportes terrestres interurbanos, reglamentada por Decreto 3.074/50.
- √ Decreto 851/2002 sobre designaciones y contrataciones de personal requerido para la atención directa de pacientes o personas con discapacidad.
- √ Decreto 1193/98 reglamentario del sistema único de prestaciones básicas para personas con discapacidad.
- √ Decreto 1.460/96 sobre la Estructura orgánica del Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad.
- √ Decreto 984/92 sobre la Estructura orgánica de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas.

√ Decreto 2630/1990 sobre concesiones otorgadas a discapacitados para explotar pequeños comercios en la administración pública nacional.

Un análisis pormenorizado de toda esta normativa excedería los límites del presente trabajo. Sin embargo, corresponde puntualizar que de todas ellas, el régimen general tendiente al fomento de la capacitación e inserción laboral de las personas con discapacidad se encuentra regulado en la ley 22.431, modificada por la ley 24.314 y sus decretos reglamentarios. También merece ser destacada, la labor encomendada al Consejo Federal de Discapacidad por la ley 24.657.

Por la citada ley, se instituye un *sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales* (art. 1°). Se entiende por persona con discapacidad, toda aquella que *padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral* (art. 2°).

Con relación a estas personas y a favor de quienes no puedan afrontarlas, por el art. 4° se establece que el Estado, por intermedio de sus organismos, otorgará los siguientes servicios: a) Rehabilitación integral, entendida como el desarrollo de las capacidades de la persona discapacitada. b) Formación laboral o profesional. c) Préstamos y subsidios destinados a facilitar su actividad laboral o intelectual. d) Regímenes diferenciales de seguridad social. e) Escolarización en establecimientos comunes con los apoyos necesarios previstos gratuitamente, o en establecimientos especiales cuando en razón del grado de discapacidad no puedan cursar la escuela común. f) Orientación o promoción individual, familiar y social. La autoridad de aplicación, a nivel nacional, será el Ministerio de Bienestar Social (actualmente de Acción Social).

Por el art. 8 se establece la obligación de El Estado Nacional y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal, las cuales gozarán de los mismos derechos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que la legislación laboral aplicable prevé para el trabajador normal (art. 10).

Las mismas autoridades y las empresas privadas que presten servicios públicos, estarán obligadas a otorgar en concesión, a personas con discapacidad, espacios para pequeños comercios en toda sede administrativa (art. 11).

En materia de formación profesional, por el art. 13 se encomienda al Ministerio de Cultura y Educación las labores vinculadas a dicha función, como ser la de orientar las derivaciones y controlar los tratamientos de los educandos discapacitados, en todos los grados educacionales, especiales, oficiales o privados, en cuanto dichas acciones se vinculen con la escolarización de los discapacitados, tendiendo a su integración al sistema educativo; crear centros de valuación y orientación vocacional para los educandos discapacitados y coordinar con las autoridades competentes las derivaciones de los educandos discapacitados a tareas competitivas o a talleres protegidos.

Por el art. 23, se establece un beneficio a favor de los empleadores que concedan empleo a personas discapacitadas, consistente en el derecho al cómputo, a opción del contribuyente, de una deducción especial en la determinación del Impuesto a las ganancias o sobre los capitales, equivalente al setenta por ciento (70%) de las retribuciones correspondientes al personal discapacitado en cada período fiscal. El cómputo del porcentaje antes mencionado deberá hacerse al cierre de cada período.

La ley 24.657 crea el Consejo Federal de Discapacidad. No se trata de un organismo estrictamente gubernamental, en su integración participan los representantes de las organizaciones no gubernamentales de o para personas con discapacidad (art. 1°).

Entre los objetivos del Consejo, merece destacarse la labor de coordinación entre los distintos cuerpos intermedios, oficiales o no gubernamentales, que operan con relación a las personas con discapacidad en los distintos niveles de gobierno y puntos del país, con el fin de planificar, coordinar y ejecutar una acción conjunta tendiente a las labores de prevención, rehabilitación integral y equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad (art. 2°).

Esta tarea de coordinación será ejercida de manera descentralizada, esto es, fomentando la constitución de consejos de la especialidad en el marco de los municipios y provincias, tendiendo a que sus integrantes -a su vez- elijan representantes ante los consejos regionales y fomentando la interrelación permanente de los entes gubernamentales y no gubernamentales que actúan en el tema. También constituye un objetivo del Consejo el de gestionar la implementación de programas de rehabilitación basada en la comunidad, con formación y ubicación laboral u otros programas con participación comunitaria en aquellos municipios, provincias y/o regiones que así lo requieran por sus características socio-económicas.

La ley N° 24.013, autodenominada como *Ley de Empleo*, por su Título III sobre promoción y defensa del empleo, contiene algunas disposiciones tendientes al fomento del empleo para las personas con discapacidad, se trata del Capítulo 3 titulado *Programas de empleo para grupos especiales de trabajo*. Estos programas estarán a cargo del Ministerio de Trabajo, deben incluir en ellos a las personas con discapacidad y contemplar la promoción de talleres protegidos de producción, el cumplimiento de las reservas mínimas de puestos de trabajo para discapacitados prevista en la ley 22.431 y la promoción de reserva de nuevos puestos mediante negociación colectiva (art. 86). Por el art. 89 se establece que los contratos de seguro por accidentes de trabajo, no podrán discriminar ni en la prima ni en las condiciones, por causas vinculadas con la discapacidad del trabajador.

3.2.- Brasil.

El art. 6° de su Constitución Federal de 1988 (reformado por Enmienda Constitucional N° 26/00), dentro de los derechos sociales, prevé el de *asistencia a los desamparados*. El art. siguiente, en su inciso XXXI, reconoce el derecho del trabajador urbano y rural, a la *prohibición de cualquier discriminación, con relación al salario y criterios de admisión al empleo, del trabajador portador de discapacidad*. En materia de incorporación de personas con discapacidad a la administración pública, tanto nacional como estatal y municipal, el art. 37 de su Constitución dispone que *la ley reservará un porcentaje de los cargos y empleos*

públicos para las personas portadoras de discapacidad y definirá los criterios de su admisión.

Con carácter general rige la ley 7.853 del 24/10/89, sobre el apoyo a las personas portadoras de discapacidad (*deficiência*) y su integración social. Dicha ley prevé que, en su aplicación e interpretación, *serán considerados los valores básicos de la igualdad de trato y oportunidades, de justicia social, del respeto a la dignidad de la persona humana, del bienestar y otros, previstos por la Constitución o justificados por los principios generales del derecho* (art. 1° § 1°).

Esta ley se ocupa mayormente de implementar, en los planes generales de enseñanza, un régimen de educación diferencial en los niveles básicos, medio y técnico. Este régimen debe ser obligatoriamente incluido tanto en las escuelas especiales, privadas o públicas, como en todas las escuelas públicas.

En materia de formación profesional, la ley prevé que los poderes públicos deben brindar su apoyo a los sistemas diferenciados, como asimismo el fomento del empleo y planes que tiendan a lograr que las personas portadoras de discapacidad que no tengan acceso a los empleos comunes, lo obtengan aún a tiempo parcial. También el dictado de normas que impongan reservas, en el mercado de trabajo, a favor de las personas portadoras de discapacidad, tanto en el sector público o privado, como asimismo la creación de oficinas integradas al mercado de trabajo, que atiendan la situación de estas personas.

La norma contiene disposiciones de carácter procesal, habilitando la legitimación activa del Estado (en cualquiera de sus niveles), el Ministerio Público y las asociaciones de defensa a los derechos de las personas con discapacidad de más de un año de antigüedad, en lo concerniente a la defensa de los intereses de este sector de la sociedad. Las acciones en cuestión, tienden a recabar información acerca del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la ley y que, como se verá, resultan ampliadas por su reglamentación.

Se crea una autoridad de aplicación de esta ley, la Coordinadora Nacional Para la Persona Portadora de Discapacidad (CORDE), dependiente del Ministerio de Acción Social. Esta autoridad funcionará con un Consejo Consultivo, integrado por representantes de asociaciones vinculadas a las personas con discapacidad.

Esta ley se encuentra reglamentada por el Decreto 3298 del 20/12/1999. Para la aplicación de los objetivos previstos por la ley reglamentada, se establece que corresponde a los poderes públicos asegurar a la persona portadora de discapacidad el ejercicio de sus derechos básicos, entre los cuales se encuentra el acceso a la educación y al trabajo. Integran los principios del llamado Plan Nacional Para la Integración de la Persona con Discapacidad, el desenvolvimiento de una acción conjunta del Estado y de la sociedad civil, de manera tal de asegurar a la persona con discapacidad, su plena integración en el contexto socioeconómico y cultural. También el respeto a estas personas, que deben recibir igualdad de oportunidades en la sociedad por reconocimiento de los derechos que le son asegurados, *sin privilegios o paternalismos* (art. 5°).

Por esta reglamentación, se establece por parte de las autoridades públicas, el deber de otorgar a las personas con discapacidad, servicios vinculados con su formación, rehabilitación profesional y orientación.

Las personas con discapacidad que hubieran concluido los planes de enseñanza, ingresan a la categoría de habilitada. Para su inserción laboral, la

reglamentación obliga a las empresas privadas con más de cien empleados, a incorporar un porcentaje de personas con discapacidad “*habilitadas*” (art. 36). Las empresas con nómina de personal mayor a cien y hasta doscientos, debe incorporar un 2 %. De 201 a 500, un 3 %. De 501 a 1000, un 4 %. Más de mil empleados, un 5 %. En el ámbito de la administración pública, luego de reiterar la igualdad de oportunidades de estas personas en los concursos llamados para cubrir cargos, se establece un cupo a favor de ellas del 5 % que será cubierto en función del puntaje obtenido.

Con motivo de la ratificación por Brasil del Convenio N° 159 de la O.I.T. sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), fue dictada la Instrucción Normativa N° 20 del Ministerio de Trabajo (MTE/SIT), por la cual se prevén atribuciones y deberes específicos, dentro del régimen de inspección del trabajo, a los auditores fiscales. Las personas con discapacidad, deben contar con procedimientos especiales para el ejercicio de su actividad laboral, tales como jornada variable, horario flexible, remuneración proporcional y adecuación del medio ambiente de trabajo. También corresponde prever a su favor, apoyos especiales y técnicos que les permita compensar sus limitaciones funcionales y superar sus limitaciones. Integra la nómina de deberes de los auditores fiscales del trabajo, el de controlar el cumplimiento de cupos laborales destinados a las personas con discapacidad.

3.3.- Paraguay.

El art. 58 de su Constitución se refiere a los *derechos de las personas excepcionales* en los siguientes términos: *Se garantizarán a las personas excepcionales la atención de su salud, de su educación, de su recreación y de su formación profesional para una plena integración social.* Más adelante, el art. 88, dedicado a la no discriminación, prevé que *“El trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado”.*

Con esta norma se pretende tornar operante la función estatal de remover los obstáculos que pudieran ser factor de discriminación en el ámbito laboral, estableciendo una discriminación positiva a favor de determinados sujetos de la relación laboral (⁵⁹⁵).

Por ley N° 36, promulgada el 6/9/90, ratificó el Convenio N° 159 de la O.I.T. sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.

Este acto de ratificación tiene efectos directos e inmediatos en el ordenamiento jurídico interno, ya que la vigencia efectiva del Convenio no requiere de ningún otro acto legislativo posterior (arts. 137 de su Constitución y 3° de su Código Laboral) (⁵⁹⁶). De hecho, no hay previsiones tendientes a la efectiva inserción laboral de los trabajadores con discapacidad en su Código Laboral.

Asimismo, merece destacarse que por ley 1925 del 19/06/2002, Paraguay ratificó e incorporó a su legislación interna, la Convención Interamericana Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con

(⁵⁹⁵) Ramírez Candia, Manuel Dejesús, *Derecho constitucional paraguayo*, editora Litocolor, Asunción 2000, Tomo I, pág. 504.

(⁵⁹⁶) O.I.T., *Las relaciones laborales en Paraguay. Informe RELASUR*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1995, pág. 56

Discapacidad ⁽⁵⁹⁷⁾. A través de dicho instrumento, Paraguay asume, entre otros compromisos, el de *adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad* (art. III, inc. 1.-). Sin embargo, como veremos más adelante, su legislación interna presenta incompatibilidades con este propósito y los similares previstos por la DSLM y las disposiciones constitucionales anteriormente referidas.

Su Código Laboral prevé que no podrán establecerse discriminaciones relativas al trabajador por motivo de impedimento físico (art. 9°), lo cual entendemos no se compadece con la previsión del art. 81 inc. u.-) del mismo Código, que contempla como causal justificada de terminación del contrato, por voluntad unilateral del empleador, la *Comprobación en el trabajador de enfermedad infectocontagiosa o mental o de otras dolencias o perturbación orgánicas, siempre que le incapaciten permanentemente para el cumplimiento de las tareas contratadas o constituyan un peligro para terceros*.

Para la jurisprudencia paraguaya, la incapacidad física, mental, etc. deberá ser probada en juicio; la sola discriminación subjetiva del empleador no es motivo valedero para fundar un despido. Si el empleador cree que el trabajador a su cargo está incapacitado para el trabajo, debe probar tal circunstancia. El Código no fija límite de edad para trabajar ⁽⁵⁹⁸⁾.

Por el mismo Código, el art. 16 establece, en su segundo párrafo, que el Estado *mediante una política económica adecuada procurará igualmente mantener un justo equilibrio de la oferta y la demanda de mano de obra, dar empleo apropiado a los trabajadores desocupados o no ocupados plenamente por causas ajenas a su voluntad, a los minusválidos físicos y psíquicos, ancianos y veteranos de la guerra*. Sin embargo, el Código no establece cupos mínimos de empleos para discapacitados en cualquier tipo de organización, pública o privada. Tampoco habilita modalidades especiales de contratación laboral para estas personas o fomenta su empleo con beneficios adicionales para los empleadores.

En la legislación complementaria vinculada al funcionamiento de las autoridades administrativas del trabajo, la ley 253 que crea el Servicio Nacional de Promoción Profesional, prevé entre sus fines la complementación de la formación profesional de los trabajadores afectados, con una capacitación cultural (art. 2° inc. b.-). Sin embargo, el art. 18 de esta misma ley, referido a los beneficiarios que pueden participar de los proyectos de formación profesional, no incluye en su nómina a los trabajadores con discapacidad. El Decreto 15.519/55, que reglamenta la ley de creación del Ministerio de Justicia y Trabajo, no ha previsto repartición con competencia específica en lo concerniente a la inserción laboral de las personas con discapacidad. Lo mismo ocurre con el Decreto N° 3286/64 que organiza la Dirección del Trabajo, autoridad de aplicación en la materia, con el Decreto 28.214/67 que reglamenta las atribuciones de la Dirección General de Recursos Humanos del Ministerio de Justicia y Trabajo y con el Decreto 8421/91 que reglamenta las funciones de la Subsecretaría de Estado del Trabajo y la Seguridad Social dependiente del mismo Ministerio.

⁽⁵⁹⁷⁾ O.E.A., Asamblea General celebrada en Guatemala el 7 de junio de 1999.

⁽⁵⁹⁸⁾ Cristaldo Montaner, Jorge Darío y Cristaldo, Beatriz, *Legislación y Jurisprudencia del Trabajo*, Asunción, año 2002, pág. 246.

En la Ley 1626/2000 “De la función pública”, el artículo 16 preceptúa: “Están inhabilitados para ingresar a la función pública, así como para contratar con el estado: ... d.-) los declarados incapaces en juicio de conformidad a lo establecido en el artículo 73 del Código Civil”; sin embargo, el artículo 23 de la Ley 1626/2000 dispone: “La discapacidad física no será impedimento para el ingreso a la función pública”. En esta ley no existe previsión de cupos laborales para personas con discapacidad física en el ámbito de la administración pública.

3.4.- Uruguay.

Con carácter general, el art. 44 de su Constitución prevé que *El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.- Todos los habitantes tienen el deber de cuidar de su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.* Y por el art. 46, se establece que *El Estado dará asilo a los indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para el trabajo.- El Estado combatirá por medio de la ley y de las Convenciones internacionales los vicios sociales.*

Uruguay también ratificó el Convenio N° 159 de la O.I.T. sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas el cual, de acuerdo con su sistema dualista de paridad normativa, rige en el derecho interno con igual jerarquía que una ley. También ha ratificado, e incorporado a su legislación interna (art. 5° de la ley 16.095), las Declaraciones de los Derechos de los Impedidos y de los Retrasados Mentales, proclamadas por la Organización de las Naciones Unidas con fechas 9/12/75 y 20/12/71, respectivamente.

Con carácter general, se refiere a la situación de las personas con discapacidad la ley 16.095 del 26/10/89.

La ley reconoce como derechos de las personas con discapacidad, entre otros, el respeto a su dignidad humana y a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia, a la readaptación médica y social, a la educación, formación y readaptación profesionales y a su colocación laboral, a estar protegido contra toda explotación, trato discriminatorio, abusivo o degradante (art. 5°).

Por el art. 10 de la ley se crea la Comisión Nacional Honoraria del Discapacitado, con personalidad jurídica propia, pero que actuará en la jurisdicción del Ministerio de Salud Pública. En su constitución, la ley prevé un órgano de dirección colegiado, bajo la presidencia del Ministro de Salud Pública, compuesto por delegados de organismos oficiales a nivel nacional (Ministerio de Educación y Cultura y Administración Nacional de Educación Pública), municipal (Consejo de intendentes), académico (Facultad de Medicina) y organizaciones no gubernamentales (uno por cada organización más representativa de discapacitados). Las facultades conferidas a la Comisión son del tipo consultivas. También la de elaborar proyectos de reglamentación a la ley y de programas destinados al cumplimiento de sus fines. La labor de la Comisión Nacional es complementada con las Comisiones que actúan en cada Departamento de la República, observando en su composición las reglas de integración previstas para la Comisión Nacional.

En materia de formación profesional, se asigna al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el cometido de instalar Centros de Rehabilitación Ocupacional, talleres de producción protegida para el empleo de discapacitados que no puedan desarrollar una actividad laboral competitiva y lo atinente a su inspección (art. 45).

El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y las personas de derecho público no estatales, están obligados a ocupar personas impedidas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción mínima no inferior al 4 % de sus vacantes (art. 42). También se prevé el derecho de preferencia del discapacitado, en las concesiones de uso de bienes de dominio público para la explotación de pequeños comercios, siempre que estén en condiciones de desempeñarse en tales actividades (art. 43).

Para la actividad privada, se prevé que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas, establecerán incentivos y beneficios para las entidades paraestatales y del sector privado que contraten discapacitados en calidad de trabajadores y para las que contraten producción derivada de talleres protegidos (art. 44).

En ambos ámbitos de actividad, se habilita la modalidad de contratación a tiempo parcial a beneficio de los trabajadores con discapacidad que no pueden ocupar un empleo a tiempo completo (art. 46).

Estas disposiciones se ven complementadas con el Decreto 431/99, cuyos términos están destinados a reglamentar la transparencia del procedimiento tendiente a cubrir las vacantes reservadas a las personas con discapacidad en el ámbito de la actividad pública.

4.- Igualdad de trato entre hombres y mujeres (art. 3°).

Por el art. 3° de la *D.S.L.M.* los estados se comprometen a garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

4.1.- Argentina.

Sin perjuicio de las normas infraconstitucionales destinadas a evitar todo tipo de discriminación en razón del sexo, hay cuatro que claramente tienden a la implementación de una igualdad efectiva de oportunidades con relación a las mujeres. Se trata del Decreto 254/98 y las leyes 24.632, 22.250 y 25.674.

Por el Decreto 254/98 se aprueba el llamado "*Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral*" y se constituye el Consejo Nacional de la Mujer, como organismo dependiente de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, que tendrá a su cargo las tareas de coordinación del Plan.

El Consejo Nacional deberá actuar coordinadamente con el Ministerio de Trabajo en el diseño e implementación de políticas, planes y programas operativos que promuevan la incorporación de la mujer al trabajo en igualdad de oportunidades y de trato con los varones (num. 1.1. del *Plan*). Dicha labor incluye, entre otras, tareas de capacitación para los encargados de la formulación de programas específicos, asistencia técnica a los demás organismos gubernamentales y no gubernamentales en proyectos destinados a la generación de puestos de trabajo que contemplen las necesidades e intereses de las mujeres, diseño y ejecución de un programa de orientación laboral para mujeres, impulsar la representación de su sector en los programas de empleo, en la producción,

capacitarlas para la gestión y administración de su propio emprendimiento, difundir entre ellas, los empleadores, organizaciones sindicales y autoridades sus propios derechos, promover la regularización del empleo doméstico, generar instancias administrativas que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato de las mujeres en sus relaciones laborales, elaborar propuestas destinadas a la recepción normativa del Convenio N° 156 de la O.I.T. sobre trabajadores con responsabilidades familiares, analizar y difundir la situación y el aporte de las mujeres trabajadoras mediante indicadores que permitan transparentar la situación de las mujeres en el mercado de trabajo y la seguridad social y estudios de diagnóstico sobre la inserción laboral de la mujer.

Por la ley 24.632 se aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer - Convención de Belém do Pará-. Adquiere relevancia en el tópico en tratamiento, el compromiso asumido por los Estados en el art. 7° de la Convención, *de adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: ... b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;*

Por su parte, la ley 22.250, en su título I sobre *Estímulo al empleo estable*, contiene incentivos para el empleador que incremente su dotación de personal con la incorporación para cubrir un nuevo puesto, de un hombre de 45 años o más, o una mujer jefe de hogar de cualquier edad, o un joven varón o mujer de hasta 24 años (art. 2). En estos casos, será eximido del pago de la mitad de las contribuciones al sistema de la seguridad social. El Decreto reglamentario N° 568/00, extiende esta última nómina al caso de incorporación de personas con discapacidad. Por el art. 3° de la ley, se implementa el apoyo del Gobierno Nacional a los empleadores que contraten como nuevo personal a las citadas personas que cuentan con dificultades de inserción laboral, mediante un subsidio destinado al pago de sus remuneraciones por los doce primeros meses de la relación (Decreto 1173/00).

La ley 25.674 (B.O. 10/03/2003), reglamentada por Decreto 514/03, se ocupó de establecer medidas de discriminación positiva, a efectos de lograr una plena participación del sector femenino en la acción sindical, particularmente, en la integración de las unidades de negociación colectiva y los órganos colegiados de dirección de asociaciones sindicales.

En ambos casos, se impone la participación femenina de manera proporcional a la afiliación de dicho género. Si el porcentaje de afiliadas mujeres resulta inferior al 30 %, ese porcentaje debe verse reflejado en las unidades de negociación colectiva y representación sindical (todos los niveles). Si el porcentaje de mujeres afiliadas supera el 30 %, regirá un mínimo del 30 % para la participación femenina en los citados órganos. En caso de resultar un porcentaje de afiliación con fracción decimal (por ejemplo, 24,3 %), corresponderá redondear hacia el número entero siguiente la participación femenina en el órgano que corresponda (en el ejemplo, quedaría 25 %).

Para el control de cumplimiento de este cupo mínimo femenino, se han previsto dos instancias:

a.-) Negociación colectiva. Juntamente con la designación de los miembros representativos del sector de los trabajadores en la comisión paritaria, corresponderá acreditar ante la autoridad administrativa, que el porcentaje de mujeres afiliadas sobre el total de trabajadores comprendidos en el ámbito de negociación (actividad, rama, empresa, distrito) se ve reflejado en la nómina propuesta.

b.-) Autoridad electoral. La autoridad sindical que intervenga en cualquier acto electoral, con carácter previo a la aprobación de cualquier lista, debe recabar la información correspondiente al porcentaje de mujeres afiliadas en el nivel de representación que se intenta renovar (delegación, consejo directivo) y controlar que dicho porcentaje se vea reflejado (en los términos legales) en la lista. En caso de incumplimiento, la lista puede ser impugnada.

4.2.- Brasil.

En esta materia, el art. 7° de su Constitución, prevé por el inciso XX el derecho de *protección del mercado de trabajo de la mujer, mediante incentivos específicos, en los términos de la ley.*

Por disposición normativa N° 1 del 12 de octubre de 1988, el Ministerio de Trabajo y Empleo dispuso que, en lo concerniente a la jornada de trabajo, horas extras y compensación de horas, incluyendo el trabajo nocturno, resultan aplicables a la mujer los dispositivos que regulan el trabajo masculino, sin perjuicio de mantenerse para la mujer las disposiciones del trabajo de menores.

No se han encontrado medidas positivas tendientes al fomento de empleo femenino.

4.3.- Paraguay.

Por el art. 48 de su Constitución, se establece que *El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.* Por el Capítulo VIII dedicado al trabajo, el art. 89 dispone: *Del trabajo de las mujeres. Los trabajadores de uno u otro sexo tienen los mismos derechos y obligaciones laborales, pero la maternidad será objeto de especial protección, que comprenderá los servicios asistenciales y los descansos correspondientes, los cuales no serán inferiores a las doce semanas. La mujer no será despedida durante el embarazo y tampoco mientras duren los descansos por maternidad. La ley establecerá el régimen de licencias por paternidad.*

En su Código Laboral, el art. 128 prevé por el segundo párrafo que *Las mujeres disfrutarán de los mismos derechos laborales y tienen las mismas obligaciones que los varones.* Las disposiciones siguientes de esta Sección dedicada al trabajo de las mujeres, incluyen modalidades de protección especial para su contingencia de embarazo y maternidad.

Por Decreto N° 17.161 del 22/01/71, se constituye una Dirección de Promoción Social de la Mujer Trabajadora, dentro de la administración pública centralizada. Dicha Dirección depende de la Dirección General de Recursos Humanos del Ministerio de Justicia y Trabajo. La Dirección tiene como objetivo *atender los fines de promoción social, capacitación técnica y profesional de la mujer*

trabajadora, a objeto de brindarle mejores oportunidades de empleo y contribuir en forma más eficaz al bienestar de la familia. A tal fin, se le atribuyen funciones consultivas y de inspección en su temática.

4.4.- Uruguay.

Su Constitución reconoce, por el párrafo 2° del art. 54, que *El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado.*

Por el art. 1° de la ley 16.045 del 2 de junio de 1989 se declara: *"Prohíbese toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y de oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral".*

El artículo siguiente extiende dicha prohibición a los siguientes supuestos: a.-) Llamados para provisión de cargos; b.-) criterios de selección; c.-) reclutamiento y contratación; d.-) criterios de evaluación de rendimiento; e.-) derecho a la promoción y ascenso; f.-) estabilidad laboral; g.-) beneficios sociales; h.-) suspensión y despido, particularmente en los casos de cambios de estado civil, embarazo o lactancia; i.-) posibilidades de formación o reconversión profesionales y técnica; j.-) capacitación y actualización; y k.-) criterio de remuneración.

No se considera discriminación el hecho de reservar a un sexo determinado la contratación para actividades en que tal condición sea esencial para el cumplimiento de las mismas. Tampoco aquellas diferencias orientadas a promover la igualdad de oportunidades y trato para ambos sexos en situaciones concretas de desigualdad (art. 3° de la ley 16.045).

La ley prevé un procedimiento abreviado, originado con denuncia por el trabajador afectado. Se prevén sanciones de multas y, en caso que se trate de hechos de discriminación que deban resolverse con una condena a hacer o dejar de hacer, también se prevé la procedencia de sanciones conminatorias, consistentes en una multa diaria (art. 4° de la ley 16.045).

El Decreto 37/97, reitera la prohibición de todo tipo de discriminación en razón del sexo que viole el principio de igualdad de trato y oportunidades en el empleo de la actividad pública o privada.

En materia de promoción de la igualdad, este Decreto prevé por su art. 6° que no se considerará discriminación por razón de sexo, aquella de carácter compensatorio establecida a efectos de promover la igualdad de oportunidades y trato para ambos sexos en casos específicos de desigualdad.

A estos fines, el Decreto constituye una Comisión Institucional, de carácter consultivo, cuya función es de tipo promocional e informativa a la población, acerca de la problemática de la mujer trabajadora, procurando con ello remover los obstáculos para la utilización de su capacidad.

5.- Trabajadores migrantes y fronterizos (art. 4°).

Por el art. 4° inc. 1° de la *D.S.L.M.*, los Estados Miembros reconocen a todo trabajador migrante, el derecho a la ayuda, información y protección. También la igualdad de derechos y condiciones de trabajo, que con respecto a los nacionales del país donde estuviere ejerciendo sus actividades.

Este inc. 1° ha sido redactado como norma del tipo completa y directamente operativa. También posee la particularidad de ser del tipo *"abierta"*, es

decir, extensiva a ciudadanos de Estados que no sean miembros del Mercosur, con independencia de la reciprocidad que pueda contarse del Estado de nacionalidad del trabajador migrante, para los ciudadanos del Mercosur que se encuentren cumpliendo allí su actividad.

Sin embargo, con relación al numeral 2, los términos empleados por dan cuenta que se trata de una cláusula del tipo programática, no directamente operativa. Allí los Estados “*se comprometen a adoptar medidas tendientes*” a mejorar la situación del trabajador fronterizo, extremo para el cual no basta el simple enunciado de los propósitos aquí mencionados, sino más bien un conjunto de actividades positivas que encaucen hacia dicho fin las normas y prácticas nacionales.

A nivel americano, en el contexto de los derechos de igualdad jurídica y no discriminación, garantizados por el art. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), instrumento incorporado a la D.S.L.M. por su Considerando 4°, se ha dado una importante actividad de jurisdicción internacional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que precisa el alcance de dichos derechos, con respecto a la situación laboral de los trabajadores migrantes que se encuentran en situación irregular, en el territorio de un Estado Parte de la citada Convención.

En efecto, el 10 de Mayo de 2002 el Gobierno de México inició un procedimiento consultivo ante la CIDH con sede en San José, Costa Rica, vinculado con la defensa de los derechos humanos fundamentales -laborales entre ellos- de los trabajadores migrantes mexicanos. Y en el texto de su opinión, la Corte se pronunció en favor del principio de igualdad de trato para los trabajadores migrantes indocumentados.

Específicamente México pidió un pronunciamiento sobre la compatibilidad o no entre decisiones y prácticas de órganos gubernamentales de un Estado basadas en la sola situación migratoria irregular de las personas, por una parte; y por la otra la indiscutible obligación de los países de la OEA de garantizar los principios de igualdad jurídica y no discriminación.

En la extensa opinión de la Corte (⁵⁹⁹) -considerada como “*de gran trascendencia y pionera*” por su Presidente, el Juez Antonio Cancado Trindade-, se analizan los argumentos expuestos en el petitorio. Y se aceptan, en muchas de sus conclusiones, las tesis relativas al respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los migrantes, independientemente de su status migratorio. La Corte parte de la obligación básica de todos los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, consagrados en diversos instrumentos internacionales, como atributos inherentes a la dignidad humana. Los principios de igualdad ante la ley y no discriminación, se encuentran presentes en prácticamente todos los tratados internacionales sobre derechos humanos, como normas imperativas de derecho internacional general (“*jus cogens*”). Sobre dichos principios esenciales descansa todo el orden jurídico internacional y nacional de los Estados. De allí la obligación de garantizar y respetar su cumplimiento incondicional.

La Corte expresa que: “... *la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el*

⁽⁵⁹⁹⁾ CIDH, Opinión Consultiva N° 18/03, San José, Costa Rica, 25/9/2003. El texto completo está disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.

principio de la igualdad y no discriminación, puesto que dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio” (párrafo 118). La Corte reconoce que en ciertas situaciones se permite establecer distinciones legales entre nacionales y extranjeros, como en el caso de los derechos políticos. Sin embargo, dichos tratos diferenciados no pueden desembocar en actos de autoridad que vulneren la dignidad y los derechos fundamentales del ser humano. La tal distinción legal no puede desembocar en una discriminación, por definición violatoria de los derechos humanos, y de los principios más elementales de un Estado democrático de derecho.

La Corte consideró que *“una persona ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estados de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía de goce y ejercicio de esos derechos debe realizarse sin discriminación alguna”* (párrafo 133). De hecho, en la parte final y concluyente de su opinión consultiva, la Corte señala que un Estado resultaría responsable cuando terceros que actúen con su tolerancia o aquiescencia, o respaldados por alguna directriz o política estatal, favorece la creación o el mantenimiento de situaciones de discriminación.

Cabe destacar que antes de emitir opinión, la Corte convocó a dos audiencias públicas para escuchar argumentos orales respecto de la solicitud. Intervinieron 11 Estados miembros, 15 organismos internacionales, y más de 60 ONG, universidades, centros académicos, abogados, estudiantes y otros miembros de la sociedad civil de México, Argentina, Brasil, Ecuador y EEUU.

Las normas actualmente vigentes en las legislaciones internas de los Estados Miembros del MERCOSUR, se ven complementadas con las disposiciones previstas en el Convenio N° 111 de la O.I.T. cuyo tratamiento hemos realizado anteriormente (ver *supra* Capítulo 6, ap. 2), y también con los Protocolos de Asistencia Jurisdiccional en el Mercosur, que contemplan situaciones de clara incidencia en los aspectos vinculados con la igualdad de trato del trabajador extranjero con el nacional.

Así, por el art. 3° del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, que ya ha alcanzado plena vigencia en el derecho interno de cada Estado Miembro, se ha dispuesto la igualdad de trato en los procesos judiciales: *“Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses”*. Y con relación a estas personas, el art. 4° aclara que *“Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte”*.

Esta norma convive con otras del derecho interno de cada uno de los Estados Miembros, las que en algunos casos resultan compatibles con el enunciado del art. 4° inc. 1° de la *D.S.L.M.* y, en otros casos, la incompatibilidad es manifiesta. Veamos.

5.1.- Argentina.-

La legislación argentina resulta coherente con el proyecto inmigratorio que, hacia 1853/60, caracterizaba la política nacional y en esos términos fue insertado en la Constitución. Se trataba de un proyecto que, en lo elemental, se circunscribía a la inmigración “*européa*” aunque no con carácter excluyente. Como resabio de dicho fin, el art. 25 de la Constitución ha mantenido en su primera parte que “*El Gobierno federal fomentará la inmigración europea*”, pero, del mismo modo, por el *Preámbulo* se deja en claro el carácter abierto de dicha política “*y para todos los ciudadanos del Mundo que quieran habitar en el suelo argentino*” y el reconocimiento de la igualdad de los derechos civiles del extranjero con los nacionales, no queda restringido a procedencia nacional de ningún tipo.

Es en este sentido que la Constitución también ha dispuesto con carácter amplio el principio de igualdad ante la ley en su art. 16 y, específicamente destinado a los extranjeros, por su art. 20 que “*Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano*” realizando a continuación una descripción meramente enunciativa de tal categoría de derechos, siendo de relevancia a estos fines el de “*ejercer su industria, comercio y profesión*”. Integra la nómina de derechos civiles, el “*de trabajar y ejercer toda industria lícita*” del art. 14 (contemporáneo, en su redacción, al art. 20) y también del art. 14 bis, toda vez que los derechos sociales incorporados en la reforma de 1957 constituyeron un agregado a la nómina de *derechos civiles* del art. 14 y, de este modo, participan del género de estos derechos a los fines previstos por el art. 20, aunque su estructura sea diferente por exigir conductas positivas por parte del Gobierno.

En la regulación del derecho individual del trabajo, la L.C.T. sigue estos principios de apertura, resaltando en el art. 17 que “*se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de ... nacionalidad ...*”.

Sin embargo, en materia de régimen de asociaciones sindicales, el art. 18 de la ley 23.551, por su segundo párrafo, exige que “*El 75 % (setenta y cinco por ciento) de los cargos directivos y representativos deberán ser desempeñados por ciudadanos argentinos, el titular del cargo de mayor jerarquía y su reemplazante estatutario deberán ser ciudadanos argentinos*”.

5.2.- Brasil.-

La Constitución de Brasil, comienza su art. 5° estableciendo que *Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, en los siguientes términos: y por el inciso XIII, agrega: es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión atendiendo a las calificaciones profesionales que la ley establezca.*

En materia de derechos sociales, regulados en el art. 7°, si bien hay disposiciones tendientes a garantizar la no discriminación salarial o de admisión al empleo por razones de *sexo, edad, color o estado civil* (inciso XXX) y de admisión para el trabajador portador de discapacidad (inciso XXXI), ninguna disposición declara extensivos estos derechos al extranjero.

Hemos visto más arriba el consenso doctrinario en interpretar las previsiones del art. 7°, como complementarias a la regla de no discriminación con motivo de la nacionalidad, que surgiría del art. 5° de la misma Constitución.

En esta línea se circunscribe la ley 9.029 del 13 de abril de 1995, que es posterior a la reforma constitucional de 1988 y declara “*prohibida la adopción*

de cualquier práctica discriminatoria y limitativa con efectos en el acceso a la relación de empleo, o su mantenimiento, por motivos de ... origen ...”.

Pero resultan claramente incompatibles con estos principios y con el art. 4° inc. 1° de la *D.S.L.M.*, las previsiones del Título III de su C.L.T. sobre *Normas especiales de tutela en el empleo*, el Capítulo II denominado *Nacionalización del trabajo* (arts. 352 a 371), que incorpora a dicho cuerpo la llamada *ley de los 2/3* dictada en Brasil por los años 30. Por estas normas se exige, para todo empleo que cuente con tres o más trabajadores, una proporción de 2/3 de dependientes de nacionalidad brasileña o portuguesa (arts. 353 y 354). El art. 359 prohíbe la contratación de extranjeros que no cuenten con documento de identidad extendido por las autoridades de Brasil, lo cual exigiría una previa regularización de su residencia (art. 366). Y el art. 358 establece por su *Parágrafo único*: *En los casos de falta o cesación de trabajo, el despido del empleado extranjero debe preceder al del brasileño que ejerza función análoga.*

Por último, cabe también recordar que estas disposiciones son incompatibles con el Convenio N° 122 de la O.I.T. sobre políticas de empleo, que ha ratificado Brasil, cuyo art. 1°, inc. 2°-c.-) expresamente incluye a la *procedencia nacional* entre las causales de exclusión que se deben evitar en las políticas destinadas al fomento de empleo.

5.3.- Paraguay.-

La Constitución de Paraguay omite cualquier referencia específica a los extranjeros. Si bien la regla de igualdad ante la ley tiene un sentido amplio, está destinada a *“los habitantes”*, aunque en materia de prohibición de discriminación, el enunciado que sigue en este mismo artículo 46 no prevé distinciones de cualquier tipo, lo que incluye a los extranjeros, que no podrían ser discriminados en base a la nacionalidad.

El art. 88 de dicha Constitución, incluido en el Capítulo VIII de los derechos sociales, complementa esas disposiciones prohibiendo la discriminación por diversas causales, incluyendo *motivos étnicos*, pero nada prevé acerca de la nacionalidad.

El art. 87 es claramente incompatible con el art. 4° numeral 1° de la *D.S.L.M.*, en cuanto dispone que en las políticas de pleno empleo que promoverá el Estado, dará *preferencia al trabajador nacional*.

Paraguay también ratificó el Convenio N° 122 de la O.I.T. sobre política de empleo, y resulta que esta previsión de su Constitución es francamente incompatible con el art. 1° inc. 2-c.-) del Convenio, toda vez que por dicho instrumento los Miembros se obligan a garantizar la igualdad de trato y la no discriminación por razones de *procedencia nacional*, precisamente en las políticas de pleno empleo donde la Constitución paraguaya manda dar *preferencia al trabajador nacional*.

En el Código Laboral, cuando se prevén las causales de exclusión comprendidas en la regla de no discriminación del art. 9°, no hay mención a la nacionalidad.

Sin embargo, el art. 3° de dicho Código hace extensivas sus normas *“a todos los trabajadores y empleadores de la República, sean nacionales o extranjeros”*, con lo cual quedaría subsanada la hermenéutica vinculada a la

discriminación, pero subsiste la incompatibilidad derivada de la preferencia al nacional en las políticas de empleo.

Merece destacarse la particularidad de este Código con relación a los demás regímenes internos de los Estados Miembros, en el sentido que se ocupa de regular las condiciones de contratación de paraguayos para cumplir funciones fuera de su país. Se trata del art. 57, que establece: *Todo contrato celebrado por trabajadores paraguayos para la prestación de servicios fuera del país, deberá ser aprobado y registrado por la Autoridad Administrativa del Trabajo y visado por el Cónsul de la Nación donde deberá prestar los servicios.- Son, además, cláusulas indispensables para esta clase de contratos: a.-) Que los gastos de transporte y alimentación del trabajador, de su mujer e hijos en su caso, así como los derivados del cumplimiento de las leyes sobre emigración, sean por cuenta y a cargo del empleador; b.-) que el empleador preste fianza suficiente a juicio de la autoridad administrativa del trabajo, para garantizar los gastos de repatriación del trabajador y su familia, cuando el traslado de ésta al extranjero, haya sido por cuenta de aquél; y c.-) que el trabajador tenga veinte años, salvo que fuera contratado conjuntamente con un familiar mayor de edad pariente por consanguinidad hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo grado.*

5.4.- Uruguay.-

No hay norma expresa destinada a garantizar la igualdad de trato entre el trabajador extranjero y el nacional.

Su ley antidiscriminación, N° 16.045, parece acotar el alcance de sus disposiciones “*al principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos*” (art. 1°), es decir, entre el hombre y la mujer, con lo cual quedaría fuera de regulación el tema del origen nacional.

Uruguay ratificó el Convenio N° 111 de la O.I.T. que no prevé a la nacionalidad como causales de exclusión, dentro de las comprendidas en la regla de no discriminación. Pero sí ratificó el Convenio N° 122 que expresamente la recibe, a los fines de la política de empleo, en su art. 1° inc. 2-c.-).

6.- Eliminación del trabajo forzoso (art. 5°).-

Por esta norma se reconoce, con carácter operativo, la libertad de trabajo o derecho al trabajo libre (inc. 1°). Con carácter programático, por los incisos 2° y 3° los Estados se obligan a eliminar toda forma de trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena y para el cual la persona no se ofrece voluntariamente, como asimismo la utilización de mano de obra que propicie, autorice o tolere el trabajo forzoso u obligatorio. Con carácter directamente operativo, el inciso 4° declara suprimida toda forma de trabajo forzoso u obligatorio que encuadre en las previsiones que describe en sus cinco incisos: a.-) como medio de coerción o de educación política o como castigo por no tener o expresar el trabajador determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b.-) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c.-) como medida de disciplina en el trabajo; d.-) como castigo por haber participado en huelgas; y e.-) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

De este enunciado, se derivarían tres cuestiones a abordar para el análisis de la legislación interna, a saber:

a.-) Reconocimiento de la libertad de trabajar, como derecho de la persona a elegir libremente una actividad. Se trata de un derecho de primera generación, ya que las medidas tendientes al derecho “al” trabajo, propiamente dichas, a lograr por los Estados mediante el fomento del empleo, se encuentran contempladas en el art. 14 de la *D.S.L.M.*

b.-) Trabajo forzoso. Hay aquí dos supuestos. El primero de ellos, tiene que ver con la legislación penal de cada Estado Miembro, en el sentido de evitar que por esa vía, se imponga al reo la obligación de realizar tareas en lugar de sufrir una condena. Todos los Estados ratificaron los Convenios Nros. 29 y 105 de la O.I.T. sobre abolición del trabajo forzoso, los cuales contemplan el compromiso de evitar que este tipo de tareas cumplidas bajo regímenes de *probation* queden circunscriptas a la actividad comunitaria o benéfica y alejadas de la producción de bienes y servicios, aspectos estos que hemos ya tratado anteriormente. En esta última esfera se ubica, asimismo, la previsión del inc. 4-b.-), esto es, el trabajo forzoso con fines de fomento económico, práctica que quedaría abolida por el carácter operativo que adopta la redacción del inciso. En un segundo supuesto, la redacción de la norma parece aludir a situaciones de trabajo forzoso “*de hecho*”, que pueden suceder mayormente en áreas alejadas de actividad rural, donde los servicios administrativos de inspección del trabajo no logran cumplir adecuadamente las tareas de control que impidan estas prácticas de “*trabajo esclavo*”, por lo general llevadas a cabo de manera clandestina. El compromiso asumido por el inciso 3° tiene que ver con la adopción de “*medidas que garanticen*” la erradicación de este flagelo, lo cual solo puede ser logrado mediante un refuerzo en los mecanismos de control a los que se refiere la *D.S.L.M.* por el art. 18.

c.-) Sanciones que involucren tareas como castigo o discriminación. Son los casos previstos por el inciso 4°, cuya redacción denota el carácter operativo de su enunciado (“*Especialmente suprímese ...*”), en los ítems a.-), c.-), d.-) y e.-). Los tres primeros casos tienen que ver con la reglamentación que han hecho las legislaciones en materia de poder disciplinario del empleador, el último, es propio del principio de no discriminación adoptado por el art. 1° de la *D.S.L.M.* y que ya hemos tratado anteriormente.

Teniendo en cuenta que hemos arribado anteriormente los aspectos vinculados al contenido de los Convenios 29 y 105 de la O.I.T., ratificados por los cuatro Estados, allí nos remitimos en lo concerniente al inciso 2° de este artículo. La cuestión vinculada con los sistemas de inspección del trabajo, a los que se refiere el inciso 3°, serán abordadas en oportunidad de tratar el art. 18. Veremos aquí, a continuación, como han abordado las legislaciones los restantes enunciados de este tópico (libertad de trabajo y trabajo forzoso como sanción).

6.1.- Argentina.

La libertad de trabajo se encuentra consagrada en la Constitución como un derecho de primera generación, en el art. 14: *Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: ... de trabajar y ejercer toda industria lícita.* Complementan esa previsión, el art. 17 en cuanto prevé que *Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley.* También el art. 15, en cuanto declara que *En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución.*

La L.C.T. admite el poder de dirección del empleador (art. 65) y, como aspecto inherente a este instituto, reconoce su facultad de aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador (art. 67). Las sanciones disciplinarias que consistan en la realización de trabajos extraordinarios no son admitidas por la L.C.T., toda vez que ello importaría legitimar una sanción que consista en modificar los términos del contrato de trabajo, mediante la asignación de tareas extraordinarias al trabajador. El art. 69 de la L.C.T. expresamente lo prohíbe: *No podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan modificación del contrato de trabajo.*

Por último, cabe agregar que la ley 24.316 incorporó al Código Penal la llamada *probation* (“*suspensión del juicio a prueba*”), como arts. 27 bis, 76 bis a 76 cuater. La figura está destinada en general al imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años. Estas personas pueden beneficiarse con el instituto, que importa la suspensión de la condena, a cambio del cumplimiento de ciertas reglas de conducta a fijar por el Magistrado, entre las cuales se encuentra la de *Realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo* (art. 27 bis, inc. 8°). No hay así margen normativo para extender este régimen a trabajos productivos en empresas privadas.

6.2.- Brasil.

El art. 5° de su Constitución consagra a todas las personas, sean nacionales o extranjeros, el derecho a la *libertad*, que comprende: *que nadie sea obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa salvo en virtud de previsión por ley* (inc. II.-) y que *nadie será sometido a tortura o tratamiento deshumano o degradante* (inc. III.-). La libertad de trabajo, como derecho de primera generación, se encuentra contemplada en el inciso XIII: *es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, respetando las calificaciones profesionales que la ley establezca.*

Por este mismo artículo se establecen algunas limitaciones a la legislación penal, con clara incidencia en el tópico en tratamiento. Tal es el caso del inciso XLVII, por el cual se prohíben las penas que consistan en *trabajos forzados*

En su C.L.T. no hay regulación alguna sobre sanciones disciplinarias, extremo que ha llevado a parte de su doctrina a sostener la inexistencia de un poder disciplinario⁽⁶⁰⁰⁾. Otro sector interpreta que el poder disciplinario se encuentra reglamentado en el art. 474 de la C.L.T.: *La suspensión del empleado por más de 30 días consecutivos importa una rescisión injustificada del contrato de trabajo*⁽⁶⁰¹⁾.

La jurisprudencia brasileña ha admitido solo tres tipos de sanciones disciplinarias: la advertencia, suspensión disciplinaria y ruptura contractual por justa causa⁽⁶⁰²⁾.

⁽⁶⁰⁰⁾ LAMARCA, Antonio: *Manual das Justas Causas*, ed. RT, Sao Paulo, 1977.

⁽⁶⁰¹⁾ Carrión, Valentín, *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, cit., pág. 338; Nascimento, Amauri Mascaro, *Iniciação ao direito do trabalho*, 27° edición, editorial LTr, San Pablo 2001, pág. 207; Bueno Magano, Octávio, *Manual de direito do trabalho*, editorial LTr, San Pablo 1992, Vol. II, pág. 209.

⁽⁶⁰²⁾ Delgado, Mauricio Godinho, *Curso de direito do trabalho*, 1° edición, editorial LTr., San Pablo 2002, pág. 645.

No se admiten otros tipos de sanciones que incidan en la prestación laboral como ser trabajos extraordinarios o forzados, por cualquier motivo.

6.3.- Paraguay.

En esta materia, el art. 10 de su Constitución, titulado *De la proscripción de la esclavitud y otras servidumbres*, dispone que *Están proscriptas la esclavitud, las servidumbres personales y la trata de personas. La ley podrá establecer cargas sociales en favor del Estado.*

De manera coincidente, el Art. 10 de su Código Laboral establece que *No se reconocerá como válido ningún contrato, pacto o convenio sobre trabajo, en el que se estipule el menoscabo, sacrificio o pérdida de la libertad personal*, y el art. 13 que *Nadie podrá ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución de autoridad competente fundada en ley; ni obligado a prestar servicios personales, sin su pleno consentimiento y una justa retribución.*

El art. 353 del Código Laboral enumera las sanciones disciplinarias posibles en el Contrato de Trabajo a saber: *"a) suspensión del trabajo y salario, hasta 8 días; b) simple amonestación verbal; c) apercibimiento por escrito; d) traslado de lugar de trabajo, de conformidad con el inciso n) del art. 81; e) postergación temporal de ascenso; y f) la enumeración precedente no implica orden de prelación ni jerárquico. Las partes podrán convenir otras medidas disciplinarias, no contrarias a este Código".*

La cuestión vinculada con el traslado del lugar de trabajo, tiene que ver con el régimen particular de los llamados *empleos de confianza*. A esta categoría se refieren, en el ámbito del Mercosur, solo las legislaciones de Brasil y Paraguay. Por el citado art. 353 del Código Laboral, se faculta al empleador a cambiar el lugar de trabajo fijado para estos trabajadores, con motivo de *pérdida de confianza* (art. 81 inc. n.-).

En este contexto de reglamentación del poder disciplinario, no hay marco normativo que permita al empleador sancionar al trabajador, por cualquier motivo, con trabajos forzados o extraordinarios.

6.4.- Uruguay.-

Su Constitución consagra la libertad de trabajo por el art. 7°: *Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su ... trabajo ... Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.* En sentido coincidente, el art. 36 establece que *Toda persona puede dedicarse al trabajo ... o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.*

No cuenta con normas a través de las cuales se reconozca o reglamente el poder disciplinario del empleador. Sin embargo, doctrinaria y jurisprudencialmente se reconoce que como consecuencia del ejercicio del poder de dirección sobre la marcha de su establecimiento, el empleador tiene una potestad disciplinaria respecto de los trabajadores que no puede ser ejercida en forma

arbitraria ⁽⁶⁰³⁾.

Jurisprudencialmente se han ido delineando las sanciones disciplinarias que, dentro del marco citado, puede aplicar el empleador, tales como la observación o apercibimiento verbal, el apercibimiento o amonestación escrita; las suspensiones por plazo determinado sin goce de sueldo y el despido como máxima sanción. No son admitidas las multas pecuniarias como sanción disciplinaria.

7.- Trabajo infantil y de menores (art. 6°).

El art. 6° de la *D.S.L.M.* se ocupa de esta temática a lo largo de seis incisos. En orden a la comparación de su contenido con las normas vigentes en el derecho interno de cada Estado Miembro, advertimos que en la redacción de este art. 6° encontramos enunciados operativos, programáticos y en algunos casos, una conjunción de ambos.

El inciso 1° comprende, como enunciado normativo completo, consistente en fijar, como edad mínima de admisión al empleo, aquella en la que se concluye la escolaridad obligatoria.

Los incisos 2° y 3° son del tipo programático. Los Estados se comprometen a orientar sus políticas y acciones hacia los fines allí definidos, esto es, la abolición del trabajo infantil, la elevación de la edad mínima de admisión al empleo y la adopción de otras medidas que posibiliten el desarrollo físico, intelectual, profesional y moral de los menores.

Los incisos 4° y 5° contienen disposiciones autoejecutables y una programática. En la primera categoría se ubican la no admisión de la extensión de la jornada de trabajo de los menores con realización de horas extras y la prohibición de su trabajo en horarios nocturnos, ambientes insalubres, peligrosos o inmorales. La previsión programática tiende a la regulación de un régimen de limitación de jornada especial para los menores.

El inciso 6° puede dar lugar a dos interpretaciones posibles. Textualmente indica que *La edad de admisión a un trabajo con alguna de las características antes señaladas no podrá ser inferior a los 18 años*. La expresión *no podrá ser* reviste un carácter singularmente compleja, atendiendo a la circunstancia que, como se verá seguidamente, las legislaciones internas de los estados miembros han adoptado, en su mayor parte, la edad mínima de admisión al empleo de 14 años. Brasil, por enmienda constitucional de 1998, elevó la edad mínima de 14 a 16 años, edad que tampoco se ajusta a la previsión contenida en la *D.S.L.M.*

De asignarse carácter operativo a esta cláusula, sus efectos serían inmediatos en dichas legislaciones, aunque con distintas variantes derivadas de las asimetrías en sus sistemas de prelación de fuentes.

La argumentación contraria, es decir, que carece de contenido operativo y se limita a establecer un fin a alcanzar con el previo desarrollo económico y social, sería más coherente con el resto del articulado. Teniendo en cuenta que las legislaciones internas fijan la edad mínima de admisión al empleo en los 14 o 16 años (Brasil), alcanzándose la plena capacidad laborativa a los 18. De

⁽⁶⁰³⁾ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, cit., pág. 382 y 383; Pérez del Castillo, Santiago, *Manual práctico de normas laborales*; 7° edición; editado por Fundación de Cultura Universitaria; Montevideo, 1992; pág. 149.

sostenerse que la edad mínima de admisión al empleo sería esta última, no tendrían terreno de aplicación las limitaciones fijadas en materia de jornada y condiciones de trabajo (actualmente fijadas para la edad comprendida entre los 14 ó 16 y los 18 años), toda vez que habría coincidencia entre la edad mínima de admisión propuesta y la plena capacidad laboral (18 años).

De allí que nos inclinemos por interpretar que el inciso 6° tiene un enunciado del tipo programático. Con la elevación de la edad mínima de admisión al empleo a los 18 años, se requerirá exigir los 21 años de edad para la plena capacidad laboral, reajustando así las disposiciones especiales del trabajo de menores para las edades comprendidas entre los 18 y los 21 años, quedando en general prohibido el empleo de menores de 18 años en cualquier actividad.

Con tal criterio, la interpretación propuesta compatibiliza los seis incisos de este artículo y logra convivir con los contenidos directamente operativos a los que antes se hizo referencia, cuyo terreno de aplicación estará dado para la edad comprendida entre la finalización de la escolaridad obligatoria y los 18 años de edad que, por el momento, se ha fijado como el tiempo de adquisición de la plena capacidad laborativa.

7.1.- Argentina.

El trabajo de menores cuenta con normas de tutela especial, derivadas básicamente de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, convenios de la O.I.T. ratificados por la Argentina, normas de la Ley de Contrato de Trabajo y algunas disposiciones de la ley 24.013 llamada "*Ley Nacional de Empleo*".

También resultan de aplicación supletoria las normas del Código Civil que regulan la capacidad de las personas y la representación promiscua (conjunta con representantes legales) que debe ejercer el Ministerio Público en todo proceso donde se encuentre comprometido el interés de un menor. Para el Código Civil se es menor de edad hasta los 21 años.

Por el art. 32 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la Argentina se ha obligado a reconocer "*el derecho del niño a estar protegido 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*". Con tal propósito, el inc. 2° de dicha normativa establece que deberá fijar "*una edad o edades mínimas para trabajar*", disponer la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo y estipular las penalidades u otras sanciones adecuadas para asegurar la aplicación efectiva de estas obligaciones.

En materia de Convenios de la O.I.T., la Argentina ha ratificado el Convenio N° 5, sobre la edad mínima en la industria (ley 11.726), el N° 7 sobre la edad mínima para el trabajo marítimo (ley 11.726), el N° 10 sobre la edad mínima en la agricultura (ley 12.232), el N° 33 sobre la edad mínima en trabajos no industriales (ley 12.727), el N° 138 sobre la edad mínima (ley 24.650) y el N° 182 sobre prohibición de las peores formas de trabajo infantil (ley 25.255).

No obstante la edad mínima fijada por el Convenio N° 138 de la O.I.T., la Argentina en oportunidad de ratificarlo hizo uso de la opción prevista en el art. 2.4. que autoriza al "*Miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados*" para "*especificar inicialmente una edad mínima de*

catorce años" ⁽⁶⁰⁴⁾.

En materia de capacidad y edad mínima de admisión al empleo, la L.C.T. contiene normas específicas que vienen a modificar las del Código Civil en lo concerniente al trabajo y a la capacidad del menor para ciertos actos. En ella los menores tienen un título propio, el N° VIII que comprende los arts. 187 a 195. También se encuentra destinado a los menores gran parte del Capítulo III del Título I (arts. 32 a 35).

En sus arts. 32 a 35 se establecen los requisitos esenciales y formales del contrato de trabajo. En materia de capacidad, el art. 32 establece que los menores desde los 18 años y la mujer casada sin autorización del marido, pueden celebrar contrato de trabajo. Es decir, la plena capacidad laboral se adquiere a los 18 años de edad. Los mayores de 14 y menores de 18, que con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos, gozan de aquella misma capacidad para celebrar contrato de trabajo, con lo cual, para la L.C.T. la edad mínima de admisión al empleo estaría así fijada en los 14 años.

Estos menores (mayores de 14 y menores de 18) que ejercieren cualquier tipo de actividad en relación de dependencia, se presumen suficientemente autorizados por sus padres o representantes legales, para todos los actos concernientes al mismo. Resulta poco frecuente que la autorización para contratar pueda ser constatada por el empleador, debiendo admitirse que el menor está autorizado por el solo hecho de efectivizar el contrato de trabajo sin oposición de sus padres o tutores ⁽⁶⁰⁵⁾.

Vale decir que los menores desde los 14 años tienen capacidad para celebrar contrato de trabajo. Esta disposición legal concuerda con la edad mínima de admisión en el empleo prevista en los Convenios Nros. 5, 7 y 33 de la O.I.T. ⁽⁶⁰⁶⁾, todos ellos ratificados por la Argentina, que fijaron la edad mínima en catorce años, admitiendo su incorporación prematura cuando las tareas se desarrollen en empresas u otros lugares donde se hallan ocupados solo miembros de la familia del empleador, o cuando ellas se realicen en escuelas técnicas, aprobadas y vigiladas por la autoridad pública.

Los menores a partir de los 18 años están asimilados a los trabajadores adultos, es decir que adquieren plena capacidad a los fines laborales. Regulación similar advertimos en el Convenio N° 182 de la O.I.T., cuyo art. 2 califica como "niño" a toda persona menor de 18 años de edad.

El art. 33 de la L.C.T. dispone que los menores, desde los 14 años, están facultados para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios o mediante el instrumento otorgado en la forma que prevén las leyes locales, con la intervención promiscua del Ministerio Público.

Respecto de las facultades que poseen los menores para administrar libremente y disponer de sus bienes, nos dice el art. 34 de la L.C.T., que

⁽⁶⁰⁴⁾ Etala, Carlos Alberto, *Reseña actualizada de la regulación del trabajo de menores*; O.I.T., Oficina de Área para Argentina, Paraguay y Uruguay; pág. 3.

⁽⁶⁰⁵⁾ Fernández Madrid, Juan Carlos y Santiago, *Práctica Laboral*, Errepar, Buenos Aires 1992; pág. 138.

⁽⁶⁰⁶⁾ Con posterioridad, el Convenio N° 5 de la O.I.T. fue objeto de revisión en 1937 por el Convenio N° 59, en 1973 por el Convenio N° 138 y en 1999 por el Convenio N° 182.

los mismos desde los 18 años tiene libre administración, y disposición del producto del trabajo que ejecuten, regidos por esta ley, y de los bienes de cualquier tipo que adquieran con ello, estando a tal fin habilitados para el otorgamiento de todos los actos que se requieran para la adquisición, modificación o transmisión de derechos sobre los mismos. El art. 35 de la L.C.T. dispone que los menores emancipados por matrimonio, aún antes de los 18 años, también gozarán de la plena capacidad laboral.

En el art. 187 de la L.C.T., se establecen disposiciones generales, relativas a las condiciones de trabajo de menores, igualdad de remuneración aprendizaje y orientación profesional.

En cuanto al objeto de contratación, la citada normativa establece que los menores de uno u otro sexo, mayores de 14 años y menores de 18 años podrán celebrar toda clase de contratos de trabajo, en las condiciones anteriormente tratadas. Las reglamentaciones, convenciones colectivas de trabajo o tablas de salario que se elaboren, garantizarán al trabajador menor la igualdad de retribución, cuando cumpla jornadas de trabajo o realice tareas propias de trabajadores mayores.

Por el art. 188 de la L.C.T. se obliga a todo empleador que contrate trabajadores de uno u otro sexo, menores de 18 años, a exigir de los mismos o de sus representantes legales, un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo, y someterlos a los reconocimientos médicos que acredite su aptitud para el trabajo, y someterlos a los reconocimientos médicos periódicos que prevean las reglamentaciones respectivas. Esta previsión guarda coherencia con los Convenios Nros. 77 y 78 de la O.I.T. (ratificados por las leyes 14.329 y 12.232 respectivamente), que exigen un previo examen médico de los menores, tanto para tareas industriales como no industrial.

Para los menores de menos de 14 años de edad, su contratación es prohibida en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro (art. 189 de la L.C.T.). La misma norma habilita tal tipo de contratación, con carácter excepcional, cuando medie autorización del Ministerio Pupilar, se trate de empresas en que sólo trabajen los miembros de la misma familia y siempre que no se trate de ocupaciones nocivas, perjudiciales o peligrosas, ni se comprometa la educación obligatoria. Se podrá otorgar una autorización especial para un menor que no haya completado dicha educación cuando se demuestre que su actividad es esencial para el mantenimiento de su familia.

Tampoco podrá contratarse mayores de 14 años comprendidos en la edad escolar que no hayan completado su período de instrucción obligatoria. Pero el Ministerio Pupilar puede también en estos casos autorizar al menor cuando su trabajo fuese indispensable para su subsistencia o la de sus familiar directos, siempre que simultáneamente se llene en forma satisfactoria el mínimo de instrucción escolar exigido (art. 189, pár. 3º, L.C.T.).

Dado que la Ley Federal de Educación N° 24.195 prevé un ciclo de educación básica inicial, entre los 3 a 5 años, al que sigue el de educación básica obligatoria, de 9 años de educación a partir de los 6 años (art. 10 inc. b), en la práctica, se deberá elevar a 15 años la edad mínima del art. 189 de la L.C.T. toda vez que con anterioridad el menor no estaría en condiciones de haber concluido su

educación básica obligatoria ⁽⁶⁰⁷⁾.

En materia de jornada de trabajo, los menores están sometidos a un régimen especial y se les restringe la ocupación en determinados empleos. Las excepciones previstas por la ley 11.544 de jornada de trabajo, no son aplicables a los menores, porque importarían superar los límites indicados como máximos. De ahí que a su respecto no pueda aceptarse el cumplimiento de horas extras, aunque doctrinariamente se ha sostenido que es admitida una jornada superior a la máxima prevista para menores en aquellos casos de accidente o de fuerza mayor, cuando por la necesidad de la circunstancia y lo limitado y excepcional del supuesto, así lo requieran conforme lo dispone el art. 89 de la L.C.T. ⁽⁶⁰⁸⁾.

La jornada de los menores, de 14 a 18 años, es de 6 horas diarias y de 36 horas semanales, -sin perjuicio de la distribución desigual de las horas laborables- y se entiende que están prohibidas las horas extras como medida protectoria (conf. art. 190, de la L.C.T.), en cuyo caso la jornada diaria no podrá exceder de siete horas y no se extenderá más allá de las 13 horas del día sábado (art. 1º, inc. b) decreto 16.115/33, aplicable a falta de norma en contrario ⁽⁶⁰⁹⁾.

El art. 190 de la L.C.T. admite, para los menores de 16 a 18 años, que en situaciones especiales y con autorización expresa de la autoridad administrativa, su jornada pueda ser extendida hasta 8 horas diarias o 48 horas semanales, pero manteniendo a su respecto la prohibición de trabajar horas extras. La misma norma prohíbe el empleo de menores en jornada nocturna, entendiéndose que la misma es la que se extiende entre las 20 horas de un día y las 6 horas del día siguiente.

El menor que cumpla tareas en condiciones prohibidas, esto es, horas en exceso de la jornada admitida, trabajos en actividades peligrosas o insalubres, etc., no pierde por ello su derecho al cobro de la remuneración normal o extraordinaria pertinente. Ello así, puesto que todas las prohibiciones dirigidas al objeto del contrato están dirigidas al empleador (art. 40, L.C.T.) de manera tal que este no puede alegar su propio incumplimiento para retener el pago de salarios.

Respecto de la prohibición de trabajar el descanso semanal – sábados desde las 13.00 hasta las 24.00 horas del día siguiente -, pese a admitirse excepciones, el art. 206 de la L.C.T. establece que, en ningún caso se podrán aplicar las excepciones que se dictan a los trabajadores menores de 16 años. Vale decir, los trabajadores de ambos sexos, a partir de los 16 años, pueden trabajar en día domingo, en situaciones de excepción reglamentadas, gozando del descanso compensatorio como los trabajadores adultos.

La ley prohíbe encargar la ejecución de trabajos a domicilio a los menores (también a las mujeres) ocupados en algún local u otra dependencia de la empresa (art. 175 de la L.C.T., por la remisión que hace el art. 191, de la misma ley). Con esta salvedad, queda claro que la prohibición comprende a aquellos menores o mujeres contratados bajo cualquier régimen que no sea el propio del trabajo a domicilio que cuenta con regulación especial y siempre se trata del domicilio del

⁽⁶⁰⁷⁾ Etala, Carlos Alberto, *Reseña actualizada de la regulación del trabajo de menores*, cit., pág. 5.

⁽⁶⁰⁸⁾ Martínez Vivot, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1981, pág. 78.

⁽⁶⁰⁹⁾ Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado Práctico del Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Buenos Aires 1990, Tomo II, pág. 1896.

trabajador. Vale aclarar también, que la prohibición dirigida al empleador de contratar trabajos en su domicilio esta orientada a la mujer o el menor que a la vez se desempeña dentro de un local u otra dependencia de la empresa, toda vez que por tal proceder se podría eludir el cumplimiento de las normas en materias de jornada limitada y/o máxima prevista para estos trabajadores (arts. 191 y 175, L.C.T.)⁽⁶¹⁰⁾.

Sobre las tareas penosas, peligrosas e insalubres, el art. 175 de la L.C.T. declara la prohibición de ocupar a mujeres –y, por remisión del art. 191 de la misma ley, también a menores- en trabajos que revistan el carácter penoso, peligroso o insalubre. Corresponde a la reglamentación determinar las industrias comprendidas en esta prohibición. Con el propósito de garantizar la salud, higiene, seguridad y moralidad de los menores, se prohíbe a su respecto que cumplan actividad laboral en tareas que puedan merecer ese calificativo. A tal fin puede considerarse penosa las tareas que importen una incomodidad de mayor grado en su realización, peligrosas las que impliquen un necesario riesgo en su ejecución e insalubres las que por la forma y demás circunstancias en que se las cumplan expongan a quienes las realiza a contraer enfermedades que pueden, también en mayor o menor grado, vincularse con el trabajo y sus diferentes frecuencias⁽⁶¹¹⁾.

La ley 11.417, modificada por las leyes 18.624 y 20.744, contiene una descripción de las tareas de este tipo, en las cuales queda prohibida la contratación de mujeres y menores de 18 años. En sus arts. 10 y 11, describe como tareas prohibidas para las mujeres y menores, entre otras, a las siguientes: a.-) la destilación de alcohol y la fabricación o mezcla de licores, b.-) la fabricación de cualquier otra materia colorante tóxica, c.-) la fabricación, manipulación o elaboración de explosivos, d.-) la carga y descarga de navíos, e.-) trabajos en canteras y trabajos subterráneos, f.-) en el engrasado y limpieza de maquinarias en movimientos. Resulta obvio, que este tipo de prohibición particular se impone por el esfuerzo que el trabajo exige, o bien por el peligro que puede representar su ejecución, así como por el lugar donde se desarrollan.

Originariamente, por Decreto 32.412/45, se impuso a los menores de dieciocho años y mayores de catorce años que trabajaban en situación de dependencia en la actividad industrial, la tenencia de una libreta de ahorro, donde el empleador depositaba un porcentaje de su sueldo. La ley de Contrato de Trabajo reiteró en su texto original aquella obligación, haciéndola extensiva para todos los menores de dieciocho años. Por ley 22.276 se modificó el sistema, estableciéndose la obligatoriedad del ahorro para los menores de catorce a dieciséis años de edad. En los fundamentos de dicha ley, se estableció que como los trabajadores tenían obligación de aportar al régimen previsional a partir de los 16 años de edad, las retenciones derivadas de dicho sistema unidas al ahorro obligatorio, originaba una considerable disminución de los ingresos de los trabajadores de entre 16 y 18 años de edad⁽⁶¹²⁾. El actual art. 192 de la L.C.T. mantiene el sistema de ahorro obligatorio para los trabajadores de 14 a 16 años de edad, debiendo el empleador depositar a su favor en una cuenta de caja de ahorro especial, el 10 % de la remuneración bruta mensual. La cuenta debe ser abierta en la Caja Nacional de

⁽⁶¹⁰⁾ De Diego, Julián Arturo, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1° edición, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires 1997; pág. 266.

⁽⁶¹¹⁾ Martínez Vivot, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, cit., pág. 89.

⁽⁶¹²⁾ Martínez Vivot, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, cit., pág. 115.

Ahorro y Seguro, dentro de los treinta días de la ocupación de un menor comprendido entre dichas edades. Cabe aclarar que por Decreto 1438/94 ⁽⁶¹³⁾, fue transferida al Banco Hipotecario Nacional la operatoria de ahorro postal que realizara la Caja Nacional de Ahorro y Seguro. Cabe acotar que con la entrada en vigencia de la ley que crea el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones ⁽⁶¹⁴⁾, la obligación de aportar rige a partir de los 18 años de edad (art. 2°). Ello implica que las razones que motivaron la supresión del ahorro entre los 16 y los 18 años de edad por ley 22.276 han perdido vigencia, toda vez que el menor comprendido en esas edades no se encuentra obligado a aportar al Sistema.

Los depósitos se deberán realizar dentro de los tres días subsiguientes al pago y, a la vez, el empleador deberá acreditar ante el menor, la autoridad administrativa y los representantes del menor, el depósito oportuno de los fondos (art. 193 de la L.C.T.).

La documentación queda en poder del empleador, y los fondos son indisponibles para el menor hasta que cumpla los 16 años de edad, aun cuando en la reglamentación –ahora derogada- se admitían retiros anticipados en caso de emergencia ⁽⁶¹⁵⁾.

El incumplimiento por parte del empleador a esta obligación –la de reintegrar al menor al cumplir los 16 años el monto retenido en concepto de ahorro-, genera la obligación de su parte a pagar al menor los fondos que dejó de percibir en dicha calidad -de ahorro- (arg. art. 79 de la L.C.T.).

En materia de descanso anual, la L.C.T. establece por su art. 194 para los menores de 14 a 18 años, un período vacacional de 15 días corridos en las mismas condiciones e idénticos alcances que el régimen general previsto en el Título V (De las vacaciones y otras licencias, régimen de adultos), vale decir que amplía las vacaciones mínimas de 14 días que rigen para los adultos, a 15 días para los menores.

7.2.- Brasil.

En su Constitución de 1988 hay diversas disposiciones vinculadas al régimen especial de protección para el trabajo de menores. En el art. 7° prevé como derecho de los trabajadores: *"XXX.- Prohibición de diferencia de salarios, de ejercicio de funciones o de criterio de admisión por motivos de sexo, edad, color o estado civil. ... XXXIII.- Prohibición del trabajo nocturno, peligroso o insalubre a los menores de dieciocho -años- y de cualquier trabajo a menores de dieciséis años, salvo en condiciones de aprendiz, a partir de los catorce años"* y en su art. 227 que *"Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al descanso, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de colocarlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, abuso, violencia, crueldad u opresión. ... 3° El derecho a la protección especial abarcará los siguientes aspectos: I.- edad mínima de catorce años para la admisión a empleos, observándose lo dispuesto en el art. 7°, XXXIII. II.- garantía de derechos de previsión*

⁽⁶¹³⁾ B.O. 29/08/94.

⁽⁶¹⁴⁾ Ley 24.241, B.O. del 18/10/93.

⁽⁶¹⁵⁾ De Diego, Julián Arturo, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 265.

social y del trabajo; III.- garantía de acceso del trabajador adolescente a la escuela".

El texto anterior del art. 7°, inc. XXIII de la Constitución de 1988, fijaba la edad mínima de admisión al empleo en los catorce años. Posteriormente, por enmienda N° 20/98, se asigna la redacción anteriormente transcrita, fijándose como edad mínima los 16 años, aunque con la excepción de los catorce años para el cumplimiento de tareas en condición de aprendiz.

Dentro de su Título III "*Normas especiales de tutela del trabajo*", la C.L.T. dedica a la protección del trabajo del menor su Capítulo IV (arts. 402 a 441), el cual fuera objeto de modificaciones por la ley 10.097 del 19/12/2000, que lo ajustó al nuevo mandato constitucional.

Para la C.L.T. son menores los trabajadores desde los 14 hasta los 18 años de edad (art. 402). Por el art. 403, queda prohibido cualquier trabajo a menores de dieciséis años de edad, salvo en la condición de aprendiz a partir de los catorce años. De este modo, el régimen especial de tutela previsto en este Capítulo, rige para los menores de 16 a 18 años de edad. Quedan parcialmente exceptuados del régimen de tutela legal (se mantiene a su respecto la prohibición de trabajo en horario nocturno, tareas peligrosas o insalubres o perjudiciales para su moral) aquellos que desempeñen tareas de oficina en lugares donde trabajen exclusivamente personas de su familia y bajo la supervisión directa del padre, de la madre o tutor (parágrafo único del art. 402 C.L.T.).

Queda prohibido el trabajo de menores de 18 años de edad, en lugares perjudiciales para su formación, su desarrollo físico, psíquico, moral y social, como asimismo en horarios y locales que no permitan su concurrencia a los establecimientos de enseñanza (art. 403 de la C.L.T.). Con relación a la prohibición ambiental de trabajo de estos menores, el art. 405 agrega aquellos locales o tareas peligrosas o insalubres, derivando la reglamentación de este tópico a la Secretaría de Seguridad e Higiene del Trabajo, reiterando la prohibición de su empleo en locales o actividades perjudiciales para su moralidad. También queda prohibido a su respecto el trabajo en horario nocturno, considerándose tal el comprendido entre las 22.00 y las 5.00 horas (art. 404 de la C.L.T.).

El mismo art. 405 de la C.L.T., por su ítem § 3°, explica los empleos que son considerados perjudiciales para la moralidad del menor. Allí se indican como tales, los trabajos en teatros de revistas, cines, bailables, casinos, cabarets y establecimientos similares; las tareas en circos en funciones de acrobacia, gimnasia o similares; la entrega o venta de material escrito que pudiera perjudicar su formación moral; la venta en mostrador de bebidas alcohólicas.

Cuando se trate de establecimientos ubicados a una distancia mayor a dos kilómetros de establecimientos donde se imparta la enseñanza primaria y se ocupen de manera permanente a más de 30 menores de 18 años analfabetos, rige para el empleador el deber de mantener en dicho establecimiento un local apropiado donde les sea suministrada la instrucción primaria (art. 427 de la C.L.T.).

El art. 408 de la C.L.T. habilita a los representantes legales del menor, para impulsar las acciones tendientes a la extinción de su contrato de trabajo, cuando a raíz de el mismo se puedan derivar perjuicios físicos o morales. La mayoría de edad civil se alcanza a los 21 años. Son relativamente incapaces los menores entre 16 y 21 años, debiendo recibir asistencia de sus responsables en sus actos de la vida civil. Los menores de 16 años son absolutamente incapaces y no participan del comercio jurídico, siendo asistidos por sus representantes. Sin embargo, para algunos fines de la contratación laboral se es capaz con 18 años de

edad. A partir de esa edad, el menor puede pactar su contrato de trabajo y suscribir recibos de remuneración, pero no se encuentra habilitado para suscribir por sí recibos vinculados a la extinción de su contrato a través de los cuales confiera quitas al empleador (art. 439 de la C.L.T.). Del mismo modo, los menores de 21 años, para promover acciones ante la justicia del trabajo, deben ser asistidos por su representante legal ⁽⁶¹⁶⁾.

En materia de jornada de trabajo, para los menores rige el régimen general, con las excepciones previstas en los arts. 411 a 414 de la C.L.T. Dicho régimen general, previsto por el art. 7 inc. XIII de su Constitución de 1988: "*duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales, permitiéndose la compensación de horas y reducción de jornada mediante acuerdo o convención colectiva de trabajo*". Las excepciones están dadas por un intervalo mínimo de 11 horas entre la finalización de una jornada y el inicio de otra. También se permite extender la jornada diaria de ocho horas en dos horas más, mediante acuerdo colectivo de trabajo, siempre dentro del límite constitucional de 44 horas semanales. Las horas extras son admitidas únicamente en casos de fuerza mayor, extendiendo así la jornada diaria hasta un máximo de 12 horas. La jornada máxima rige en conjunto, para los casos de pluriempleo del menor.

Se advierten ligeras incompatibilidades con el régimen previsto por el art. 6° de la *D.S.L.M.*, toda vez que no hay una limitación especial de jornada para los menores y no rige, en plenitud, la prohibición de realizar horas extras, tal como lo exige su inciso 4°.

A partir del art. 428, la C.L.T. reglamenta el contrato de aprendizaje. Dicho artículo, califica al aprendizaje como un contrato de trabajo especial, agregando que debe ser celebrado por escrito y por plazo determinado, no mayor a dos años, comprometiéndose el empleador a asegurar al mayor de catorce y menor de dieciocho años, inscripto en un programa de aprendizaje, la formación técnico-profesional metódica, compatible con el desarrollo físico, moral y psicológico del aprendiz, a ejecutar con celo las tareas necesarias para esa formación. El aprendizaje debe ser teórico y práctico, garantizándose al aprendiz su registración laboral y por lo menos el salario mínimo. Por el art. 429 de la C.L.T., rige para todo establecimiento la obligación de emplear y matricular en los cursos del Servicio Nacional de Aprendizaje, un número de aprendices equivalente al cinco por ciento, como mínimo y quince por ciento como máximo, de los trabajadores existentes en cada establecimiento, cuyas funciones demanden formación profesional.

La jornada de trabajo del aprendiz es limitada a seis horas diarias, quedando prohibida a su respecto la posibilidad de prorroga de dicha jornada o compensación horaria (art. 432 de la C.L.T.).

A la finalización del contrato de aprendizaje, deberá extenderse al aprendiz un certificado de formación profesional. Queda a cargo del Ministerio de Trabajo determinar las normas regulatorias de los requisitos que debe sortear el aprendiz y, en su caso, los establecimientos de formación profesional, para la obtención del certificado (art. 430, § 2 y 3).

⁽⁶¹⁶⁾ Nascimento, Amauri Mascaro, *Iniciação ao direito do trabalho*, 27° edición, editorial LTr, San Pablo, 2001, pág. 398; Saad, Eduardo Gabriel: *C.L.T. Comentada*; 30° edición; editorial LTr, San Pablo 1997, pág. 263.

El Ministerio de Trabajo, mediante Portaria N° 365 del 12/09/2002, instituyó en su ámbito la Comisión Nacional de Erradicación del Trabajo Infantil (CONAET). Dicha Comisión tendrá por finalidad elaborar propuestas para la reglamentación de los Convenios Nros. 138 y 182 de la O.I.T., verificar la compatibilidad entre la legislación existente sobre la materia y el contenido de dichos Convenios, como asimismo la de formular un plan nacional de lucha contra el trabajo infantil.

La CONAET estará integrada por representantes del Ministerio de Trabajo y Empleo, del Ministerio de Justicia, del Ministerio de Educación, del Ministerio de Salud, de la Confederación Nacional de la Industria, de la Confederación Nacional de Comercio, de la Central Unica de los Trabajadores, de la Central Fuerza Sindical, de la Confederación Nacional de los Trabajadores de la Agricultura, de la Social Democracia Sindical, del Consejo Nacional de los Derechos del Niño y el Adolescente, del Ministerio Público de Trabajo y del Forum Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil.

7.3.- Paraguay.

El art. 90 de su Constitución Nacional impone al legislador sobre el punto que *"Se dará prioridad a los derechos del menor trabajador para garantizar su normal desarrollo físico, intelectual y moral"*. Los arts. 119 a 127 del Código Laboral regulan el régimen de tutela que nos ocupa. A estos efectos se es menor hasta los 18 años de edad, que una vez cumplidos otorgan a la persona plena capacidad laborativa.

Es permitido el empleo de menores desde los catorce años de edad en empresas no industriales, pero se exige autorización expresa del representante legal del menor y que éste hubiese completado su instrucción primaria o el trabajo no impida la terminación de dichos estudios (art. 120 inc. a y d), como asimismo que se trate de tareas diurnas livianas, no peligrosas ni insalubres y posea el menor certificado de aptitud física.

Los menores de quince a dieciocho años pueden ser empleados en establecimientos industriales, siempre y cuando no se trate de tareas peligrosas y cumpliendo los mismos requisitos previstos para los menores de catorce a quince años. El art. 125 del Código Laboral prevé como prohibido el empleo de menores en las actividades allí enumeradas, a saber: a) expendio de bebidas embriagantes; b) tareas susceptibles de afectar su modalidad o buenas costumbres; c) trabajos ambulantes; d) trabajos peligrosos o insalubres; e) trabajos en exceso de la jornada permitida o a sus fuerzas físicas.

En cuanto a la jornada de trabajo, para todos los menores es prohibido el trabajo en horario nocturno, interpretándose como tal, para menores de trece a quince años, el intervalo de catorce horas consecutivas entre las veinte y las ocho horas; para menores de quince a dieciocho años, el intervalo de veintidós a seis horas.

Para los menores de quince años, es prohibida su ocupación en días domingos o feriados (art. 120 inc. f del Código Laboral), la jornada máxima permitida es de cuatro horas diarias o 24 horas semanales, pero si cursan los estudios primarios la jornada será de dos horas diarias, no pudiendo exceder de siete horas en total computando el tiempo de clase (art. 120 inc. e del Código Laboral).

Para los menores de quince a dieciocho años la jornada permitida es

de seis horas diarias o treinta y seis semanales (art. 121 inc. d del Código Laboral).

La jornada extraordinaria es prohibida para los menores de 18 años (art. 204 del Código Laboral).

7.4.- Uruguay.

Por expresa disposición del art. 54 de su Constitución, *"El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado"*.

El marco normativo de protección del trabajo de menores se encuentra básicamente conformado por los Convenios Nos. 138, 77, 78, 16, 90 y 79 de la O.I.T., Ley 14.008, Decreto Ley 14.385 del 17/6/75, los decretos 852 del año 1971, 287/80 y el denominado *"Código del Niño"* (ley 9.342 del 6/4/34).

Este último cuerpo normativo dedica todo su Capítulo XVII, artículos 223 a 252, al trabajo de los menores. Como principio, los menores de quince años no pueden trabajar en ningún establecimiento (arts. 2° del Convenio N° 138 de la O.I.T. y 3° del Decreto 852/71). Como excepción, el Consejo del Niño puede autorizar el trabajo de menores mayores de 12 años para labores de carácter industrial en empresas familiares y a menores mayores de 13 años para trabajos no industriales ligeros. La autorización del Consejo del Niño debe ser expresa y otorgada mediante un carné de trabajo donde consten el control médico de aptitud para el trabajo, autorización de padres o tutores y, tratándose de menores de 14 años, se indicará que poseen certificado de instrucción primaria (arts. 227 y 236 del Código del Niño).

Salvo las citadas prohibiciones, no existe norma que establezca de manera expresa la capacidad del menor mayor de quince años para celebrar un contrato de trabajo. Frente a las disposiciones del Código Civil, que restringen la capacidad de hecho de contratar hasta los 21 años, ello ha llevado a la doctrina a interpretar que una cosa es *"celebrar"* un contrato de trabajo, para lo cual el menor carece de capacidad, y otra es la capacidad para *"ser admitido a trabajar"*, la cual si posee el menor dentro de los límites permitidos por la legislación⁽⁶¹⁷⁾.

En materia de jornada de trabajo, los mayores de 18 años se consideran adultos, con plena capacidad laborativa salvo las excepciones tratadas en jornadas diagramadas. Sin embargo, tratándose de trabajos riesgosos, el art. 4° del Decreto 851/71 exige el examen médico periódico a los menores hasta los 21 años.

Los mayores de 15 años tienen un tope máximo admitido de 6 hs. diarias equivalentes a 36 hs. semanales, con un descanso diario de dos horas al mediodía (art. 230 del Código del Niño). Para mayores de 16 años se establece una jornada de trabajo excepcional, con autorización del Consejo del Niño, de hasta 8 hs. diarias en actividades industriales que no comprometan la salud física o moral del menor (art. 1° del Decreto 287/80).

Corresponde al Consejo del Niño determinar las actividades consideradas insalubres o peligrosas. A tal efecto, la inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social debe informar anualmente al Consejo la nómina de los

⁽⁶¹⁷⁾ Pérez del Castillo, Santiago, *Manual Práctico de Normas Laborales*, 7ma. ed., ed. F.C.U., Montevideo 1992, pág. 167.

trabajos considerados insalubres o peligrosos para la salud y seguridad del menor (arts. 2 y 3 del Decreto 851/71).

Asimismo, para los menores de 21 años está prohibido el trabajo nocturno, considerándose tal el comprendido entre las 21 y las 6 hs. del día siguiente (arts. 231 y 244 del Código del Niño) debiendo existir una pausa mínima de doce horas entre la finalización de una jornada y el inicio de la siguiente.

En materia de descanso semanal, rigen con relación a los menores las mismas reglas que el trabajo de adultos, aunque el día de descanso semanal del menor no puede ser otro que el domingo ⁽⁶¹⁸⁾.

En materia de remuneración, no existen diferencias de tratamiento entre el salario devengado a favor del menor y del correspondiente a mayores.

8.- Derechos de los empleadores a la organización y dirección técnica de la empresa (art. 7°).-

Por su art. 7°, la *D.S.L.M.* reconoce a los empleadores el derecho de *organizar y dirigir técnicamente a la empresa*.

Como bien apunta Fernández Madrid, la organización técnica y económica o los poderes de gestión sobre el capital (inversiones, elección de tecnologías, sistemas de captación de clientela, etc.) constituyen una zona reservada al empresario como titular del capital y de la iniciativa de la organización. Sobre este campo la normativa laboral incide de manera excepcional ⁽⁶¹⁹⁾.

En el contrato de trabajo, el elemento distintivo con relación a las figuras de contratación civil está dado por la relación de *subordinación* existente entre el trabajador y el empleador. Los derechos de organización de la empresa conforman los denominados *poderes de dirección*. Como atinadamente señala Mascaro Nascimento, en la relación de empleo, la subordinación es uno y el poder de dirección es el otro lado de la moneda, de manera que, siendo el empleado un trabajador subordinado, está sujeto al poder de dirección del empleador ⁽⁶²⁰⁾.

Estos poderes de dirección son de carácter *jurídico*, surgen de una relación contractual protegida, celebrada entre seres humanos y se limita únicamente a la actividad laboral comprometida. Fuera de esos límites, el empleador no tiene ningún derecho sobre las demás actividades del empleado. Para Cabanellas, estos poderes se enumeran de la siguiente forma: a.-) de mando y de dirección; b.-) de organización; c.-) de fiscalización; y d.-) de disciplina ⁽⁶²¹⁾. Por su parte Pozzo, entiende que el poder de dirección del empleador se circunscribe en el campo de las relaciones laborales a dirigir la actividad del trabajador, a fiscalizarla, a suspenderla y hacerla cesar ⁽⁶²²⁾. Martínez Vivot se refiere al poder de dirección como el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y riesgo, ordenando las singulares

⁽⁶¹⁸⁾ Pérez del Castillo, Santiago, *Manual Práctico de Normas Laborales*, cit., pág. 166.

⁽⁶¹⁹⁾ Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, editorial La Ley, Buenos Aires 1990, Tomo II, págs. 979/980.

⁽⁶²⁰⁾ Nascimento, Amauri Mascaro, *Iniciação ao direito do trabalho*, cit., pág. 203.

⁽⁶²¹⁾ Cabanellas, Guillermo, *Tratado de derecho laboral*, 3° edición, editorial Heliasta, Buenos Aires 1988, Tomo II, Volumen 1, cit., pág. 171.

⁽⁶²²⁾ Pozzo, Juan D., *Manual teórico práctico de derecho del trabajo*, editorial Ediar, Bs. As. 1961, Tomo I, pág. 143.

prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa ⁽⁶²³⁾.

De ello podemos colegir que el derecho en tratamiento, puede ser recepcionado por las legislaciones internas a través de facultades conferidas al empleador en materia de organización de su empresa y, con estricta relación al contrato de trabajo, en las facultades derivadas de ejercer el poder disciplinario, el *ius variandi* y otras que pueden derivar de razones económicas contempladas por el legislador.

8.1.- Argentina.

Dentro del marco de la L.C.T. el empleador es quien tiene a su cargo la dirección de la comunidad empresaria, lo que importa la facultad de ordenar todos los recursos, económicos, materiales y humanos, hacia el fin que hace al objeto de su explotación. En base a dicha función, la ley le confiere al empleador las facultades que considera suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento (art. 64 de la L.C.T.).

Por su parte, en materia de horarios de trabajo, el art. 197, párrafo 3ro., dispone que *“La distribución de las horas de trabajo será facultad privativa del empleador y la diagramación de los horarios, sea por el sistema de turnos fijos o bajo el sistema rotativo del trabajo por equipos, no estará sujeta a la previa autorización administrativa, pero aquél deberá hacerlos conocer mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento para conocimiento público de los trabajadores”*.

El poder de dirección se presenta así como el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo de la empresa. Se trata de un poder jurídico que la ley reconoce con un sentido funcional, debiendo guardar una adecuada relación de medio empleado a fin de la empresa. Se ejerce de manera contraria a esta relación, cuando el empleador *“en ocasión”* de tales poderes se vale de ellos para discriminar, acosar o maltratar a sus trabajadores.

La funcionalidad que justifica estos poderes, viene definida por la propia L.C.T. en su art. 65, en cuanto establece que éstos *“deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador”*.

De este modo, el empleador se encuentra facultado para dictar los reglamentos de trabajo que rijan dentro de su establecimiento; impartir las directivas individuales que en cada caso estime necesarias y en algunas ocasiones ejercer estos poderes en aquellos aspectos que si bien no son propios de la prestación a cargo del trabajador, inciden en el adecuado funcionamiento de su comunidad, como ser lo referido a la vestimenta o aseo personal del trabajador en tanto incida con el trabajo.

Cualquiera sea el ámbito donde el empleador ejerza estos poderes, las medidas que adopte deben ser razonables y preservar la integridad física,

⁽⁶²³⁾ Martínez Vivot, Julio J., *Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social*, 5° edición, editorial Astrea, Bs. As. 1996, pág. 136.

psíquica, patrimonial y moral del trabajador. Dentro de este contexto, se reconoce al empleador la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias, no en su beneficio, sino como una derivación de su carácter de director y coordinador del establecimiento y los medios que ordena para la obtención del fin empresario, debiendo ejercer estas medidas con carácter funcional, a fin de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, prohibiéndose toda forma de abuso del derecho (arts. 67, 68 y concs., L.C.T.) o la imposición de multas al trabajador como sanción disciplinaria (art. 131 L.C.T.).

La L.C.T. regula sólo las suspensiones y el despido como sanción a un incumplimiento grave. El empleador deberá además ejercer esta potestad para sancionar dentro de límites establecidos; así por ejemplo por medio de una sanción no puede modificar el contrato de trabajo celebrado entre las partes (art. 69, L.C.T.), debiéndose ajustar al procedimiento fijado por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa –sus decisiones- y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dictaren (art. 68, L.C.T.). La medida a aplicarse –como sanción- podrá comprender desde un simple llamado de atención, hasta la suspensión por un plazo no superior de treinta días en el año (art. 220, L.C.T.).

El empleador está autorizado por la ley a aplicar una sanción –al trabajador- con motivo de un incumplimiento contractual de cierta gravedad y fehacientemente demostrado, que tendrá que ser: a.-) proporcionada, (justa causa), teniéndose en cuenta los antecedentes del trabajador y la gravedad de la falta a fin de graduarse la sanción; b.-) la jurisprudencia agrega que además de la proporcionalidad antes explicada, la sanción debe ser contemporánea con la falta cometida, los hechos no sancionados en su momento sólo pueden ser tenidos en cuenta como antecedentes; c.-) tener un plazo fijo que, computado con el de otras aplicadas –incluyendo las originadas en disminución del trabajo no imputables al empleador- en el año anterior a partir de la primera suspensión, no exceda de 30 días (o de 90 en conjunto, si se hubiera aplicado alguna sanción por razón de fuerza mayor) y, d.-) ser notificada por escrito.

Esta sanción, con los requisitos antes mencionados, se traduce en una suspensión de la obligación del empleador de dar trabajo y la correspondiente del trabajador de poner su capacidad de trabajo a disposición de aquél.

El trabajador puede impugnar la legitimidad de la sanción que se le ha aplicado, dentro del plazo de caducidad de 30 días corridos a partir de su notificación, a fin de que se la suprima, sustituya por otra o limite, según los casos (art. 67, párr. 2º, L.C.T.). La suspensión disciplinaria, para dar derecho al cobro de salarios, requiere que sea impugnada dentro de los 30 días corridos de notificada la medida y que el empleador no logre demostrar en juicio la causa que invocó para suspender ⁽⁶²⁴⁾ o la adecuada proporción que debe existir entre la sanción y la gravedad del incumplimiento o antecedentes del trabajador. La doctrina judicial ha entendido que no se requiere la promoción en ese plazo –30 días- de una demanda; basta, al efecto, la impugnación fehaciente, pudiendo promoverse la acción dentro del plazo de prescripción. El pedido que se deje sin efecto la medida, lleva implícito

⁽⁶²⁴⁾ Fernández Madrid, Juan Carlos, Caubet Amanda Beatriz, *Leyes Fundamentales Del Trabajo*, Joaquín Fernández Madrid, Editor, Buenos Aires, 1996; pág. 45.

el de su sustitución por otra de menor fuerza sancionadora o su reducción ⁽⁶²⁵⁾.

La resolución judicial favorable al trabajador, vale decir que el juez admita el levantamiento total o parcial de la sanción, sea por razones de fondo (por ej: falta de justa causa) o de forma (por ej: no notificación por escrito), da derecho al trabajador a percibir los salarios caídos “*en exceso*” (art. 218, L.C.T.), así como a que se revoque de su legajo personal y se comuniqué con idéntica publicidad que la que tuvo la sanción, a fin de reparar el perjuicio ocasionado por aquella.

Si la suspensión o las suspensiones superan los plazos tope anuales fijados (de 30 o 90 días cuando ha habido otras por fuerza mayor) y las mismas han sido impugnadas, ello sí da derecho al trabajador para considerar que existe injuria suficiente que lo habilita a resolver el contrato por considerarse en situación de despido indirecto (art. 222, L.C.T.).

La L.C.T. también se ocupa de reglamentar por su art. 224 la llamada “*suspensión preventiva*”, originada en una imposibilidad material por parte del trabajador de cumplir con sus tareas, a raíz de hallarse detenido por un proceso penal. La ley distingue si la detención se origina en proceso criminal promovido por denuncia del empleador, a los casos donde dicho proceso se origine en denuncia de terceros o de oficio. En el primer supuesto, si el trabajador resulta sobreesido, el empleador debe abonarle los salarios de suspensión y reincorporarlo, salvo que el trabajador opte por colocarse en situación de despido debiendo el empleador, en tal caso, pagar además las indemnizaciones derivadas de tal extinción. En el segundo caso, el empleador debe pagar salarios al trabajador solo cuando el hecho del proceso que origina la detención, sea relativo o en ocasión del trabajo.

El llamado *ius variandi* se encuentra regulado por la primera parte del art. 66 de la L.C.T., donde se faculta al empleador “*para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación de trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador*”.

El espectro normativo conformado por los poderes de dirección, no tendría sentido si se obligara al empleador a mantener su estructura empresaria al margen de los avances tecnológicos o aquellos que pudieran derivar del progreso colectivo de la comunidad de trabajo que dirige. El contrato de trabajo, por ser de “*tracto sucesivo*” y estar destinado a durar en el transcurso del tiempo, es esencialmente dinámico y, con las limitaciones que imponen la funcionalidad de los poderes del empleador y la misma ley, también flexible.

Es decir, el empleador no solo tiene facultades para organizar los recursos de su empresa, sino también las tiene para introducir los cambios o modificaciones que considere convenientes y sean razonables. Esta facultad es lo que habitualmente se denomina como “*ius variandi*” o derecho del empleador a modificar, dentro de ciertos límites, las formas y modalidades del contrato de trabajo, tal como se encuentra regulada en la primer parte del citado art. 66 de la L.C.T.

Se trata de una facultad que, como tal, es unilateralmente ejercida por el empleador. De allí su estricto campo de aplicación. Si la facultad es ejercitada de común acuerdo con el trabajador, lo que es posible en la medida de no avanzar

⁽⁶²⁵⁾ Vázquez Vialard, Antonio, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 7^a edición; Editorial Astrea, Buenos Aires 1996; Tomo I, pág. 361.

“*hacia abajo*” en los límites mínimos de esta legislación, no existiría ya “*ius variandi*” sino, en todo caso, una modificación del contrato por mutuo acuerdo de las partes.

La norma define con claridad el ámbito donde el empleador puede ejercitar el “*ius variandi*”, que está dado por “*la forma y modalidades*” de la prestación del trabajo. Por su parte, delimita con igual claridad otro ámbito donde al empleador le está vedado el ejercicio de esta facultad y está dado por las “*modalidades esenciales del contrato*”.

De allí que a menudo se distinga, en todo contrato de trabajo y siempre de acuerdo a las particularidades de cada caso en concreto, la existencia de elementos que hacen a su “*forma y modalidades*”, los que se denominan “*accidentales*”, de otros elementos que la ley llama “*modalidades esenciales*” y se alude a ellos como elementos “*estructurales*”.

Son accidentales los elementos contingentes del contrato de trabajo, aquellos que no hacen a su esencia y podrían ser de uno u otro modo sin alterar en lo principal, aquello que convinieron desde un principio las partes. Participan del carácter accidental, el color de la vestimenta de trabajo, los elementos de trabajo suministrados por el empleador cuando tecnológicamente son más avanzados que los anteriores, el lugar de trabajo, tanto en lo concerniente a la ubicación del establecimiento como al lugar físico interno donde pueda afectarse al trabajador, etc.

Son elementos estructurales del contrato, aquellos especialmente tenidos en cuenta por las partes en oportunidad de su contratación o que fueron gradualmente incorporados al contrato como compensación por la mayor experiencia, capacitación o producción individual del trabajador. Participan del carácter estructural, la remuneración (en la medida que se pretenda modificarla por un monto inferior); el horario de trabajo; la categoría profesional cuando se trata de un trabajador calificado (si se pretende modificar sus tareas por otras que no requieren calificación); las tareas asignadas (cuando se pretende reemplazarlas por otras de inferior categorización). Una eventual modificación de todas ellas importaría para el trabajador que la prestación a su cargo sea excesivamente onerosa.

De ello se sigue que el ámbito donde el empleador se encuentra capacitado para ejercitar su “*ius variandi*” está dado por los elementos accidentales del contrato de trabajo. Tratándose de elementos estructurales, no podrá alterarlos sin el acuerdo expreso del trabajador y en la medida que con ello no se afecten los principios tuitivos vigentes en esta materia. Aún tratándose de elementos accidentales, la ley exige que se encuentren reunidos tres requisitos : a.-) que la facultad se ejercite de manera razonable ; b.-) que no provoque perjuicio material al trabajador ; y c.-) que no perjudique moralmente al trabajador.

La razonabilidad de la medida constituye una cuestión a analizar en cada caso concreto y ello dependerá que el cambio, objetivamente interpretado, encuentre su justificación en la incorporación de un avance tecnológico, la implementación de un nuevo programa de actividades por parte del establecimiento o incluso necesidades derivadas de la necesidad de adecuar la empresa a alguna coyuntura económica, sea de expansión o recesión.

Frente al ejercicio de esta facultad, el empleador debe mantener indemne la situación patrimonial del trabajador, es decir, conservar la existente con anterioridad al cambio. Si del ejercicio de esta facultad se deriva algún perjuicio patrimonial al trabajador, es obligación del empleador mantenerlo indemne, es decir, compensarle el mayor costo con dinero y hacer lo propio si de la medida se sigue que el trabajador requiera mayor tiempo para cubrir su prestación.

En cuanto al perjuicio moral, su existencia obstaculiza el ejercicio del *"ius variandi"*, toda vez que no existe posibilidad de admitir la compensación de un perjuicio moral hacia el trabajador que, por las propias características del contrato de trabajo, está destinado a perdurar en el tiempo. Frente al ejercicio del *"ius variandi"* que provoque un perjuicio moral al trabajador, que lesione su dignidad, la única compensación válida estaría dada por el desistimiento del cambio por parte del empleador, salvo que el trabajador, dentro de los límites admitidos para el ejercicio de su voluntad, pudiera aceptar las nuevas modalidades y, en cuyo caso, este extremo de acuerdo también quedaría fuera de la facultad que aquí se trata.

El uso abusivo o desviado del *"ius variandi"* importa transgredir los fines y límites fijados por la ley para su ejercicio. Cuando ello ocurre, el art. 66 de la L.C.T. le asigna al trabajador la facultad de optar por *"la posibilidad de considerarse despedido sin causa"* y con derecho a las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T. La norma es suficientemente clara. Sin embargo, conforme ha venido siendo interpretada por la jurisprudencia, por aplicación del deber común de buena fe, se exige al trabajador afectado por una medida de este tipo que con anterioridad a ejercer esta opción de tipo extrema, le otorgue a su empleador la posibilidad de dejar la medida sin efecto o de compensar al trabajador los perjuicios derivados del cambio según las circunstancias particulares de cada caso.

Por razones económicas, la L.C.T. ha ampliado el espectro de facultades del empleador otorgándole la facultad de suspender a sus trabajadores en casos de verse imposibilitado a proveer tareas por falta o disminución de trabajo que no le resulten imputables. En estos supuestos, puede suspender sin goce de remuneración a su personal hasta 30 días por año aniversario, cumpliendo con los requisitos comunes de toda suspensión (notificación por escrito, plazo fijo y justa causa derivada de la existencia comprobada de falta o disminución de trabajo no imputable al empleador).

El empleador debe comenzar las suspensiones por el personal de menor antigüedad en cada especialidad, para los ingresados en un mismo semestre con los que tengan menor carga de familia (arts. 218 a 220 de la L.C.T.).

También reglamenta la L.C.T. la facultad de suspender sin goce de haberes a los trabajadores por causas de fuerza mayor ajena a la voluntad del empleador, que le imposibilite otorgar tareas (art. 221 L.C.T.). La L.C.T., en sus arts. 219 y 221 acepta esta causal, sin definirla en forma expresa, por lo que resultaría aplicable los lineamientos establecidos al respecto por el Código Civil. Se ha descrito sobre esta base a la fuerza mayor, como la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de dar trabajo por la existencia de un hecho que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse (⁶²⁶).

En este caso, la suspensión a aplicarse, no podrá exceder de 75 días en el término de un año contado desde la primera suspensión, además debe cumplir con los requisitos de tener justa causa, plazo fijo, notificación por escrito, y aplicarse al personal menos antiguo *"dentro de cada especialidad"* y *"dentro del ingresados en un mismo semestre"*, se privilegia a los que tiene mayor carga de familia aunque con ello se altere el orden de antigüedad (art. 221, párrs. 2º y 3º,

⁽⁶²⁶⁾ Fernández Madrid, Juan Carlos, y Caubet, Amanda Beatriz, *Leyes fundamentales del trabajo*, cit., pág. 107.

L.C.T.). Quedan excluidos del orden de antigüedad los trabajadores que están gozando de vacaciones, los enfermos o accidentados (art. 208, L.C.T.) y, según el acuerdo plenario N ° 102 de la Cámara de Apelaciones del Trabajo, los dirigentes gremiales.

El empleador que al aplicar una suspensión de este tipo violase alguno de los requisitos antes vistos (justa causa, deber de notificar, plazo máximo, etc.), y el trabajador impugnase la suspensión impuesta, estará obligado al pago de la remuneración por todo el tiempo de la suspensión mal aplicada; incluso cuando la suspensión impugnada supere los 75 ó 90 días (según corresponda) en un año, posibilitara al trabajador a considerarse en situación de despido, arts. 221, 222 y 223, L.C.T.).

En su conjunto, las suspensiones por diversas causas (disciplinarias, falta o disminución de trabajo y fuerza mayor) no deben exceder el plazo de noventa días en el año aniversario, contado a partir de la primera suspensión. El incumplimiento del empleador a cualquiera de los plazos máximos fijados para cada causal de suspensión o su conjunto, habilita al trabajador a colocarse en situación de despido indirecto (art. 222 de la L.C.T.), con derecho a reclamar las indemnizaciones derivadas del despido arbitrario o sin causa justa (art. 246 L.C.T.).

El Decreto 328/88 impone a los empleadores que decidan aplicar suspensiones, reducciones de la jornada laboral o despidos, el deber de poner previamente esa decisión en conocimiento del Ministerio de Trabajo, con una anticipación no menor a diez días. La presentación del empleador debe ser fundada, indicando entre otras consideraciones las causas que justifiquen la adopción de dichas medidas, si se trata de causas transitorias o definitivas, qué medidas ha adoptado para revertir sus efectos y la nómina de trabajadores involucrados. La norma exige que copia de esta presentación sea entregada, con la misma anticipación, a la asociación o asociaciones sindicales con personería gremial que representen a los trabajadores afectados.

Por su parte, la ley 24.013 en sus arts. 98 y ss. reglamenta el denominado "*Procedimiento preventivo de crisis empresarial*" según el cual, todo empleador que pretenda aplicar suspensiones o despidos por razones económicas que afecten a determinado porcentaje de trabajadores (superior al 5 ó 15 % según la cantidad de trabajadores de la empresa) debe notificarlo previamente a la autoridad de aplicación, con indicación de las causas de la medida y trabajadores afectados. En dicho procedimiento la autoridad administrativa, en jurisdicción voluntaria, procura avenir a las partes. La sanción para el empleador que omite el procedimiento consiste en abonar los salarios caídos devengados durante los plazos del procedimiento (15 días).

8.2.- Brasil.

Los poderes de dirección del empleador se infieren de la definición de éste último, contenida en la primera parte del art. 2° de su C.L.T.: *Considérase empleador a la empresa, individual o colectiva, que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, remunera y dirige la prestación personal de servicios.*

En materia de facultades disciplinarias, hemos visto más arriba que su C.L.T. no trae previsiones específicas. Sin embargo, parte de la doctrina y la jurisprudencia han venido admitiendo su ejercicio en la aplicación de tres tipos básicos de sanciones: advertencia, suspensión disciplinaria y la ruptura del contrato

por justa causa.

Tratándose de suspensiones, el art. 474 de la C.L.T. sólo se limita a fijar un máximo de treinta días consecutivos, aclarando que la suspensión del empleado por un período mayor *"equivale a una rescisión injustificada del contrato de trabajo"*, pero como dicha normativa tampoco aclara que se tratan de suspensiones disciplinarias, ha generado verdaderas polémicas en la doctrina. La jurisprudencia ha venido admitiendo el ejercicio discrecional del empleador en la aplicación de suspensiones disciplinarias, con la limitación temporal del citado art. 474.

Otra limitación al ejercicio de la facultad disciplinaria está dada por la prohibición de multas al trabajador. Si bien dicha prohibición no se encuentra expresamente citada (por la ausencia de reglamentación al poder disciplinario del empleador), rige el principio general de prohibición de retenciones no expresamente autorizadas del art. 462 de la C.L.T. y la fulminante calificación de *"crimen"* que hace la Constitución (art. 7º num. X) a *"la retención dolosa de salarios"*. Para el empleado que adquirió estabilidad antes de la Constitución de 1988, podría resultar de aplicación la suspensión prevista en el art. 494 de la C.L.T. mientras se prueba en juicio la *"justa causa"* de su despido alegada por el empleador.

La normativa especial dedicada al trabajador químico, dentro de la C.L.T., prevé para los incumplimientos detallados en el art. 346, sanción de suspensión entre un mes y un año, a criterio del Consejo Regional de Química. Constituye ejercicio del poder disciplinario el despido directo por *"justa causa"* fundada en la existencia de alguno de los hechos descritos en el art. 482 de la C.L.T. y disposiciones complementarias tratadas anteriormente.

En materia de *ius variandi*, la C.L.T. carece de norma expresa que otorgue al empleador la facultad de introducir las modificaciones que crea conveniente a su empresa, pero tampoco lo prohíbe, rigiendo la limitación básica de su art. 10: *"cualquier alteración en la estructura jurídica de la empresa no afectará los derechos adquiridos por sus empleados"* y reiterada en el art. 448: *"los cambios en la propiedad o en la estructura jurídica de la empresa no afectarán los contratos de trabajo de los respectivos empleados"*.

En cuanto al cambio de condiciones del contrato de trabajo, el principio general es que sólo se admite de común acuerdo entre partes y si del mismo no resultan perjuicios para el trabajador, de lo contrario dichos cambios son simplemente nulos. Así lo indica en modo expreso el art. 468 de la C.L.T.: *"En los contratos individuales de trabajo sólo es lícita la alteración de sus respectivas condiciones por mutuo consentimiento y aún así, siempre y cuando no resulten, directa o indirectamente, perjuicios al empleado, bajo pena de nulidad de la cláusula transgresora a esta garantía"*.

Comentando esta norma, explica Eduardo Saad que cuando la alteración de una condición de trabajo es considerada anulable, el plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que tuvo lugar la lesión al derecho del empleado; cuando fuese clasificada como acto nulo, la prescripción a que se refiere el inciso XXIX del art. 7º de la Constitución (cinco años para el trabajador urbano, hasta el límite de dos años desde la extinción del contrato y de dos años luego de la extinción del contrato para el trabajador rural), solo comienza a ser contada luego de la extinción del contrato. Como ejemplo de alteración anulable, refiere el caso de modificación del horario de trabajo; como ejemplo de alteración nula el caso de rebaja salarial. Indica que en este último supuesto, la jurisprudencia

admite que el pago de diferencias salariales solo puede abarcar los 60 meses anteriores a la promoción del reclamo judicial ⁽⁶²⁷⁾.

Este mismo art. 468 de la C.L.T. contempla, por su párrafo único, el caso del trabajador ascendido a un puesto de confianza, permitiéndose al empleador volverlo al puesto o categoría que desempeñaba con anterioridad, sin que ello implique alteración de condiciones del contrato.

También se encuentran previstos casos de uso abusivo del "*ius variandi*" por el art. 483 de la C.L.T. La norma ejemplifica supuestos de incumplimiento grave del empleador que legitiman la decisión del trabajador a considerar rescindido el contrato y reclamar la debida indemnización. Entre ellos se circunscriben los casos de exigencia de servicios ajenos al contrato; reducción del trabajo remunerado a destajo; incumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato.

El cambio de lugar de trabajo del empleado cuenta con regulación expresa en la C.L.T. Como principio, el art. 469 de la C.L.T. prohíbe al empleador exigir el cambio de lugar de trabajo al empleado, si ello importa que cambie su domicilio, salvo casos de "*real necesidad de la actividad prevista como condición del contrato*". En este último supuesto, o en el caso que el trabajador acepte el cambio de lugar de trabajo que obligue cambio en su domicilio, se prevé un adicional remuneratorio del 25 % con más los gastos de mudanza a cargo del empleador.

Sin embargo, se admite como lícito el cambio de lugar de trabajo motivado por el cierre del establecimiento donde se venía desempeñando el empleado (art. 469 num. 2º). Siempre, los gastos derivados de la transferencia correrán por cuenta del empleador (art. 470).

Para Mauricio Godinho Delgado, los citados artículos 468 y 469 tienen la virtualidad de reconocer, en alguna proporción, el llamado *ius variandi* del empleador ⁽⁶²⁸⁾.

En cuanto a las facultades económicas, hemos visto que dentro del marco normativo de la C.L.T. el empleador es, por definición (art. 2º de la C.L.T.) el responsable por todo lo que ocurre en el ámbito de su empresa y son a su cargo los riesgos económicos. La suspensión por razones económicas no existe ni se admite, resulta por completo desconocida en este derecho. Sólo la fuerza mayor que imposibilite al empleador proveer tareas y provoque el cese de actividades se encuentra prevista como causal de despido, no de suspensión.

El único supuesto de paralización temporaria o definitiva de tareas se encuentra en el art. 486 de la C.L.T. y es el caso donde dicha paralización es provocada por acto de autoridad pública, pero no por razones económicas. Dicha norma establece que en dichos casos "*prevalecerá el pago de la indemnización, que quedará a cargo del gobierno responsable*". Se trata de un supuesto de "*hecho del príncipe*" que motiva la extinción del contrato de trabajo ⁽⁶²⁹⁾, eximiendo al empleador de las consecuencias indemnizatorias, las cuales quedan a cargo del gobierno que dictó la medida.

El Título IV de la C.L.T. cuenta con un Capítulo VIII dedicado a la "*fuerza mayor*" (arts. 501 a 504). Por el art. 501 se define la "*fuerza mayor*" como

⁽⁶²⁷⁾ SAAD, Eduardo Gabriel, *C.L.T. Comentada*, cit., pág. 332.

⁽⁶²⁸⁾ Delgado, Mauricio Godinho, *Curso de direito do trabalho*, cit., pág. 627.

⁽⁶²⁹⁾ SAAD, Eduardo Gabriel, *C.L.T. Comentada*, cit., pág. 364.

"todo acontecimiento inevitable, en relación a la voluntad del empleador y para cuya realización este no hubiera concurrido de manera directa o indirecta". Para los sucesos de este tipo que afecten de manera sustancial la situación económica y financiera de la empresa, se dedican los arts. 502 a 504 de la C.L.T. El art. 502 prevé que en los casos donde la "fuerza mayor" provoque el cierre definitivo de la empresa o del establecimiento donde el trabajador se hallare ocupado, las indemnizaciones derivadas de su despido pueden verse reducidas hasta la mitad. Por el art. 503 se prevé la posibilidad del empleador que atravesara por casos de "fuerza mayor" o "perjuicios debidamente acreditados" a reducir de manera general y proporcional los salarios en su empresa hasta un máximo del 25 % y respetando los salarios mínimos, ello hasta que cesaran los efectos de la fuerza mayor. Sin embargo, la disposición legal perdió vigencia con la sanción de la Constitución de 1988 cuyo art. 7º, num. VI, garantiza a los trabajadores el derecho a la no reducción de su salario, con las solas excepciones que pudieran prever los convenios colectivos ⁽⁶³⁰⁾.

8.3.- Paraguay.

Su Código Laboral confiere al empleador la facultad de "ordenar, dirigir y administrar el trabajo en sus establecimientos industriales, comerciales o en cualquier otro lugar" (art. 64 inc. a). De manera coincidente, el art. 350 autoriza al empleador a formular directamente las normas administrativas y técnicas relativas al mejoramiento de la productividad y al debido funcionamiento de su empresa. Estas disposiciones no forman parte del Reglamento Interno que debe dictar todo empleador con más de diez trabajadores a su cargo de común acuerdo con los trabajadores.

En materia de poder disciplinario, el art. 353 del Código Laboral enumera las sanciones posibles en el Contrato de Trabajo a saber: "a) suspensión del trabajo y salario, hasta 8 días; b) simple amonestación verbal; c) apercibimiento por escrito; d) traslado de lugar de trabajo, de conformidad con el inciso n) del art. 81; e) postergación temporal de ascenso; y f) la enumeración precedente no implica orden de prelación ni jerárquico. Las partes podrán convenir otras medidas disciplinarias, no contrarias a este Código".

El art. siguiente prevé la obligación de todo empleador con más de diez trabajadores a su cargo, de dictar un "Reglamento Interno" que debe ser homologado por la autoridad administrativa del trabajo y sin el cual, no podrá aplicar las medidas disciplinarias precedentemente citadas (a excepción de amonestación verbal o apercibimiento escrito).

El Código deriva al "Reglamento Interno" lo referido al procedimiento de aplicación de sanciones, aclarando en su art. 352 inc. i) cómo deben encontrarse allí reguladas las sanciones disciplinarias: "conforme a la importancia, naturaleza y perjuicios ocasionados por las faltas, y forma de aplicación de las mismas. Para aplicar las medidas de suspensión disciplinarias, con pérdida de salarios, que dure de cuatro a ocho días, el traslado del lugar de trabajo y la postergación temporal de ascenso, previamente será instruido sumario administrativo, para probar la causa y la responsabilidad del trabajador. La sanción será notificada al trabajador y comunicada a la autoridad administrativa del trabajo". No existe regulación acerca como rige el límite de ocho días previsto para la sanción de suspensión. La remisión

⁽⁶³⁰⁾ CARRION, Valentín, *Comentarios a Consolidação das Leis do Trabalho*, cit., pág. 323.

al art. 81 inc. n), alude a la posibilidad del empleador que hubiese promovido a un trabajador, de volver a colocarlo en el puesto anterior como sanción disciplinaria.

El art. 350 del Código asigna al Reglamento características propias de un acuerdo de empresa, definiéndolo como *"El conjunto de disposiciones obligatorias acordadas por igual número de representantes del empleador y de sus trabajadores, destinado a regular el orden, la disciplina y la seguridad"*. Dichas características se ven aun más consolidadas con los requisitos de homologación y registro por la autoridad administrativa, previstos en el art. 356.

El ejercicio por parte del empleador de la facultad de ordenar, dirigir e imponer modificaciones adecuadas en el contrato de trabajo, cuenta con las limitaciones previstas en las causales descritas por el art. 84 en sus incisos c), g), h), n) que habilitan al trabajador a colocarse en situación de despido indirecto por existir *"causa justificada de terminación del contrato por voluntad unilateral del trabajador"*, con derecho a las indemnizaciones previstas para el caso de despido directo injustificado y preaviso (art. 85 del Código).

La casuística del art. 84 del C.L. es sumamente extensa, dicha norma cuenta con catorce incisos. Entre ellos, se indica como supuestos vinculados al *ius variandi* la exigencia del empleador a que el trabajador realice tareas superiores a su fuerza o capacidad profesional o contrarias a la ley, buenas costumbres o lo estipulado (inc. c); la reducción del salario o de la jornada o de la cantidad de días de trabajo cuando no se abonase la remuneración íntegra (inc. g); y *"toda alteración unilateral del contrato de trabajo de parte del empleador no aceptada por el trabajador, así como las violaciones graves del reglamento interno de trabajo cometidas por aquél"* (inc. n).

La generalidad de los términos empleados en la primer parte de esta última normativa, convierten a la legislación paraguaya en la más rígida del sector. Ello así puesto que la interpretación estricta de la expresión *"toda alteración unilateral del contrato de trabajo no aceptada por el trabajador"*, importa lisa y llanamente negar la facultad de *"ius variandi"* a favor del empleador.

En materia de facultades económicas, el art. 64 inc. d) del Código Laboral, prevé como derecho del empleador el de *"Proceder al cierre de los establecimientos y suspensión del trabajo, en la forma y condiciones autorizadas por la ley;"*.

Consecuentemente, el art. 71 del mismo Código regula las causas de suspensión del contrato de trabajo, previéndose entre ellas las derivadas de razones económicas, a saber: *"a) la falta o insuficiencia de materias primas o fuerza motriz para llevar adelante las tareas, siempre que no sea imputable al empleador; ... c) la carencia de medios de pago y la imposibilidad de obtenerlos para la continuación normal de los trabajos, debidamente justificados por el empleador; d) el exceso de producción en una industria determinada, con relación a las condiciones económicas de la empresa y a la situación del mercado; e) la imposibilidad de proseguir los trabajos en una empresa o industria determinada por no ser rentable la explotación; f) el caso fortuito o la fuerza mayor, cuando tenga como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la interrupción de las faenas; ... j) la cesación anual de las labores en las industrias que, por la naturaleza de la explotación tienen una actividad periódica o discontinua"*.

No se prevé modalidad especial de notificación a los trabajadores, pero el empleador está obligado a promover una actuación por ante la autoridad administrativa del trabajo, la que deberá dar participación a la parte trabajadora

antes de dictada la resolución que disponga la suspensión (art. 72).

Las suspensiones tendrán efecto desde el día en que ocurrió el hecho que las motivó (art. 72). No importan la terminación del contrato de trabajo, conservando los trabajadores su derecho a ser readmitidos cuando se terminen las causales que las originaron (art. 73).

El Código no prevé un límite máximo de tiempo para la aplicación de estas suspensiones, pero su art. 77 aclara que en los casos previstos en los incisos a), b), d) y e) del art. 71, si la suspensión dura más de noventa días le asistirá el derecho al trabajador de optar entre continuar esperando, o dar por terminado el contrato percibiendo las indemnizaciones previstas en el art. 91.

8.4.- Uruguay.

En Uruguay predomina una concepción contractualista de la relación de trabajo. Refiere Barbagelata que en dicho ordenamiento no existe una norma que otorgue potestades reglamentarias en el ámbito laboral interno al empleador privado, agregando que tampoco es admisible considerar este tipo de facultad como implícita en la relación de trabajo. Los reglamentos internos solo son admisibles en caso de ser aprobados por negociación colectiva o incorporados a los términos del contrato de trabajo ⁽⁶³¹⁾.

Sin embargo, parte de su doctrina entiende que toda empresa como organización social que es, debe regirse por normas internas que regulen la actividad y permitan la consecución de los objetivos que se proponen. Por tal motivo, se concluye que el empresario tiene a esos efectos un poder de dirección y una potestad disciplinaria ⁽⁶³²⁾.

En materia de poder disciplinario, tampoco hay una norma por la cual se reconozca o reglamente esta facultad del empleador. Sin embargo, doctrinaria y jurisprudencialmente se reconoce que como consecuencia del ejercicio del poder de dirección sobre la marcha de su establecimiento, el empleador tiene una potestad disciplinaria respecto de los trabajadores que no puede ser ejercida en forma arbitraria ⁽⁶³³⁾.

Jurisprudencialmente se han ido delineando las sanciones disciplinarias que, dentro del marco citado, puede aplicar el empleador, tales como la observación o apercibimiento verbal, el apercibimiento o amonestación escrita; las suspensiones por plazo determinado sin goce de sueldo y el despido como máxima sanción. No son admitidas las multas pecuniarias como sanción disciplinaria.

En cuanto al plazo de suspensión disciplinaria, la falta de reglamentación legal no ha impedido que prevalezca el criterio jurisprudencial de exigir un plazo determinado en la suspensión (equiparándose la suspensión sine die con el despido) y un máximo de quince días ⁽⁶³⁴⁾. Obviamente, deben guardar

⁽⁶³¹⁾ Barbagelata, Héctor-Hugo, *Derecho del trabajo*, 2° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995, Tomo I Volumen 1, pág. 146.

⁽⁶³²⁾ Dono Durante, Liliana y Ferreira, María Carmen, *El reglamento interno como fuente del derecho*, en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*, 1° edición, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995, pág. 436; en igual sentido, Ramos Olivera, Julio, *La empresa-Enfoque laboral*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1992, pág. 123.

⁽⁶³³⁾ Perez del Castillo, Santiago, *Manual práctico de normas laborales*, cit., pág. 149.

⁽⁶³⁴⁾ Perez del Castillo, Santiago, *Manual práctico de normas laborales*, cit., pág. 151.

relación de proporcionalidad con la gravedad del incumplimiento cometido y ser progresivas de menor a mayor intensidad.

El "*ius variandi*" tampoco se encuentra reglamentado por ley, su régimen deriva de la doctrina y jurisprudencia.

Se interpreta como tal la potestad del empleador de introducir unilateralmente variaciones en el contenido del contrato de trabajo siempre que no altere de manera sustancial las condiciones existentes (⁶³⁵). De Ferrari lo justifica, sosteniendo que el empleador, para quien es el resultado final de la obra y en razón de ser, además, el propietario de las máquinas y materia prima y el que organiza y coordina el trabajo de sus colaboradores, puede, a veces, verse obligado a modificar las condiciones de prestación del servicio, de uno o varios miembros del personal de su establecimiento. Debe entenderse que la facultad de modificar las condiciones del trabajo es lícita en cuanto no causa al trabajador un daño de importancia ni importe una alteración radical del régimen convenido (⁶³⁶).

La jurisprudencia uruguaya ha encontrado el fundamento del "*ius variandi*" en el poder de dirección del empleador, integrado por: a) un aspecto organizador, que consiste en concretar las prestaciones de servicio y variar las modalidades dentro de ciertos límites (*ius variandi*); b) un aspecto reglamentario; y c) una potestad disciplinaria.

Dentro del primero de dichos aspectos, se ha resuelto que "*Si el patrono tiene la facultad de dirigir, coordinar y fiscalizar la empresa, es natural que de ella se deduzca la potestad de orientar el trabajo de sus subordinados, en forma tal, que la prestación se desarrolle de acuerdo con las exigencias de la producción*" (Anuario 80/81, N° 743, sent. del T.A.T. N° 24 del 10/3/81.); y también que "*el empleador goza de cierta facultad discrecional para determinar las modalidades a que habrán de ajustarse las prestaciones de servicios de sus empleados u obreros en virtud del poder de organización y dirección técnica que tiene como empresario*" (⁶³⁷).

La falta de reglamentación no ha impedido que la jurisprudencia interprete como uso desviado o abusivo del "*ius variandi*" aquella medida unilateral e irrazonable, adoptada en forma arbitraria por el empleador o que ocasione perjuicio en los derechos patrimoniales o morales del trabajador.

Se han considerado como tales la rebaja de salarios, el cambio de forma de liquidar la remuneración que provoque su rebaja, la desjerarquización del trabajador mediante rebaja de su categoría profesional, los cambios de horario de diurno a nocturno o que provoquen extensión de la jornada diaria o cantidad de días de trabajo a la semana, o el cambio de lugar de trabajo cuando no estuviera previsto en el contrato y de ello derive un perjuicio para el trabajador.

Frente a estos supuestos, que la jurisprudencia ha venido caracterizando como "*situación equiparable al despido*", se legitima la determinación del trabajador a colocarse en situación de despido indirecto y reclamar el pago de

⁶³⁵) Pérez del Castillo, Santiago, *Manual Práctico de Normas Laborales*, cit.; pág. 139.

⁶³⁶) De Ferrari, Francisco, *Derecho del trabajo*, 2° edición actualizada, editorial Depalma, Buenos Aires 1969, Volumen II *De las relaciones individuales del trabajo*, págs. 316 y 317.

⁶³⁷) Anuario 80/81, N° 728, sent. del T.A.T. N° 96 del 17/6/80, ambas sentencias fueron extraídas de la cita realizada por Santiago Pérez del Castillo en op. cit., pág. 140.

las indemnizaciones derivadas de dicho modo de extinción de su contrato (⁶³⁸).

Por último, en materia de facultades económicas tampoco existe normativa que permita al empleador suspender o despedir al trabajador por tales razones.

Sin embargo, existen algunas disposiciones contenidas en el Decreto Ley 15.180 y su Decreto Reglamentario N° 14/82 sobre suspensiones y despidos vinculados con la reducción o paralización de actividades en el establecimiento.

Por el art. 11 del citado Decreto Ley 15.180 se prevé como causales para el otorgamiento del subsidio por desempleo "*b.-) la suspensión de la relación laboral; y c.-) La reducción en el mes de las jornadas de trabajo o de las horas en el día, en un porcentaje de un 25 % o más del legal o habitual en épocas normales. A tales efectos se tomará el número de jornadas efectivamente trabajadas en el mes, o de horas en el día, o de las remuneraciones percibidas en su caso, en los últimos doce meses de actividad del empleado, inmediatos anteriores a la reducción*", aclarándose por su último párrafo que "*No corresponderá servir subsidio por desocupación parcial cuando el trabajo reducido hubiere sido pactado expresamente o sea característica de la profesión o empleo*".

Las prestaciones del seguro se extienden por seis meses para los empleados con remuneración mensual y por 72 jornales para los empleados remunerados por día o por hora (art. 22 del Decreto Ley 15.180).

Dichas prestaciones se liquidarán a partir del día siguiente al que se generó el derecho a la misma, tratándose de empleados despedidos o suspendidos totalmente y a partir del primer día siguiente a la finalización del mes calendario, en los casos de empleados en situación de desocupación parcial (art. 23 del Decreto Ley 15.180).

Siendo el caso de empleados remunerados mensualmente, el monto del subsidio será del 50 % del promedio mensual de las remuneraciones computables percibidas en los seis meses inmediatos anteriores a configurarse la causal (art. 12 del Decreto Ley 15.180).

Tratándose de empleados remunerados por día o por hora despedidos o en situación de suspensión total de la actividad, el monto del subsidio será el equivalente a doce jornales que resultan de dividir por 150 el total de las remuneraciones nominales computables percibidas en los seis meses inmediatos anteriores a configurarse la causal (art. 13 del Decreto Ley 15.180).

En el caso de suspensión parcial de actividades (con pérdida de un 25 % o más de la remuneración), el subsidio será calculado sobre la base de lo indicado en los dos párrafos anteriores, reducido en forma proporcional con el porcentaje de la remuneración que el trabajador continúe percibiendo (art. 18 del Decreto Ley 15.180).

(⁶³⁸) Pérez del Castillo, Santiago, *Manual Práctico de Normas Laborales*, cit.; págs. 141 a 148.

Capítulo 11

Los derechos colectivos del trabajo de la Declaración Sociolaboral en los ordenamientos internos.

Sumario.

1.- Libertad de asociación y libertad sindical (arts. 8 y 9).- 2.- Negociación colectiva (art. 10).- 3.- Derecho de huelga (art. 11).

1.- La libertad de asociación y libertad sindical (arts. 8 y 9).

En el art. 8 de la *D.S.L.M.*, su inciso 1° es directamente operativo. Reconoce a todos los empleadores y los trabajadores, el derecho de constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes. Dado que la norma no distingue, se trataría de organizaciones de cualquier grado y tipo de representatividad. Este aspecto de la libertad sindical, es complementado por el mismo inciso, reconociendo también con carácter operativo, la libertad de afiliación. Por las razones que tratamos anteriormente, entendemos que la expresión *de conformidad con las legislaciones nacionales vigentes*, no importa condicionar la efectiva vigencia de estos derechos al mayor o menor grado de reconocimiento preexistente en las legislaciones internas.

En el inciso 2° encontramos una disposición complementaria a la anterior, en el sentido que luego de reconocerse el derecho a la libertad de asociación, ahora los Estados se obligan a asegurarlo en su legislación interna. Se considera comprendido en la libertad de asociación y, por lo tanto, también constituye una norma completa, el enunciado contenido en este inciso acerca del compromiso que adoptan los Estados de abstenerse de cualquier tipo de injerencias en la creación y gestión de las citadas asociaciones. Participa del carácter programático, la última parte de este inciso, por la cual los Estados se comprometen a reconocer la *legitimidad de la representación* que ejercen dichas asociaciones con respecto a la defensa de los intereses de sus miembros.

El art. 9 de la *D.S.L.M.* complementa las previsiones del art. anterior. Por su inc. 1° se reiteran las previsiones sobre discriminación del art. 1° inc. 1.-). En esa oportunidad, la *Declaración* tipifica la *opinión sindical* como causal de exclusión comprendida en la regla de no discriminación. Ahora declara aplicables aquellos preceptos, con un sentido amplio de exclusión, comprendiendo en él las causales vinculadas con el ejercicio de la libertad sindical.

El inciso 2° de este art. 9 ha sido enunciado de manera programática: *se deberá garantizar*. Tiende a que las legislaciones aseguren que la libertad de afiliación no comprometa el ingreso a un empleo o la continuidad en el mismo; discriminación por participar en actividades sindicales; y el derecho de los trabajadores a ser representados sindicalmente.

Para el análisis vinculado a la recepción de esta temática en el derecho interno de los estados miembros del Mercosur, la hemos reagrupado en dos siguientes categorías: a.-) libertad sindical; y b.-) representación sindical.

1.1.- Argentina.-

En materia de libertad sindical, el art. 14 bis de la Constitución reconoce a los trabajadores el derecho a la "*organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial*". Por el mismo artículo, que "*Los representantes sindicales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo*".

La Argentina ratificó los convenios 87 sobre libertad sindical, 98 sobre el derecho a la sindicalización y negociación colectiva, el 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo y el 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública. A dicha nómina, en diciembre de 2003 se agregan la ratificación de los convenios N° 135 sobre los representantes de los trabajadores (⁶³⁹) y 150 sobre la administración del trabajo (⁶⁴⁰).

En esta materia, el régimen básico está dado por la ley 23.551 y su Decreto Reglamentario N° 467/88.

Del texto constitucional resulta la directiva para el legislador de implementar un sistema de pluralidad sindical, compatible con las previsiones del Convenio N° 87 de la O.I.T. sobre libertad sindical. El Convenio 87 de la O.I.T. posee jerarquía supralegal, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Argentina, en el texto asignado por la enmienda de 1994.

La normativa infraconstitucional mantiene la regla de pluralidad sindical, aunque con matices propios del sistema de *unidad promocionada*.

En efecto, la expresión "*organización sindical libre y democrática reconocida mediante la simple inscripción*" tiene que ver con los sistemas de organización sindical. Doctrinariamente se reconocen dos sistemas: unidad sindical (o unicidad) y pluralidad sindical (o diversidad). Por el primero, el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de solo una asociación sindical para representar, dentro de un territorio, a los trabajadores comprendidos en determinada actividad, rama, oficio o profesión o empresa. Por el segundo, se admite que puedan existir varias asociaciones representativas de estos trabajadores dentro de un mismo territorio.

La discriminación legislativa entre asociaciones que gozan de personería jurídica con la simple inscripción en un registro especial, respecto de aquéllas que también gozan de la denominada *personería gremial* ha sido la cuestión más controvertida, desde el punto de vista constitucional.

La adopción del régimen de pluralidad sindical se encuentra actualmente reglamentada por la ley 23.551, que admite la libre constitución de asociaciones sindicales (asociaciones simplemente inscriptas) pero monopoliza en la asociación más representativa por sector (asociaciones con personería gremial) derechos significativos como ser el de negociar colectivamente (concertar convenios colectivos de trabajo), preferencia en el derecho de ejercer medidas legítimas de acción sindical, recaudación de aportes por cuota sindical a través de retenciones

⁽⁶³⁹⁾ Ley 25.801, B.O. del 2/12/2003.

⁽⁶⁴⁰⁾ Ley 25.802, B.O. del 2/12/2003.

obligatorias a los trabajadores afiliados y administrar la obra social sindical.

Los contenidos de la *libertad sindical* se encuentran previstos por el art. 4° de la ley 23.551, garantizándose a los trabajadores los siguientes derechos sindicales: a.-) *Constituir libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales.* b) *Afiliarse a las ya constituidas, no afiliarse o desafiliarse.* c.-) *Reunirse y desarrollar actividades sindicales.* d.-) *Peticionar ante las autoridades y los empleadores.* e.-) *Participar en la vida interna de las asociaciones sindicales, elegir libremente a sus representantes, ser elegidos y postular candidatos.* En forma dispersa, el resto del articulado reconoce estos derechos a favor de las asociaciones sindicales, en su relación con asociaciones de segundo o tercer grado.

En materia de *autonomía sindical*, la ley reconoce por su art. 5°, el derecho de las asociaciones sindicales para a.-) *determinar su nombre, no pudiendo utilizar los ya adoptados ni aquellos que pudieran inducir a error o confusión;* b.-) *determinar su objeto, ámbito de representación personal y de actuación territorial;* c.-) *adoptar el tipo de organización que estimen apropiado, aprobar sus estatutos y constituir asociaciones de grado superior, afiliarse a la ya constituidas o desafiliarse;* d.-) *formular su programa de acción y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores. En especial, ejercer el derecho a negociar colectivamente, el de participar, el de huelga y el adoptar demás medidas legítimas de acción sindical.*

Se establece como autoridad de control al Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos (art. 58). Dicha autoridad interviene en la constitución de las asociaciones sindicales, llevando el registro pertinente.

La ley habilita la constitución de asociaciones sindicales que tomen en cuenta los siguientes parámetros de representación personal:

a.-) *Actividad.* Todos los trabajadores pertenecientes a algún sector de la producción de bienes (metalúrgicos, construcción, plásticos, textiles, caucho, molineros, alimentación, aguas gaseosas, etc.) o servicios (gastronómicos, comercio, bancarios, seguro, etc.).

b.-) *Rama.* Las actividades admiten división por segmentos o categorías, son las ramas de la actividad (conductores de locomotoras, señaleros, supervisores de la industria metalúrgica, empleados de la industria textil, etc.).

c.-) *Oficio o profesión.* Los trabajadores que ejecen tareas específicas dentro de cualquier actividad o rama (peluqueros privados, radiocabletelegrafistas, viajantes de comercio, agentes de propaganda médica, etc.).

d.-) *Empresa.* Trabajadores dependientes de un mismo empleador, que se agrupan formando su propia asociación sindical, con independencia de la actividad principal del establecimiento (trabajadores del estado).

El ámbito de representación territorial estará dado por los límites geográficos donde se encuentran los trabajadores que constituyen la asociación (en forma directa, cuando se trata de asociaciones de primer grado y de manera indirecta, cuando lo que se constituyen son federaciones o confederaciones).

La autoridad de aplicación y control en materia de otorgamiento de inscripción o personería gremial es el Ministerio de Trabajo de la Nación, en el marco normativo de la ley 23.551. Todas las decisiones que adopte quedan sujetas al control judicial de legalidad y razonabilidad. En lo concerniente a la aplicación de sanciones que importen suspensión o cancelación de la personería gremial o intervención a una asociación sindical, las facultades de dicha autoridad se limitan a

efectuar una petición ante la justicia, que puede imponerlas exclusivamente en los supuestos previstos por la citada ley 23.551.

No existe norma previendo la posibilidad de constituir asociaciones sindicales de tipo extranacional, de tipo regional o comunitaria.

Si bien tampoco hay norma prohibiendo el ejercicio de los derechos de libertad y autonomía sindical más allá de los límites del territorio argentino, el art. 18 de la ley 23.551, en su párrafo 2°, establece como condición para integrar el órgano colegiado de dirección y administración de estas asociaciones, el requisito que el 75 % de los cargos sean desempeñados por ciudadanos argentinos. Del mismo modo, la norma exige que el titular del cargo de mayor jerarquía y su reemplazante estatutario sean ciudadanos argentinos.

En materia de representación sindical, la Argentina ratificó el convenio 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo. También ratificó el Convenio N° 135 sobre los representantes de los trabajadores y el N° 150 sobre la administración del trabajo.

El régimen de garantías de gestión y tutela de estabilidad específico para los trabajadores que ejercen representación sindical se encuentra consagrado en los arts. 40 a 52 de la ley 23.551, reglamentados por los arts. 25 a 30 del Decreto 467/88.

La última parte del párrafo del artículo 14 bis constitucional que estamos comentando dispone que "*los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad en el empleo*". Se procura, de este modo, evitar presiones patronales desleales sobre quienes ejercen funciones gremiales, y de esa forma, indirectamente, conculcar los derechos que gozan las asociaciones sindicales.

El régimen actual de la ley 23.551 prevé un sistema de estabilidad relativa para los representantes sindicales que tiene su inicio desde el momento en que el trabajador se *postula* como candidato para ocupar algún cargo representativo. Por supuesto, se exige la notificación fehaciente de dicha postulación (que debe hacer el trabajador) u oficialización de su candidatura (que debe hacer la asociación sindical) al empleador (art. 50 de la ley 23.551). El derecho a la estabilidad del candidato tiene por la citada ley una limitación temporal de seis meses. Si el trabajador resulta electo y pasa a ser representante, también se requiere la notificación fehaciente al empleador para que el sistema de protección especial se mantenga por todo el tiempo de mandato y hasta un año después de cumplido.

Dicho régimen es común, tanto para los trabajadores que ejercen representación sindical dentro del establecimiento (delegados gremiales, comisiones internas), como aquél otro que ejerce funciones dentro de la asociación sindical con representación en la empresa a la que pertenece (miembro del órgano directivo, de fiscalización, delegado congresal, etc.).

La cantidad de representantes en la empresa debe ser fijada por negociación colectiva (art. 45 de la ley 23.551). Solo a falta de acuerdo, rigen las cantidades fijadas por la ley.

Durante este período de estabilidad, el empleador no puede despedir, suspender o alterar las condiciones de trabajo del representante gremial sin autorización judicial otorgada en un proceso especial de "*desafuero*" (art. 52 de la ley 23.551). A través de este procedimiento, el empleador debe acreditar la existencia de incumplimientos graves por parte del representante y la necesidad de

ejercitar respecto de este el poder disciplinario, con sanciones de suspensión o despido. La necesidad también puede ser funcional y la autorización que se recabe tendrá por finalidad permitirle al empleador el cambio de condiciones de trabajo del representante.

El efecto de la sentencia de “*desafuero*”, si se admite la solicitud del empleador, será el de colocar al representante gremial en un pie de igualdad con los demás trabajadores (regidos por la L.C.T.) de manera tal que el empleador pueda ejercitar a su respecto la medida sancionatoria o modificatoria de condiciones de trabajo recabada en el proceso judicial.

Si el empleador decide aplicar sanciones o modificar las condiciones de trabajo del representante gremial (siempre dentro del período de protección) sin el previo proceso de desafuero, conforme lo determina el art. 52 de la ley 23.551 el afectado podrá optar entre: a.-) solicitar en proceso judicial sumarísimo (amparo sindical) la reincorporación en su puesto de trabajo con más el pago de salarios caídos; o b.-) considerarse despedido y reclamar, además de las indemnizaciones comunes que le corresponden a cualquier trabajador, una indemnización especial cuyo monto será equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieran correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior.

La ley prevé que la garantía de estabilidad no podrá ser invocada en casos de cesación de actividades del establecimiento o de suspensión general de las tareas del mismo (art. 51 de la ley 23.551). La Corte ha considerado razonable esta limitación ⁽⁶⁴¹⁾.

Ninguna disposición limitatoria prevé la ley para el caso del representante sindical en condiciones de jubilarse. La Corte ha considerado ilegal este tipo de despidos por contrariar la garantía de estabilidad consagrada en el art. 14 bis de la Constitución y la ley 23.551 ⁽⁶⁴²⁾.

1.2.- Brasil.-

El art. 8 de su Constitución Federal de 1988, reconoce que *“Es libre la asociación profesional o sindical, observando lo siguiente: I.- La ley no podrá exigir autorización del Estado para la constitución del sindicato, sin perjuicio del registro en el órgano competente, quedando prohibidas al poder público la interferencia y la intervención en las organizaciones sindicales. II.- Es prohibida la creación de más de una organización sindical, en cualquier grado, representativa de categoría profesional o económica, en la misma base territorial, que será definida por los trabajadores o empleadores interesados, no pudiendo ser inferior al área de un Municipio. III.- Al sindicato le corresponde la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de la categoría, incluso en cuestiones judiciales o administrativas. IV.- La asamblea general fijará la contribución que, tratándose de la categoría profesional correspondiente, será descontada por recibo de haberes, para el costeo del sistema confederativo de la representación sindical respectiva, independientemente de las contribuciones previstas en la ley. V.- Nadie será obligado a afiliarse o a mantenerse afiliado a un sindicato. VII.- El afiliado jubilado tiene derecho a votar y ser votado en las organizaciones sindicales.*

⁽⁶⁴¹⁾ C.S.J.N., “Fallos”, 300:381.

⁽⁶⁴²⁾ C.S.J.N., “Fallos”, 271:305.

En el ámbito de la administración pública, el art. 37 de su Constitución, por el inciso VI declara que *es garantizado al servidor público civil el derecho a la libre asociación sindical*.

Se desprende de la previsión constitucional contenida en el art. 7°, que Brasil adopta un sistema de unidad sindical, restringiendo la constitución de asociaciones sindicales, toda vez que prohíbe la creación de más de una por categoría, en el mismo ámbito territorial.

Brasil ratificó el convenio N° 98 sobre el derecho a la sindicalización y negociación colectiva y el 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo. No ratificó los Convenios N° 87 sobre la libertad sindical y el 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.

Su régimen de asociaciones sindicales se encuentra básicamente regulado en la Consolidación de las leyes del trabajo (Decreto – Ley N° 5.452, del 1° de mayo de 1943), Título V *De la organización sindical*, Capítulo I *De la institución sindical*, arts. 511 a 610. La regulación es en conjunto para las asociaciones sindicales y asociaciones patronales.

En materia de libertad sindical, la C.L.T. acompaña el mandato constitucional en lo concerniente al reconocimiento del derecho de libre afiliación, pero con la limitación cuantitativa de una asociación por territorio y por categoría.

En estos términos, el derecho colectivo brasileño opta por un sistema de libertad sindical garantizada en unidad territorial, es decir, los trabajadores pueden constituir todas las asociaciones sindicales que deseen, pero en la medida que no exista más de una con el mismo ámbito de representación personal dentro de un mismo territorio (art. 516 de la C.L.T.). Este sistema resulta compatible con la no ratificación, por parte de Brasil, del Convenio N° 87 de la O.I.T. sobre libertad sindical. Del mismo modo, la representación territorial no debe ser inferior a la jurisdicción del municipio (art. 8 inc. II, C.F. 1988).

Ari Beltran señala que en Brasil se mantiene el régimen de unidad sindical como una notoria herencia del corporativismo. Agrega que la inclusión expresa de este principio, que asegura el monopolio sindical, en la Constitución de 1988 (art. 8, inc. II.-) es lo que impide a su país ratificar el Convenio N° 87 de la O.I.T. ⁽⁶⁴³⁾.

Dado el sistema de unidad sindical adoptado, no existe tratamiento diferenciado por el legislador, con relación a las asociaciones sindicales reconocidas.

Su C.L.T. reglamenta lo concerniente a las asociaciones sindicales en el Título V *De la organización sindical*, Capítulo I *De la institución sindical*, arts. 511 a 610. Las secciones I a IV (arts. 511 a 532) se ocupan de las asociaciones de primer grado. La sección V (arts. 533 a 539) trata específicamente el punto de las asociaciones de segundo y tercer grado (federaciones y confederaciones).

El concepto categoría profesional utilizado por el art. 511 inc. 3° de la C.L.T. se refiere al conjunto de trabajadores que tiene, en forma permanente,

⁽⁶⁴³⁾ Beltrán, Ari Possidonio, *A autotutela nas relações do trabalho*, editorial LTr, San Pablo 1996, pág. 92.

comunidad de intereses en razón de su actividad laborativa ⁽⁶⁴⁴⁾. Si bien dicho concepto adquiere contornos imprecisos, por el art. 511 de la C.L.T. se admite la organización de asociaciones de trabajadores, tanto dependientes como autónomos o profesionales liberales, por actividad o profesión. El término actividad comprende la trabajadores de una misma empresa o categoría de trabajadores de una empresa (rama, oficio), esta última definida como *categoría profesional diferenciada* por el art. 511 inc. 3° de la C.L.T.

Dentro del sistema de unidad sindical, la libertad de afiliación se encuentra reconocida en el art. 8 inc. V de su Constitución, estableciendo que nadie puede ser obligado a afiliarse o mantenerse afiliado a un sindicato. Del mismo modo, el art. 540 de su C.L.T. garantiza el derecho de toda persona, a ser admitida en calidad de afiliada por el sindicato correspondiente a su categoría.

La autonomía sindical, además de hallarse reconocida por el art. 8 inc. I.- de la C.F. de 1988, ha sido objeto de reglamentación en términos similares, por el art. 525 de la C.L.T. que prohíbe a las personas físicas o jurídicas ajenas al sindicato, la intervención en su administración o servicios.

Dado que las normas contenidas por el art. 8° de la Constitución Federal de 1988 en muchos casos contradicen disposiciones de la C.L.T. de 1943, ocurre aquí varios de los contenidos de este último cuerpo normativo han quedado tácitamente derogados.

En esa línea se circunscriben las normas vinculadas a la función de control que la C.L.T. colocaba en cabeza del Ministerio de Trabajo, en lo concerniente a la constitución y funcionamiento de asociaciones sindicales. En este sentido, prevalece la garantía de la libre constitución y funcionamiento del sindicato, garantizado por la Constitución, sobre cualquier otra disposición en contrario de la C.L.T. acerca de las exigencias que debe cumplir el estatuto de la Asociación para ser registrada.

Hay consenso en que la Asociación Sindical comienza a funcionar una vez que es aprobado su acto constitutivo por asamblea, independientemente del trámite de inscripción ante el registro llevado por el Ministerio de Trabajo ⁽⁶⁴⁵⁾.

Quedan circunscriptas en la misma línea de interpretación, las exigencias contenidas en la C.L.T. acerca del deber impuesto a los sindicatos, que el *ejercicio del cargo de presidente sea desempeñado por brasileño nativo, y que los demás cargos de administración y representación también sean desempeñados por brasileños* (C.L.T., art. 515 inc. c). Se ha interpretado que este requisito es inconstitucional, toda vez que los arts. 5 y 12, § 2° de la C.F. de 1988 prohíben todo tipo de discriminación por razón de la nacionalidad ⁽⁶⁴⁶⁾.

También se interpretan como tácitamente derogados por la C.F. de 1988, otros requisitos de la C.L.T. vinculados a la constitución y funcionamiento de las asociaciones sindicales, como ser: a-) exigencia de órgano colegiado de dirección, con un mínimo de tres y máximo de 7 miembros, entre los cuales deben elegir al presidente (art. 522 § 1°); la nómina de decisiones que deben ser aprobadas por asamblea (elección de representantes, aprobación de cuentas, gestión del patrimonio, aplicación de penalidades a los afiliados, art. 524 de la

⁽⁶⁴⁴⁾ Carrión, Valentín, *Comentários á Consolidação das Leis do Trabalho*, cit., pág. 403.

⁽⁶⁴⁵⁾ Carrión, Valentín, *op. loc. cit.*

⁽⁶⁴⁶⁾ Carrión, Valentín, *Comentários á Consolidação das Leis do Trabalho*, cit., pág. 410.

C.L.T.).

Tanto la C.F. de 1988 (art. 8° inc. III) como el art. 513 de la C.L.T., reconocen el derecho de la asociación sindical a ejercer la representación de los intereses colectivos del sector y los individuales de sus afiliados. En relación a esto último, las asociaciones sindicales no necesitan mandato expreso (procuración) para ejercer la representación de los derechos individuales de sus afiliados. Tienen legitimación procesal y administrativa en estos casos. Este derecho no es extensivo a los intereses individuales de los no afiliados, respecto de los cuales sí necesitará mandato escrito.

La C.L.T. dedica todo un Capítulo, el N° III (Secciones I a V, arts. 578 a 610) a la regulación de lo concerniente a la gestión patrimonial del sindicato, tanto del régimen de aportes cuota sindical, como la afectación de los recursos y penalidades para el caso de incumplimiento.

Aún cuando la C.F. de 1988 establece que la cuota sindical debe ser fijada por asamblea de afiliados (art. 8 inc. IV), la C.L.T. prevé por su art. 580 que dicho aporte será recaudado en forma anual y para los empleados consistirá en el valor de la remuneración correspondiente a un día de trabajo.

En materia de representación sindical, el art. 8 de su Constitución Federal de 1988, reconoce que *“Es libre la asociación profesional o sindical, observando lo siguiente: ... VIII.- Queda prohibido el despido del representante sindical desde el registro de su candidatura al cargo de dirección o representación sindical y, si resultara electo, aún en carácter de suplente, hasta un año después de finalizar su mandato, salvo si cometiera falta grave calificada por ley.*

Por su parte, el art. 11 agrega: *En las empresas de más de doscientos empleados, es asegurada la elección de un representante de estos con la finalidad exclusiva de promoverles un entendimiento directo con los empleadores.*

Brasil ratificó el convenio N° 135 sobre los representantes de los trabajadores y el N° 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo.

El régimen de tutela especial para el representante gremial se encuentra reglamentado por el art. 543 de la C.L.T., con las modificaciones introducidas por la C.F. de 1988 que extendió la tutela al candidato y al suplente.

Para los trabajadores que ejerzan representación sindical integrando los órganos directivos de la asociación sindical, se regula un régimen de inamovilidad de sus cargos y estabilidad en el empleo. Tal garantía, como se ha visto, fue extendida a los candidatos y a los representantes suplentes por la C.F. de 1988. No hay previsión similar expresa para representantes en la empresa (delegados gremiales, miembros de comisión interna).

La norma del art. 543 de la C.L.T. exige que tanto el registro de la candidatura, como la designación por resultado del acto electoral, sean notificados al empleador dentro de las 24 horas. El incumplimiento a este requisito obsta el régimen de tutela ⁽⁶⁴⁷⁾.

Estos trabajadores no pueden ser despedidos, suspendidos o alteradas sus condiciones de trabajo de manera tal que le impida el ejercicio de su labor representativa (art. 543 de la C.L.T.)

⁽⁶⁴⁷⁾ Delgado, Mauricio Godinho, *Direito Colectivo do Trabalho*, Editora LTr, San Pablo 2001, pág. 81.

No hay previsión legal en orden a la cantidad de trabajadores que puedan verse alcanzados por la protección. Queda claro que se hallan comprendidos los representantes que integran el órgano directivo en el máximo de siete, el consejo fiscal de 3 miembros y los suplentes (art. 522 de la C.L.T.).

La ausencia de previsión legal expresa que incluya a delegados de establecimiento o miembros de comisión interna en el régimen de estabilidad, ha llevado a interpretaciones dispares en la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, hay consenso en que luego de la reforma constitucional de 1988 (art. 11), en la medida que se trate de representantes electos y cuya representación surja del instrumento constitutivo de la asociación sindical, se hallarían comprendidos en el régimen de tutela ⁽⁶⁴⁸⁾.

Las infracciones por parte del empleador a este régimen de tutela, dan lugar a las penalidades previstas por el art. 553 inc. A) de la C.L.T. que consisten en multas pecuniarias, sin perjuicio del derecho de reparación previsto para el trabajador afectado. Esto ha sido interpretado por la jurisprudencia, en el sentido que el trabajador afectado tiene derecho a peticionar su reincorporación con el pago de los salarios caídos ⁽⁶⁴⁹⁾.

La ley nada dice del caso de extinción del contrato de trabajo por cierre del establecimiento. También aquí la jurisprudencia vino a interpretar que tal hecho torna insubsistente la estabilidad gremial ⁽⁶⁵⁰⁾.

1.3.- Paraguay.

En materia de libertad sindical, el art. 96 de su Constitución de 1992, bajo el título *De la libertad sindical*, reconoce que *“Todos los trabajadores públicos y privados tienen derecho a organizarse en sindicatos sin necesidad de autorización previa. Quedan exceptuados de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de las policiales. Los empleadores gozan de igual libertad de organización. Nadie puede ser obligado a pertenecer a un sindicato.- Para el reconocimiento de un sindicato bastará con la inscripción del mismo en el órgano administrativo correspondiente....”*.

Paraguay ratificó los convenios 87 sobre libertad sindical, 98 sobre el derecho a la sindicalización y negociación colectiva. No ratificó el convenio 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo y tampoco el 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.

Su Código Laboral (ley 213 del 30/10/93), dedica el Libro Tercero a las *Relaciones Colectivas de Trabajo*. El Título Primero, integrado por siete capítulos, se ocupa de regular lo atinente a las Organizaciones Sindicales de Empleadores y Trabajadores (arts. 284 a 316). La regulación es conjunta para asociaciones de trabajadores y de empleadores.

Adopta el régimen de diversidad o pluralidad sindical. La libertad sindical es reconocida en forma plena, tanto por la ratificación del Convenio N° 87 de

⁽⁶⁴⁸⁾ Carrión, Valentín, *Comentários á Consolidação das Leis do Trabalho*, cit., pág. 420.

⁽⁶⁴⁹⁾ Delgado, Mauricio Godinho, *Direito Colectivo do Trabalho*, cit., pág. 82.

⁽⁶⁵⁰⁾ Delgado, Mauricio Godinho, *Direito Colectivo do Trabalho*, cit., pág. 81.

la O.I.T., como por la regulación expresa de los arts. 284 y 285 de su C.L. Sin embargo, el art. 293 de su C.L. permite la afiliación del trabajador a un solo sindicato.

Se encuentran previstas por el C.L. las federaciones y confederaciones (art. 306) rigiendo, a su respecto, la libertad de afiliación para las entidades de grado inferior (art. 307).

Del mismo modo, también reconoce los derechos derivados de la autonomía sindical, previendo de manera expresa que *Las autoridades públicas se abstendrán de toda intervención que tienda a limitar este derecho o entorpecer su ejercicio.*

En cuanto al ámbito de representación personal, se encuentra prevista la organización de asociaciones sindicales por empresa, gremio o industria. Bajo la denominación *gremial*, quedan comprendidos los sindicatos de oficio, profesión o especialidad. En la expresión *industria*, se agrupan los sindicatos de actividad o rama.

El art. 290 del C.L. se ocupa de regular los fines de las asociaciones sindicales. Estas no ejercen representación ante los órganos administrativos o judiciales sin mandato expreso de sus afiliados.

La nacionalidad paraguaya no es requisito para afiliarse a un sindicato. Para la integración de los órganos de dirección del sindicato no es necesario ser nacional paraguayo, basta con ser mayor de edad y socio activo (art. 293 del C.L.).

La Autoridad Administrativa del Trabajo es la entidad encargada de recepcionar el acta constitutiva del sindicato, sus estatutos y la nómina de autoridades (art. 294 del C.L.). Posteriormente, deben informar a la misma autoridad las modificaciones aprobadas a estos instrumentos y cambios en la nómina de directivos (art. 304).

En cuanto al régimen de protección del representante sindical, el art. 96 de su Constitución de 1992, bajo el título *De la libertad sindical*, establece en su párrafo 3ro., que *“En la elección de las autoridades y en el funcionamiento de los sindicatos se observarán las prácticas democráticas establecidas en la ley, la cual garantizará también la estabilidad del dirigente sindical”.*

Paraguay no ratificó los convenios Nos. 135, sobre los representantes de los trabajadores y 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo.

Su Código Laboral (ley 213 del 30/10/93), dedica el Libro Tercero a las *Relaciones Colectivas de Trabajo*. El Título Primero, integrado por siete capítulos, se ocupa en el séptimo de ellos, de regular lo atinente a la Estabilidad Sindical (arts. 317 a 324).

Las disposiciones del Código Laboral se encuentran complementadas con la ley 1.172 sobre estabilidad en el trabajo del dirigente sindical.

El art 317 del C.L. define a este instituto de la estabilidad sindical, como *la garantía de que gozan ciertos trabajadores de no ser despedidos, trasladados, suspendidos o alteradas sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente admitida por juez competente.*

La estabilidad alcanza tanto a los trabajadores que ejerzan representación integrando la comisión directiva de un sindicato, como a aquellos

otros que ejercen representación sindical en local de trabajo donde no exista comité o sindicato. También quedan cubiertos por esta garantía, los gestores u organizadores de sindicatos, los negociadores de contrato colectivo o reglamento interno y los candidatos a integrar comisiones directivas de sindicatos, federaciones o confederaciones (art. 318 del Código Laboral).

La norma precedentemente señalada, establece cupos máximos por empresa de trabajadores con estabilidad gremial.

Tratándose de candidatos a ocupar cargos directivos que resultaran electos, la estabilidad los comprende desde los treinta días anteriores a la asamblea, hasta los treinta días posteriores a la finalización de su mandato.

Para los delegados, desde su designación notificada, hasta seis meses después de la finalización en su cargo (art. 319 del Código Laboral).

En caso de infracción patronal a la estabilidad sindical, el C.L. exige que el debate se lleve a cabo con el trabajador *adentro* del establecimiento. El Art. 320 del Código Laboral dispone que *el Juez ordenará como medida cautelar la reposición inmediata del dirigente en su lugar de trabajo anterior, o el restablecimiento de las condiciones modificadas, en el plazo de 48 horas.*

Por último, resulta de relevancia el art. 323 del Código Laboral, en cuanto dispone que *La protección que otorga la estabilidad sindical no se extenderá a favor de una misma persona por más de dos períodos consecutivos o alternados de representación, en un lapso de diez años.*

1.4.- Uruguay.

Su Constitución garantiza en general, la libertad de asociación por el art. 39: *Todas las personas tienen el derecho de asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por ley.* En materia de asociaciones gremiales, el art. 57 de la misma Constitución establece que *La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica.-*

Uruguay ratificó los convenios 87 sobre libertad sindical, 98 sobre el derecho a la sindicalización y negociación colectiva, 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo, y el 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.

Su régimen de asociaciones sindicales se encuentra brevemente regulado por Decreto N° 93 del 3/02/1968. La regulación es conjunta para sindicatos y asociaciones profesionales de empleadores. Adopta el régimen de diversidad o pluralidad sindical.

La libertad sindical se encuentra prevista en el art. 2° del Decreto 93/68: *Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.*

Queda prohibido sujetar el empleo de un trabajador o el mantenimiento en el cargo a la condición de que se afilie o no se afilie a un sindicato y organización de trabajadores determinado, o la de dejar de ser miembro de los mismos (art. 7° inc. a.- del Decreto 93/68).

Por su parte, la autonomía sindical se encuentra también consagrada en el art. 3° del citado decreto, previendo que las organizaciones en cuestión, *tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.*

Estos criterios son extensivos a las federaciones y confederaciones.

La autonomía aquí consagrada es casi absoluta. No hay disposiciones que impongan pautas para la redacción de estatutos, designación de miembros que compondrán la comisión directiva, etc. Tampoco hay norma que les confiera a los sindicatos, una personalidad jurídica distinta de la que pueden alcanzar solo si se constituyen, además, como asociaciones civiles.

La norma declara aplicables los Convenios 87 y 98 de la O.I.T., estableciendo que su incumplimiento será sancionado con las multas previstas por el régimen de inspección general del trabajo.

En materia de representación sindical, hay un vacío legislativo. Nada dice su Constitución. Sobre el particular, Uruguay ratificó el Convenio N° 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo, pero no ratificó el Convenio N° 135 sobre los representantes de los trabajadores.

Solo con carácter general, el art. 7 del Decreto 93/68, por su inciso b), trae una prohibición genérica al empleador de perjudicar o despedir a trabajadores por su participación en actividades sindicales.

Si bien son varias las previsiones que regulan la implementación del sistema de tripartismo, tanto en la administración del trabajo como en las empresas, no hay establecido un régimen de tutela especial para el representante gremial.

Tal como lo ha señalado Héctor Babace, *en Uruguay, el representante sindical carece de un estatuto protector diferenciado del que goza el militante e incluso, el mero agremiado* ⁽⁶⁵¹⁾.

2.- La negociación colectiva (art. 10).-

El art. 10 de la *D.S.L.M.* está redactado en términos directamente operativos, se reconoce que *Los empleadores o sus organizaciones y las organizaciones o representaciones de trabajadores tienen derecho a negociar y celebrar convenciones y acuerdos colectivos para reglamentar las condiciones de trabajo.* Al igual que en los casos anteriores, la expresión *de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales* insertada sobre el final de este artículo, no restringe ni limita el campo de aplicación del reconocimiento, simplemente admite que sobre esta libertad, se ejerza el razonable poder de reglamentación.

Cabe detenernos en la redacción utilizada por la norma para referirse a la titularidad del ejercicio de este derecho. Cuando se refiere a los empleadores, dice que el derecho corresponde a *“los empleadores o sus organizaciones”*. Del mismo modo, cuando alude al sector trabajador, dice que tienen ese derecho las asociaciones sindicales *“o”* las representaciones de los trabajadores.

⁽⁶⁵¹⁾ Babace, Héctor, *La representación sindical*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1993.

En el caso de los empleadores, la interpretación es clara. Pueden negociar individual o colectivamente. No hay impedimento para la celebración de convenios de empresa o grupos de empresas, con intervención de los empleadores directos, independientemente de la participación de la organización profesional que pudiera representarlos. Del mismo modo, son numerosos los casos de actividades cuyos titulares o bien carecen de organización representativa, o bien la organización existente no agrupa a la totalidad de empresarios.

Pero con relación a los trabajadores, la redacción empleada por la norma podría dar lugar, por lo menos, a dos interpretaciones posibles.

Con un sentido flexible, se podría sostener que la legitimación comprende tanto a las asociaciones sindicales como a las representaciones de los trabajadores (comisiones internas, asociaciones locales, etc.). La conjunción disyuntiva "o" significaría, según este criterio, que cualquiera de las dos podría celebrar convenios colectivos de trabajo, correspondiendo a *las legislaciones y prácticas nacionales* regular lo concerniente al régimen de prelación de fuentes (convenio de ámbito menor versus convenio de ámbito mayor).

Con un sentido protector, la atribución en primer término de este derecho a las "organizaciones", seguida luego de la conjunción disyuntiva "o", implicaría que las "representaciones de trabajadores" solo podrían ejercer este derecho en ausencia de una estructura organizada.

En este sentido, cabe anticipar que el art. 325 del Código Laboral paraguayo prevé que pueden ser parte, uno o varios sindicatos y, del mismo modo, en ausencia de tales organizaciones, también pueden serlo *representantes de trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos*.

La cuestión, por supuesto, reviste particularidades complejas. Sobre todo en las fórmulas de negociación colectiva que permiten la coexistencia o convivencia de convenios de distintos niveles, tales como el caso de la negociación articulada, con un convenio de ámbito mayor y convenios menores que regulan, por lo general, las cuestiones no previstas en el régimen general.

Si bien puede resultar conveniente la participación de los sectores más directamente involucrados en la negociación de niveles menores, por estricta aplicación de las reglas de subsidiariedad, no parece razonable prescindir allí, donde es mayor el poder de influencia del empleador, del mecanismo protectorio conformado por las reglas de orden público laboral que impiden la renuncia de derechos elementales. La participación de la organización sindical en ese nivel de negociación, trae equilibrio a la relación de fuerzas. La convivencia de distintos niveles de negociación, con las reglas del orden público laboral, solo podría darse en un marco claro de indisponibilidad en relación con las normas laborales generales y, particularmente, con las derivadas del convenio pactado en un ámbito mayor, todo ello complementado con la regla de aplicación de la norma más benigna para el trabajador.

A continuación, analizaremos sucintamente la regulación del instituto en los estados Miembros del Mercosur.

2.1.- Argentina.

El art. 14 bis de la Constitución Argentina reconoce a los "gremios" el derecho a "*concertar convenios colectivos de trabajo*".

La Argentina ratificó los convenios de la O.I.T. Nros. 98 sobre el

derecho a la sindicalización y la negociación colectiva (Decreto – ley 11.594/56), 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (ley 23.328) y 154 sobre fomento de la negociación colectiva (ley 23.544).

En materia de fuentes infraconstitucionales, el régimen básico de la negociación colectiva se encuentra disperso.

La ley 23.546 regula el régimen del procedimiento para la negociación colectiva y rige junto con su decreto reglamentario N° 200/98, normas estas que han sido objeto de diversas reformas, particularmente la derivada de la ley 25.250 de junio de 2000. En la administración pública, el procedimiento para la negociación colectiva se encuentra regulado en la ley 24.185.

La ley 14.250 regula el régimen de las convenciones colectivas de trabajo y ha sido reglamentada por Decreto 199/98. Tanto la ley como su reglamentación, se vieron modificadas por la ley 25.250.

Ambas normas se ven complementadas con lo dispuesto por el art. 11 de la ley 22.250 que crea una *Comisión Bicameral de Seguimiento de la Negociación Colectiva*, en el ámbito del Congreso Nacional.

Hay también normas de *disponibilidad colectiva* diseminadas en las leyes 20.744, 24.013, 25.013, entre otras.

El procedimiento para la negociación colectiva en el ámbito de la actividad privada se encuentra básicamente regulado por la ley 23.546 y sus modificatorias, existiendo disposiciones aplicables también en la ley 25.250, ambas con sus respectivos decretos reglamentarios. En el ámbito de la administración pública, la ley 24.185 ha promovido la negociación colectiva para ese sector.

El resultado de dicha negociación colectiva, es el convenio colectivo de trabajo, cuyo contenido debe ajustarse a las disposiciones contenidas en la ley 14.250 y su reglamentación. Como pauta general, el art. 3° del Decreto 199/88 (texto Decreto 470/93) establece que los acuerdos podrán negociarse según las siguientes pautas: *a.-) UN MODULO GENERAL: Integrado por las condiciones generales de trabajo y los salarios pactados convencionalmente, los que serán obligatorios para la actividad, rama, sector o empresa para el que se haya pactado el convenio colectivo de trabajo. B.-) UN MODULO PARTICULAR: Integrado por condiciones de trabajo y un salario variable que se establecerá por encima del módulo general y será obligatorio para los trabajadores comprendidos en la unidad de negociación. El empleador y la asociación sindical signataria del convenio colectivo de trabajo podrán modificarlo, aumentarlo, suprimirlo o establecerlo por única vez, según el ritmo de la actividad económica del establecimiento, empresa o grupo de empresas donde se haya pactado*”.

Como regla general de negociación, el art. 7° de la ley 14.250 establece la obligación de preservar las disposiciones de orden público laboral que rigen las instituciones del derecho del trabajo, es decir, rige la prohibición de negociar “*por debajo*” de los niveles mínimos de protección. Por supuesto, la norma habilita la flexibilidad de la negociación “*hacia arriba*”, permitiendo que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores.

Como excepción, diversas normas flexibilizaron la negociación colectiva “*hacia abajo*”, previendo la posibilidad que determinados mínimos sean “*perforados*” en la negociación.

La ley 24.467 sobre régimen de la pequeña y mediana empresa,

contiene toda la Sección IV de su Título III, dedicada a la *disponibilidad colectiva*. Queda habilitada así la modificación *in pejus*, de los contenidos mínimos fijados por ley, en materia de vacaciones anuales, sueldo anual complementario, y régimen de extinción del contrato de trabajo.

Del mismo modo, la ley 25.250 introduce el art. 92 bis en la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744), a través del cual se habilita la negociación colectiva para extender el período de prueba de 3 a 6 meses en la contratación a plazo indeterminado. En el ámbito de la pequeña y mediana empresa, la negociación colectiva puede duplicar dichos plazos, acordando así períodos de prueba de hasta 12 meses.

En la negociación intervendrán representantes de los trabajadores y de los empleadores.

Los trabajadores solo pueden estar representados por una Asociación Sindical con personería gremial, regulada en la ley 23.551 y su reglamentación. Las asociaciones profesionales simplemente inscriptas o sin personería gremial, no se encuentran facultadas por nuestra legislación vigente para celebrar convenios colectivos de trabajo.

Las asociaciones sindicales representarán a los trabajadores comprendidos en lo que se llama su ámbito de representación personal y territorial. Este ámbito de representación surgirá de la resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos que le asigne "*personería gremial*". Se trata de un procedimiento regulado por la citada ley 23.551.

El ámbito de representación personal tendrá que ver con los trabajadores que constituyan tal asociación, si se trata de las llamadas asociaciones de primer grado (sindicatos o uniones) o con las asociaciones o federaciones que la constituyan, si se trata de asociaciones de segundo o tercer grado (federaciones o confederaciones).

Hemos visto anteriormente que la legislación argentina habilita la constitución de asociaciones sindicales que tomen en cuenta los siguientes parámetros de representación personal: a.-) actividad; b.-) rama; c.-) oficio o profesión; y d.-) Empresa.

El ámbito de representación territorial estará dado por los límites geográficos donde se encuentran los trabajadores que constituyen la asociación (en forma directa, cuando se trata de asociaciones de primer grado y de manera indirecta, cuando lo que se constituyen son federaciones o confederaciones).

Con estos "*ámbitos*" de representación, conviven los llamados "*niveles*" de representación. Hay niveles "*mayores*" y "*menores*". El nivel mayor se da cuando la representación de los trabajadores es ejercida por la asociación sindical de actividad, con actuación en todo el territorio nacional. El nivel menor se da, cuando esa misma asociación sindical representa a los trabajadores de una empresa (que están comprendidos en la asociación de actividad y no han constituido una asociación de empresa) en la negociación de un acuerdo de empresa o convenio colectivo de empresa. La cuestión se torna un poco más compleja cuando la clasificación de negociación colectiva ingresa en las categorías de "*articulada*" y "*des-articulada*", que son casos de convivencia armónica de convenios colectivos de diferentes niveles. Estos tópicos serán tratados con mayor profundidad en el capítulo correspondiente al derecho colectivo, sirviendo esta aproximación solo para comprender la determinación del salario por negociación colectiva.

La cuestión es que las asociaciones sindicales así constituidas y dotadas con personería gremial, son las que se encuentran habilitadas para representar a los trabajadores en el proceso de negociación colectiva que determinará el salario.

Para el sector empleador, su representación tendrá que ver con los empleadores que ocupen a los trabajadores representados por la asociación sindical con personería gremial que intervenga en la negociación colectiva.

El caso más sencillo es de la negociación con un sindicato de empresa. En la negociación intervendrá el único empleador de todos los trabajadores ocupados en dicha empresa. Lo propio ocurrirá, cuando un sindicato de actividad, rama, oficio o profesión, lleve a cabo la negociación en el nivel "*menor*" de una empresa. Por el sector patronal, intervendrá en este caso solo la empresa que suscribirá el convenio.

La situación se torna un poco más compleja en la medida que se avanza a un nivel "*mayor*" de negociación. Si existe una asociación profesional de empleadores que ocupen a todos los trabajadores comprendidos en el ámbito de representación de la asociación que interviene en la negociación, aquella asociación patronal será la entidad suficientemente representativa para negociar.

Si no existe tal asociación o la existente no agrupa a todos los empleadores, la ley establece los mecanismos de integración de la representación patronal que trataremos, oportunamente, en el capítulo sobre derecho colectivo.

Trabajadores y empleadores así representados, llevan adelante el proceso de negociación colectiva que deriva en un convenio colectivo de trabajo, instrumento destinado a regular las condiciones de trabajo especiales (categorías profesionales, jornada y descansos, licencias, representación sindical y salarios) destinadas a ser cumplidas por el empleador (caso convenio de empresa) o todos los empleadores de trabajadores comprendidos en el nivel de negociación y ámbito de representación de la asociación sindical interviniente.

La negociación colectiva del salario, en lo sustancial, queda sujeta a reglas de orden público que rigen la negociación individual. En ningún caso se admiten salarios de convenio colectivo que resulten inferiores al salario mínimo vital móvil. Si ello así ocurriera, el salario mínimo vital móvil automáticamente reemplazaría al valor inferior determinado por convenio. Ello también podría suceder, en oportunidad de reajustarse el valor actual del salario mínimo, cuando deje de ser "*inmóvil*" (no se ajusta a nivel nacional desde 1992), viniendo el salario mínimo superior a reemplazar a los salarios actuales de convenio que resultaran de monto inferior.

Los convenios colectivos de trabajo determinan, por lo general, salarios básicos correspondientes a cada una de las categorías profesionales que ellos prevén, en valores expresados por lo general, en atención al tiempo trabajado (hora, quincena o mes). También establecen los salarios adicionales por antigüedad, polivalencia, presentismo, producción, etc. Del mismo modo, pueden ser determinadas gratificaciones especiales y mejoras al sueldo anual complementario, retribución por vacaciones o cualquier otro instituto remunerado del contrato de trabajo.

En cuanto a la duración del convenio, la ley 25.250 (que modifica la ley 14.250) deriva en la negociación colectiva lo atinente a la fijación de eventuales prórrogas automáticas en los convenios colectivos que se celebren bajo su vigencia.

En este sentido, el nuevo art. 6° de la ley 14.250 dispone por su primer parte que *“Las partes pueden establecer distintas fechas de vencimiento para las cláusulas del convenio e inclusive otorgarles ultraactividad”*.

Supletoriamente, para el caso que las partes nada hubieran pactado al respecto, el citado artículo agrega que *“las cláusulas de aquél perderán vigencia en un plazo de dos años contados a partir de la fecha en que una de las partes hubiere denunciado formalmente el convenio”*.

El régimen prevé la intervención estatal, mediante la homologación, registro y publicación de los convenios colectivos de trabajo.

2.2.- Brasil.-

El art. 7 de su Constitución Federal de 1988, declara como derecho de los trabajadores urbanos y rurales, entre otros: ... VI.- *Irreducibilidad del salario, salvo lo dispuesto por convenio colectivo.* ... XIII.- *Duración del trabajo normal no superior a las ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales, permitiéndose la compensación de horarios y reducción de la jornada mediante acuerdo o convenio colectivo de trabajo.*- XIV.- *Jornada de seis horas para el trabajo realizado en turnos de continua rotación, salvo negociación colectiva de trabajo.*- ... XXVI.- *Reconocimiento de las convenciones y acuerdos colectivos del trabajo.*

Por su parte, el art. 8 establece que: III.- *Al sindicato le corresponde la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de la categoría, incluso en cuestiones judiciales o administrativas.* ... VI.- *Es obligatoria la participación de los sindicatos en las negociaciones colectivas del trabajo.*

Brasil ratificó el convenio N° 154 sobre fomento de la negociación colectiva. No ratificó el Convenio N° 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública.

En cuanto a las normas infraconstitucionales, su régimen de negociación colectiva y convenios colectivos del trabajo se encuentra básicamente regulado, para los trabajadores de la actividad privada, en la Consolidación de las leyes del trabajo (Decreto – Ley N° 5.452, del 1° de mayo de 1943), Título VI *De los convenios colectivos del trabajo*, arts. 611 a 624. La negociación colectiva en el sector de la administración pública ha quedado habilitada luego de la enmienda constitucional N° 19 aprobada en junio de 1998.

El art. 611 de la C.L.T. define al convenio colectivo de trabajo, como el *“acuerdo de carácter normativo, por el cual dos o mas sindicatos representativos de categorías económicas y profesionales estipulan condiciones de trabajo aplicables, en el ámbito de las respectivas representaciones, a las relaciones individuales de trabajo”*.

También se encuentra prevista la negociación de convenios de empresa, celebrados entre los representantes patronales y el sindicato de la actividad (art. 611 § 1° de la C.L.T.). Las federaciones y confederaciones se encuentran legitimadas para celebrar convenios colectivos de trabajo, en el ámbito de su representación, destinados a regir las relaciones correspondientes a las categorías a ellas vinculadas, pero que todavía no se hubieren organizado en sindicatos ⁽⁶⁵²⁾.

⁽⁶⁵²⁾ Saad, Eduardo Gabriel, *C.L.T. comentada*, cit., pág. 443.

Todo convenio colectivo de trabajo requiere ser aprobado en sede sindical, por asamblea de afiliados especialmente convocada al efecto (art. 612 de la C.L.T.).

El contenido obligatorio de los convenios colectivos de trabajo se encuentra previsto por el art. 613 de la C.L.T. Rige la forma escrita y deben prever: a.-) designación de las partes firmantes; b.-) plazo de vigencia no mayor a 2 años, c.-) trabajadores comprendidos; d.-) condiciones laborales destinadas a ser aplicadas a los contratos individuales durante la vigencia del convenio; e.-) procedimiento para la solución de controversias derivadas de la aplicación del convenio; f.-) idem para el caso de prórroga del convenio en el todo o cualquiera de sus partes; g.-) derechos y deberes de empleados y empleadores; h.-) penalidades para el caso de incumplimiento de sus cláusulas.

La autoridad de aplicación es el Departamento Nacional de Trabajo, quien se constituye en depositario de un ejemplar del convenio, que comenzará a regir al tercer día de efectuado el depósito.

La vigencia inicia de manera automática, toda vez que no existe previsión legal que contemple una *homologación* del convenio por parte de la autoridad administrativa ⁽⁶⁵³⁾.

No hay previsión legislativa en torno a la ultraactividad del convenio. La doctrina y jurisprudencia resultan pacíficas en sostener que la ultraactividad existe en el derecho brasileño y que el plazo de vencimiento solo afecta a los trabajadores que se incorporen luego de vencido el acuerdo. Para los anteriores, subsisten las cláusulas del convenio fenecido. Sí divide a la doctrina el punto atinente a la incorporación de las condiciones de trabajo de un convenio colectivo, frente a su renovación por uno nuevo que no las prevé ⁽⁶⁵⁴⁾.

En cuanto al contenido del convenio colectivo, aún sin apoyatura legal específica, rige el orden público laboral y la irrenunciabilidad de derechos. Sin embargo, la C.F. de 1988 trajo diversos supuestos de habilitación de disponibilidad colectiva (Art. 7°, incs. VI, XIII y XIV). En la actualidad, existe un proyecto de enmienda al art. 7° de la C.F. de 1988 que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados, en el cual se permite la disponibilidad colectiva de todo el contenido del art. 7°. Este proyecto, de neto corte reaccionario y liberal, es debatido y conocido como la sustitución del legislado por el negociado.

2.3.- Paraguay.-

El art. 97 de su Constitución de 1992, bajo el título *De los convenios colectivos*, reconoce que “*Los sindicatos tienen el derecho a promover acciones colectivas y a concertar convenios sobre las condiciones de trabajo...*”.

Paraguay no ratificó el convenio N° 154 sobre fomento de la negociación colectiva y tampoco N° 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública.

Su Código Laboral dedica el Libro Tercero a las *Relaciones Colectivas de Trabajo*. El Título Segundo, integrado por los arts. 325 a 348 se ocupa

⁽⁶⁵³⁾ Carrión, Valentín, *op. cit.*, pág. 451.

⁽⁶⁵⁴⁾ Carrión, Valentín, *op. loc. cit.*; Delgado, Mauricio Godinho, *Direito Coletivo do Trabalho*, cit., págs. 133 a 136.

de regular lo atinente a Los Contratos Colectivos de Condiciones de Trabajo.

El derecho a celebrar contratos colectivos de condiciones de trabajo no es privativo de los sindicatos. El art. 325 del C.L. prevé que pueden ser parte, uno o varios sindicatos y, del mismo modo, en ausencia de tales organizaciones, también pueden serlo *representantes de trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos*.

En cuanto a la forma, el art. 327 del C.L. exige que sea por escrito, bajo pena de nulidad, por triplicado. Un ejemplar debe ser remitido al organismo administrativo para su homologación y registro.

Con relación al contenido de estos acuerdos, el art. 5° del C.L. implementa el *orden público laboral* y no distingue entre la negociación colectiva e individual. En ningún caso los mínimos legales son pasibles de disposición.

Reitera lo expuesto, el art. 328 del C.L., que en su párrafo 3° establece: *No será lícito establecer en los contratos colectivos derogaciones a las leyes del trabajo y procedimiento de solución de conflicto, declarado el orden público, ni incluir cláusulas o disposiciones menos favorables al trabajador que la sancionada por leyes o reglamentos*.

Sin embargo, el párrafo siguiente admite la disposición de derechos que, por encima de los legales o reglamentarios, hubieran sido reconocidos en un convenio anterior, siempre y cuando exista sustitución de estos beneficios por otros que, *aún de distinta naturaleza, consagren beneficios que en su conjunto sean más favorables para los trabajadores*.

Los contratos colectivos tienen previsto efecto *erga omnes*, resultando aplicables a *todas las personas que trabajan en la empresa, aún cuando no sean miembros del sindicato que los hubiesen celebrado* (art. 329 del C.L.).

Todos los convenios colectivos deben prever un plazo o condición fija para su duración. No hay prevista ultraactividad. Sin embargo, rige la obligación de todo empleador que ocupe a más de veinte personas, de celebrar un convenio colectivo de trabajo (arts. 331 y 333 del C.L.).

El C.L. prevé una categoría distinta de convenios colectivos que son los llamados *contrato ley*. Estos requieren su aprobación por las dos terceras partes, como mínimo, de los empleadores y los trabajadores sindicalizados. Los contratos ley tienen duración indefinida, aunque pueden ser revisados, a solicitud de parte interesada, luego de dos años de vigencia y rige a estos fines la misma mayoría que para su aprobación (arts. 343 a 346 del C.L.).

La negociación colectiva en el ámbito de la administración pública, cuenta con una reglamentación especial dada por la ley N° 508 del 27/12/94. Puede ser llevada a cabo en un ámbito general o sectorial (art. 6). Por administración pública se entiende los funcionarios y empleados públicos de los organismos que componen la administración central, las entidades descentralizadas, las empresas públicas, los bancos oficiales, las gobernaciones y las municipalidades (art. 2° de la ley 508). La ley excluye de la negociación colectiva, además de los miembros de la fuerza pública (salvo empleados civiles), a los funcionarios que cumplen funciones jerárquicas o mandato popular (Secretarios, Directores, Ministros, Jueces, Embajadores, etc.). También excluye de la negociación colectiva, los aspectos concernientes a la estructura y organización de los organismos que componen la administración pública; las facultades de dirección, administración y fiscalización del Estado; el principio de idoneidad como requisito para el ingreso y la promoción en la

carrera administrativa; y los rubros no previstos en el Presupuesto General de la Nación (art. 4°).

2.4.- Uruguay.-

En su Constitución no hay previsión vinculada a este instituto.

Uruguay ratificó los convenios Nos 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública y 154 sobre fomento de la negociación colectiva.

Fuera de dichos convenios, en su legislación interna no hay un único cuerpo normativo que regule el instituto. Rigen normas dispersas, tales como la ley 9.675 de 1937 (negociación colectiva en la industria de la construcción y trabajadores a destajo), la ley 13.566 de 1966 (declara la validez de los convenios celebrados con anterioridad a su vigencia y establece normas de procedimiento para la negociación colectiva), el art. 438 de la ley 16.170 de 1990 que declara obligatorios la inscripción y registro de los convenios colectivos de trabajo por ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Decreto 555/91 que reglamenta el procedimiento de inscripción y registro de los convenios colectivos, y los arts. 177 a 181 de la ley 13.728 de 1968 que reglamenta los llamados *Fondos Sociales* implementados por convenio colectivo de trabajo y administrados por la asociación sindical que lo suscribe.

La ley 9.675 de 1937, constituyó una breve (4 artículos) e importante reglamentación del instituto para la industria de la construcción y trabajadores a destajo. Los convenios de trabajo suscriptos por mayoría por la liga de la Construcción o entidades adheridas, son declarados obligatorios para todos los patrones de la actividad, estén o no afiliados a la asociación patronal.

Dicha norma previó el registro de los convenios, mediante su depósito en el Instituto Nacional del Trabajo y Servicios Anexados.

Este efecto erga omnes fue luego ampliado a los demás convenios colectivos de trabajo por el art. 1° de la ley 13.556.

No hay disposiciones regulatorias acerca de la forma del convenio colectivo. Dada la exigencia de su inscripción, es dable interpretar que rige la forma escrita.

Del mismo modo, tampoco hay regulación expresa acerca del plazo de vigencia del convenio o del contenido de la negociación.

No hay norma que condicione la entrada en vigencia del convenio colectivo a algún acto estatal. De allí que no se encuentre reglamentado el instituto de la homologación o control administrativo del contenido del convenio.

3.- Derecho de huelga (art. 11).

El art. 11 de la *D.S.L.M.* reviste el carácter de una norma completa y directamente operativa. Establece que *Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga.* A continuación, reitera la expresión vinculada a las disposiciones nacionales, que entendemos nuevamente carece de entidad restrictiva. Refuerza este último criterio, la parte final del artículo, vinculado a los mecanismos de prevención o solución de conflictos o regulación del derecho, señalando que ellos *no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad.*

Entre otras consideraciones, merece destacarse el reconocimiento a la huelga como un *derecho*. Asimismo, que dicho derecho comprende el de *ejercitar*, esto es, llevar a cabo, una huelga.

La redacción empleada con relación al sujeto activo del derecho aquí reconocido, también puede dar lugar a algunas consideraciones similares a las tratadas con el artículo anterior.

La *Declaración* reconoce, como sujeto activo del derecho de huelga, a *todos los trabajadores y las organizaciones sindicales*. En este caso, utiliza la conjunción “*copulativa*” “y”, dando cuenta que el reconocimiento es para ambos, y no a uno con carácter excluyente del otro, para lo cual utilizaría una conjunción del tipo disyuntiva, como “o” si la intención hubiera sido dejar en claro, que ambos titulares no podrían ejercitar el derecho de que se trata.

Y esta redacción, también podría dar lugar a, por lo menos, las tres interpretaciones clásicas que rigen sobre este tópico de la titularidad de la huelga: que se trata de un derecho subjetivo cuyo titular es el trabajador; que se trata de un derecho sindical, ejercido por el sindicato; o bien, que se trata de un derecho colectivo de trabajadores y que, como tal, integra el género de los derechos gremiales que pueden ser ejercidos por una colectividad de trabajadores o por la asociación sindical que los representa.

El primero de dichos criterios, daría lugar a una interpretación amplia, en el sentido que este art. 11 consagra el derecho de manera individual a los trabajadores. Cualquiera puede declararse en huelga y ejercer, mediante la retención de tareas u otras formas de expresión, su autodefensa individual. El mismo criterio comprendería a un grupo de trabajadores, en ejercicio de una huelga del tipo plurindividual.

En un sentido restrictivo, podría alegarse que el art. 11 en tratamiento, sigue la concepción doctrinaria que interpreta a la huelga como un derecho individual, pero que se ejerce colectivamente por intermedio de la asociación sindical. Parecería seguirse en esta interpretación, la opinión de Calamandrei, quien descompone el derecho constitucional de huelga en un derecho de “*proclamación*” que obra en cabeza de la entidad colectiva promotora, y en un derecho potestativo individual del trabajador de dar curso a la proclamación actuando en la huelga. Bajo esta óptica, sería posible apreciar que existe un derecho individual para el huelguista concreto y, para el ente colectivo, el poder o postestad declarativo: el derecho del individuo a realizar la huelga se sigue del ejercicio, por parte del ente colectivo, de una deliberación en el sentido de convocar a los miembros del grupo para que la realicen, a punto tal de concluir que sin este concierto previo, el derecho individual no se consolida ⁽⁶⁵⁵⁾.

El sentido intermedio parece más acorde a la redacción empleada. El derecho corresponde por igual, tanto a los trabajadores como a su organización sindical. Como se trata de un derecho colectivo, no correspondería hacerlo extensivo a los reclamos individuales o plurindividuales, en la medida que puedan verse diferenciados de aquellos otros, propiamente colectivos, que afecten a la comunidad de trabajadores en por lo menos un establecimiento o sección. En esta interpretación, el reconocimiento del derecho colectivo convive con el individual, en

⁽⁶⁵⁵⁾ Pérez del Castillo, Santiago, *El derecho de huelga*, 1° edición, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1993, pág. 61.

cabeza de cada trabajador, consistente en acatar o no la determinación adoptada de manera colectiva.

Sin embargo, la amplitud de los términos utilizados por el art. 11 de la D.S.L.M. – “*Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales*” – denota que la titularidad de este derecho, sin distinciones, le corresponde tanto a los trabajadores como a las organizaciones sindicales. Aún cuando su naturaleza colectiva no permita el ejercicio del derecho de huelga en casos de reclamaciones individuales o pluriindividuales, no puede desconocerse que la redacción de la norma importa un avance frente a las legislaciones que condicionan el ejercicio de este derecho a una previa manifestación de la asociación sindical. Desde este punto de vista, los términos empleados dan lugar a interpretar que, cuando se trata de la defensa de intereses colectivos, el derecho de huelga puede ser ejercido por una comunidad de trabajadores, con independencia del hecho que se encuentren previamente incorporados a una organización sindical. Esto habilita su ejercicio mediante la decisión favorable adoptada por las comisiones internas de representantes o representantes *ad hoc* designados por asambleas, con independencia de la intervención de una asociación sindical.

Analizaremos ahora sucintamente la recepción normativa que ha tenido la huelga en los ordenamientos internos.

3.1.- Argentina.

La Argentina ratificó los convenios 87 y 98. El derecho de huelga se encuentra garantizado por el art. 14 bis de la Constitución Argentina: “*Queda garantizado a los gremios... el derecho de huelga*”. Merece destacarse que este derecho fue incorporado en la reforma constitucional de 1957 y que con anterioridad no había logrado reconocimiento constitucional. El derecho de huelga ha sido reglamentado a través de las leyes 14.786 llamada de “*conciliación obligatoria*”, 23.551 de Asociaciones Sindicales y la ley 25.250 en lo concerniente a la huelga en los llamados “*servicios esenciales*”.

No hay una definición legal de *huelga*. Doctrinariamente se admite que bajo la denominación “*huelga*” se alude al género de medidas de “*acción directa*” a las que pueden recurrir las partes de un conflicto colectivo de trabajo. El concepto no se limita a la simple abstención de tareas, que la comprende, puesto que abarca medidas diversas como ser el “*trabajo a reglamento*”, “*trabajo a desgano o quite de colaboración*”, “*movilización*”, “*ollas populares*” por parte de los trabajadores, o bien por parte de los empleadores el cierre del establecimiento o “*lock out*”, los despidos o suspensiones generalizados, interferencia en los derechos derivados de la libertad sindical de sus dependientes. Se trata, en definitiva, de mecanismos de presión a los que pueden recurrir las partes de un conflicto colectivo con la intención de ejercer influencia en la voluntad de la otra.

La ley reglamentaria N° 23.551 coloca en cabeza de las asociaciones sindicales más representativas, aquellas que cuenten con *personería gremial*, la titularidad de la representación de los intereses colectivos en la negociación y concertación de convenios colectivos de trabajo (art. 31 de la ley 23.551). Sin embargo, también permite a las asociaciones sindicales *simplemente inscriptas* ejercitar la representación de los intereses colectivos *cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial* (ídem., art. 23 inc. b).

Con carácter previo a la adopción de medidas de acción directa, debe seguirse un procedimiento de conciliación, con carácter obligatorio (ley 14.786) por ante la autoridad administrativa de control, aspecto que será tratado en el punto siguiente.

Un aspecto que ha dividido a la doctrina argentina es el concerniente a la titularidad del derecho de huelga.

Aparece claro en el texto constitucional que el derecho pertenece a “los gremios”. La pregunta es: ¿La expresión “gremios” queda restringida a las asociaciones sindicales con personería gremial?

Un importante sector de la doctrina nacional y parte de su jurisprudencia se han pronunciado a favor de una interpretación amplia del vocablo “gremios”, comprensiva de una pluralidad de trabajadores, unidos por el hecho de pertenecer al mismo gremio, descartando el sentido limitado ⁽⁶⁵⁶⁾. El apoyo de esta interpretación amplia radica en el debate de la convención reformadora de 1957. Se sostiene que la utilización de la palabra “gremios” en vez de “sindicato” fue expresa y deliberada.

Esta doctrina fue aplicada por nuestros tribunales en algunos casos de huelgas decretadas por comisiones internas de asociaciones sindicales que no contaban con personería gremial ⁽⁶⁵⁷⁾.

La ley reglamentaria N° 23.551 coloca en cabeza de las asociaciones sindicales más representativas, aquellas que cuenten con *personería gremial*, la titularidad de la representación de los intereses colectivos en la negociación y concertación de convenios colectivos de trabajo (art. 31 de la ley 23.551). Sin embargo, también permite a las asociaciones sindicales *simplemente inscriptas* ejercitar la representación de los intereses colectivos *cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial* (id., art. 23 inc. b).

No aparecen legitimados por la reglamentación los trabajadores en forma individual o grupal. Para el ejercicio de este derecho se requiere la presencia de una asociación sindical con personería gremial o simplemente inscripta (en caso no exista una con personería gremial en la misma actividad o categoría) que así lo determine y el consecuente interés *colectivo* que le dé sustento. Estas restricciones impuestas por los arts. 23 inc. b.-) y 31 de la ley 23.551 son claramente incompatibles con el sentido amplio asignado a la titularidad de este instituto por el art. 11 de la *D.S.L.M.*

El ejercicio de este derecho en los llamados “servicios esenciales” ha sido objeto de regulación por el art. 3 de la ley 25.250 y reglamentado por Decreto 843/2000.

La ley obliga a las partes de un conflicto colectivo que involucre *servicios esenciales*, a garantizar la prestación de servicios mínimos que impidan su interrupción durante el ejercicio del derecho de huelga. Para el caso de incumplimiento a esta obligación, la ley faculta a la autoridad administrativa

⁽⁶⁵⁶⁾ López, Guillermo, *La huelga y sus efectos sobre el contrato de trabajo*, D.T. T° 1990-A, pág. 539; Krotoschin, *Tratado*, Tomo II, pág. 828; Bidart Campos, *Tratado*, T° 1 pág. 417, entre otros.

⁽⁶⁵⁷⁾ C.N.A.Tr., Sala VI, sent. N° 40.161 del 28/4/94; íd. Sala IV, 10/8/95, “Ferreya, Rubén Oscar c/ Proveeduría para el Personal del Banco de la Pcia. de Bs. As.”, *Revista Contextos*, Editores del Puerto, Buenos Aires 1997, N° 1 págs. 401 y ss.

(Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos) para fijar la dotación de servicios mínimos e intimar a su cumplimiento. En caso de persistir la falta de cumplimiento a la obligación de no interrumpir el servicio, la ley habilita a la autoridad administrativa para petitionar en sede judicial la aplicación de sanciones a la asociación sindical interviniente en los términos del art. 56, incisos 2 y 3, de la ley 23.551 (suspensión o cancelación de la personería gremial).

En el texto legal no hay detalle o descripción de actividades que puedan ser consideradas *servicios esenciales* a los fines del cumplimiento del deber de garantizar la dotación mínima que impida la interrupción del servicio. Tampoco queda claro quién es el destinatario de la obligación de garantía al servicio, puesto que la ley alude a *las partes* del conflicto de trabajo, pero luego, cuando trata los efectos de la falta de acatamiento a las intimaciones del Ministerio de Trabajo, se remite a las disposiciones de la ley 23.551 que permiten a la autoridad administrativa petitionar en sede judicial la aplicación de sanciones de suspensión o cancelación de la personería gremial, cuando las asociaciones sindicales omitan acatar intimaciones de la autoridad administrativa derivadas de actos de aquellas, que importen violación de las disposiciones legales o estatutarias; incumplimiento a disposiciones dictadas por la autoridad competente en el ejercicio de facultades legales o graves irregularidades administrativas (art. 56 incs. 2 y 3 de la ley 23.551).

La reglamentación dada por el Decreto 843/2000, califica en su art. 2° como servicios esenciales: “a.-) *Los servicios sanitarios y hospitalarios; b.-) La producción y distribución de agua potable y energía eléctrica; c.-) Los servicios telefónicos; d.-) El control de tráfico aéreo*”. Si bien se trata de una enumeración taxativa (el Decreto comienza diciendo que *únicamente* dichas actividades son consideradas *servicios esenciales en sentido estricto*), la misma reglamentación permite al Ministerio de Trabajo calificar como servicio esencial una actividad no incluida en dicha enumeración, cuando se diere alguna de las siguientes circunstancias: “a.-) *La extensión y duración de la interrupción de la actividad de que se tratare pudiere poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la persona en toda o parte de la comunidad; b.-) La actividad afectada constituyere un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública; c) La interrupción o suspensión del servicio pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciera peligrar las condiciones normales o de existencia de la población*”.

En todos estos casos, agotado el procedimiento de conciliación obligatoria previsto en la ley 14.786, las partes deben ponerse de acuerdo sobre los servicios mínimos que se mantendrán durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que se asignará a la prestación de los mismos. A falta de acuerdo, queda habilitado el Ministerio de Trabajo a determinar las circunstancias en que deba garantizarse el servicio mínimo, las que en ninguna circunstancia pueden implicar la exigencia de una cobertura mayor al cincuenta por ciento (50 %) de la prestación normal del servicio de que se trate.

3.2.- Brasil.

El art. 9 de su C.F. de 1988 dispone: *Es asegurado el derecho de huelga, correspondiendo a los trabajadores decidir la oportunidad de su ejercicio y los intereses que deban por ese medio defender.- § 1° La ley definirá los servicios o actividades esenciales y dispondrá sobre el atendimento a las necesidades inmediatas de la comunidad.- § 2° Los abusos cometidos dejarán a los responsables sujetos a las penas previstas en la ley.* En el ámbito de la administración pública, el

art. 37 de su Constitución establece por el inciso VII que *el derecho de huelga será ejercido en los términos y en los límites definidos por ley específica*.

Brasil ratificó el convenio N° 98 de la O.I.T. sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva. El derecho de huelga, en el ámbito de la actividad privada, se encuentra reglamentado por la ley 7.783 del 28/6/89.

La C.L.T. condicionaba el ejercicio del derecho de huelga a la autorización judicial, previendo sanciones de suspensión en el empleo, caducidad de la representación gremial y posibilidad de ser electo al representante, cancelación del registro a la asociación sindical, multa, etc.

Todas estas disposiciones quedaron tácitamente derogadas a partir de la recepción del derecho de huelga por el art. 9 de la C.F. de 1988.

Ello llevó a una nueva regulación del instituto por la ley 7.783 del 28/6/89 que rige junto con algunas disposiciones que aisladamente sobreviven en la C.L.T. Esta ley rige solamente para la actividad privada, toda vez que su art. 16 remite a la ley complementaria que manda el art. 37 inc. VII de la Constitución, lo atinente a la huelga en el ámbito de la administración pública.

Entre las disposiciones que sobreviven de la C.L.T., están las penalidades para los casos de lock out patronal, situación que se configura en caso de suspensiones colectivas o negativa a acatar decisiones judiciales dictadas en casos de conflictos colectivos.

Las sanciones al empleador son pecuniarias y si este ejerce representación profesional en asociaciones patronales, también se encuentra prevista la caducidad de su cargo de representación y del derecho a ser electo (art. 722 de la C.L.T.). El lock out patronal realizado para frustrar los efectos de una huelga, trae aparejado el derecho de los trabajadores a percibir salarios caídos (art. 17 de la ley 7.783).

La ley 7.783 define al legítimo ejercicio del derecho de huelga (*greve*), como la *suspensión colectiva, temporaria y pacífica, total o parcial, de la prestación personal de servicios al empleador*. Esta disposición, en cuanto limita el ejercicio del derecho de huelga a la *suspensión colectiva* de actividades, aparece como incompatible con la previsión del art. 1° de la *D.S.L.M.* en cuanto se refiere a la huelga sin ningún tipo de limitación o restricción en cuanto a la modalidad de su ejercicio.

La ley 7.783 permite el ejercicio del derecho de huelga, así definido, únicamente en caso de haberse frustrado la negociación colectiva o verificada la imposibilidad de recurso arbitral (art. 3° de la ley).

Sujeto activo de este derecho es, en principio, la entidad sindical, quien debe convocar a asamblea de afiliados, la que resolverá sobre las reivindicaciones que se pretenden apoyar en una declaración de huelga y las modalidades de ejercicio de este derecho (art. 4°). También tendrá legitimación procesal para representar a los trabajadores por ante la justicia del trabajo (art. 5°). En caso de no existir asociación sindical, la ley también habilita para ejercer este derecho a la asamblea general de trabajadores, la que procederá a designar representantes para una comisión de negociación (art. 4, § 2.-). Se ha señalado que

esta previsión constituye una hipótesis rara en la actualidad ⁽⁶⁵⁸⁾.

Corresponde notificar al empleador o asociación patronal, con 48 hs. de anticipación, la determinación de llevar adelante una huelga (art. 3°, parágrafo único).

La ley impone medidas tendientes a garantizar el libre ejercicio de este derecho por los trabajadores que deseen participar en la huelga, prohibiendo su despido en tales circunstancias. También se prohíbe al empleador la contratación de trabajadores sustitutos.

Durante el ejercicio de este derecho, los trabajadores deben asegurar el mantenimiento de aquellas maquinarias o sectores que pudieran verse perjudicados por su paralización. A falta de acuerdo, se permite al empleador contratar personal sustituto a estos fines (art. 9°).

También se ocupa esta ley de reglamentar el ejercicio del derecho de huelga en los llamados *servicios o actividades esenciales*. De acuerdo a la calificación legal (art. 10), ingresan en esta categoría: a.-) *tratamiento y abastecimiento de agua; producción y distribución de energía eléctrica, gas y combustibles.* b.-) *asistencia médica y hospitalaria.* c.-) *distribución y comercialización de medicamentos y alimentos.* d.-) *funerarios.* e.-) *transporte colectivo.* f.-) *captación y tratamiento de servicios cloacales y de recolección de residuos.* g.-) *telecomunicaciones.* h.-) *guarda, uso y control de substancias radioactivas, equipamientos y materiales nucleares.* i.-) *procesamiento de datos ligados a servicios esenciales.* j.-) *control de tráfico aéreo.* k.-) *compensación bancaria.*

En caso de huelga que afecte este tipo de servicios, los empleadores, trabajadores y asociación sindical, quedan obligados a garantizar, durante la huelga, la prestación de los servicios indispensables para el atendimento de las necesidades inmediatas de la población.

Las asociaciones sindicales o los trabajadores, en su caso, deberán comunicar la determinación a los empleadores y a los usuarios con 72 horas de anticipación.

En el ámbito de la administración pública, predomina en la doctrina brasileña la equiparación de *servicios esenciales* con *servicios públicos*. Ello ha llevado a interpretar que en ese ámbito, el derecho de huelga no es directamente operativo ni rige, a su respecto, la regla de operatividad de derechos humanos prevista en el art. 5° de su Constitución. El derecho de huelga en la administración pública queda de este modo condicionado en su ejercicio, al eventual dictado de la ley especial a que aluden tanto el art. 37 inc. inciso VII de su Constitución y el art. 16 de la ley 7.783. Distinto es el caso de los trabajadores dependientes de empresas públicas o sociedades de economía mixta, para los cuales rige el derecho de huelga en los mismos términos que los demás trabajadores de la actividad privada, con arreglo a la equiparación dispuesta por el art. 173 § 1° de la Constitución de 1988 ⁽⁶⁵⁹⁾.

Entendemos que estas restricciones al derecho de huelga en el

⁽⁶⁵⁸⁾ Frediani, Yone, *Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição Federal de 1988*, editorial LTr, San Pablo 2001, pág. 72.

⁽⁶⁵⁹⁾ Frediani, Yone, *Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição Federal de 1988*, cit., págs. 86 a 88.

ámbito de la administración pública también resultan incompatibles con el enunciado amplio del art. 11 de la *D.S.L.M.* Servicios esenciales no son todos los servicios de la administración pública y a casi quince años de vigencia de la Constitución de 1988, seguir condicionando el ejercicio del derecho de huelga en la administración pública al dictado de una ley que todavía no se ha sancionado, importa tanto como la negación del instituto de manera discriminatoria.

Cabe acotar, que según nos informa Mauricio Godinho Delgado, desde 1988 se han venido dando, con alguna frecuencia, huelgas en el segmento de los trabajadores públicos y ocurre que el Poder Ejecutivo en la mayoría de las veces no apeló a recurso alguno para obtener la declaración de ilegalidad de dichas medidas, lo que lleva a ese autor a sostener que, aún a falta de la ley específica, para la administración pública se trataría de un derecho válido y compatible con los cuadros de democracia implantados en su país ⁽⁶⁶⁰⁾.

3.3.- Paraguay.-

El art. 98 de su Constitución de 1992, bajo el título *Del derecho de huelga y paro*, reconoce que *“Todos los trabajadores de los sectores públicos y privados tienen el derecho de recurrir a la huelga en caso de conflicto de intereses. Los empleadores gozan del derecho de paro en las mismas condiciones.- Los derechos de huelga y de paro no alcanzan a los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación, ni a los de las policiales.- La ley regulará el ejercicio de estos derechos, de tal manera que no afecten servicios públicos imprescindibles para la comunidad”*.

Paraguay ratificó el convenio N° 98 de la O.I.T. sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva. Su Código Laboral (ley 213 del 30/10/93, dedica el Libro Tercero a las *Relaciones Colectivas de Trabajo*. El Título Cuarto, integrado con dos capítulos (De las Huelgas y De los Paros) reglamenta por el primero de dichos capítulos el ejercicio de este derecho por los arts. 357 a 377. El segundo se refiere al lock out patronal, llamado Paro.

Hay una definición legal de huelga por el art. 357 del C.L.: *Huelga es la suspensión temporal, colectiva y concertada del trabajo, por iniciativa de los trabajadores para la defensa directa y exclusiva de sus intereses profesionales*. También aquí la limitación que surge de los términos empleados, aparece como incompatible con el enunciado amplio del art. 11 de la *D.S.L.M.*

Sujeto activo de este derecho son *Todos los trabajadores* (art. 358), a excepción de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía (art. 359).

De manera coincidente, el art. 362 del C.L. prevé que la determinación de la huelga debe ser decidida en asamblea de trabajadores, exista o no asociación sindical. En este último supuesto, la misma asamblea debe designar un Comité de Huelga compuesto por cinco miembros que se encargará de las negociaciones y la búsqueda de una solución al conflicto.

Se debe confeccionar un acta circunstanciada de la asamblea, la que será remitida al empleador y a la autoridad de aplicación con 72 hs. de antelación al inicio de las medidas (art. 363).

Se declara ilegal toda huelga celebrada hallándose vigente un

⁽⁶⁶⁰⁾ Delgado, Mauricio Godinho, *Direito coletivo do trabalho*, editorial LTr, San Pablo 2001, pág. 165.

contrato colectivo, a excepción de las huelgas que se funden en su incumplimiento, incumplimiento de la ley, huelgas de solidaridad o generales (art. 365).

Mientras no se declare ilegal una huelga, el empleador no podrá contratar trabajadores sustitutos. Por su parte, los trabajadores quedan obligados a mantener una prestación mínima indispensable para el mantenimiento de las maquinarias o sectores que pueden verse perjudicados con la interrupción (art. 367).

Por ley 1.542 del 10 de enero de 2000, se estableció la competencia del Juez en lo laboral de turno de la jurisdicción territorial que corresponda, para proceder a la calificación de la huelga, declarando aplicable para ese fin, el procedimiento especial establecido para la acción de amparo en su Código Procesal Civil.

En materia de servicios esenciales, el C.L. alude a ellos como *servicios públicos imprescindibles para la comunidad* (arts. 361 y 369 del C.L.). La enunciación del art. 361 no es taxativa, ya que comienza diciendo “*como ser*” y enuncia: suministro de agua, energía eléctrica y hospitales, estos últimos en lo concerniente a los servicios de primeros auxilios y aquellos que resulten necesarios para no poner en peligro la vida de las personas.

La obligación de asegurar el mantenimiento en estos servicios de un suministro esencial para la población, se encuentra prevista a cargo de los trabajadores de dichos servicios (art. 361), el Sindicato o en su defecto el Comité de Huelga (art. 369).

El incumplimiento a cualquiera de estas disposiciones puede llevar a la declaración de ilegalidad de la huelga, quedando allí habilitado el empleador a despedir al trabajador que participe de una huelga declarada ilegal (art. 376 del C.L.).

3.4.- Uruguay.

El art. 57 de su Constitución de 1967, establece por su parte final que *Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y actividad.* El art. 65, por su 2do. párrafo, agrega que *En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios.*

Uruguay ratificó el convenio N° 98 de la O.I.T. sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva.

No hay una norma que se refiera al derecho de huelga en general. Hay una regulación dispersa acerca de sanciones para el caso de huelgas abusivas o con ocupación indebida del establecimiento o la vía pública (Decretos 512/66, 216/86 y 125/85). Hay reglamentación de la huelga en los servicios públicos por algunos artículos de las leyes 13.720 de 1968 (arts. 3° inc. f), 4 y 5) y 14.791 (art. 9), y el articulado completo de la ley 10.913 de 1947. Rige la obligación de instar, con carácter previo, el proceso de conciliación por ante el Ministerio de Trabajo (art. 3° de la ley 13.720 y 9° de la ley 14.791).

No hay definición legal del instituto. Tampoco reglamentación que imponga requisitos para la declaración de huelga, o exija medidas previas de conciliación, que no sean otras que la obligación de instar, con carácter previo, el

proceso de conciliación por ante el Ministerio de Trabajo (art. 3° de la ley 13.720 y 9° de la ley 14.791).

En cuanto a su declaración, la ausencia de normas lleva a interpretar el alcance de la expresión *gremial* contenida en el art. 57 de la Constitución, para calificar al titular de este derecho, cuestión que ha dividido a su doctrina.

Para De Ferrari, con el uso de esa expresión constitucional se pretendió negar que la titularidad fuera atribuida al sindicato. Al contrario, según él, con ella los sindicatos fueron despojados del derecho de declarar la huelga. Esta debe ser declarada por la mayoría del personal de la empresa porque se trata de un derecho que pertenece al gremio. Se pretendía liberar al trabajador de la *dictadura sindical*. Un pequeño grupo no puede obligar a la mayoría a que abandonen el trabajo, porque para este autor, la huelga trae consigo necesariamente el derecho de exigir la suspensión de toda actividad en uno o varios establecimientos ⁽⁶⁶¹⁾.

En la interpretación de Ermida, con la expresión *derecho gremial* es claro que la titularidad del ejercicio del derecho de huelga no está concedida en exclusividad al sindicato, sino a la colectividad laboral, y que, a diferencia de lo que sucede en otros derechos, la colectividad laboral puede perfectamente ejercer el derecho de huelga aún cuando no esté sindicalizada. Concluye que la titularidad es compartida por el sindicato, en su carácter de representante del gremio, y por la colectividad laboral como gremio. También que es clara la legalidad de la huelga ejercida por la colectividad laboral, a pesar de una declaración sindical en contrario ⁽⁶⁶²⁾. A la misma conclusión arriba Mantero de San Vicente: el derecho de huelga como derecho colectivo puede ser ejercido tanto por una mera coalición formada para ese solo objeto, como por un sindicato constituido en forma asociativa o no, o una organización de segundo o tercer grado ⁽⁶⁶³⁾.

La postura restrictiva es sostenida por Pérez del Castillo, para quien el derecho de huelga, en su faz individual, importa la facultad de adherir o no a la declaración del sindicato. Sin declaración del sindicato no hay huelga: se trata de un derecho individual que requiere una proclamación previa a cargo de un sujeto colectivo, se dirige a defender un interés colectivo y es ejercido simultáneamente por un grupo o pluralidad de trabajadores en defensa conjunta de un interés colectivo que les es propio ⁽⁶⁶⁴⁾.

Las normas anteriormente indicadas que se refieren a la huelga en los servicios públicos, reglamentan la actuación del Ministerio de Trabajo, como entidad encargada de llevar adelante un proceso de conciliación que, si fracasa, debe derivar en el mantenimiento de estos servicios durante la huelga.

El ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos debe hallarse precedido de una notificación previa, con siete días de anticipación, a la autoridad administrativa a los fines previstos en el párrafo anterior (art. 3° inc. f) de la ley 13.720). Dicha autoridad se encuentra facultada para disponer las medidas que sean necesarias para la reanudación del servicio, en caso que éste se hubiera visto

⁽⁶⁶¹⁾ De Ferrari, Francisco, *Derecho del trabajo*, 2° edición, editorial Depalma, Volumen IV *Las relaciones colectivas*, págs. 277 a 284.

⁽⁶⁶²⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *Apuntes sobre la huelga*, 2° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1996, págs. 20 y 21.

⁽⁶⁶³⁾ Mantero de San Vicente, Osvaldo, *Derecho sindical*, 1° edición, Montevideo 1998, pág. 207.

⁽⁶⁶⁴⁾ Pérez del Castillo, Santiago, *El derecho de la huelga*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1993, págs. 95 y 96.

suspendido o interrumpido en su prestación por huelga o lock out patronal.

La ley 10.913 de 1947 creó los llamados Consejos Paritarios, integrados por representantes de los trabajadores y los empleadores, que son los encargados de llevar adelante las negociaciones en los conflictos colectivos que tuvieren lugar en las empresas de servicios públicos.

Tratándose de huelgas que se lleven a cabo con la ocupación de lugares de trabajo o la vía pública, los decretos 512/66 y 125/85 facultan al Ministerio de Trabajo para recabar el auxilio de la fuerza pública, a fin de recabar la detención de los manifestantes y su puesta a disposición del poder judicial.

Capítulo 12

Contenidos de la Declaración Sociolaboral en materia de autocomposición de conflictos, política social, formación profesional y seguridad social en los ordenamientos internos.

Sumario.

1.- Autocomposición de conflictos (art. 12).- 2.- Diálogo social (art. 13).- 3.- Fomento de empleo (art. 14).- 4.- Protección contra el desempleo (art. 15).- 5.- Formación profesional y desarrollo de los recursos humanos (art. 16).- 6.- Prevención e inspección en materia de salud y seguridad en las condiciones y el ambiente de trabajo (arts. 17 y 18).- 7.- Seguridad social (art. 19).

1.- Autocomposición de conflictos (art. 12).-

El art. 12 de *D.S.L.M.* se encuentra redactado bajo la figura de cláusula programática. No hay reconocimiento de derechos, solo el compromiso de los Estados a *propiciar y desarrollar formas preventivas y alternativas de autocomposición de los conflictos individuales y colectivos de trabajo.*

La autocomposición significa derivar en el propio grupo, la solución o prevención del conflicto. No hay aquí un tercero que apruebe la fórmula de solución, sino que a ella arriban las propias partes a través de la negociación, la transacción o la mediación. Cuando es un tercero el que determina la fórmula de solución, el mecanismo implementado será de hetero-composición. Es el caso del arbitraje o solución jurisdiccional.

Las formas preventivas de autocomposición estarán dadas, básicamente, por la negociación y la mediación, institutos estos con mayor aptitud para los conflictos colectivos. En materia de conflictos individuales, donde rigen normas de orden público laboral e irrenunciabilidad de derechos, es cuestionable que el Estado abandone su función protectora del trabajo, si lo que se persigue con este instrumento es el desarrollo económico con justicia social. El abandono del Estado a esa función básica es resaltado por la misma norma, cuando alude al carácter *“independiente e imparcial”* de los procedimientos de solución a emplear.

Las formas alternativas tienen que ver con la decisión de un tercero, que pone fin al conflicto. El tercero es *“alternativo”* con relación a los terceros tradicionales, que resuelven los conflictos (de intereses o de derecho) de manera jurisdiccional, mediante la aplicación de normas procesales y de fondo preestablecidas. El procedimiento arbitral también puede revestir utilidad en la solución de conflictos de *“intereses”*, ya que por lo común la intervención del árbitro no debe estar obligatoriamente sujeta a la interpretación o aplicación de normas jurídicas. Al igual que en el caso anterior, el sistema de solución de controversias mediante el arbitraje o laudo puede revestir utilidad en los conflictos colectivos, donde las relaciones de fuerzas pueden hallarse lo suficientemente equilibradas, como para determinar reglas imparciales en el procedimiento y en la solución a aplicar ⁽⁶⁶⁵⁾. La celeridad de este procedimiento es un elemento a favor, sobre todo

⁽⁶⁶⁵⁾ En el mismo sentido, Delgado, Mauricio Godinho, *Direito coletivo do trabalho*, editorial LTr, San Pablo 2001, pág. 194.

cuando se trata de la interpretación de cláusulas de convenios colectivos cuya solución, trae un *quietus* a un número que generalmente es importante de trabajadores y empleadores involucrados.

Pero el arbitraje en materia de conflictos individuales no ha demostrado utilidad. Ello surge al menos de la experiencia argentina, donde el procedimiento arbitral cuenta con una regulación específica en la ley 18.345 (de Organización y procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo - arts. 149 a 154) para las partes que voluntariamente deseen someterse al mismo y ocurre que, en más de cuarenta años de vigencia, este proceso alternativo ha demostrado una utilidad prácticamente nula. Nadie desea someter el resultado de su pleito a una decisión incierta e inapelable.

Sí ha demostrado utilidad, como procedimiento alternativo de solución, la conciliación llevada a cabo en el ámbito del Juzgado con competencia laboral, actuando el trabajador con asesoramiento letrado. En dicho proceso el juez ejerce en nombre del Estado la función de controlador, tanto de la negociación como del contenido del acuerdo, de manera tal que mediante la fórmula propuesta por las partes se arribe a *una justa composición de sus derechos y obligaciones* (art. 15 de la ley 18.345).

Esta distinción que estamos realizando, tiene su apoyo en un instrumento internacional a cuyos términos la misma *D.S.L.M.* adhiere en el Considerando 5°, se trata de la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*. Por este instrumento se aborda de manera separada a la temática de la solución de los conflictos individuales y colectivos. Para los primeros, el art. 36 establece que *En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos*. Restringido al ámbito del conflicto colectivo que surge del título del art. 37 – *Derecho de huelga, conciliación y arbitraje* – se prevé que *Es deber del Estado promover la conciliación y el arbitraje como medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo*.

Este instrumento de derecho internacional impone a los Estados el deber de garantizar, para la solución de los conflictos individuales, una *“jurisdicción especial”*, que no puede ser sino del tipo *“judicial”* y con *“especial”* versación en la materia laboral. La *“rápida”* solución de los conflictos, según la redacción de la norma, exige un *“procedimiento adecuado”*, es decir, distinto del que rige para los procedimientos civiles o comerciales, cuya nota característica es el debate amplio y la prolongación en el tiempo.

No nos parece que las formas de *“autocomposición”*, alternativas, *“independientes e imparciales”*, para la solución de controversias individuales del trabajo, a las que alude el art. 11 de la *D.S.L.M.*, sean compatibles con la *“jurisdicción laboral”* y el *“procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos”* a que alude el citado art. 36 de la *Convención Internacional Americana* a la que previamente se habían obligado los mismos Estados.

De todos modos, siguiendo con el plan de exposición que venimos cumpliendo, trataremos sucintamente la recepción de estos métodos de autocomposición en los ordenamientos internos de los miembros del Mercosur, en materia de conflictos individuales y colectivos.

1.1.- Argentina.

En materia de conflictos colectivos, el art. 14 bis de la Constitución reconoce como derecho a favor de los gremios, el de "*recurrir a la conciliación y al arbitraje*". La Argentina ratificó el convenio 81 sobre la inspección del trabajo.

En el orden nacional, rige la ley 14.786 de conciliación obligatoria. En el territorio de cada Provincia, rigen sus propias normas locales, en atención al régimen de reparto de competencias previsto por la Constitución Nacional (arts. 5 y 75 inc. 12).

La conciliación y el arbitraje aparecen como dos modos alternativos, destinados a la solución de conflictos. El estado, en la condición de garante de la paz social que asume a partir del constitucionalismo social, debe intervenir en las confrontaciones suscitadas entre trabajadores y empleadores con motivo de la existencia de conflictos.

Suele definirse al conflicto colectivo de trabajo en base a la presencia de dos elementos: a.-) una pluralidad de sujetos en la posición jurídica de los trabajadores (elemento cuantitativo) y b.-) un interés colectivo, esgrimido por los trabajadores que trasciende el interés meramente individual (elemento cualitativo). A su vez, según la entidad de este último elemento, la doctrina los clasifica como conflictos económicos o de intereses y conflictos de derecho.

La manifestación tradicional del conflicto colectivo, desde el punto de vista de los trabajadores, es el ejercicio del derecho de huelga. Este derecho, tal como se encuentra concebido a partir de 1957, es directamente operativo (⁶⁶⁶), que no ve supeditada su efectiva vigencia al dictado de un acto normativo.

Sin embargo, por razones de paz social, el estado ha ejercitado el poder de policía sobre este derecho, reglamentando como obligatoria la instancia conciliatoria previa a la adopción de medidas de este tipo mediante la ley 14.786. No aparece como irrazonable la intervención del estado en su papel de moderador con anterioridad al inicio de medidas de acción directa. La conciliación obligatoria constituye una medida reglamentaria, dictada en el marco previsto por los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, que no deriva en la supresión del instituto.

El control inmediato del ejercicio de medidas de este tipo, a efectos de encauzar el conflicto por los carriles destinados a su solución conciliatoria o por arbitraje voluntario, corresponde al órgano administrativo (Ministerio de Trabajo), mereciendo destacarse que esta competencia también es reclamada por las Provincias para los conflictos que ocurren dentro de sus territorios.

La labor judicial queda relegada a la solución de diferendos derivados del ejercicio de este derecho, extremo que incluye la solución de casos de despidos o daños originados en huelgas. La ley argentina no faculta al órgano judicial para declarar ilegítima una huelga, siendo que esta competencia es propia del Ministerio de Trabajo.

La conciliación obligatoria, tal como se encuentra regulada por la ley 14.786, constituye un procedimiento alternativo destinado a la solución de conflictos colectivos de trabajo evitando llegar, en un caso (conflictos de derecho), al planteo judicial y en el otro (conflictos económicos o de intereses), a las medidas de acción directa. Se diferencian en que en la conciliación el organismo administrativo o la comisión paritaria procuran acercar a las partes y hasta les proponen una fórmula de

⁽⁶⁶⁶⁾ C.S.J.N., Fallos: 254:56, 254:65, 254:224.

acuerdo, pero su parecer no resulta vinculante; mientras que en el arbitraje un tercero decide la controversia a través de un laudo que los interesados deben acatar.

A través del proceso de conciliación obligatoria se encuentra reglamentado el derecho de huelga. Las partes, antes de recurrir a este tipo de medidas (llamadas de "*acción directa*") deben agotar previamente un período de "*enfriamiento*" consistente en el trámite de conciliación obligatoria llevado a cabo por ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos.

Sometido el conflicto al trámite previsto por la ley 14.786 y calificado de este modo por la autoridad de aplicación, en caso de existir medidas de acción directa en curso de ejecución, dicha autoridad puede ordenar como primera medida "*que el estado de las cosas se retrotraiga al existente con anterioridad al acto o hecho que hubiere determinado el conflicto*" (art. 10 de la ley 14.786). De manera tal que si se tratara de una medida de huelga emprendida por la representación de los trabajadores en curso de ejecución, estos deberán retomar tareas. Si, por el contrario, se tratara de alguna medida emprendida por el empresario, como ser despidos masivos o "*lock out*" patronal, este deberá proceder a reincorporar a los trabajadores. El retrotraimiento de las cosas al estado anterior debe mantenerse durante el tiempo que dure el procedimiento de conciliación obligatoria (15 días, prorrogables por otros cinco, todos ellos hábiles administrativos, art. 11 de la ley 14.786).

Vencido el plazo máximo del procedimiento de conciliación obligatoria sin que las partes aceptaran alguna fórmula conciliatoria o suscribieran un acta de compromiso arbitral, podrán recurrir a las medidas de acción directa que estimaren convenientes.

Si las partes logran arribar a un acuerdo conciliatorio, este requiere el control de legalidad por parte de la autoridad administrativa, la cual deberá expedirse en resolución homologatoria fundada, dando cuenta que a través del acuerdo las partes lograron una justa composición de sus derechos y obligaciones. Por este acuerdo, las partes no pueden disponer libremente "*por debajo*" de los derechos mínimos previstos por la legislación laboral y que son normas de orden público.

El incumplimiento al deber de recurrir al procedimiento de conciliación obligatoria con carácter previo a la adopción de medidas de acción directa, torna operativa la facultad del Ministerio de Trabajo para calificar como *ilegal* una medida de acción directa y requerir que la asociación sindical la deje sin efecto (art. 56 inc. 2°). La Corte tiene resuelto desde tiempo atrás que esta calificación realizada por la autoridad administrativa es suceptible de revisión judicial, declarando inconstitucionales las normas que establecieron la irrecurribilidad de esta decisión administrativa ⁽⁶⁶⁷⁾.

Declarada la ilegalidad de la medida por parte de la autoridad de aplicación, el empleador recobra el ejercicio de su poder disciplinario pudiendo intimar a los trabajadores a retomar tareas. Las eventuales medidas que el empleador pueda tomar dentro de su poder disciplinario (sanciones, suspensiones o despidos), también quedan sujetas al control judicial, el que podrá recaer sobre la calificación del conflicto efectuada por la autoridad de aplicación.

⁽⁶⁶⁷⁾ C.S.J.N., "*Fallos*": 251: 485.

En cualquier caso -sea legal o ilegal la huelga- el empresario posee la facultad de no abonar los salarios durante el período de suspensión del trabajo ⁽⁶⁶⁸⁾, pero sólo mantiene la de despedir sin causa a sus dependientes si hubo de por medio una huelga ilegal, con previa intimación de reintegro al trabajo ⁽⁶⁶⁹⁾.

Recapitulando, la autoridad administrativa puede calificar a la huelga como *legal* o *ilegal*, de acuerdo con pautas hasta aquí expuestas. A estos fines, no es suficiente argüir la existencia del derecho constitucional para que el paro sea declarado como legal ⁽⁶⁷⁰⁾. Empero, los jueces, en casos concretos en que se ventilan los efectos de la huelga respecto de los contratos individuales de trabajo, tienen facultades para revisar el pronunciamiento administrativo, en caso de que fuere arbitrario, o deben calificar por sí a la huelga si la autoridad de aplicación hubiere omitido hacerlo ⁽⁶⁷¹⁾.

Para los casos de reducciones de jornada, suspensiones o despidos que tengan por causa razones económicas de crisis de empresa, hay dos procedimientos preventivos de autocomposición regulados en el Decreto 328/88 y los arts. 98 a 104 de la ley 24.013. En el primero de ellos, rige con carácter general la obligación para todo empleador que decida aplicar tal tipo de medidas, de notificar las mismas al Ministerio de Trabajo con diez días de anticipación y entrega de copia de dicha presentación a la o las asociaciones sindicales con representantes afectados. A partir de allí, es facultativo para la autoridad de aplicación, entre otras medidas, la de fijar una audiencia entre el empleador y la representación sindical. El segundo procedimiento rige para los casos donde por dichas medidas se afecte a un porcentaje mínimo de trabajadores que la propia ley indica. A diferencia del anterior, aquí la convocatoria a una audiencia de conciliación es obligatoria para la autoridad administrativa, en la medida que la presentación patronal cumpla con los requisitos de fundamentación previstos por la ley. Este procedimiento también puede ser solicitado por la asociación sindical. En ambos casos, de existir acuerdo, debe ser sometido a la homologación de la autoridad administrativa. En caso que por dicho acuerdo se disponga de derechos individuales, corresponderá la ratificación personal del trabajador afectado.

En materia de conflictos individuales, la actuación administrativa es por lo general del tipo voluntaria y cuenta con la facultad de homologar acuerdos conciliatorios. Por supuesto, atendiendo a la distribución de facultades que derivan del régimen federal, cada Provincia reglamenta las funciones conferidas a su autoridad administrativa y la constitución y funcionamiento de sus órganos judiciales. En el ámbito de la Capital Federal, por ley 24.635 se ha implementado una instancia de conciliación laboral obligatoria, previa al inicio de reclamaciones laborales en sede judicial. Esta instancia es llevada a cabo ante conciliadores laborales habilitados por el Ministerio de Trabajo, quienes tienen por función acercar a las partes a un acuerdo conciliatorio el cual, de existir, es luego sometido a un control (homologación) por parte de la autoridad administrativa. Tal como fue implementado, el sistema tiene por lo menos dos defectos. El primero radica en la retribución del conciliador, quien si no logra el acuerdo percibe un honorario de \$ 15.- y si lo alcanza, su retribución trepa a \$ 225.-, con lo cual, hay conflicto de intereses entre

⁽⁶⁶⁸⁾ C.S.J.N., "Fallos", 256: 305.

⁽⁶⁶⁹⁾ C.S.J.N., "Fallos", 256:305.

⁽⁶⁷⁰⁾ C.S.J.N., "Fallos", 254:65.

⁽⁶⁷¹⁾ C.S.J.N., "Fallos", 251:472; 246:210; 263:51; 300:475.

preservar el orden público laboral o su bolsillo. El segundo defecto está dado por la posibilidad otorgada al trabajador de concurrir a ese procedimiento sin asistencia letrada, acompañado por un representante sindical. Teniendo en cuenta que lo debatido en esos casos son conflictos mayormente de “derecho”, la falta de asistencia jurídica al trabajador, conspira también contra el cumplimiento de normas de orden público que el representante sindical no tiene el deber de conocer.

La ley 24.635 permite soslayar la intervención del conciliador laboral, a través de las conciliaciones “espontáneas”. Ambas partes concurren ante la autoridad administrativa con su fórmula de acuerdo y esta es sometida a homologación. También aquí el trabajador puede ser asistido por un representante sindical.

Un procedimiento anómalo rige en materia de accidentes del trabajo, regulado por la ley 24.557. Tanto la determinación de la incapacidad del trabajador, como el carácter laboral de la enfermedad o accidente que la provoca, son determinadas por una Comisión de Médicos (*comisiones médicas*), mediante un procedimiento llevado a cabo por el trabajador sin asesoramiento letrado obligatorio (Arts. 21, 46 y Decreto P.E.N. 717/96).

1.2.- Brasil.-

El art. 114 de la C.F. de 1988 establece: *Compete a la Justicia del Trabajo conciliar y juzgar los conflictos individuales y colectivos entre trabajadores y empleadores, comprendidos los entes de derecho público externo y de la administración pública directa e indirecta de los Municipios, del Distrito Federal, de los Estados de la Unión, y, en la forma prevista por ley, otras controversias derivadas de la relación de trabajo, así como los litigios que tengan origen en el cumplimiento de sus propias sentencias, incluso colectivas.- § 1° Frustrada la negociación colectiva, las partes podrán elegir árbitros.- § 2° No siendo aceptada por cualquiera de las partes la negociación o el arbitraje, quedan facultados los respectivos sindicatos a requerir una solución judicial para el conflicto colectivo, pudiendo la justicia del trabajo establecer normas y condiciones, respetando las disposiciones convencionales y legales mínimas de protección al trabajo.*

La solución de los conflictos colectivos del trabajo ha sido derivada al Poder Judicial, tanto por la Constitución Federal como por las normas reglamentarias. Es la autoridad preponderante en estos casos, a punto tal que puede avocarse en forma compulsiva al conocimiento de conflictos colectivos de trabajo, aún tratándose de conflictos de intereses, y puede hacerlo de oficio (en caso exista suspensión de tareas) o a pedido del Ministerio Público de Trabajo o cualquiera de las partes. Cuando se trata de conflictos colectivos que traigan aparejada suspensión en la prestación de trabajo, rige el procedimiento previsto por el Capítulo IV de la C.L.T. (De los *dissídios* colectivos), arts. 856 a 875. Además de la norma constitucional, la C.L.T. le asigna de manera expresa esta competencia en casos de suspensión de tareas por sus arts. 856 (intervención de oficio o a pedido del Ministerio Público) y 857 (intervención a solicitud de la asociación sindical). La ley 9.307 extiende al empleador la posibilidad de recabar esta intervención judicial. La solución judicial también está prevista por el art. 624 de la C.L.T. para el caso de conflictos derivados de la aplicación de un convenio colectivo de trabajo.

También hay disposiciones regulatorias del llamado *poder normativo* judicial en caso de conflictos colectivos, por la ley 7.855 reglamentaria del derecho de huelga. Hemos visto anteriormente que las medidas de acción directa deben ser

aprobadas por asamblea de afiliados, dejándose constancia del requerimiento de los trabajadores que va a ser acompañado de esta medida. Producida la huelga e instada la actuación del órgano judicial, este ejercerá el llamado *poder normativo*, reencauzando el conflicto mediante el diálogo de las partes y, finalmente, el dictado de una sentencia que dirima los intereses en pugna.

La sentencia a dictar será de tipo normativo, puesto que obligará a todos los empleadores y trabajadores comprendidos en el conflicto colectivo. Además de la normativa a aplicar, la sentencia debe establecer un plazo de vigencia que la C.L.T. determina no debe exceder los cuatro años (art. 868).

La autoridad administrativa solo puede intervenir a efectos de convocar a las partes para que lleven adelante un proceso de mediación, asistiéndolas en la negociación. No hay obligación de sometimiento de ningún tipo a este proceso, cumpliendo las partes con concurrir cuando fueren citadas a estos fines (art. 616 de la C.L.T.).

La solución de conflictos, individuales o colectivos, por el proceso de arbitraje voluntario ha sido incorporada por ley 9.307 del 23 de septiembre de 1996. Se trata de un régimen general de arbitraje, destinado a dirimir por esa vía litigios relativos a "*derechos patrimoniales disponibles*", tal como se indica por el art. 1° de la ley. En atención a esta última característica, el procedimiento no aparece viable en el terreno de las relaciones laborales, donde en la mayoría de los casos se reclaman derechos patrimoniales sujetos a normas de orden público y, por lo tanto, indisponibles. De manera casi contemporánea a la aprobación de esta ley, señalaba Georgenor de Souza Franco Filho que debido a la citada característica de los derechos laborales, el régimen general de arbitraje tendría poca incidencia en ese terreno. Agregaba que la tradición cultural del pueblo brasileño prefiere la solución jurisdiccional de sus conflictos, antes que optar por este nuevo instrumento ⁽⁶⁷²⁾. El tiempo terminó ratificando esta apreciación, toda vez que el escaso margen de aceptación del régimen del arbitraje para los conflictos individuales del trabajo, derivó que el 12 de enero de 2000, se sancionara la ley 9.958 que introduce la figura de las comisiones de conciliación previa, como mecanismo autónomo y extrajudicial de solución de conflictos individuales.

En el campo de las relaciones colectivas, el sistema de la mediación y el arbitraje han sido previstos por la ley 10.101 para la determinación del modo en que se asegurará a los trabajadores el derecho a participar en las ganancias de la empresa.

La ley 9.958 del 12/01/2000, habilitó a la negociación colectiva para la constitución de las llamadas *comisiones previas de conciliación*, mediante el agregado de los arts. 625-A a 625-H, 876 y 877-A a la C.L.T. Son comisiones del tipo paritarias, integradas por representantes de los trabajadores y de los empleadores. Los representantes del sector empresario, son designados por la empresa o empresas que participen de la comisión. Los representantes de los trabajadores, deben ser designados por éstos mediante el voto directo y secreto, en elección controlada por el sindicato. La ley autoriza a que estas comisiones se constituyan por empresa, grupos de empresas, sindicatos o grupos de sindicatos. De esta conjunción, resulta que las llamadas *comisiones previas de conciliación* pueden

⁽⁶⁷²⁾ Franco Filho, Georgenor De Souza, *A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho*, editorial LTr, San Pablo 1997, pág. 71.

revestir el carácter de comisión empresaria, comisión interempresaria, comisión sindical o comisión intersindical. Ante estas comisiones el trabajador debe presentar su reclamación por escrito. En caso de acuerdo, el acta pertinente, suscripta por el trabajador, el empleador y los miembros de la comisión, constituirá título ejecutivo extrajudicial. En caso de falta de acuerdo, se labra el pertinente acta de constancia, que será agregada por el trabajador a su acción judicial. Todo ello en un plazo máximo de diez días. No se prevé el asesoramiento letrado obligatorio para el trabajador. Para la regulación de los demás aspectos de procedimiento, la ley se remite a lo acordado por negociación colectiva. En materia de composición de las comisiones, la ley exige un número igual de representantes por los trabajadores al número de representantes por los empleadores y, en ambos casos, con un igual número de suplentes. El número mínimo será de dos representantes titulares por sector y el máximo de diez. La composición de la representación de los trabajadores en las comisiones intersindicales debe ser regulada por convenio colectivo, no exigiéndose este requisito para la integración de la representación empresaria en las comisiones interempresarias. Los trabajadores que integren estas comisiones, gozan de estabilidad en sus empleos hasta un año después de finalizado su mandato, el que será también de un año con posibilidad de reelección.

El inconveniente que plantea este procedimiento está dado en la falta de protección al trabajador cuando se trata de conflictos de derecho. No se exige la asistencia letrada, siquiera para la confección del escrito de petición ante la Comisión. El acuerdo celebrado en ese ámbito, según lo dispuesto por el art. 625-E de la C.L.T., *“tendrá eficacia liberatoria general”*. Esta expresión ha provocado un debate en la doctrina brasileña, acerca de si se exige una instancia de homologación sindical (art. 477 §2° de la C.L.T.) o judicial. Con apoyo en el texto empleado por la nueva ley, se ha señalado que *el empleado que, en cualquier caso, conceda una quita al empleador por ante la comisión de conciliación previa, lo está liberando de todas las obligaciones contractuales que, hasta ese momento, le exigió explícitamente* ⁽⁶⁷³⁾. El argumento contrario, en el sentido que el acuerdo arribado ante la Comisión Previa no libera al empleador por los pagos inferiores a lo adeudado, tiene sólido apoyo en el citado art. 114 de la Constitución de 1988, en cuanto asigna dicha función con carácter exclusivo a la Justicia del Trabajo, permitiendo los procedimientos de autocomposición solo para los conflictos colectivos ⁽⁶⁷⁴⁾.

Por último, cabe aclarar que si bien la ley señala el carácter facultativo de los sindicatos a constituir, de común acuerdo con los empleadores, este tipo de comisiones, se ha señalado que con el tiempo el agotamiento de la instancia previa ante estos órganos será obligatoria para la promoción de la acción judicial, toda vez que cuando exista una comisión de este tipo en la jurisdicción donde el trabajador prestara servicios, el art. 625-D de la C.L.T. exige se agregue a su demanda judicial la constancia de haber concluido el procedimiento de conciliación ⁽⁶⁷⁵⁾.

⁽⁶⁷³⁾ Pinto, José Augusto Rodrigues y Pamplona Filho, Rodolfo, *Manual da conciliação preventiva e do procedimento sumaríssimo trabalhista*, editorial LTr, San Pablo 2001, pág. 133.

⁽⁶⁷⁴⁾ Delgado, Mauricio Godinho, *Curso de direito do trabalho*, editorial LTr, San Pablo 2001, págs. 1434 a 1436.

⁽⁶⁷⁵⁾ Delgado, Mauricio Godinho, *Curso de direito do trabalho*, cit., pág. 1433.

1.3.- Paraguay.

El art. 97 de su Constitución de 1992, bajo el título *De los convenios colectivos, establece por su párrafo 2do.*, que *“El Estado favorecerá las soluciones conciliatorias de los conflictos de trabajo y la concertación social. El arbitraje será optativo”*.- El art. 377 del C.L. prevé que *El juzgado en lo laboral de turno será competente para declarar la legalidad o ilegalidad de una huelga, debiendo pronunciarse dentro de setenta y dos horas.*

La solución de los conflictos colectivos del trabajo ha sido derivada a un órgano que integra el poder judicial, de composición tripartita, denominado *Junta permanente de conciliación y arbitraje*. Su constitución y funcionamiento se encuentran regulados, básicamente, por el Código Procesal Laboral (ley 742).

Los arts. 284 a 320 del Código Procesal atribuyen competencia a esta Junta para conocer en los conflictos colectivos económicos. Las alternativas de solución previstas están dadas por la conciliación (arts. 284 a 295), el arbitraje (arts. 296 a 311), revisión y cumplimiento de laudos arbitrales (312 a 320). La instancia puede ser llevada a cabo a pedido de cualquiera de las partes o de oficio (art. 286 C.P.). Sin embargo, el art. 287 del C.P. aclara que *No se dará curso a peticiones precedidas por huelgas o paros patronales, sean parciales o totales o que anuncien su realización inmediata.*

El procedimiento arbitral se encuentra previsto para el caso de fracaso de la instancia conciliatoria. Se accede al mismo de manera obligatoria: *Si las partes no pueden encontrar ni aceptar una conciliación, la Junta declarará terminada la instancia conciliatoria y hará saber a las partes que deben someter la decisión del conflicto al arbitraje* (art. 296 del C.P.).

Por el art. 311 del Código Procesal, se admite que mediante una cláusula compromisoria, en los Contratos Colectivos de Condiciones de Trabajo, las partes pueden estipular la sustitución de árbitros o Comisiones de Arbitrajes, así como la competencia y el procedimiento. En tal caso, las disposiciones especiales pactadas prevalecerán sobre las normas del Código.

Por Decreto 3287 del 4 de marzo de 1964, se estableció que esta Junta estará integrada por dos representantes de los trabajadores, dos representantes de los empleadores y dos representantes del Estado como titulares, con más un número igual de suplentes

En materia de conflictos individuales, se impone la competencia judicial para intentar una conciliación. Hay un procedimiento especial de única instancia para los reclamos cuyo importe no exceda de un salario mínimo (arts. 34 y 98 a 108 del C.P.) donde la reclamación del trabajador es verbal, se asienta en un acta y luego se cita al demandado para intentar una conciliación. El contenido del acuerdo debe ser controlado judicialmente, a punto tal de asignar el Código competencia al juez para *rechazar el acuerdo cuando estime que violenta los derechos que las leyes confieren a los trabajadores* (art. 101). Para los reclamos de mayor cuantía, el ritual fija una audiencia preliminar de conciliación, dentro del tercer día de contestada la demanda o la reconvencción (art. 125).

1.4.- Uruguay.

El art. 57 de su Constitución de 1967, establece por su 2do. Párrafo que *La ley Promoverá asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje*.- El art. 65, por su 2do. párrafo, agrega que *En los servicios públicos*

administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios.

La norma constitucional que prevé la creación de tribunales de conciliación y arbitraje ha sido escasamente cumplida. No se ha dado en el Uruguay un sistema institucionalizado y jerarquizado de formas de conciliación y arbitraje ⁽⁶⁷⁶⁾.

El carácter parcial de la recepción está dado por la competencia asignada al Ministerio de Trabajo para llevar adelante un proceso de conciliación, con carácter previo al inicio de medidas de acción directa (art. 3° de la ley 13.720 y 9° de la ley 14.791). No hay requisito expreso en orden a la intervención previa, ello viene impuesto por la posibilidad de declarar ilegal la huelga si no se siguió dicho procedimiento.

Tal como se encuentra reconocido el derecho de huelga por la Constitución uruguaya, doctrinariamente se ha justificado la ausencia de regulación de un régimen de arbitraje, en la inteligencia que ello importaría un obstáculo para el ejercicio de dicho derecho ⁽⁶⁷⁷⁾.

Conviven con la conciliación, mecanismos de autocomposición de conflictos colectivos que vienen impuestos con la creación de diversas comisiones tripartitas, que actúan en la fijación de salarios y en toda empresa, esto último con carácter obligatorio impuesto por el Decreto 87/77.

En materia de conflictos individuales, rige como norma que en todo procedimiento de conciliación en sede judicial o administrativa, mediación o arbitraje, cada parte deberá estar asistida por abogado desde el comienzo hasta su culminación, salvo cuando el monto discutido sea inferior a 20 Unidades Reajustables (art. 2° de la ley 16.995).

El Código General del Proceso, ley 15.892, prevé tres intentos conciliatorios: a.-) Uno obligatorio y previo que se debe cumplir ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (art. 294); b.-) otro, también obligatorio ya en la etapa judicial, presidido personalmente por el juez, en el transcurso de la audiencia preliminar (art. 341.3); y c.-) otro eventual en cualquier estado de los procedimientos judiciales y antes de existir sentencia ejecutada, el cual debe ser realizado con intervención del magistrado (art. 223) ⁽⁶⁷⁸⁾.

2.- Diálogo social (art. 13).

El art. 13 de la *D.S.L.M.* está redactado en términos claramente programáticos. Instrumenta el compromiso de los Estados Miembros *a fomentar el diálogo social en los ámbitos nacional y regional.*

La figura del *diálogo social* adquiere aquí un claro contenido instrumental, destinado al logro de un fin que está dado por el consenso de los

⁽⁶⁷⁶⁾ Mantero de San Vicente, Osvaldo, *Derecho Sindical*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1998, pág. 179.

⁽⁶⁷⁷⁾ Mantero de San Vicente, Osvaldo, *Derecho Sindical*, cit., pág. 180.

⁽⁶⁷⁸⁾ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, cit., pág. 177.

sectores involucrados con el capital y el trabajo (gobiernos, empleadores y trabajadores), en la implementación de medidas que tiendan al objetivo reiterado de desarrollo económico con justicia social y mejoramiento en las condiciones de vida de la población regional.

Para la implementación de este *diálogo social*, los estados se comprometen a instituir, como método, mecanismos efectivos de consulta permanente entre los tres sectores.

La gran diferencia metodológica existente entre el MERCOSUR y el NAFTA radica, precisamente, en la utilización del *diálogo social* como mecanismo tendiente al logro de consenso en las medidas que se pretendan implementar.

En oportunidad de desarrollar la estructura orgánica del NAFTA al comienzo de este trabajo, hemos visto que la totalidad de sus órganos posee integración del tipo intergubernamental, sin participación de los sectores involucrados en la llamada dimensión social del proceso de integración. Algo similar ocurre en el proceso del ALCA, también tendiente a la implementación de una zona de libre comercio americana, con claros objetivos de Estados Unidos tendientes a eliminar barreras arancelarias y compensar dichos aranceles con otros ingresos derivados del reconocimiento de patentes y derechos intelectuales que en forma paralela pretende implementar. En el ALCA, el único órgano con vinculación social es el Comité de Representantes del Gobierno en la Participación de la Sociedad Civil. Fue creado por los Ministros con el objetivo de aumentar la transparencia del proceso de negociación y ampliar la comprensión y el apoyo del público en general, respecto al proceso. Como lo indica su denominación, se trata de un órgano de tipo intergubernamental, donde no participa la sociedad civil en su composición. Es el brazo propagandístico del ALCA y, en tal sentido, recibe propuestas de los sectores civiles (comunidad empresarial y de grupos de trabajadores, protección del medio ambiente, académicos y otros grupos que desean presentar sus puntos de vista) sobre los temas objeto de negociación y otros temas comerciales.

En el MERCOSUR, los sectores participan en tres órganos permanentes: a.-) Foro Consultivo Económico Social; b.-) Subgrupo de Trabajo N° 10; y c.-) Comisión Sociolaboral (Regional y Nacional).

Estos mecanismos permanentes de *diálogo social* conviven con las prácticas que hasta el momento se han ido impulsando en cada uno de los Estados Miembros, las que sucintamente referenciaremos a continuación.

2.1.- Argentina.

En la ley 24.013, llamada *Ley de empleo*, su título VI (arts. 135 al 138) se ocupa de la constitución de un órgano tripartito, permanente, denominado *Consejo Nacional del Empleo, la Producción y el salario mínimo vital y móvil*.

Está integrado por 33 miembros, de ellos, 16 ejercen la representación de los trabajadores, otros 16 la representación de los empleadores (de estos últimos, 2 corresponden al Estado Nacional y otros 2 a las Provincias, como empleadores) y un presidente designado por el Ministerio de Trabajo. Duran cuatro años en sus cargos.

Son funciones de este Consejo:

- a.-) determinar periódicamente el salario mínimo, vital y móvil;
- b.-) determinar los importes de la prestación por desempleo;

- c.-) aprobar los lineamientos, metodología, pautas y normas para la definición de una canasta básica que se convierta en un elemento de referencia para la determinación del salario mínimo, vital y móvil;
- d.-) constituir, en su caso, comisiones técnicas tripartitas sectoriales para conocer las particularidades de cada sector, en materia de reinserción laboral y necesidades de formación profesional.
- e.-) fijar las pautas de delimitación de actividades informales, mediante la determinación periódica de niveles mínimos de productividad, a los efectos de la elaboración de programas dirigidos a apoyar su reconversión.
- f.-) formular recomendaciones para la elaboración de políticas y programas de empleo y formación profesional;
- g.-) proponer medidas para incrementar la producción y la productividad.

Las decisiones del Consejo deben ser adoptadas por mayoría de dos tercios, previéndose con carácter supletorio un mecanismo arbitral que concluye en un "*laudo*" dictado por el Presidente de dicho órgano.

En materia de fijación del salario mínimo, que por el art. 14 bis de la Constitución Argentina además debe ser "*vital*" (alcanzar para vivir) y "*móvil*" (reajustarse conforme a las variaciones que experimenten los precios de los productos necesarios para vivir), el mecanismo de *diálogo social* fijado por esta ley no ha alcanzado los fines exigidos por el constituyente. Desde 1992 y hasta 2003 rigió el monto del salario mínimo, vital y móvil mensual de \$ 200, el diario es de \$ 8 y el horario es de \$ 1 (Resolución N° 2 del Consejo Nacional del Empleo, la productividad y el salario mínimo, vital y móvil). La prolongación en el tiempo de estos valores que se hallaron por completo alejados de la realidad económica, convirtieron durante este extenso período al instituto en un salario mínimo que ha sido "*mortal*" (no fue suficiente ni "*vital*", porque no alcanzaba para vivir como lo determinan el art. 14 bis de la Constitución y, particularmente, el art. 116 de la L.C.T., esto es, asegurando al trabajador alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión) y, además, "*inmóvil*", calificativo del que se ha hecho acreedor esta Resolución N° 2 del Consejo que se mantiene sin "*movilidad*" o ajuste desde 1992.

El fracaso de la política del diálogo social en este terreno, quedó evidenciado durante el año 2003, cuando el Gobierno tuvo que intervenir en este terreno, elevando por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 388/03 el salario mínimo mensual (de manera escalonada) a \$ 300.- y el horario a \$ 1,50.- (ambos valores vigentes desde diciembre de 2003). Posteriormente, por otro Decreto de Necesidad y Urgencia (N° 1349/03), elevó el SMVM mensual a \$ 350.- y horario a \$ 1,75.-, con vigencia a partir del 1° de enero de 2004.

También merece destacarse el denominado "*Acuerdo Marco sobre Formación Profesional*", emanado desde el Consejo Nacional de Educación – Trabajo (CoNE-T) en 1997, que refleja el consenso alcanzado por los equipos técnicos integrantes de la Sub-comisión de formación profesional de la Comisión Técnica del Consejo Nacional Educación Trabajo, compuesta por los Ministerios de Cultura y Educación, y de Trabajo y Seguridad Social, la Confederación General del Trabajo, gremios docentes, cámaras empresariales y cámaras de institutos de enseñanza privada. Por el Acuerdo se considera a la formación profesional como un Régimen Especial, previsto en el art. 11 de la Ley Federal de Educación. Fomenta la creación de un subsistema de formación técnico profesional en las áreas de

gobierno relacionadas con la educación y el trabajo ⁽⁶⁷⁹⁾.

Junto con la ratificación del Convenio N° 182 de la O.I.T. sobre prohibición de las peores formas de trabajo infantil ⁽⁶⁸⁰⁾, el Decreto 719/2000 constituye la Comisión Nacional Para la Erradicación del Trabajo Infantil. La Comisión actuará en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos. Estará integrada por representantes gubernamentales, designados por los ministerios de incumbencia afin, y representantes propuestos por los sectores empresarial, sindical y de la Comisión Episcopal de Pastoral Familiar.

Con carácter no permanente, se circunscriben en esta temática el *Acuerdo Marco para el empleo, la productividad y la equidad social*, del 25 de julio de 1994, y los *convenios sectoriales de competitividad* impulsados durante el año 2001.

El primero de ellos fue concertado entre el Gobierno, una de las tres centrales sindicales ⁽⁶⁸¹⁾ y ocho de las más importantes confederaciones empresarias, con el objeto de promover “*la creación de empleo, el incremento de la competitividad y la introducción de nuevos elementos de equidad social*”. Con sustento en este *Acuerdo Marco*, en los años siguientes el Gobierno aprobó una serie de leyes desreguladoras del contrato de trabajo y limitativas de la responsabilidad patronal ⁽⁶⁸²⁾. No cumplió el Gobierno con su función componedora esencial puesto que atendió solo los intereses del sector empresario, en detrimento de la justicia social. Lejos de cumplirse con los objetivos propuestos en ese *Acuerdo Marco*, la Argentina ingresó en un período de recesión, pobreza y desmantelamiento de su derecho social como nunca antes se había visto.

En cuanto al segundo grupo, ellos resultaron de dos leyes que declararon al país en situación de emergencia (leyes 25.344 y 25.413), habilitando en dicho contexto al Poder Ejecutivo para ejercitar medidas de carácter legislativo.

Así, la ley 25.344 ⁽⁶⁸³⁾ declara en emergencia la situación económico financiera del Estado Nacional (art. 1°).

⁽⁶⁷⁹⁾ Barreto Ghione, Hugo, *Diálogo social y formación: una perspectiva desde los países del Mercosur y México*, Oficina Internacional del Trabajo – CINTERFOR, Montevideo 2001.

⁽⁶⁸⁰⁾ 87° Conferencia, Ginebra, ratificado por ley 25.255, B.O. 26/7/2000.

⁽⁶⁸¹⁾ Que en realidad son dos: Confederación General del Trabajo y Central de Trabajadores Argentinos, aunque con una fractura en la primera de ellas que derivó en la no suscripción de dicho acuerdo por el sector de los gremios disidentes y que lo suscribiera solo el sector *oficialista* de la C.G.T.

⁽⁶⁸²⁾ La ley 24.465 que flexibiliza los contratos de trabajo. La ley 24.467 que discrimina al trabajador dependiente de la pequeña y mediana empresa, habilitando a su respecto la *disponibilidad colectiva*. La ley 24.522 de concursos y quiebras, que sustrae al trabajador de la justicia especial del trabajo y lo obliga a pujar con los demás acreedores en un proceso concursal, siendo que, además, el privilegio asignado a su crédito es postergado por los acreedores hipotecarios y prendarios. La ley 24.557 de riesgos del trabajo, que discrimina al trabajador accidentado al no permitirle perseguir un resarcimiento integral de su daño, también lo discrimina privándolo de un procedimiento “*especial*” ante la justicia del trabajo y se lo remite, sin asesoramiento letrado obligatorio, a defenderse solo ante Comisiones Médicas, que deberán determinar el grado de incapacidad y si su accidente o enfermedad son indemnizables. La ley 24.635 que obliga al trabajador de la Ciudad de Buenos Aires a una instancia previa de conciliación, fuera de los tribunales del trabajo, a la cual puede concurrir sin asistencia letrada, ante un conciliador que solo es retribuido si logra que el trabajador acepte el acuerdo. La ley 24.714 de asignaciones familiares, que excluye a un importante sector de trabajadores del sistema y reduce la cantidad de asignaciones previstas con anterioridad.

⁽⁶⁸³⁾ B.O. 21/11/2000.

Por su parte, la ley 25.413 (⁶⁸⁴) habilitó al Poder Ejecutivo para ejercer competencias legislativas (mediante decretos delegados, art. 76 de la Constitución Nacional), en diversas medidas vinculadas con la situación de emergencia. La habilitación fue prevista hasta el 1° de marzo de 2002.

Entre dichas medidas, el art. 1° prevé la de crear exenciones y disminuir tributos o tasas con el objeto de mejorar la competitividad de los sectores y regiones y atender situaciones económico sociales extremas. Como limitación, la ley dispuso que en el ejercicio de las facultades delegadas, no se aumente el gasto público consolidado a nivel nacional ni se creen otros impuestos. También que por esa vía, el Ejecutivo no podrá provocar despidos y tampoco podrá utilizarse para disponer rebajas de salarios o de haberes jubilatorios (art. 2°).

Sobre la base de estas normas, desde el Ministerio de Economía se impulsó el llamado *Plan de Competitividad*, cuyo objetivo principal estaba dado por reactivar la economía, aumentar la productividad general de las actividades y promocionar el crecimiento del empleo, a través de convenios suscriptos entre los gobiernos Nacional, de la Ciudad de Buenos Aires, provincias que deseen adherir, empresarios y asociaciones sindicales. Sucesivos decretos dictados a lo largo del año 2001 (en particular los Decretos 730/01 y 988/01) fueron delineando los distintos instrumentos fiscales que utilizaría el Gobierno para mejorar la competitividad, como ser: a.-) la simplificación general del sistema impositivo; y b.-) la desregulación de las actividades productivas. La simplificación del sistema impositivo opera eliminando para algunas actividades los llamados impuestos distorsivos, como ser el impuesto a la renta mínima presunta y el impuesto a los intereses. Permitiendo de este modo que los aportes patronales se tomen en cuenta del impuesto al valor agregado, eliminando la doble imposición que existe sobre los salarios. Los aspectos laborales forman parte de estos mecanismos, previéndose al respecto cláusulas sectoriales de estabilidad en los niveles de empleo.

El diálogo social participa en el proceso de concertación que se lleva a cabo en una primera etapa, consistente en la celebración de un convenio entre los sectores involucrados (gobierno, empresa o empresas y sindicato o sindicatos). La segunda etapa viene con el Decreto que habilita los compromisos asumidos. El paso final está dado por la *Resolución* que determina la nómina de beneficiados por sector, con los requisitos a presentar ante la Administración Federal de Ingresos Públicos.

En este marco, durante los años 2001 y 2002 se han dictado una serie de Decretos legitimando convenios de competitividad sectoriales.

2.2.- Brasil.-

Se ha destacado que todavía es insuficiente el esfuerzo de reflexión teórica sobre los espacios de negociación institucional en el Brasil, donde predominan los sectores no paritarios en la elaboración normativa (⁶⁸⁵). En el mismo trabajo, se señala que el diálogo social en Brasil también es un fenómeno reciente, que se inicia en la década de 1990 y su ámbito de actuación es sumamente restricto.

⁶⁸⁴) B.O. 30/03/2001.

⁶⁸⁵) Sochaczewski, Suzanna, Ganz Lúcio, Clemente, de Oliveira, Sirlei Márcia y Mattar Gebrim, Vera Lúcia, *Diálogo social, negociação coletiva e formação profissional no Brasil*, Oficina Internacional del Trabajo – CINTERFOR, Montevideo 2000, págs. 5 y 41.

En la práctica, el ámbito principal donde esta se desenvuelve es en la negociación colectiva.

La ley 7.998, de 1990, creó el Fondo de Amparo al Trabajador – FAT, que constituye el principal medio de financiación a las políticas públicas de empleo e ingresos de Brasil. Por la misma ley, se crea el Consejo Deliberativo del F.A.T. (CO.D.F.A.T.), de composición tripartita. Este órgano, mediante Resolución N° 63/1994, que luego tuvo diversas reformas, reconoció las comisiones Estatales y Municipales de Empleo, como órganos o instancias colegiadas, de carácter permanente y deliberativo, de constitución tripartita, cuyo principal cometido está dado por la participación de la sociedad civil en las acciones realizadas por el Sistema Nacional de Empleo.

Entre sus atribuciones, compete a las Comisiones Estatales y Municipales de Empleo, la definición de prioridades y el acompañamiento de los planes de financiación, asegurando transparencia al Programa y encauzando los recursos del F.A.T. hacia actividades productivas que generen empleo y ganancias y reactiven la economía local. El número de comisiones de este tipo existentes al año 2001 a nivel municipal, era de 2.400, que representan el 43 % de los 5.514 municipios existentes ⁽⁶⁸⁶⁾.

En la Memoria presentada por la Comisión Nacional Sociolaboral de Brasil a la Comisión Regional, se destaca que todo el sistema público de empleo brasileño fue consolidado en el ámbito del Consejo Deliberativo del F.A.T., a nivel nacional y las comisiones estatales o municipales. De este modo, se señala allí que la interacción entre los representantes de los trabajadores, empleadores y gobierno, fue fundamental para la generación de empleo y riqueza.

Otras formas de diálogo social derivadas de órganos con composición tripartita se advierten por la ley 8036/90, que estatuye el Consejo Curador del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio integrado por sector empleador, trabajador y gobierno. La C.L.T., por su parte, prevé en su art. 164 la constitución de Comisiones Internas de Prevención de Accidentes, cuya composición estará integrada por representantes de la empresa y de los trabajadores.

2.3.- Paraguay.

Paraguay posee particularidades que escapan a la mayoría de los países del Mercosur y están dadas por el prolongado autoritarismo que es de casi toda su historia. Se ha señalado que la prolongada dictadura de Alfredo Stroessner de 34 años (1954-1989) condiciona una mentalidad y cultura favorables a consensos pasivos y carencia de asociacionismo, dada la represión preventiva y ejemplarizadora contra toda organización autónoma. Esto hace que usualmente los diálogos sociales se manifiesten a través de meras respuestas del gobierno a crisis sociales (generalmente amenazas de huelga general) que tratan problemas gruesos (como ser aumentos salariales, reforma agraria, empleo, etc.) y de urgencia (asentamientos clandestinos precarios) ⁽⁶⁸⁷⁾.

⁽⁶⁸⁶⁾ Barreto Ghione, Hugo, *Diálogo social y formación: una perspectiva desde los países del Mercosur y México*, cit., pág. 33.

⁽⁶⁸⁷⁾ Céspedes R., Roberto L., *Diálogo social sobre formación en Paraguay*, Oficina Internacional del Trabajo – CINTERFOR, Montevideo 2001, págs. 7 y 11.

Hemos visto más arriba, que en materia de solución de conflictos colectivos del trabajo, la participación de los tres sectores se da en la constitución de un órgano permanente, que integra el Poder Judicial y se trata de la *Junta permanente de conciliación y arbitraje*, integrada por dos representantes de los trabajadores, dos representantes de los empleadores y dos representantes del Estado como titulares, con más un número igual de suplentes (Decreto 3287 del 4 de marzo de 1964).

Otra instancia de participación tripartita está dada por el Servicio Nacional de Promoción Profesional. Su Consejo directivo se integra por representantes del poder político y de las organizaciones de trabajadores y de empresarios (ley 253 del 2 de julio de 1971). El mecanismo participativo de la sociedad civil está dado por la demanda que los sectores sociales llevan a cabo, a través de sus representantes, aunque en términos reales, la mayoría de las organizaciones hacen sus solicitudes de cursos directamente al Director General. La cooperación usualmente se materializa mediante convenios entre el S.N.P.P. y las organizaciones gremiales o empresariales o de organizaciones no gubernamentales. Esta cooperación generalmente consiste en la prestación de instructores, materiales didácticos y de práctica de parte del S.N.P.P. y asistentes de parte de la organización. En la administración cotidiana, hay tres personas como representantes de la sociedad civil (dos de los trabajadores y uno de los empresarios). Se ha señalado que éstas poco inciden en la orientación de los aproximadamente cuatrocientos funcionarios del Sistema (⁶⁸⁸).

En materia de fijación de los salarios mínimos, el órgano competente es el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo Nacional de Salarios Mínimos (arts. 253 y 254 del Código). Este Consejo, que funciona en la sede de la autoridad administrativa del trabajo, está integrado por tres representantes del Estado a propuesta del Poder Ejecutivo, tres representantes de los empleadores y tres representantes de los trabajadores, todos los cuales deberán ser designados por los organismos pertinentes (el Poder Ejecutivo y asociaciones representativas). Es competencia del Consejo recabar los informes o estudios necesarios a efectos de proponer al Poder Ejecutivo los salarios mínimos por zonas o su modificación. Elevada tal propuesta, los salarios mínimos son fijados por el Poder Ejecutivo.

En la memoria presentada por Paraguay ante la Comisión Sociolaboral (Regional), se destacan en este aspecto la ley 1657/2000 que crea el Órgano rector tripartito del Sistema Nacional de Formación y Capacitación Laboral; la ley 1860/50 y 98/92 que establecen Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social. También se informa la existencia de un Programa de Gobierno 1999/2003 que coloca a la participación social como condición para avanzar en la transformación económica.

En la misma línea, se destaca el Decreto 21403/98 que crea Comisión Nacional Tripartita de Igualdad de Oportunidades.

También por Resolución MJT 131/99, se crea un Comité Asesor Nacional de Trabajo Infantil con participación de los sectores involucrados. También funcionan a nivel Ministerial la Comisión Tripartita de igualdad de oportunidades, la Comisión Tripartita de Normas Internacionales, la Comisión Tripartita de Empleo, el

⁶⁸⁸) Barreto Ghione, Hugo, *Diálogo social y formación: una perspectiva desde los países del Mercosur y México*, cit., pág. 37.

Consejo Tripartito de Diálogo Social. En materia de seguridad social, cuenta con composición tripartita el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social.

2.4.- Uruguay.-

El art. 206 de su Constitución, prevé que la ley podrá crear un Consejo de Economía Nacional, con carácter consultivo y honorario, compuesto por los representantes de los intereses económicos y profesionales del país, lo que lo convertiría en un órgano multipartito. Este órgano nunca se integró como la ley lo preveía, ni funcionó de manera efectiva. Lo esencial de sus funciones se corresponde con los actuales Consejos Económicos Sociales ⁽⁶⁸⁹⁾.

También por el art. 230 de la Constitución uruguaya, prevé la creación de una Oficina de Planeamiento y Presupuesto, la que dependerá directamente de la Presidencia de la República. Esta Oficina tiene múltiples cometidos relativos a la planificación de la economía nacional. El inciso 4° de este artículo de la Constitución, establece que la Oficina de Planeamiento y Presupuesto “*formará Comisiones Sectoriales en las que deberán estar representados los trabajadores y las empresas públicas y privadas*”. En el informe RELASUR citado anteriormente, se indica que hasta la fecha de su publicación (1995), ninguna de esas comisiones fue integrada, excepto la Sectorial del MERCOSUR (COMISEC).

Esta Comisión Sectorial del MERCOSUR fue creada por decreto 175/92. Tiene carácter consultivo y está compuesta por cinco miembros: un Director y un Sub-Director designados por el Poder Ejecutivo, un delegado de los trabajadores, un delegado de las empresas privadas y un delegado de las empresas públicas. A su vez, la Comisión ha constituido Sub-Comisiones de trabajo en distintas áreas: industria, comercio, agropecuaria, servicios y energía, información y difusión, financiamiento, ciencia y tecnología y relaciones laborales. La Comisión Sectorial tiene por cometido fundamental, congrega a los participantes reales de la economía, a efectos de considerar iniciativas conducentes al mejor aprovechamiento – en lo interno –, del proceso de integración regional en el Mercosur.

Argentina y Uruguay han ratificado el Convenio N° 150 de la O.I.T. sobre la administración del trabajo ⁽⁶⁹⁰⁾, a través del cual los Estados Miembros se comprometen a delegar o confiar, determinadas actividades de administración del trabajo, a organizaciones no gubernamentales o representantes de empleadores y trabajadores. Es decir, deberá confiar determinadas áreas de su administración laboral a sistemas de representación tripartita.

De manera coherente con dicha ratificación, existen en Uruguay diversas comisiones mixtas, con representantes patronales y de los trabajadores, que colaboran con la inspección del trabajo en diversas actividades. Así, podemos citar el caso de las comisiones mixtas que actúan en el sector de panaderías (creada por ley 10.667), en el sector gastronómico (ley 12.526), en la industria de la cerámica (decreto 146/66), en peluquerías (decreto del 28 de agosto de 1956), en los tambos y establecimientos dedicados al sector lácteo (ley 12.379), viajantes y corredores de plaza (leyes 12.156 y 14.000), industria de la construcción (decreto 111/90).

⁽⁶⁸⁹⁾ O.I.T., *Informe RELASUR: formas de tripartismo en el Uruguay*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995.

⁽⁶⁹⁰⁾ 64° Conferencia, Ginebra, 26/6/78.

Con relación al empleo, tienen carácter tripartito el Servicio Nacional de Empleo (SENADEMP) creado por ley 14.312 y la Junta Nacional de Empleo creada por ley 16.320.

La fijación de los salarios mínimos también está a cargo de órganos de composición tripartita, que son los Consejos de Salarios creados por la ley 10.449 del 12/11/43, complementada por el Decreto-Ley 14.791 del 8/6/78 y Decretos del Poder Ejecutivo. Existe un salario mínimo nacional interprofesional y uniforme para todo el trabajo dependiente, fijado por Decreto del Poder Ejecutivo, que convive con salarios mínimos por grupos de actividad según categorías, propuestos por los Consejos de Salarios, órganos tripartitos de cada sector de la actividad, integrados por un delegado estatal y representantes de los sectores sindical y patronal. Existe un salario mínimo diario, llamado "*jornal mínimo nacional*" que multiplicado por el número veinticinco da como resultado el "*salario mínimo nacional*" que es mensual y fijado por el Poder Ejecutivo (ley 10.449).

Todos los salarios mínimos resultan fijados por el Poder Ejecutivo ya que en base a las previsiones de la ley 10.449 y Decreto-ley 14.791 establece por Decreto el salario mínimo nacional; por Decreto-ley 14.785 fija el salario mínimo correspondiente a los trabajadores rurales; por ley 13.130 el de los trabajadores de tambos; por ley 13.426 el de trabajadores de granjas y quintas; por ley 11.718 el de esquiladores y servicio doméstico y por Decreto-ley 14.791 "*homologa*" los acuerdos arribados en los Consejos de Salarios.

Por lo general, tres veces al año se establecen por esta vía los incrementos salariales, aunque los consejos han venido funcionando sólo en dos rondas ⁽⁶⁹¹⁾. El Poder Ejecutivo fija el salario mínimo nacional o uniforme, estableciéndolo por decreto y, al mismo tiempo, "*homologa*" los acuerdos salariales arribados en los Consejos de Salarios. La negociación colectiva en estos Consejos no es vinculante y la "*homologación*" consiste en el dictado de un decreto que hace extensivo el acuerdo a los sectores que no participaron de la negociación.

Los decretos del Poder Ejecutivo que homologuen los acuerdos elaborados en el seno de los Consejos de Salarios tienen vigencia en todo el territorio nacional a partir de su publicación completa o de un extracto de los mismos, en el Diario Oficial o en dos diarios de la capital (art. 83 de la ley 16.002 del 25/11/88).

En materia de seguridad social, la ley 6.962 creó el Instituto de Jubilaciones con carácter tripartito en su administración. La composición tripartita se mantiene en el actual Banco de Previsión Social. También en esta materia existen numerosas comisiones administradoras por profesión o rama de la actividad, como ser el caso de la Comisión Administradora de Servicios de la Estiba (CASE, ley 13.322) que desapareció con la aprobación de la ley de puertos en 1992, pero el sistema allí empleado influyó en la creación de diversas comisiones que administran bolsas de trabajo, como ser la de estibadores, guardias de agencias navieras, apuntadores de puertos, curtiembres, etc.

En otras actividades, merece mencionarse el Decreto 191/69 que crea un Grupo Tripartito asesor para cuestiones O.I.T. del Ministerio de Trabajo; la Ley 16.736/96 que crea la Comisión Permanente de Relaciones laborales para

⁽⁶⁹¹⁾ Perez del Castillo, Santiago, *Manual práctico de normas laborales*; 7° edición; editado por Fundación de Cultura Universitaria; Montevideo, 1992; pág. 19.

funcionarios públicos; el Decreto 365/99 que crea la Comisión Tripartita de Igualdad de Oportunidades; el decreto 460/2000 que crea el Comité Nacional para la erradicación del trabajo infantil.; la ley 16.320/92 que crea la Dirección Nacional de Empleo y la Junta Nacional de Empleo y el Fondo de Reconversión laboral y Ley 17.296 que lo modifica.

3.- Fomento del empleo (art. 14).-

El art. 14 de la *D.S.L.M.* cuenta con un enunciado claramente programático, con el compromiso de los Estados a poner en práctica medidas que tiendan al desarrollo económico y políticas activas referentes al fomento y creación del empleo, elevación de nivel de vida y corrección de los desequilibrios sociales y regionales. El énfasis principal de dicho enunciado, que resulta de su propio título, está dado por medidas tendientes a evitar los problemas del desempleo y sus formas similares de subempleo.

3.1.- Argentina.-

Tal como se reconoce en la memoria presentada ante la Comisión Sociolaboral Regional por Argentina en 2001, en la última década, el país ha hecho ingentes esfuerzos para adaptarse a la nueva economía, pudiendo verificarse en una primera etapa un alto crecimiento –alrededor del 29 %- . Este incremento del Producto Bruto, no se vio reflejado en el aumento del empleo ya que en ese período ha crecido sólo un 4 %. Este esfuerzo de la economía argentina, no fue acompañado de medidas de contención social suficientes que permitieran amortiguar los efectos del ajuste. Esto afectó a todo el sistema de relaciones laborales, es decir a los trabajadores, a los empresarios y al propio Estado Nacional.

La Memoria señala que la administración de la década del 90 generó la actual coyuntura recesiva. La atribuye al aumento del gasto público – vía deuda externa –, la elevada presión tributaria y altas tasas de interés, con todo lo cual se incrementó notablemente el desempleo. Agrega que la recesión se vio profundizada a partir de decisiones unilaterales en política monetaria que han tomado los países en el marco regional, y recomienda la necesidad de llegar cuanto antes, a niveles de coordinación regional aceptables, a fin de evitar que medidas de uno puedan incidir negativamente en los demás.

Como medidas adoptadas para fomentar el empleo, se destacan los convenios de competitividad que fueron objeto de desarrollo en oportunidad de tratar la cuestión del diálogo social. También se indica la controvertida ley 25.250, que tiende a atomizar la negociación colectiva, eliminar la ultraactividad de los convenios y fuera aprobada en un sospechoso marco de sobornos al Senado, que derivó en la renuncia del Vicepresidente Alvarez ⁽⁶⁹²⁾. Obviamente no son estos los aspectos que se mencionan de esta ley, sino las medidas propuestas en orden al logro de: a.-) Simplificación drástica de los trámites de registración laboral, lo que producirá un importante impacto de costos – sobre todo en las Pymes – y de disminución de la informalidad; b.-) Reducción general de las alícuotas de contribuciones patronales, actualmente de 18% promedio nacional, con una meta de 12% en el 2003; y c.-)

⁽⁶⁹²⁾ Hemos desarrollado estos aspectos de la ley 22.250 en nuestro trabajo “*Reformas no regime de convenções coletivas pela lei 25.250*”; publicado en Revista semestral “*Syntesis. Direito do trabalho material e processual*”, San Pablo, Brasil, N° 32/2001, junio de 2001, págs. 31 y ss.

Rebaja inmediata de las contribuciones para los aumentos de dotación, una vez que el trabajador sea efectivizado. Esto implicaría, dice la Memoria, una disminución de 6 puntos en el costo de los nuevos empleos.

La misma fuente informa la existencia de una serie de programas de empleo, que se vienen llevando a cabo a nivel ministerial, tales como los siguientes:

√ Crear trabajo, (Resolución del MTEyFRH N° 521/00 Resolución SE N° 205/00), destinado a apoyar la creación de puestos de trabajo estables en el marco de microemprendimientos.

√ Programa Trabajar, (Resolución N° 327/98 y Resolución de la SEyCL N° 397/98. Sus componentes materiales son la del MTEyFRH Nros. 156/99 y 201/99). Es un Programa de Empleo Transitorio. El Ministerio financia una ayuda económica no remunerativa de hasta 200 pesos mensuales para personas que trabajen en proyectos de 3 a 6 meses de duración y que tengan por finalidad satisfacer necesidades socialmente relevantes por medio de la construcción de obras de infraestructura social comunitaria.

√ Programa de Emergencia Laboral Comunitario (Resolución S.E N° 11/2000) Creación del SUB PROGRAMA DESARROLLO COMUNITARIO, en el marco DEL PROGRAMA DE EMERGENCIA LABORAL, que tendrá por objetivo brindar ocupación transitoria y capacitación laboral a trabajadoras/es desocupadas/os con baja calificación, preferentemente mujeres.

√ Resolución MTEyFRH N°23/2000 Creación del PROGRAMA DE EMERGENCIA LABORAL (P.E.L.), el cual estará destinado a afrontar situaciones locales transitorias de emergencia ocupacional.

√ Resolución S.E.N° 30/2000 Definición de criterios a fin de que pueda implementarse las Unidades Provinciales del Programa (UPP) y se opere la línea B del SUB PROGRAMA "DESARROLLO COMUNITARIO".

Estas medidas se ven complementadas con planes que se están llevando a cabo en materia de formación profesional y que serán referenciados al comentar el art. 16 de la *D.S.L.M.*

Para la financiación de los programas de empleo, la ley 24.013 ha afectado un punto y medio de la contribución patronal (compensable) del 9 % al régimen de asignaciones familiares, agregando otra contribución del 3 % sobre el total de remuneraciones pagadas con cargo a las agencias de servicios eventuales y un aporte del 11 % a cargo del jubilado que reingresa a la actividad (art. 145).

3.2.- Brasil.-

En oportunidad de tratar lo concerniente al diálogo social, nos hemos referido a la ley 7.998 de 1990 que instituye el Fondo de Amparo al Trabajador (F.A.T.) y su órgano gestor, el Consejo del Fondo de Amparo al Trabajador (CODEFAT). Complementan la actuación de estos órganos las Comisiones Estatales y Municipales de Empleo.

A través de esta estructura, de composición tripartita e instancias locales y nacional, Brasil lleva adelante sus políticas de empleo y riqueza. Para ello, los órganos citados cuentan con la posibilidad de administrar la fuente de financiación fijada por el art. 239 de su Constitución de 1988, consistente en por lo menos el 40 % de las contribuciones para el Programa de Integración Social (PIS) y el Programa de Formación del Patrimonio del Empleado Público (PASEP), fondos estos que, con arreglo a la citada disposición constitucional, deben ser destinados a

financiar programas de desarrollo económico, a través del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social.

En esta esfera funcionan dos programas, el Programa del Seguro de Desempleo (que comprende las acciones del pago del beneficio del seguro por desempleo, de intermediación de la mano de obra y de calificación profesional por medio del Plan Nacional de Capacitación del Trabajador – PLANFOR) y los Programas de Generación de Empleo y Riqueza, volcados principalmente al apoyo (en materia de capacitación y crédito) a los micro emprendimientos urbanos y rurales. En la Memoria presentada por Brasil en 2001 a la Comisión Sociolaboral Regional, se indica que gracias a esta administración del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social, en las inversiones realizadas durante el año 2000 a través de casi 53 mil operaciones, se generaron cerca de 139 mil empleos directos.

Las pequeñas y medianas empresas cuentan con un régimen impositivo diferenciado y simplificado a partir de la ley 9.317 del 5/12/1996, dictada sobre la base de las previsiones contenidas en los arts. 170 y 179 de su Constitución.

A su vez, el CODEFAT ha implementado una serie de planes tendientes a la generación de empleo y riqueza, entre ellos se destacan:

√ El Programa de Generación de Empleo y Riqueza (PROGER), por Resolución N° 59 del 25/3/1994, otorgando a tales fines líneas especiales de crédito para micro emprendimientos o producción asociativa en la economía informal.

√ El PROGER Rural, por Resolución N° 89 del 4/8/1995, similar al anterior pero destinado a la agroindustria.

√ El PRONAF, Resolución N° 93 del 14/9/95, destinado a la promoción de la agricultura familiar.

√ El Programa de Crédito Productivo Popular en las Areas Urbanas, Resolución N° 109 del 1°/6/96.

√ Programa de Expansión del Empleo y Mejora de la Calidad de Vida del Trabajador (PROEMPREGO), por Resoluciones Nros. 103 (6/3/96) y 104 (17/4/96). Consiste en la colocación de fondos excedentes del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social en créditos para la financiación de inversiones en diversas actividades, tales como transporte público, saneamiento ambiental, infraestructura turística, reactivación de subsectores industriales en regiones con problemas de desempleo. Posteriormente, por Resolución N° 207 del 29/04/99, fue ampliado este programa mediante la creación del PROEMPREGO II, con fomento de inversiones más focalizadas en el tema de la generación de empleo.

√ El Programa de Promoción del Empleo y Mejora de la Calidad de Vida del Trabajador de la Región Noreste y del norte del Estado de Minas Gerais (PROTRABALHO), por Resolución N° 171 del 27/5/98. Procura el fomento de inversiones estratégicas de desarrollo y generación de empleo en esa región. Aquí el agente financiero es el Banco del Nordeste de Brasil, también mediante la aplicación de recursos del FAT.

√ Posteriormente, este sistema continuó siendo impulsado en otros proyectos similares, como el PROTRABALHO II (Res. N° 210) y el PROTRABALHO III (Res. N° 255).

A nivel del Gobierno Federal, se ha impulsado el Programa BRASIL EMPRENDEDOR, que reúne las principales iniciativas volcadas en apoyo crediticio a la pequeña y mediana empresa, mejorándolas con créditos fiscales.

Desde el Departamento de Empleo y Salario del Ministerio de Trabajo y Empleo, se coordinan dos Programas de Generación de Empleo y Riqueza, son el PROGER y PROGER Rural. En ambos casos, los planes son precedidos de un riguroso estudio estadístico vinculado a las actividades generadoras de empleo, con la consecuente planificación de las áreas de actividad que se hallarían en condiciones de generar empleo con ayuda crediticia.

Posteriormente fue sancionada la Ley No 10.748, el 22 de Octubre de 2003, que crea el Programa Nacional de Estímulo al Primer Empleo para los Jóvenes (PNPE), el cual básicamente consiste en un programa de subsidios a los empleadores de los jóvenes que por vez primera incursionan en la actividad productiva en relación de dependencia.

Según el art. 1 de la mencionada Ley, el Sistema Nacional de Primer Empleo (SNPE) busca promover *“la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo y su escolarización, y fortalecer la participación de la sociedad en el proceso de formulación de políticas y acciones de generación de trabajo e ingresos”*. Y dos son sus objetivos específicos: a.-) crear puestos de trabajo para los jóvenes y prepararlos para el mercado laboral; b.-) cualificar a los jóvenes para el mercado de trabajo y su inclusión social.

El art. 2 define el campo de aplicación personal del PNPE, el cual atenderá a jóvenes entre 16 y 24 años, en situación de desempleo involuntario, y que verifiquen acumulativamente los requisitos de no tener vínculo de trabajo anterior, ser miembros de familias con renta mensual per capita de hasta medio salario mínimo, y alumnos regulares de enseñanza elemental o media, estar debidamente inscritos en el programa, y no ser beneficiarios de programas similares. La prioridad se otorga a aquellos jóvenes ya registrados en el Sistema Nacional de Empleo (SINE), y los subsidios se otorgan según el orden cronológico de las inscripciones. El Programa no cubre el empleo doméstico ni el contrato de trabajo por plazo determinado.

Autoridad de aplicación del Programa será el Ministerio de Trabajo y Empleo (art. 3); y cualquier persona física o jurídica, al día con sus impuestos, puede inscribirse como empleadora y calificar para recibir el subsidio en calidad de adherente al PNPE (art. 4).

Los subsidios son de hasta 6 partidas de 200 (doscientos) reales por empleo generado si el empleador ha facturado el año calendario anterior hasta 1.200.000 reales, y de 100 reales por empleo generado en caso de facturar por encima de esa cantidad. Si el empleo generado es de tiempo parcial, el valor de cada partida será proporcional a la respectiva jornada laboral. Y por supuesto que la efectivización del subsidio queda subordinada a las disponibilidades presupuestarias del Ministerio de Trabajo y Empleo (art. 5). En los términos del programa, cada empleador puede contratar hasta uno o dos jóvenes en las empresas pequeñas y medianas (hasta 4 trabajadores, y entre 5 y 10 respectivamente), y hasta el 20 % de su nómina en las empresas de más de 10 trabajadores (art. 6).

3.3.- Paraguay.

Entre las declaraciones contenidas en su Constitución, por el art. 87 se expresa que *El Estado promoverá políticas que tiendan al pleno empleo y a la formación profesional de recursos humanos, dando preferencia al trabajador nacional.*

En esta materia, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., en su 69° Reunión de 1998, reitera observaciones anteriores al Gobierno de Paraguay, vinculadas al Convenio N° 122 sobre política de empleo ratificado por dicho país, acerca del incumplimiento a los informes referidos sobre dicho Convenio en sus memorias. En realidad, la observación se viene reiterando desde la 67° Reunión de la C.E.A.C.R. de 1996, ya que la memoria presentada por Paraguay en 1995 adolecía, a criterio de la Comisión, de numerosas omisiones. En su memoria, Paraguay presenta datos sobre empleo que se circunscriben al Departamento Central y área metropolitana de Asunción, lo cual impide, a criterio de la Comisión, conocer la situación de empleo en dicho país.

También informó Paraguay en esa oportunidad, que venía aplicando una agresiva política de reforma agraria a través del Instituto del Bienestar Rural que otorga y regulariza la posesión de tierras en el sector rural. Se financian también los pequeños emprendimientos rurales.

La memoria no incluye datos sobre proyectos o programas específicos impulsados desde el Gobierno. Se cita una política de diálogo y concertación promovida desde el Ministerio de Justicia y Trabajo, con la instauración de una mesa negociadora tripartita cuyos temas centrales son los salarios, la elaboración y propuestas de programas de empleo, y la seguridad social.

En el ámbito del MERCOSUR, la Memoria presentada por Paraguay ante la Comisión Sociolaboral (Regional) da cuenta de proyectos que está llevando a cabo para impulsar el empleo desde la formación y capacitación profesional. Estos programas y sus autoridades ejecutoras serán tratados más adelante, cuando abordemos al art. 16 de la *D.S.L.M.*

Cabe sí consignar aquí, lo informado por Paraguay con relación a su proyecto de generar empleo a través de *La industria maquiladora*. En la primera parte de este trabajo, nos hemos referido a las particularidades que presenta tal tipo de industria en la promoción de empleo precario, que no requiere calificación o formación profesional.

Paraguay informa que ha dictado una ley N° 1.064 "*De la industria maquiladora de exportación*", a la cual le asigna el carácter de medida importante de generación de empleo. Refiere que esta ley tiene por objeto promover el establecimiento y regular las operaciones de empresas industriales maquiladoras que se dediquen total o parcialmente a realizar procesos industriales o de servicios incorporando mano de obra y otros recursos nacionales destinados a la transformación, elaboración, reparación o ensamblaje de mercaderías de procedencia extranjera importadas temporalmente a dicho efecto para su reexportación posterior, en ejecución de un contrato suscrito con una empresa domiciliada en el extranjero. Indica que las empresas que ya han solicitado participar insumirían algo más de 3.000 puestos de trabajo directo y estiman una creación indirecta de puestos de trabajo no menor del 10 % del empleo directo.

No se indica en la Memoria, si como consecuencia de la implementación de este régimen especial para la *industria de maquila* serán necesarias medidas flexibilizadoras en su legislación laboral.

3.4.- Uruguay.

En 1997 realizó su experiencia de flexibilizar el contrato de trabajo, como mecanismo para fomentar el empleo. Se trata de la ley 16.873 del 3 de octubre de 1997, por la cual se implementan modalidades especiales de contratación que, aún sin decirlo la ley, tienen por finalidad promover el empleo mediante la implementación de figuras precarias de contratación.

Estas figuras están dadas por los contratos especiales de práctica, formación y aprendizaje. La promoción de este tipo de contrataciones se advierte en el art. 26 de la ley, previéndose allí que las empresas que contraten bajo estas modalidades gozarán, respecto de ellas y por su plazo de duración, las siguientes exoneraciones: a.-) aportes patronales con destino al régimen jubilatorio; y b.-) de aportes patronales con destino al seguro social por enfermedad. También prevé la norma que si finalizado el período de prueba convenido, el empleador rescindiere unilateralmente la relación laboral antes del vencimiento del plazo, deberá reintegrar al Banco de Previsión Social los aportes de cuyo pago se vio exento. Las modalidades son por plazo determinado, sin derecho a indemnización por la extinción del contrato mediante el cumplimiento del plazo pactado (art. 27). Además, las partes pueden pactar un período inicial de prueba de hasta noventa días, en los cuales el contrato puede ser rescindido sin derecho a indemnización (art. 30).

La incorporación que hizo Uruguay por esta vía de modalidades precarias de contratación, de manera contemporánea a la modificación de su régimen de prescripción laboral (redujo el plazo de prescripción de 10 a un año, por una "ley de inversiones" N° 16.906 del 7 de enero de 1998), llamó la atención de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones en su 69° Reunión de 1998, el cual en su informe vinculado al Convenio N° 122 sobre política de empleo, solicitó del Gobierno de Uruguay informe en su próxima memoria, acerca del impacto sobre el mercado del trabajo de estas dos medidas adoptadas. En particular, que indique de qué manera los contratos establecidos en virtud de la ley 16.783 han contribuido a que los jóvenes que han sido beneficiados por los mismos encuentren empleo duradero y permanezcan en el mercado del trabajo.

En las observaciones posteriores de la C.E.A.C.R. vinculadas al seguimiento de este Convenio, si bien se tiene por cumplido a Uruguay con el informe solicitado, no hay mención de ningún tipo al resultado de estos contratos precarios en materia de fomento de empleo.

Hay en Uruguay un incipiente sistema público de empleo ⁽⁶⁹³⁾, articulado en dos organismos que impulsan políticas en tal sentido, y son la Dirección Nacional de Empleo (DINAE) y la Junta Nacional de Empleo (JUNAE). Ambos fueron creados en 1992 por la ley 16.320 de Rendición de Cuentas, con el objeto de implementar un Programa de Reversión Laboral para los trabajadores amparados por el seguro de paro. Para la financiación de este programa se previó inicialmente un aporte a cargo de los trabajadores del sector privado y, posteriormente, por ley 16.736, fue ampliada a los empleadores.

En la actualidad, con intervención de la DINAE se están desarrollando los siguientes programas de fomento de empleo:

⁽⁶⁹³⁾ Graña, Gonzalo, *Políticas de empleo, formación y diálogo social. Discusión conceptual y aproximación empírica al caso uruguayo*, Oficina Internacional del Trabajo – CINTERFOR, Montevideo 2002, pág. 35.

√ Programa de Reconversión Laboral para Trabajadores amparados al Seguro de Desempleo. Dichos trabajadores reciben cursos de capacitación a través de las Entidades de Capacitación, públicas y privadas. Esta actividad se lleva a cabo principalmente en Montevideo, con el proyecto de extenderla al interior del país.

√ Programa PROJOVEN. Tiene por objeto colaborar con la inserción laboral de jóvenes de bajos ingresos, de 15 a 24 años de edad, que no posean un empleo formal ni hayan terminado sus estudios secundarios. La definición de objetivos y orientación del programa está a cargo de los Ministerios de Educación y Cultura y Trabajo y Seguridad Social. También participan el Instituto Nacional de la Juventud (INJU) y la DINA. Se vincula a este programa la ley para el Fomento de la Formación y la Inserción Laboral de Jóvenes (N° 16.873) anteriormente reseñada, en función de la cual se habilitan figuras precarias de contratación para la inserción laboral de estas personas, tales como las modalidades de contrato de práctica laboral para egresados, contrato de beca de trabajo y contrato de aprendizaje (Hemos realizado un detalle de estas modalidades en nuestro trabajo *Derecho del Trabajo en el Mercosur*, cit., págs. 214 a 216).

√ Programa de Capacitación para el Trabajador Rural. El objeto se encuentra enunciado en la definición y tiende, principalmente, a la capacitación de los sectores más desfavorecidos en materia de inserción laboral de la actividad rural que son las mujeres y los jóvenes.

√ Programa CINCO de Capacitación Integral y Competitividad. Su objetivo es brindar apoyo a la estructura ocupacional del país, mediante el fortalecimiento de las micro y pequeñas empresas.

√ Programa EMPRENDER (Creando tu propio empleo). Participan el INJU, el Foro Juvenil el Programa de Reconversión y Desarrollo de la Granja (PREDEG) y la DINA. Su objeto es el apoyo a la generación de empleo por cuenta propia a través de la capacitación técnica o formación de un oficio.

√ Programa de Capacitación para el Empleo y la Rehabilitación Laboral de Personas con Discapacidades. Participa la Asociación Cristiana de Jóvenes.

√ Programa de Promoción de la igualdad de oportunidades para las Mujeres en el Empleo y la Formación Profesional. Persigue mejorar la calidad de oferta de trabajo de la mujer y actúa con la participación de Cinterfor/O.I.T.

4.- Protección contra el desempleo (art. 15.-)-

También aquí el enunciado de la norma referida es del tipo programático. Refleja el compromiso de los Estados a instituir, mantener y mejorar los mecanismos de protección contra el desempleo involuntario. Se señala un doble objetivo, primero garantizar la subsistencia de las personas que atraviesan por la contingencia del desempleo involuntario, y en segundo lugar, impulsar su recalificación profesional para facilitar su reinserción en el empleo.

Hemos visto en el apartado anterior las actividades emprendidas en el ámbito de este último objetivo. Analizaremos someramente aquí, los mecanismos utilizados para garantizar la subsistencia de las personas que atraviesan por la contingencia en cuestión.

4.1.- Argentina.-

Cuenta con un sistema de protección regulado en los arts. 111 a 127 de la ley 24.013 y disposiciones complementarias. Beneficia a los trabajadores que por razones ajenas a su voluntad se encuentren en situación de desempleo y hubiesen revistado como trabajadores dependientes y cotizantes durante los doce meses anteriores.

Quedan excluidos los trabajadores que por propia voluntad ingresaron en la contingencia, renunciando a su empleo, incurriendo en abandono de trabajo, negociando la terminación del contrato con el empleador o haber consentido la causal de despido alegada por el principal. No quedan excluidos los trabajadores que ingresan a la condición de desempleo con motivo de despido indirecto fundado en incumplimientos del empleador, o despidos con causa rechazada por el trabajador.

El subsidio es administrado por la Administración Nacional de Seguridad Social con fondos que provienen de un aporte patronal del 1,5 % sobre las remuneraciones abonadas a su personal. El monto del subsidio es fijado por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil en base a un porcentaje sobre el importe neto de la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador en los 6 meses anteriores a su desempleo.

La duración de las prestaciones varía según el tiempo de cotización del trabajador, si éste es de 12 a 23 meses, percibirá el subsidio por 4 meses, si la cotización es de 24 a 35 meses, percibirá el subsidio por 8 meses y si la cotización supera los 36 meses, percibirá el subsidio por 12 meses.

El porcentual fijado por el Consejo rige durante los cuatro primeros meses de prestación, por los cuatro siguientes la prestación será del 85 % de lo percibido en los primeros cuatro, y por los últimos cuatro meses será del 70 % sobre igual base. En el período de percepción del subsidio, el desocupado goza de los beneficios de Obra Social y percepción de compensación económica familiar.

4.2.- Brasil.

Su Constitución de 1988 prevé como derecho de los trabajadores el *"seguro por desempleo, en los casos de desempleo involuntario"* (art. 7° num. II). El art. 239 agrega, por su apartado § 4°, que *El financiamiento del seguro por desempleo recibirá una contribución adicional de la empresa, cuyo índice de rotatividad de la fuerza de trabajo supere el índice medio de la rotatividad del sector, en la forma que establezca la ley.*

Tiene por finalidad proveer asistencia financiera temporaria al trabajador que quedó en situación de desempleo en virtud de despido injustificado, incluyendo al que ingresó en dicha contingencia con motivo de un despido indirecto. También tiene por finalidad auxiliar a dicho trabajador en la búsqueda de un nuevo empleo ⁽⁶⁹⁴⁾.

Su Ley Orgánica Para la Seguridad Social N° 8.212 del 24/7/91 prevé en su art. 3° que *"La Previsión Social tiene por fin asegurar a sus beneficiarios los medios indispensables de manutención, por motivo de incapacidad, edad*

⁽⁶⁹⁴⁾ Nascimento, Amauri Mascaro, *Iniciação ao direito do trabalho*, 27° edición, editorial LTr, San Pablo 2001, pág. 655.

avanzada, tiempo de servicio, desempleo involuntario, encargos de familia y prisión o muerte de aquellos de quien dependían económicamente".

La contingencia del desempleo involuntario se encuentra protegida por un "Seguro-desempleo" reglamentado en la ley 7.998 del 11/1/90 (con las modificaciones introducidas por ley N° 8.900 del 30/6/94) y no en la llamada ley de Beneficios de Previsión Social (N° 8213 del 24/7/91) que regula los demás beneficios del sistema. El sistema es financiado con los recursos previstos por el art. 239 de la Constitución de 1988, es decir, con por lo menos el 40 % de las contribuciones para el Programa de Integración Social (PIS) y el Programa de Formación del Patrimonio del Empleado Público (PASEP), fondos estos que, con arreglo a la citada disposición constitucional, deben ser destinados a financiar programas de desarrollo económico, a través del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social. Estas contribuciones conforman el Fondo de Amparo al Trabajador (FAT), administrado por el Consejo Deliberativo del Fondo de Amparo al Trabajador (CODEFAT), de composición tripartita, al cual ya nos hemos referido anteriormente.

Comprende a todos los trabajadores desempleados que reúnan los siguientes requisitos: 1) su desempleo derive de despido sin justa causa (art. 3°) inclusive indirecto (ley 8.900); 2) *"haber recibido salarios de persona jurídica o persona física a ella equiparada, relativos a cada uno de los seis meses inmediatamente anteriores al despido"* (íd. num. I); 3) *"sido empleado de persona física a ella equiparada o haber ejercido actividad legalmente reconocida como autónoma, durante por lo menos quince meses en los últimos veinticuatro meses"* (íd. num. II). Este beneficio es incompatible con la percepción conjunta de cualquier otro del sistema de previsión social, con excepción del auxilio accidente (íd. num. III) o el goce de cualquier otra renta propia suficiente (íd. num. V). El beneficio es concedido al trabajador desempleado por un máximo variable de tres a cinco meses continuos o alternados, requiriéndose un período adquisitivo, a determinar por el CODEFAT desde el despido que originó el primer beneficio, para el otorgamiento de uno nuevo (art. 4° de la ley, texto ley 8.900). Sobre esta base, la Resolución CODEFAT N° 252 del 4 de octubre de 2000, estableció en su art. 5° que *el seguro será concedido al trabajador desempleado, por un período máximo variable de 3 a 5 meses, de forma continua o alternada, por cada período adquisitivo de dieciseis meses*. La misma norma establece que corresponderá el subsidio por 3 meses, cuando la antigüedad del trabajador hubiera sido de 6 a 11 meses; por cuatro meses, cuando dicha antigüedad hubiera sido de 12 a 23 meses; y por cinco meses cuando la antigüedad hubiera sido como mínimo de 24 meses.

Debe ser tramitado por ante la Caja Económica Federal, Ministerio de Trabajo o el SINE (Sistema Nacional de Empleo), en formulario propio, dentro del plazo de 7 a 120 días de producida la situación de desempleo ⁽⁶⁹⁵⁾.

Por Medida Provisoria N° 1986/2000 y Decreto N° 3.361, del 10/02/2000, el régimen del seguro de desempleo fue extendido a los trabajadores del servicio doméstico, con un régimen de duración del subsidio y período adquisitivo similar del que hemos visto para los demás trabajadores.

4.3.- Paraguay.

⁽⁶⁹⁵⁾ Leite, Carlos Henrique Bezerra, *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*, editorial LTr, San Pablo 1997, pág. 63.

No está cubierta la contingencia del desempleo dentro de su sistema de Seguridad Social.

4.4.- Uruguay.

Por ley 15.180 y Decreto 14/82 se establece el "*seguro de paro*" y que consiste en un subsidio por un período de hasta seis meses, a la contingencia de desempleo forzoso o involuntario, ajeno a la voluntad del trabajador, que debe estar en condiciones de trabajar. No rige en supuestos de jubilación o pensión, abandono voluntario del trabajo o despido culpable.

La autoridad encargada de administración del seguro es el Banco de Previsión Social, por conducto del Consejo Desconcentrado de Prestaciones de actividad. El régimen se financia a través de aportes generales de la seguridad social administrados por el citado Banco de Previsión Social (15 % a cargo del trabajador y 12,5 % a cargo del empleador).

Existen dos tipos de contingencias cubiertas por este seguro: desocupación total y suspensión parcial. En ambos casos, el seguro cubre los seis primeros meses. Se exige un período de cotización mínimo que es de 180 días para los trabajadores mensualizados y de 150 días para los remunerados por día o por hora (art. 5° del Decreto reglamentario).

En caso de desocupación total, el seguro rige para trabajadores mensuales o con remuneración variable y el beneficio es equivalente al 50 % del promedio mensual de remuneraciones nominales computándose los últimos seis meses y para los jornaleros, representa el equivalente a 12 jornales mensuales computados a promedio de los últimos seis meses.

Para la suspensión parcial, se exige una reducción del 25 % o más de la jornada de trabajo en el mes, o en el día de las horas trabajadas en épocas normales, salvo que la reducción derive de acuerdo de partes o sea inherente a la actividad de que se trate, en este caso el seguro cubre los primeros seis meses de contingencia. El monto del subsidio es igual a la diferencia entre el subsidio para el caso de desocupación total y lo efectivamente percibido por el trabajador en el mes durante el cual se sirve del subsidio. Por tal motivo, la reducción de jornada en la práctica debe afectar en más del 50 % el salario del trabajador para que éste pueda percibir el beneficio. No rige para los trabajadores mensualizados.

El art. 20 del Decreto reglamentario prevé un *suplemento especial sobre el subsidio*, a favor de algunos casos determinados (beneficiario casado o con familiares a cargo) y puede ascender hasta el 20 % del monto del beneficio acordado. Rige para los tres subsidios un tope máximo de ocho salarios mínimos nacionales mensuales (vigentes al momento de desocupación) y un mínimo (para el caso de desocupación) del 50 % del salario mínimo nacional vigente al momento de producirse la causal.

El subsidio se ve afectado por las deducciones de aportes al régimen de seguridad social a cargo del trabajador. Son acumulables la indemnización por despido y este subsidio. Los montos involucrados por este seguro no se computan al efecto del cálculo de S.A.C. y vacaciones.

La prestación cesa por: a) vencimiento del plazo de seis meses; b) reintegro a la actividad; c) rechazo sin causa legítima de un empleo por parte del beneficiario; y d) obtención de beneficio jubilatorio por parte del asegurado (art. 26 del Decreto reglamentario). Son amplias las causales previstas por la

reglamentación que harían legítimo el rechazo del nuevo empleo por parte del trabajador, contemplándose el caso del empleo que no se ajusta a las aptitudes físicas, intelectuales o profesionales del empleado; que el nuevo empleo implique una pérdida de aptitud en la profesión u oficio que venía desarrollando; que el nuevo empleo lo obligue a radicarse fuera de la localidad donde se domicilia con su familia; o cuando la remuneración ofrecida sea manifiestamente inferior a la que percibía antes de ingresar a la contingencia de desempleo ⁽⁶⁹⁶⁾.

5.- Formación profesional y desarrollo de los recursos humanos (art. 16).-

A partir de aquí, los siguientes cuatro artículos de la *D.S.L.M.* poseen una redacción similar. Primero reconocen un derecho, asignándole carácter operativo al enunciado, y luego en forma programática se comprometen a la adopción de medidas concretas que tiendan a la plena realización del derecho reconocido.

Es el caso del reconocimiento a todo trabajador, del derecho a la orientación, a la formación y a la capacitación profesional previsto en el inciso 1° de este art. 16. El tránsito del derecho de aprender, previsto en las declaraciones de primer generación, al derecho a la formación profesional que exige conductas positivas por parte del Estado, en el presente caso se da con los enunciados programáticos de los incisos 2 a 4. Aquí los estados se comprometen a implementar mecanismos de diálogo social (*instituir, con las entidades involucradas*) servicios y programas de formación profesional que faciliten la incorporación del trabajador a un empleo. También se comprometen los estados a coordinar estos mecanismos, mediante su articulación con los servicios públicos de empleo y de protección del desempleo. Por último, está el compromiso de información, consistente en el deber de cada estado a estudiar la situación de empleo en su país y dar dicha situación a publicidad, junto con las demás medidas dictadas en cumplimiento de la Declaración.

Hemos ido haciendo referencia a medidas adoptadas por los Estados Miembros que se vinculan con la temática del artículo en tratamiento, en oportunidad de ocuparnos de los arts. 13 (diálogo social), 14 (fomento de empleo) y 15 (protección contra el desempleo), particularmente aquellas que se refieren a las medidas previstas por este art. 16 en materia de recalificación profesional como medidas de fomento de empleo y las vinculadas a la situación del trabajador en situación de desempleo.

5.1.- Argentina.-

La reforma constitucional de 1994 incorpora lo relativo a la formación profesional, como una de las atribuciones que el art. 75 confiere al Congreso. El texto del inciso 19 prevé que corresponde a dicha autoridad legislativa la misión de *“Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la*

⁽⁶⁹⁶⁾ Laxague Durand, Enrique, *Normativa que rige la actividad laboral privada en el Uruguay*, 2° edición a cargo del autor, Montevideo 1998, pág. 72.

investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento...”

Hay dos normas básicas que, en algunos aspectos, se ocupan de la temática tratada. Son la *Ley Federal de Educación N° 24.195*, y la *Ley Nacional de Empleo N° 24.013*. También fueron incorporadas a la ley de contrato de trabajo otras disposiciones vinculadas con la temática por las leyes 24.576 y 25.013. Hay otras disposiciones específicas sobre el punto, en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, reguladas por la ley 24.467.

En la ley 24.195 no hay contenidos que se refieran específicamente a la formación profesional, pero, en su art. 5° menciona, entre los principios generales de la política educativa que desarrolle el Estado Nacional, a los siguientes: *i.-) La educación es concebida como proceso permanente.- j.-) La valorización del trabajo como realización del hombre y la sociedad y como eje vertebrador del proceso social y educativo.- o.-) La armonización de las acciones educativas formales con la actividad no formal ofrecida por los diversos sectores de la sociedad y las modalidades informales que surgen espontáneamente de ella. (...)*

En particular, el artículo 11 se refiere a la enseñanza técnica en los niveles medio e indica que: *“Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires acordarán en el seno del Consejo Federal de Cultura y Educación, ofertas formativas de menor duración y con preparación ocupacional específica, para quienes hayan terminado la Educación General Básica y obligatoria”*. Por su parte, el artículo 17 agrega que: *“La organización del ciclo Polimodal incorporará con los debidos recaudos pedagógicos y sociales, el régimen de alternancia entre la institución escolar y las empresas. Se procurará que las organizaciones empresarias y sindicales asuman un compromiso efectivo en el proceso de formación, aportando sus iniciativas pedagógicas, los espacios adecuados y el acceso a la tecnología del mundo del trabajo y la producción”*.

El art. 30, dentro de los objetivos fijados para la educación de adultos faculta a la autoridad educativa, a organizar sistemas o programas de formación y reconversión laboral, con la participación concertada del Ministerio de Trabajo y de los actores sociales del trabajo y de la producción (incisos a y b).

En particular, la ley le otorga al Ministerio de Educación, facultades para: *“Contribuir con asistencia técnica para la formación y capacitación técnico-profesional en los distintos niveles del sistema educativo, en función de la reconversión laboral en las empresas industriales, agropecuarias y de servicios.”* (artículo 53, inc. m).

Respecto de las instituciones intervinientes en el sistema la ley señala, en su artículo 20, que: *“Los institutos de formación técnica tendrán como objetivo brindar formación profesional y reconversión permanente en las diferentes áreas del saber técnico y práctico de acuerdo con los intereses de los alumnos y la actual y potencial estructura ocupacional.”*

La ley 24.013, llamada *“de Empleo”*, incluyó la temática de la formación profesional como medida de fomento de empleo. Ya en el art. 2° indica como uno de sus objetivos: *“Incorporar la formación profesional como componente básico de las políticas y programas de empleo...”* Asimismo, declara en el mismo artículo, otros objetivos como: *“Promover la creación del empleo productivo a través de las distintas acciones e instrumentos contenidos en las diferentes políticas del gobierno nacional, así como a través de programas y medidas específicas de fomento del empleo (inc. a.-); Prevenir y regular las repercusiones de los procesos*

de reconversión productiva y de reforma estructural sobre el empleo, sin perjuicio de salvaguardar los objetivos esenciales de dichos procesos (inc. b.-).

Dentro de las medidas e incentivos para la generación de empleo, la ley le encomienda al Poder Ejecutivo instrumentar acciones dirigidas a: *"Desarrollar una asociación más estrecha entre la capacitación y formación de la fuerza laboral y el sistema productivo..."*, y le otorga al Ministerio de Trabajo atribuciones para *"integrar a la formación profesional para el empleo a la política nacional laboral"*.

La ley instala en jurisdicción del ministerio mencionado, la administración de un *Servicio de Formación Profesional* (junto con el servicio de empleo), destinado a elaborar programas que incluyan acciones de formación, calificación, capacitación, reconversión, perfeccionamiento y especialización de los trabajadores, vinculadas con el empleo, *"tendientes a apoyar y a facilitar: Creación de empleo productivo; Reinserción ocupacional de los trabajadores desocupados; Reasignación ocupacional derivada de las reformas del sector público y la reconversión productiva; El primer empleo de los jóvenes y su formación y perfeccionamiento laboral; Mejora de la productividad y transformación de las actividades informales"*.

Dentro de las medidas relacionadas con la defensa del empleo, la ley 24.013 establece en su *artículo 24*, que las comisiones negociadoras de convenios colectivos tendrán obligación de negociar sobre el establecimiento de sistemas de formación de los trabajadores. No obstante, la misma norma dispone que esta obligación no tiene carácter excluyente, a los efectos de la homologación de dicho acuerdos.

La ley 24.576, incorpora al Título II de la ley de contrato de trabajo, un Capítulo VIII denominado *De la formación profesional*, que consta de siete artículos que aún no recibieron su pertinente numeración. Con anterioridad a esta norma, el tema de la formación profesional no se hallaba integrado al articulado de la ley de contrato de trabajo N° 20.744 salvo en sus arts. 158 y 161 que regulan el derecho a licencias por exámenes de enseñanza media y universitaria, de hasta diez días en el año.

La sanción de esta ley 24.576 se encuentra estrechamente vinculada al *Acuerdo Marco para el empleo, la productividad y la equidad social*, del 25 de julio de 1994, y constituyó la única contraprestación reconocida a favor del movimiento obrero por consentir, en ese acto, las reformas flexibilizadoras a la legislación laboral que tuvieron lugar en los años siguientes.

Esta ley 24.576 dispone que: *"La promoción profesional y la formación en el trabajo en condiciones igualitarias de acceso y trato será un derecho fundamental para todos los trabajadores y trabajadoras. El empleador implementará acciones de formación profesional y/o capacitación con la participación de los trabajadores y con la asistencia de los organismos competentes al Estado"*. La misma norma, lleva al terreno de la negociación colectiva el derecho a la capacitación, estableciendo que: *"...El trabajador tendrá derecho a una cantidad de horas del tiempo total anual del trabajo, de acuerdo a lo que se establezca en el convenio colectivo, para realizar fuera de su lugar de trabajo actividades de formación y/o capacitación que él juzgue de su propio interés..."*. En este sentido, agrega que: *"la organización sindical que represente a los trabajadores... tendrá derecho a recibir información sobre la evolución de la empresa, sobre innovaciones tecnológicas y organizativas y toda otra que tenga relación con la planificación de acciones de formación y capacitación profesional"*.

La ley 24.576 también incorpora a la ley de contrato de trabajo, el deber del empleador a suministrar al trabajador, en oportunidad de la extinción de su contrato de trabajo, un certificado donde conste "*la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación*".

La ley 24.465 había introducido la figura de un contrato de aprendizaje, como figura precaria, con todos los componentes de un contrato de trabajo pero definida por el legislador como una relación no laboral. Ello dio lugar a numerosos abusos en la práctica, consistentes en la incorporación de *aprendices* para realizar tareas que poco o nada tenían que ver con su capacitación profesional, sólo porque gracias a esa figura el empleador eludía el pago de cargas sociales y las responsabilidades inherentes a una contratación laboral protegida. La ley 25.013 tuvo el mérito de derogar esta y otras tantas formas precarias de contratación laboral, aunque a costo de disminuir sensiblemente, para todos los trabajadores, las indemnizaciones derivadas de la extinción de su contrato estable. En materia de contrato de aprendizaje, reemplazó la figura *no laboral* de la ley anterior, por un *contrato de trabajo de aprendizaje* (art. 1°). Al ser un *contrato de trabajo*, debe ser registrado en el Libro especial del art. 52 de la L.C.T., y está prohibida esta modalidad de contratación para las cooperativas y las empresas de servicios eventuales. Este contrato debe celebrarse por escrito y las partes del mismo serán, por un lado, un empleador y por el otro, uno o más jóvenes sin empleo, de entre 15 y 28 años, teniendo dicho contrato una duración mínima de tres meses y una máxima de un año. La duración de la jornada laboral no puede ser superior a las 40 horas semanales (incluidas las correspondientes a la formación teórica); si se contrata a menores se debe respetar su jornada de trabajo reducida. El número total de aprendices contratados no debe superar el 10 % de los trabajadores permanentes del establecimiento. El empleador debe otorgar preaviso (con 30 días de anticipación) a la terminación del contrato o abonar una indemnización sustitutiva de medio mes de sueldo. Si se cumple el plazo no corresponde al aprendiz el pago de indemnización alguna. Si el contrato se interrumpe, rige lo dispuesto para el despido incausado previsto en el art. 7° de la Ley 25.013. En caso de que el empleador incumpliera sus obligaciones, el contrato de aprendizaje se convertirá en un contrato por tiempo indeterminado. El certificado que tiene obligación de entregar el empleador (al aprendiz), donde acredite la experiencia o especialidad adquirida, debe estar firmado por el responsable legal de la empresa. Por último, según lo establecido en el art. 19 de la ley 25.013, todos los contratos de trabajo, así como las pasantías, deben ser registrados ante los organismos de seguridad social y tributarios en la misma forma y oportunidad que los contratos por tiempo indeterminado.

La ley 25.013 también creó un régimen denominado *Contrato de Pasantía* (art. 2°), estableciendo como autoridad de aplicación al Ministerio de Trabajo, quién además debería dictar las normas a las que quedará sujeto dicho régimen. Como lineamientos generales, se establece que la relación se debe configurar entre un empleador y un estudiante, teniendo como fin primordial la práctica relacionada con su educación y formación. Tal como lo informa el Gobierno argentino en su Memoria presentada a la Comisión Sociolaboral (regional) en 2001, el Ministerio de Trabajo todavía no ha instrumentado pasantías bajo esta modalidad.

Sin embargo, la modalidad de pasantías cuenta con algunas normas regulatorias para regímenes particulares, siendo las más destacadas el Decreto N° 340/92 y la Ley N° 25.165 de 1999.

El Decreto 340/92 reguló originalmente el régimen de pasantía para estudiantes de nivel medio y superior. En 1999 con la sanción de la Ley N° 25.165, que regula exclusivamente las pasantías de estudiantes de nivel superior, el ámbito de aplicación del decreto mencionado, quedó restringido a los alumnos de nivel medio.

Para poder participar de este régimen, las empresas y/o las cámaras que se incorporen al mismo, deben firmar un convenio con los organismos centrales de conducción educativa y/o con la unidad educativa elegida. Según este régimen las pasantías duran un máximo de 4 años, con una actividad diaria mínima de 2 horas y máxima de 8 horas reloj. No se establece que las prácticas deban ser rentadas, pero en cambio, la norma prevé que los pasantes reciban una retribución en calidad de asignación estímulo por viáticos y gastos. La autoridad de aplicación de este régimen es el Ministerio de Educación. El *Proyecto Joven*, desarrollado por el Ministerio de Trabajo, incluyó en su diseño una fase de “*pasantía*” (especie de práctica laboral ad hoc), la cual estuvo regulada por este decreto. El *Proyecto Capacitar*, también retoma esta modalidad, regulada por la norma mencionada.

La ley 25.165 reproduce casi totalmente los principios establecidos en el Decreto N° 340/92, aunque restringidos a los estudiantes de nivel superior. Hay algunas diferencias en cuanto a la duración, carga horaria, características de la compensación monetaria y requisitos operativos. En este sentido, la instrumentación de las pasantías tendrá las características y condiciones que se fijen en los convenios celebrados entre la institución educativa y la empresa, dentro de los siguientes límites: según el Decreto N° 487/2000, la duración de estas pasantías, es de 2 meses a 4 años como máximo, con una carga horaria diaria de 6 horas en 5 días por semana. Los empleadores deberán otorgar la asignación estímulo acordada en el convenio, y demás beneficios del personal de la empresa (comedor, transporte, etc.), brindar las coberturas de seguros y asistencia de urgencia que poseen para su propio personal, y designar tutores para supervisar la pasantía.

En este contexto, la ley N° 24.521 de Educación Superior, contempla la realización de prácticas a través de residencias programadas, sistemas de alternancia u otras prácticas supervisadas, en empresas privadas y/o en el sector público. También la ley Federal de Educación 24.195 establece que el ciclo Polimodal incorporará el régimen de alternancia entre la institución escolar y las empresas. El objetivo es procurar que las organizaciones empresarias y sindicales asuman un compromiso efectivo en la formación, aportando sus iniciativas pedagógicas, los espacios adecuados y el acceso a la tecnología del proceso de trabajo. La misma norma, indica similares criterios de articulación educación-trabajo para la formación de adultos.

La instrumentación de pasantías en organismos públicos nacionales, también tiene su propio régimen. En este sentido, el *Decreto N° 93* de 1995, reglamentario de la ley N° 24.447, estableció las condiciones bajo las cuales las distintas jurisdicciones de la Administración Pública Nacional y sus respectivas entidades podrían desarrollar pasantías en el marco del Decreto N° 340/92. Las citadas normas regularon el régimen dirigido exclusivamente a estudiantes universitarios de las carreras de grado, y también a graduados con no más de un año de antigüedad. En este mismo ámbito, el Decreto 428/2000, estableció las condiciones de aplicación del régimen de pasantías creado por la Ley N° 25.165 fijando cupos de pasantes y el financiamiento de la asignación estímulo para la Administración Pública Nacional.

La ley N° 22.127 regula la residencia y prácticas para los profesionales de la salud.

En el ámbito de la pequeña y mediana empresa, la ley 24.467, dentro del régimen especial de *“relaciones de trabajo”*, su art. 96 dispone que: *“La capacitación profesional es un derecho y un deber fundamental de los trabajadores de las pequeñas empresas, quienes tendrán acceso preferente a los programas de formación continua financiados con fondos públicos”*. Asimismo, determina que: *“El trabajador que asista a cursos de formación profesional relacionados con la actividad de la pequeña empresa en la que preste servicios, podrá solicitar a su empleador la adecuación de su jornada laboral a las exigencias de dichos cursos”*. Este mismo art. 96 impone la incorporación de una sección exclusiva dedicada a la formación en los convenios colectivos para ese ámbito: *“Los convenios colectivos para pequeñas empresas deberán contener un capítulo especial dedicado al desarrollo del deber y del derecho a la capacitación profesional”*. Al mismo tiempo, contiene lineamientos específicos en materia de capacitación de los pequeños y medianos empresarios, con la finalidad de fortalecer su capacidad de gestión.

5.2.- Brasil.-

Por el art. 7° de su Constitución que se ocupa de los derechos sociales, hay un referencia a la educación del trabajador en el inciso IV. Sin embargo, por el art. 239 se ocupa de la fuente de recursos del Fondo de Amparo al Trabajador, (F.A.T.), instituido por la ley 7.998 de 1990 administrado por el Consejo del Fondo de Amparo al Trabajador (CODEFAT), de composición tripartita. También hemos visto como complementan la actuación de estos órganos las Comisiones Estatales y Municipales de Empleo. Esta estructura que vimos cuando tratamos las medidas de fomento de empleo, participa de la formación profesional con un programa específico denominado Plan Nacional de Capacitación del Trabajador – PLANFOR.

Como referencia normativa, la ley de Directivas y Bases en materia de educación, N° 9.394 del 20/12/96, contiene un Capítulo III dedicado a la Educación Profesional. Por su art. 39 establece que *La educación profesional, integrada a las diferentes formas de educación, al trabajo, a la ciencia y la tecnología, conduce al permanente desarrollo de aptitudes para la vida productiva. Parágrafo único: el alumno matriculado o egresado de la enseñanza fundamental, media o superior, así como el trabajador en general, joven o adulto, contará con la posibilidad de acceso a la educación profesional.*

Por el art. 40, se establece que la educación profesional será desarrollada en articulación con la enseñanza regular, o por diferentes estrategias de educación continua, en instituciones especializadas o en los lugares de trabajo. Asimismo, el art. 41 declara que los conocimientos o experiencia adquirida en el trabajo, deberá ser certificada y habilitada, con validez nacional, para la continuación o conclusión de estudios afines. Y en el art. 42, se establece que las escuelas técnicas y profesionales, además de sus cursos regulares, ofrecerán cursos especiales, abiertos a la comunidad, pudiendo condicionar el ingreso en función de la capacidad de aprendizaje y no necesariamente por un nivel previo de escolaridad.

Con este contexto normativo, la formación profesional en el Brasil se desenvuelve a través de las Escuelas Técnicas, los Centros de Educación Tecnológica, los Centros de Entrenamiento Especializados, las Universidades y agencias públicas de formación profesional y composición tripartita, que integran el

llamado sistema “S”: Servicio Nacional de Aprendizaje Industrial (SENAI), Servicio Nacional de Aprendizaje Comercial (SENAC), Servicio Nacional de Aprendizaje Rural (SENAR) y el Servicio Nacional de Aprendizaje del Transporte (SENAT) ⁽⁶⁹⁷⁾.

En la Memoria presentada por Brasil en 2001 a la Comisión Sociolaboral (regional), se informa que un hito decisivo en materia de políticas de formación profesional llevadas a cabo por el Ministerio de Trabajo, estuvo dado con la implementación del Fondo de Amparo al Trabajador y las facultades normativas asignadas, en materia de formación, al Consejo de administración. Sus planes comenzaron a aplicarse en 1993, aunque restringidos a la formación y capacitación profesional de los beneficiarios del sistema del seguro por desempleo.

En este contexto, el proyecto de mayor importancia seguido con financiación del F.A.T. es el PLANFOR – Plan Nacional de Capacitación al Trabajador, estructurado e implementado a partir de 1995, que viene siendo desarrollado por la Secretaría Nacional de Políticas Públicas de Empleo (SPPE) y por el Sistema Nacional de Empleo (SINE) que constituye una red nacional que articula comisiones locales con actuación en los municipios, estados y federación. Esta red articulada, lleva adelante el PLANFOR como programa destinado a atender a los trabajadores en situación de desempleo o bien en situación de riesgo (a perder el empleo por innovaciones tecnológicas, por ejemplo) o jóvenes en búsqueda de su primer empleo. El programa administra un importe aproximado de 650 millones de Reales al año ⁽⁶⁹⁸⁾. En la Memoria presentada por Brasil a la Comisión Sociolaboral Regional, se indica que en el período 1995-2000, el PLANFOR capacitó cerca de 11 millones de personas, invirtió 1.900 millones de reales del FAT (cerca de un millón de dólares estadounidenses) más complementos aportados por partidas de fondos de los Estados y Municipios. Las acciones de formación profesional se llevaron a cabo en 3.500 municipios (70 % de los 5.500 existentes en Brasil), abarcando en su mayor parte las localidades consideradas con bajo índice de desarrollo humano (focos de pobreza, exclusión y desempleo). Una red de 1.500 entidades ejecutoras (entre las universidades, sindicatos, sistema “S” y las organizaciones no gubernamentales), previa licitación, fueron movilizadas para la ejecución de los programas.

En el informe coordinado por Suzanna Sochaczewski que venimos siguiendo, se indican como estrategias y fines seguidos por el PLANFOR los siguientes:

- √ Concepción de una educación básica, como parte de los derechos universales del ciudadano, y de una educación profesional complementaria e integrada a aquella, que debe ser desarrollada complementariamente, al comienzo, medio y fin de cada etapa de su realización.
- √ Conceptualizar a la formación profesional, como un componente imperativo de la capacidad de trabajo de las personas, manifestada como capacidad para adquirir un empleo o mantenerse en un mercado de trabajo en constante mutación.

⁽⁶⁹⁷⁾ Sochaczewski, Suzanna; Ganz Lúcio, Clemente; de Oliveira, Sirlei Márcia; y Mattar Gebrim, Vera Lúcia, *Diálogo social, negociação coletiva e formação profissional no Brasil*, cit., pág. 9.

⁽⁶⁹⁸⁾ Sochaczewski, Suzanna y otros, *Diálogo social, negociação coletiva e formação profissional no Brasil*, cit., pág. 21.

√ La necesidad de articular todas las estrategias de acción, direccionando la educación para el trabajo y, particularmente, para la formación profesional en una política de empleo y riqueza.

√ La necesidad de planificar la educación profesional como medio de acceso al empleo, a efectos de evitar estrategias de educación sin sentido ni eficacia, porque pueden llevar a mayores tensiones y frustraciones.

Conviven con el PLANFOR otros espacios de participación institucional también dedicados a la formación profesional, y que llevan adelante, entre otros, los siguientes planes:

√ El Programa de Apoyo a la Capacidad Tecnológica de la Industria (PACTI), dirigido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, y el Programa Brasileño de Calidad y Productividad (PBQP), organizaron la Subcomisión de Tecnología, Empleo y Educación, de composición tripartita, cuyo principal cometido fue el de realizar un relevamiento del mercado de necesidades de formación en la industria y elaborar propuestas de programas, actividad que ha culminado en diversos informes publicados desde 1996.

√ Programa Educación Para la Competitividad (PROEDUC), vinculado a la Financiadora de Estudios y Proyectos, agencia del Ministerio de Ciencia y Tecnología, con el objeto de implementar por parte de las empresas, programas educacionales para sus trabajadores.

5.3.- Paraguay.-

En materia de normas sobre formación profesional, el art. 78 de su Constitución, bajo el título *De la formación técnica*, establece que *El Estado fomentará la capacitación para el trabajo por medio de la enseñanza técnica, a fin de formar los recursos humanos requeridos para el desarrollo nacional.*

Por su parte, el art. 115 de la misma Constitución, titulado *De las Bases de la Reforma Agraria y del Desarrollo rural*, prevé que la citada reforma y el desarrollo de la actividad rural, *se efectuarán de acuerdo con las siguientes bases: ...13.-) la educación del agricultor y de su familia, a fin de capacitarlos como agentes activos del desarrollo nacional; ... 15.-) la adopción de políticas que estimulen el interés de la población en las tareas agropecuarias, creando centros de capacitación profesional en áreas rurales.*

Su Código Laboral reconoce el derecho a la formación profesional y compromete al Gobierno en dicha tarea asignándole conductas positivas para promover tal fin. Por el art. 15 de dicho Código se reconoce que *Todo trabajador debe tener las posibilidades de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el ejercicio de su trabajo, recibir educación profesional y técnica para perfeccionar sus aptitudes, obtener mayores ingresos y contribuir de modo eficiente al progreso de la Nación.* El art. 16, agrega que *El Estado tomará a su cargo brindar educación profesional y técnica a trabajadores de modo a perfeccionar sus aptitudes para obtener mejores ingresos y una mayor eficiencia en la producción.- Mediante una política económica adecuada procurará igualmente mantener un justo equilibrio de la oferta y la demanda de mano de obra, dar empleo apropiado a los trabajadores desocupados o no ocupados plenamente por causas ajenas a su voluntad, a los minusválidos físicos y psíquicos, ancianos y veteranos de la guerra.*

Vinculado a esta temática, su Código Laboral reglamenta el *Contrato de aprendizaje* como contrato especial de trabajo, en los arts. 105 a 118.

Entre sus notas características, podemos mencionar las siguientes: a.-) es un contrato de trabajo remunerado, el salario no puede ser inferior al 60 % del salario mínimo; b.-) debe ser celebrado por escrito, por triplicado, correspondiendo un ejemplar a la autoridad administrativa; c.-) para los mayores de 18 años, el Código se remite a una reglamentación especial; d.-) tendrá un plazo no mayor a un año, admitiéndose con carácter excepcional y autorización expresa de la autoridad administrativa su extensión a tres años; e.-) en todo establecimiento con más de diez trabajadores, es obligatorio para el empleador admitir a un aprendiz como mínimo, dando preferencia a los hijos de los trabajadores de la empresa; f.-) concluida la capacitación, el aprendiz debe recibir un certificado extendido por el empleador y tendrá preferencia en caso de producirse vacantes en la empresa.

En oportunidad de referirnos al dialogo social en Paraguay, nos hemos ocupado de su Servicio Nacional de Promoción Profesional, órgano de composición tripartita (ley 253 del 2/7/71 y, más recientemente, la ley 1652 de Formación y Capacitación Laboral), que recibe demandas de cursos por parte de la sociedad civil y ellas se canalizan mediante convenios entre el S.N.P.P. y las organizaciones gremiales o empresariales o de organizaciones no gubernamentales. Para esta tarea, el S.N.P.P. aporta instructores, materiales didácticos y de práctica. También citamos allí a la ley 1657/2000 que crea el Órgano rector tripartito del Sistema Nacional de Formación y Capacitación Laboral; la ley 1860/50 y 98/92 que establecen Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social.

Desde el Ministerio de Trabajo y Justicia, su Viceministerio de Trabajo y Seguridad Social desarrolla también actividades de orientación laboral y ocupacional, capacitación e intermediación, a través del Servicio Nacional de Empleo (SENADE). Entre los objetivos de este Servicio, se destacan: facilitar la inserción laboral de aquellos grupos que tienen mayores dificultades en el mercado de trabajo; prevenir el desplazamiento de mano de obra, como consecuencia de la incorporación de nuevas tecnologías; y apoyar la creación de empleo productivo, en especial micro y pequeñas empresas ⁽⁶⁹⁹⁾.

En el mismo informe, se menciona el Programa sobre *Formación y capacitación para la empleabilidad de la mano de obra*, que lleva adelante el Ministerio de Justicia y Trabajo, a través del Sistema Nacional de Formación y Capacitación Laboral (SNFCL). Se menciona que el objetivo general de este Sistema está dado por incrementar la productividad y el ingreso de la población mediante la capacitación y la formación profesional.

Los cursos del SNFCL están dirigidos a: a.-) Micro – empresarios: Es un programa de capacitación destinado al propietario y trabajador de las micro y pequeñas empresas con el objetivo de mejorar la calidad del producto y por lo tanto llegar a obtener el aumento en las ventas del mismo. b.-) Capacitación para desocupados: programa de capacitación destinado a personas desocupadas del sector formal e informal de la economía, con el objetivo de complementar, especializar o reconvertir conocimientos y habilidades para su reinserción laboral. c.-) Capacitación para trabajadores ocupados/as del sector formal: El programa está destinado a trabajadores/as de las empresas del sector formal, con el objetivo de mejorar y adquirir nuevos conocimientos y habilidades para el eficiente desempeño, en el ambiente laboral en donde se encuentra laborando. d.-) Capacitación para el

⁽⁶⁹⁹⁾ Memoria presentada por Paraguay a la Comisión Sociolaboral – Regional – del MERCOSUR.

Pequeño Productor Rural: Es un programa de capacitación destinado a pequeños/as productores/as del área rural, con el objetivo de desarrollar capacitación individual y grupal para la mejora de la producción agropecuaria y la administración del hogar del núcleo familiar rural. e.-) **Formación de Jóvenes Buscadores del Primer Empleo:** Es un programa de formación, que parte de un modelo de cursos de iniciación – inducción al trabajo, las habilidades técnicas, las pasantías y la inserción laboral, con el objetivo de alcanzar una buena formación laboral del joven y su inserción al mundo del trabajo, en especial en el sector formal.

Estas acciones formativas se llevan a cabo a través de las Instituciones de Formación y Capacitación Laboral – IFCLs, financiados por los bonos de capacitación ubicadas en las Agencias Distribuidoras Autorizadas – ADAs.

También se informa que en materia de empleo juvenil, se está desarrollando desde la Unidad Ejecutora de Proyectos, un *Programa de Capacitación para jóvenes Buscadores del Primer Empleo*. Se indican como estímulos la creación de contratos atípicos que promueven la formación teórica y práctica a través de una interacción escuela y empresa. También que se fomenta la contratación de jóvenes a través de estímulos fiscales para el empleador. Se menciona que otro fomento para este tipo de contratación, está dado por el hecho de tratarse de contratos sin indemnización a su vencimiento, con lo cual, se tratarían de figuras precarias y no de creación de empleo estable.

5.4.- Uruguay.-

Con carácter general el art. 70 de la Constitución uruguaya establece que *Son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial. El estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica. La ley proveerá lo necesario para la efectividad de estas disposiciones.* Con especial referencia a la educación como medio de inserción social (que comprende la inserción laboral), el artículo siguiente de la misma Constitución dispone: *Declárase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física; la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera, y el establecimiento de bibliotecas populares. En todas las instituciones docentes se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos.*

En cuanto a las normas infraconstitucionales, en oportunidad de tratar la cuestión correspondiente al diálogo social en Uruguay, hemos hecho referencia a la ley 16.320/92 (modificada luego por la ley 17.296) que crea la Dirección Nacional de Empleo como Unidad Ejecutora del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como la Junta Nacional de Empleo, con integración tripartita y presidida por el Director Nacional de Empleo.

A la Dirección Nacional de Empleo le corresponden las siguientes funciones en materia de formación profesional: a.-) proponer y ejecutar programas de orientación laboral y profesional, pudiendo para ello celebrar convenios con organismos públicos y entidades privadas nacionales, extranjeras e internacionales; b.-) desarrollar programas de orientación y asistencia técnica a trabajadores que busquen una actividad independiente y deseen transformarse en microempresarios; c.-) programar, ejecutar o coordinar planes de colocación para grupos especiales de trabajadores; d.-) implementar, ejecutar y coordinar estudios y proyectos relacionados con planes nacionales, regionales o locales de desarrollo social y

económico; y e.-) actualizar la Clasificación Nacional de Ocupaciones y coordinar con otros organismos la certificación ocupacional.

Por su parte, y en la misma temática referida a la formación profesional, a la Junta Nacional de Empleo (JUNAE) le corresponde: a.-) administrar el Fondo de Reconversión Laboral; b.-) diseñar programas de capacitación de la mano de obra, ya sea directamente por acuerdo con entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras; c.-) asesorar, colaborar y coordinar con la Dirección Nacional de Empleo en la elaboración de programas de orientación laboral y profesional; d.-) estudiar las necesidades de los trabajadores amparados por el Seguro por Desempleo, definiendo la capacitación del trabajador de acuerdo a sus aptitudes personales y a la demanda del mercado ocupacional.

En cuanto a la financiación, la ley 16.320 (modificada luego por la N° 16.736) también crea el Fondo de Reconversión Laboral, integrado con aportes del Estado, y de los trabajadores y de los empleadores, estos últimos por partes iguales. Este Fondo, como hemos visto precedentemente, es administrado por la JUNAE, quien debe afectarlo a las erogaciones relativas a *“actividades de formación profesional a través de organismos públicos y entidades privadas nacionales, extranjeras e internacionales, o programas de colocación, dirigidas a: a.-) Trabajadores rurales desocupados; b.-) Trabajadores en actividad de empresas o sectores que la Junta Nacional de Empleo determine y en especial aquellos que hayan concertado con sus respectivas empresas convenios colectivos que prevean la capacitación; c.-) Trabajadores de empresas que hayan generado créditos; d.-) Otros grupos con dificultades de inserción laboral o limitaciones de empleo, incluidos en programas o proyectos, aprobados por la Junta Nacional de Empleo”*.

Los ingresos del Fondo de Reconversión Laboral deben destinarse preceptivamente a: a.-) Actividades de formación y capacitación profesional dirigidas a trabajadores desempleados beneficiarios del seguro por desempleo, trabajadores rurales desocupados, trabajadores con dificultades de inserción laboral o con empleos con limitaciones y trabajadores ocupados en empresas o sectores que determine la Junta y en especial aquellos que hayan concertado convenios colectivos que prevean capacitación; b.-) Becas para el trabajador que sea formado, por cada día de asistencia al curso, en la forma y cuantía que establezca la Junta; c.-) Formación profesional con aportación de herramientas y pequeñas maquinarias, cuando se trate de proyectos viables que tengan un componente de formación profesional o inserción laboral de personas de bajos ingresos, con un máximo para tales proyectos de un 5 % de los recursos del Fondo; d.-) Contratación de técnicos y realización de estudios e investigaciones destinados a evaluar programas financiados con recursos del Fondo, también afectándose hasta un máximo del 5 % de los mismos; e.-) Actividades que mejoren la salud y la seguridad en el trabajo; f.-) Creación o apoyo de entidades de formación profesional, cuando exista demanda insatisfecha u oferta que no sea suficiente; g.-) Difusión de los programas y proyectos que lleve adelante la Junta Nacional de Empleo.

Estas disposiciones se ven complementadas con la ley 16.873/97 que incorpora modalidades de contratación laboral de aprendizaje, práctica y becas de trabajo. De esta norma y algunos de los programas complementarios que en materia de formación profesional se vienen llevando a cabo en Uruguay, nos ocupamos en oportunidad de tratar el art. 14 sobre medidas de fomento de empleo.

6.- Prevención e inspección en materia de salud y seguridad en las condiciones y el ambiente de trabajo (arts. 17 y 18).-

Con la estructura que caracteriza esta parte de la *D.S.L.M.*, su art. 17 está compuesto de dos incisos. Por el primero reconoce el derecho de todo trabajador a *ejercer sus actividades en un ambiente de trabajo sano y seguro, que preserve su salud física y mental y estimule su desarrollo y desempeño profesional*. En el segundo, refleja el compromiso de los Estados a adoptar medidas positivas, consistentes en el diálogo social, políticas y programas, con el fin de prevenir los riesgos del trabajo en la salud y promover condiciones ambientales propicias para el desarrollo de las actividades de los trabajadores.

Por el art. 18 se aborda a la misma temática sobre las condiciones ambientales de trabajo, aunque aquí las medidas a implementar por los estados se refieren al servicio de inspección del trabajo, en lo concerniente a *las condiciones de seguridad y salud en el trabajo*.

6.1.- Argentina.-

Por el art. 14 bis, se establece que las leyes deben asegurar al trabajador *condiciones dignas y equitativas de labor*. Dada la amplitud de dicho enunciado, allí queda incluido el derecho del trabajador a las condiciones de salud y seguridad que las leyes deben asegurar en protección de su dignidad.

Con carácter general para toda la población y comprensivo del ambiente de trabajo, el art. 41, incorporado con la reforma de 1994, reconoce por su primera parte que *Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano*. En materia de reparto de competencias sobre reglamentación y control, el último párrafo dispone que *Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales*.

En materia de medidas positivas que el Estado debe emprender para prevenir los riesgos del trabajo en la salud, hasta el año 1995 correspondía a la autoridad administrativa del trabajo ejercitar el adecuado control de los lugares de trabajo, con respecto a si estos cumplían con las previsiones de las normas sobre seguridad e higiene ⁽⁷⁰⁰⁾.

Por el Apartado V del *Acuerdo Marco para el Empleo, la productividad y la equidad social* del 25/6/95, se previó que por razones de “*equidad social*” y otras no explicadas, que tendrían “*que ver con la internacionalización de la economía*”, las partes coincidían en la necesidad de reformar la ley de seguridad e higiene en el trabajo, teniendo en cuenta “*la realidad nacional, los avances registrados en el derecho comparado, los cambios que se operarán con la puesta en marcha del proyectado Sistema Integral de Protección por Riesgos del Trabajo, y la gradualidad de su aplicación*”.

Al año siguiente se aprueba la ley 24.557 de “*Riesgos del Trabajo*”. No se produjeron modificaciones a la ley de seguridad e higiene en el trabajo. Sin embargo, fue objeto de modificación el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, el que dispone el deber del empleador a cumplir las disposiciones de la ley de

⁽⁷⁰⁰⁾ El régimen básico está dado por la ley 19.587 y su reglamentación, Decreto 351/79.

seguridad e higiene en el trabajo. La reforma pasó por limitar la responsabilidad del empleador a la contratación de un seguro de riesgos del trabajo.

La ley 24.557 coloca el régimen de control de la seguridad e higiene en el trabajo prioritariamente en manos de las compañías aseguradoras y de una entidad autárquica, creada por dicha ley, que es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. La autoridad administrativa pasa a ejercer un control casi subsidiario en dicha materia. Las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo deben controlar si sus clientes cumplen o no con las normas de seguridad. Como la elección de la Aseguradora es libre, el empleador puede escoger aquella que menos lo incomode, cumple con la ley y ve limitada su responsabilidad por las consecuencias de sus incumplimientos que se deriven en daños a la salud del trabajador.

En líneas generales, la ley 24.557 implementa un sistema de reparación de infortunios laborales caracterizado por las siguientes notas distintivas: a.-) seguro obligatorio a cargo del empleador, quien previa acreditación de solvencia para suministrar por sí las prestaciones del sistema, puede ingresar en un régimen de “*autoseguro*”; b.-) habilitación especial conferida a entidades privadas de seguro, con fines de lucro, para actuar como agentes del sistema en materia de recaudación, control de seguridad e higiene en el trabajo y otorgamiento de las prestaciones (Aseguradoras de Riesgos del Trabajo); c.-) control de incapacidades a través de Comisiones Médicas del sistema de jubilaciones y pensiones, a quienes se confieren facultades de tipo jurisdiccional para determinar cuando un accidente o enfermedad se encuentran comprendidos en el sistema de resarcimiento; d.-) las únicas enfermedades profesionales o derivadas del trabajo que ingresan al sistema son las incluidas por el Poder Ejecutivo en un listado, confeccionado en ejercicio de facultades delegadas por el órgano legislativo; e.-) el listado puede ser ampliado por decisión de la Comisión Médica Central, luego de un complicado procedimiento que debe ser impulsado por el trabajador y donde la asistencia letrada no es obligatoria; f.-) prestaciones dinerarias de pago periódico o en una sola vez según el grado de incapacidad de la víctima; g.-) restricción a la posibilidad del trabajador a salirse del sistema y reclamar la reparación integral derivada de su incapacidad sobre la base de las normas del derecho común.

El punto d.-), referido a las enfermedades profesionales, fue objeto de modificación durante el año 2000 por Decreto “*de necesidad y urgencia*” N° 1278/2000. La reforma implementa un procedimiento que debe seguir el trabajador, portador de enfermedad profesional no contemplada en el listado, para que su enfermedad sea incluida en el mismo. Lo interesante del caso, es que se trata también de un procedimiento de instancia de actividad del tipo jurisdiccional ante comisiones de médicos. La asistencia letrada no es obligatoria. La Comisión Médica Central es la que resuelve, en primera instancia, si corresponde incluir la enfermedad en el listado y calificarla como vinculada al trabajo. Mientras se sustancia todo el trámite, que puede durar años si hay recursos de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, el trabajador enfermo no recibe ningún tipo de asistencia.

La ley 24.557 ha sido duramente cuestionada por la doctrina y muchos de sus aspectos declarados inconstitucionales por los jueces ⁽⁷⁰¹⁾. A más de

⁽⁷⁰¹⁾ Fontana, Beatriz Inés, *Trabajo y salud en la legislación argentina*; Joaquín Fernández Madrid Editor; Buenos Aires 1997; Ferreirós, Estela Milagros: *Es inconstitucional la ley de riesgos del trabajo*; Ediciones La Rocca; Buenos Aires 1998; Gelber, Teodoro: *Acciones civiles del trabajador en el régimen de la ley 24.557 (L.R.T.)*; editorial Hammurabi; Buenos Aires 1998.

siete años de su sanción, ha quedado demostrado que no cumplió con los objetivos que se propuso por su art. 1°, apartado 2°: a.-) reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo; b.-) reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, incluyendo la rehabilitación del trabajador damnificado; c) promover la recalificación y la recolocación de los trabajadores damnificados; d) promover la negociación colectiva laboral para la mejora de las medidas de prevención y de las prestaciones reparadoras.

No logró reducir la siniestralidad laboral sino, por el contrario, la misma se ha venido incrementando. De acuerdo a los datos de la Superintendencia de A.R.T., los accidentes en su totalidad no sólo no disminuyeron sino que aumentaron, aún cuando existen numerosos siniestros que las A.R.T. se niegan a reconocer como tales. Durante 1997 –primer año de plena vigencia del nuevo sistema- de acuerdo a la cantidad de trabajadores asegurados y el promedio de accidentados, padecieron infortunios el 8,37 % de los asalariados. En 1999 el porcentaje fue de 8,9%. En 2000 fue de 9, % y en 2001 de 8,84%. En 2002, los porcentajes varían de 7,23 % para el mes de febrero y 9,44 % para noviembre. El cuadro se vio agravado durante el primer semestre de 2003, con porcentajes que oscilan entre el 15,30 % para el mes de febrero y el 18,02 % para el mes de marzo ⁽⁷⁰²⁾.

Las compañías aseguradoras, más interesadas en la captación de clientes, no se ocupan de ejercer el control sobre el cumplimiento de normas de seguridad que le encomienda la ley. Se ha colocado como ejemplo el caso de la aseguradora Liberty A.R.T. que asegura a 22.000 empresas con 450 mil personas en el sistema y solo cuenta con 25 ingenieros ⁽⁷⁰³⁾. Con este plantel, suponiendo que trabajaran los 365 días del año, realizando dos inspecciones diarias, no llegarían a completar tan solo una inspección anual por las 22.000 empresas aseguradas.

Otro tanto ocurre con el control administrativo, ténueamente retomado en el año 2000 con la ley 25.212 que homologa el *Pacto federal de trabajo* entre la Nación y las provincias. Por dicha ley, el control en los establecimientos ha quedado a cargo de la autoridad laboral provincial. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cuenta con 15 inspectores para controlar más de 130.000 empresas. La provincia de Buenos Aires, tiene 30 inspectores para verificar el cumplimiento de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo. En definitiva el control no existe y en consecuencia la prevención tampoco. Prueba acabada de la falta de inversión o de mejoramientos de las condiciones de higiene y seguridad, la da una enfermedad profesional provocada por el medio ambiente de trabajo ruidoso como es la hipoacusia (sordera). Esta dolencia aumentó de esta manera: 1996: 150 casos; 1997: 190; 1998: 900; 1999: 2.700; 2000: 3.078 y 2001: 4.030 ⁽⁷⁰⁴⁾.

⁽⁷⁰²⁾ Fuente: sitio web de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, www.srt.gov.ar.

⁽⁷⁰³⁾ Schick, Horacio: *La responsabilidad en la Ley de Riesgos del Trabajo*; ponencia presentada en las XXIVas. Jornadas de Derecho Laboral y Iras. Jornadas Rioplatenses, organizadas por la Asociación de Abogados Laboralistas; Colonia del Sacramento, República Oriental del Uruguay, compilación de ponencias publicada por editorial "La Ley", Buenos Aires, noviembre de 1998, pág. 148.

⁽⁷⁰⁴⁾ Recalde, Héctor P., *Respuesta a Ferreres*, sitio web del Equipo Federal de Trabajo, www.eft.com.ar.

Y sobre los otros dos objetivos, no se conocen planes llevados a cabo por las A.R.T. destinados a promover la recalificación y la recolocación de los trabajadores damnificados. Tampoco obligaciones concretas de empleadores en materia de prevención de riesgos del trabajo asumidas en los últimos Convenios Colectivos de Trabajo homologados.

Dentro del régimen de jornada, la ley de Contrato de Trabajo, por su art. 200, prevé un mecanismo por el cual la autoridad administrativa del trabajo cuenta con facultades para calificar que el desempeño de tareas se realiza en condiciones de insalubridad, a los fines de implementar, en dicha actividad o establecimiento, la limitación de jornada especialmente prevista para tal tipo de tareas. El procedimiento comienza con una inspección realizada por la autoridad administrativa. Si de la inspección de la empresa se determina la existencia de agentes agresivos, se la intima para adecuar ambientalmente el lugar, establecimiento o actividad a efectos que el trabajo se desarrolle en condiciones de salubridad, todo ello dentro del plazo razonable que a tal efecto determine la autoridad de aplicación. Si vencido el plazo la empresa no cumplió con los trabajos de adecuación impuestos, se procederá a la reducción de la jornada a 6 horas diarias o 36 horas semanales, sin rebaja en los salarios. Esta resolución que declara la insalubridad es apelable ante la autoridad judicial.

6.2.- Brasil.

Por mandato expreso de su constituyente, la ley debe asegurar como derecho del trabajador a la *“reducción de los riesgos inherentes al trabajo, por medio de normas de salud, higiene y seguridad”* (Constitución de 1988, art. 7° num. XXII), estableciendo en el inciso siguiente el derecho de *“adicional de remuneración para las actividades penosas, insalubres o peligrosas, conforme lo dispuesto en la ley”*. También un *“seguro por accidentes del trabajo a cargo del empleador, sin excluir la indemnización a que este esté obligado, cuando incurra en dolo o culpa”* (Constitución de 1988, art. 7° num. XXVIII).

Salud, higiene y seguridad deben ser comprendidas en el sentido amplio, toda vez que el trabajador también es destinatario del derecho al medio ambiente de trabajo equilibrado ⁽⁷⁰⁵⁾.

En este sentido, el art. 200 de su Constitución establece que al *“Sistema Único de Salud, le compete: ... VIII – colaborar en la protección del medio ambiente, hallándose en este comprendido el de trabajo”*. Y el art. 225, agrega que *“Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, que es bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida sana, correspondiendo al poder público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las futuras generaciones”*.

Las normas legales básicas sobre la materia están previstas en la C.L.T., con la redacción conferida por la ley 6.514 de 1977. Se refieren a los órganos a los cuales incumbe velar por la seguridad y medicina del trabajo, los arts. 155 a 159. A la inspección previa, embargo o clausura del establecimiento, el art. 160. A los órganos de seguridad y medicina en la empresa, los arts. 162 a 165. A los elementos de protección individual, los arts. 166 y 167. A las medidas preventivas de

⁽⁷⁰⁵⁾ Leite, Carlos Henrique Bezerra, *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*, editorial LTr, San Pablo 1997, pág. 89.

medicina del trabajo, los arts. 168 y 169. A las condiciones edilicias los arts. 170 a 174. A la iluminación el art. 175. A la climatización, los arts. 176 a 178. A las instalaciones eléctricas, los arts. 179 y 181. Al movimiento, ensamblado o manipulación de materiales, los arts. 182 y 183. A la maquinaria y equipamiento, los arts. 184 a 186. A las calderas, hornos y recipientes con presión, los arts. 187 y 188. A las actividades insalubres o peligrosas, los arts. 189 a 197. A la preservación de la fatiga, los arts. 198 y 199. A los criterios reglamentarios que debe seguir el Ministerio de Trabajo y Empleo el art. 200. A las penalidades aplicables al empleador por incumplimiento a las normas, el art. 201.

La competencia en materia de fiscalización del cumplimiento de las normas básicas en materia de salud y seguridad en el trabajo, junto con la facultad de imponer multas y clausuras, ha sido asignada a las Delegaciones Regionales de Trabajo.

Las empresas pueden dictar reglamentos e instrucciones generales a sus trabajadores, referidas a las medidas de prevención que deben adoptar, a fin de evitar accidentes o enfermedades del trabajo. Por su parte, los trabajadores quedan obligados a cumplir con estas reglamentaciones y su negativa injustificada habilita la adopción de sanciones disciplinarias por parte del empleador (art. 158, párrafo único, de la C.L.T.). También rige para las empresas la obligación de suministrar a sus trabajadores los equipamientos de protección individual adecuados al riesgo de su actividad que sean aprobados por el Ministerio de Trabajo (arts. 166 y 167 de la C.L.T.).

La C.L.T. ha determinado un sistema participativo de prevención, en la sede de las empresas. Su art. 163 prevé que en las empresas que determine el Ministerio de Trabajo por reglamentación (*Portaria*), será obligatoria la constitución de un órgano paritario, denominado C.I.P.A. – Comisión Interna de Prevención de Accidentes – compuesto por representantes de la empresa y de los trabajadores. Esta obligación rige tanto para las empresas de la actividad privadas, como para la actividad pública, incluyendo sociedades de economía mixta, instituciones de beneficencia, asociaciones recreativas o cualquier otra que cuente con el citado número mínimo de empleados (*Portaria* N° 5, del 18/04/94, de la Secretaría de Seguridad y Salud del Trabajo, del Ministerio de Trabajo). Este mínimo ha ido variando con el decorrer de los años. Por Decreto Ley N° 7.036 del 10/11/44, se fijó la cantidad de 100 empleados. Más tarde, por *Portaria* N° 3214 de 1978, fue disminuído a 50 empleados, rigiendo la cantidad mínima de 20 empleados en el año 2001 ⁽⁷⁰⁶⁾. Los representantes de los trabajadores ante la C.I.P.A. son designados por el voto directo y secreto de sus compañeros. Su mandato será de un año, con posibilidad de reelección. Gozan por dicho período de estabilidad relativa propia por mandato constitucional ⁽⁷⁰⁷⁾, aclarando el art. 165 de la C.L.T. la prohibición de su despido arbitrario y que si el empleador no logra acreditar en juicio la causal de despido alegada, queda obligado a reincorporarlo. No hay indemnización agravada para su despido, solo la posibilidad de reclamar su reinstalación.

⁽⁷⁰⁶⁾ Nascimento, Amauri Mascaro, *Iniciação ao direito do trabalho*, cit., pág. 385.

⁽⁷⁰⁷⁾ Art. 10, num. II de las disposiciones transitorias a la C.F. de 1988: "*queda vedado el despido arbitrario o sin justa causa: a) del empleado electo para el cargo de dirección de comisiones internas de prevención de accidentes, desde el registro de su candidatura hasta un año después de finalizado el mandato*".

La C.L.T. determina el carácter obligatorio de exámenes médicos a cargo del empleador, que deben ser practicados en oportunidad del ingreso, egreso y durante la relación, con la frecuencia que se determine por reglamentación atendiendo a los riesgos de cada actividad (art. 168). Los resultados de estos exámenes deben ser notificados al trabajador. La misma norma determina la obligación del empleador a mantener en los lugares de trabajo, equipos de primeros auxilios médicos.

Los arts. 170 a 188 de la C.L.T. se refieren a las características técnicas que, en materia de seguridad, se deben respetar en los lugares de trabajo. Por lo general, la norma indica condiciones mínimas generales y deriva al Ministerio de Trabajo la reglamentación de condiciones particulares. En este sentido, el art. 160 de la C.L.T. establece que *"Ningún establecimiento podrá iniciar sus actividades sin previa inspección y aprobación de las respectivas instalaciones por la autoridad regional competente en materia de seguridad y medicina del trabajo"* inspecciones que deben reiterarse en caso de producirse modificaciones sustanciales en las instalaciones.

La C.L.T. trae una definición de actividades insalubres y actividades peligrosas. Para el primer grupo, considera como tales aquellas que *por su naturaleza, condiciones o métodos de trabajo, expongan a los empleados a agentes nocivos para la salud, por encima de los límites de tolerancia fijados en razón de la naturaleza y de la intensidad del agente y del tiempo de exposición a sus efectos* (art. 189). Peligrosas son las actividades que *por su naturaleza o métodos de trabajo, impliquen el contacto permanente con inflamables o explosivos en condiciones de riesgo acentuado* (art. 193). En ambos casos, la C.L.T. prevé una actividad reglamentaria a cargo del Ministerio de Trabajo.

Se infiere de lo hasta aquí expuesto y, particularmente de lo normado en el art. 195 de la C.L.T., que el órgano competente para la calificación de insalubridad o peligrosidad es el Ministerio del Trabajo con un cuerpo de peritos especializado en prevención de accidentes.

Según esta normativa, las empresas y los sindicatos, pueden solicitar dictamen de los peritos del órgano administrativo y resolución expresa de este último para alguna actividad en particular, ello sin perjuicio de su competencia para actuar de oficio.

Los trabajadores no tienen acceso directo a la calificación administrativa, pero el art. 195 de la C.L.T. en su inc. 2º los habilita para cuestionar en *"juicio"* tanto la resolución administrativa, como el pedido de una calificación judicial de insalubridad o peligrosidad, petición a la que también tienen acceso las asociaciones sindicales *"en favor de un grupo de afiliados"*. En este proceso actuará el perito especializado que designe el Tribunal, aunque de no existir en la región podrá el Juez convocar al perito de la autoridad administrativa.

Los adicionales remuneratorios por trabajo en actividades insalubres o peligrosas que manda la Constitución se encuentran regulados básicamente en los arts. 192 y 193 de la C.L.T. El primero se refiere a las actividades insalubres, previendo tres tipos de adicionales calculados sobre el salario mínimo de la región, que dependen del grado de insalubridad en que la tarea sea clasificada por la autoridad de aplicación (para el grado máximo un cuarenta por ciento, para el medio un veinte por ciento y para el mínimo un diez por ciento). El art. 193 se refiere al adicional por trabajo realizado en actividades u operaciones calificadas como peligrosas y será del treinta por ciento sobre el salario básico del trabajador

(excluidos los incrementos resultantes de computar gratificaciones, premios o participación en la ganancia de la empresa). Ambos adicionales no son acumulables, previendo el num. 2º del art. 193 que en caso de convergencia de ambos, el trabajador tendrá el derecho de opción.

Cabe acotar que conjuntamente con las calificaciones que en cada establecimiento realice la autoridad administrativa o judicial, la propia C.L.T. dedica las dieciséis secciones del Capítulo I del Libro III (arts. 224 a 351) a la regulación de estatutos básicos para determinadas actividades (bancarios, telefónicos, telegrafistas, operadores de cine, ferroviarios, marítimos, frigoríficos, estiba, mineros, docentes, químicos), incluyendo allí regímenes específicos en materia de jornada de trabajo, muchos de los cuales tienen en cuenta el carácter riesgoso, penoso, insalubre o peligroso de la actividad.

6.3. Paraguay.

Con carácter general, el art. 7º de su Constitución reconoce el derecho de toda persona a *habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado*, destacando a renglón siguiente como *objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral*. No hay disposición que específicamente se refiera al ambiente de trabajo, sin embargo, ello se infiere del carácter amplio del enunciado contenido en el art. 86 de su Constitución, cuando describe como inherente al trabajo que todos tienen derecho, que éste sea realizado *en condiciones dignas y justas*. En materia de jornada, el art. 91 de la Constitución paraguaya establece que *La ley fijará jornadas más favorables para las tareas insalubres, peligrosas, penosas, nocturnas o las que se desarrollen en turnos continuos o rotativos*.

El Título Quinto de su Código Laboral, denominado *De la seguridad, higiene y comodidad en el trabajo* (arts. 273 a 283) se ocupa de la temática de referencia, sobre la base del método de fijar contenidos generales y derivar a la autoridad administrativa del trabajo la reglamentación para los casos particulares.

Se reconoce el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de salud, seguridad e higiene en el trabajo (art. 273) y el deber del empleador a garantizar la higiene, seguridad y salud de los trabajadores, quedando garantizado que las medidas que adopte no implicarán ninguna carga económica para los trabajadores (art. 275).

Con relación a las medidas destinadas a asegurar dichos derechos y deberes, el Código agrega que corresponderá al empleador disponer la realización de los exámenes médicos admisionales y periódicos a sus trabajadores; evaluar, evitar y combatir los riesgos en su propio origen; planificar la prevención y determinar las medidas que deberán utilizarse; informar a la autoridad administrativa las enfermedades (que causen más de tres días de incapacidad) y los accidentes laborales de sus empleados; cumplir con las demás medidas dispuestas por la autoridad administrativa (art. 276); facilitar la formación e información práctica y adecuada en materia de salud, seguridad e higiene a los trabajadores, en oportunidad de su incorporación o modificación de tareas (art. 277).

Por este mismo Título, el Código prohíbe la introducción, venta o consumo de bebidas alcohólicas en los lugares de trabajo, salvo cuando ello ocurra debido a la actividad del establecimiento (art. 280). También prohíbe a los

trabajadores dormir en los lugares de trabajo, salvo en alojamientos apropiados, los que también deberán habilitarse para la ingestión de alimentos o el descanso (arts. 281 y 292).

Además de la actividad reglamentaria que se encomienda en cada caso y en general a la autoridad administrativa del trabajo, por el art. 283 se establece que ella deberá organizar el servicio de inspectores de seguridad, reglamentando sus deberes y atribuciones.

En materia de jornada de trabajo, se interpreta por trabajo insalubre aquél que *"debe realizarse en lugares insalubres o -que- por su naturaleza ponga en peligro la salud o la vida de los trabajadores o en condiciones penosas"* (art. 199 del C.L.). La norma equipara el trabajo insalubre al cumplido en turnos continuos o rotativos. Para ambos casos, se establece que la duración del trabajo no excederá de seis horas diarias ni de treinta y seis semanales, debiendo el trabajador percibir el salario correspondiente a jornada normal de ocho horas.

La calificación de insalubridad se encuentra a cargo de la Dirección General de Higiene y Seguridad Ocupacional, la que deberá recabar asesoramiento previo al organismo competente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Dicha autoridad actúa de oficio o a petición de parte interesada.

6.4.- Uruguay.

En su Constitución hay disposiciones generales referidas a esta temática. Es el caso del art. 44 que confiere al Estado la atribución de legislar *en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país*. El art. 54 establece que la ley ha de reconocer al trabajador, entre otras cuestiones, *la higiene física y moral*. Y el art. 56, referido a los trabajadores que deban permanecer en los establecimientos de trabajo, impone a las empresas la obligación de proporcionarles *alimentación y alojamiento adecuados*.

La ley 11.577 del 14/10/50 reglamenta el sistema de insalubridad en los establecimientos. Esta ley crea una *"Comisión Honoraria de Trabajos Insalubres"* integrada por cinco delegados de distintos organismos: Ministerio de Salud Pública, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Banco de Seguros del Estado, Facultad de Ingeniería y Facultad de Medicina.

Por el art. 3° de la citada ley, se faculta a la *Comisión* para requerir la colaboración que necesite de las distintas reparticiones administrativas, solicitar informes, pedir el allanamiento de locales de trabajo, someter a inspección los procesos industriales que estime oportunos y sugerir al Poder Ejecutivo las medidas de higiene y protección obrera tendientes a corregir o atemperar la insalubridad del trabajo. También le corresponde a la *Comisión* determinar las actividades que califique como insalubres, sugerir las medidas necesarias de higiene y protección obrera y, en caso de adoptarse medidas tendientes a remover las condiciones insalubres de la actividad, modificar la previa calificación.

La ley prevé sanciones de multa para los casos de incumplimiento a las resoluciones adoptadas por la *Comisión* (art. 19).

En los casos de actividades calificadas como insalubres por la *Comisión*, rige la jornada especial de 30 horas semanales o de seis horas diarias (arts. 1° y 13 de la ley) que deberán ser remuneradas como ocho horas. La jornada

diaria no podrá ser inferior a tres horas. El Decreto del 14/9/45 prevé una jornada diaria de cuatro horas para el trabajo con benzol.

Este régimen general de insalubridad, convive con disposiciones especiales que reglamentan la salud y condiciones de trabajo en actividades específicas como ser la industria de la construcción (Decretos 89/95, 76/96, 283/96), actividad forestal (Decreto 372/99). También con disposiciones reglamentarias en materia de seguridad, higiene y salud ocupacional (Decreto 406/88) y sobre medidas de seguridad en general en el ámbito del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, creado por Decreto 83/96.

7.- Derecho a la seguridad social (art. 19).

Por el art. 19 de la *D.S.L.M.*, queda reconocido a los trabajadores, el derecho a la seguridad social en los niveles y condiciones previstos en las respectivas legislaciones nacionales.

El compromiso que asumen los Estados, por el numeral 2° de dicho artículo, tiene un doble carácter. Por un lado, garantizar la cobertura a sus habitantes frente a las siguientes contingencias: riesgos sociales, enfermedad, vejez, invalidez y muerte. Por otro lado, los Estados se comprometen a coordinar sus políticas sociales con el objeto de suprimir eventuales discriminaciones que se deriven del origen nacional de sus miembros, aspecto que ya venía contemplado en los arts. 1 y 4 de la *Declaración*.

El aspecto más relevante del derecho a la seguridad social en el proceso de integración regional, está dado por el sistema de equiparación recíproca de sistemas previsionales que surge del *Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercosur* y el *Acuerdo Administrativo* para su aplicación, normas estas que aún no lograron entrar en vigencia (ver *supra*, Capítulo 8.7.-).

A continuación, haremos una breve referencia a las características generales del régimen previsional vigente en cada uno de los Estados miembros.

7.1.- Argentina.

Tradicionalmente se incluye en esta rama del ordenamiento jurídico, al conjunto de normas que organizan o implementan sistemas de cobertura y protección a determinadas contingencias por las cuales atraviesa la población y que el Estado, dentro de su política social, dispone que deban hallarse cubiertas.

El art. 14 bis de la Constitución Argentina se refiere al derecho de la seguridad social en su tercer párrafo: *El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*

En líneas generales, forman parte del régimen previsional los sistemas de cobertura para las siguientes contingencias: vejez o invalidez (régimen de jubilaciones y pensiones, ley 24.241); desempleo (régimen del subsidio y prestaciones por desempleo, ley 24.013); compensación económica familiar

(régimen de asignaciones familiares, ley 24.714) y salud (obras sociales y seguro nacional de salud, leyes 23.660 y 23.661).

No forma parte de dicho régimen, el sistema de cobertura salarial para las enfermedades y accidentes no vinculados con el trabajo (salvo los casos de incapacidad absoluta incorporados al régimen previsional) cuya regulación básica sigue estando en la Ley de Contrato de Trabajo, con obligación a cargo del empleador de pagar salarios de enfermedad por tiempo limitado y costear el régimen de control médico de ausentismo, que es facultativo. Tampoco ha podido ingresar al sistema previsional, el mecanismo de protección frente a accidentes o enfermedades del trabajo, que se encuentra regulado por la ley 24.557 como un “sistema” en el que participan empleadores y compañías de seguro privadas, sin garantía de cumplimiento inmediato por parte de las aseguradoras de las obligaciones previstas a su cargo, en materia de prestaciones dinerarias y de atención médica. En ambos casos, no es el Estado el que “otorga” las prestaciones, en el primero se colocan a cargo del empleador (control de ausentismo y pago de salarios) y en el segundo se derivan a un régimen de seguro obligatorio, donde son las compañías de seguros quienes deben otorgar las prestaciones.

En materia de jubilaciones y pensiones, para el universo de trabajadores de la actividad pública y privada existe un régimen mixto o, como lo denomina la ley 24.241 “Integrado” por la administración pública (Administración Nacional de la Seguridad Social – A.N.S.E.S.) y compañías privadas (Administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones - A.F.J.P.).

Todo trabajador dependiente aporta un 11 % de su salario al sistema. El empleador aporta un 16 % sobre igual base. El trabajador puede optar entre el llamado sistema de “reparto” (administrado por el Estado) o de “capitalización” (cuenta individual administrada por una A.F.J.P.). En caso de elegir el sistema de “reparto”, tanto su aporte como la contribución del empleador pasan a ser distribuidos por la A.N.S.E.S. En caso de elegir el sistema de “capitalización”, el aporte patronal del 16 % es destinado a la A.N.S.E.S. (que le garantizará una prestación de jubilación, llamada “Básica Universal”), mientras que su aporte del 11 % es destinado a la A.F.J.P. que elija, quien le cobrará una comisión del 20 al 30 % de ese aporte y administrará el remanente como cuenta de capitalización individual. El trabajador accede a la prestación básica universal, que se ve complementada con otras prestaciones, acreditando 65 años de edad y 30 años de aportes. Las trabajadoras con 60 años de edad y 30 años de aportes, aunque con la posibilidad de continuar en la actividad hasta los 65 años.

También rige en la Argentina un sistema de “compensación económica familiar”, también llamado régimen de “asignaciones familiares”, cuyo objetivo está dado en redistribuir aportes, de manera tal de posibilitar a los trabajadores con “cargas de familia” (hijos menores o discapacitados) ingresos adicionales. El sistema está regulado por la ley 24.714 y se financia con una contribución patronal del 7,5 % de las remuneraciones que paga a su personal. Este aporte se compensa con el dinero que dicho empleador deba pagar a sus trabajadores como asignación familiar, importes que puede descontar de las sumas a contribuir.

Como medida de protección parcial a la contingencia del desempleo forzoso, la ley 24.013 regula un régimen de subsidio por desempleo, financiado con contribuciones a cargo del empleador del 1,5 % de las remuneraciones pagadas a su personal. Para acceder a los beneficios, consistentes en una renta mensual por

períodos proporcionales a la antigüedad del trabajador y el mantenimiento de la obra social, se requiere que el trabajador haya cotizado por lo menos durante un año.

En materia de cobertura de salud, las leyes 23.660 y 23.661 reglamentan un régimen de Obras Sociales sindicales y el sistema del Seguro Nacional de Salud. Cada sindicato con personería gremial (el más representativo) puede administrar una obra social, a través de la cual le otorgará cobertura de salud al trabajador y su grupo familiar básico. El sistema se financia con un aporte a cargo del trabajador del 3 % sobre su remuneración (que puede llegar al 4,5 % según sus cargas de familia) y una contribución a cargo del empleador del 4 % sobre las remuneraciones pagadas a su personal.

7.2.- Brasil.-

Las referencias constitucionales al derecho de la seguridad social están expresadas conjuntamente con los demás derechos sociales. Así, el art. 6° de la Constitución de 1988, luego de la redacción dada por la Enmienda Constitucional N° 26/2000, prevé como derecho social la *salud, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados*. En el art. 7°, destinado a los grandes lineamientos protectorios del derecho individual del trabajo, se mencionan como derechos de los trabajadores, urbanos y rurales, algunos de claro contenido previsional: ... *II.- seguro por desempleo, en caso de desempleo involuntario; ... XII.- salario familiar, pagado en razón de los causahabientes del trabajador de bajo ingreso en los términos de la ley* (redacción dada por la Enmienda Constitucional N° 20/98); ... *XXIV.- jubilación; ... XXVIII.- seguro contra accidentes del trabajo a cargo del empleador, sin excluir la indemnización a que este esté obligado, cuando incurriera en dolo o culpa*.

Más adelante, dentro del Título VIII sobre *El orden social*, todo el capítulo II está destinado a la *Seguridad Social*. Esta es definida por el art. 194 como el *conjunto integrado de acciones de iniciativa de los Poderes Públicos y de la sociedad, destinados a asegurar los derechos relativos a la salud, la previsión y la asistencia social*. La misma norma establece los objetivos generales de la seguridad social: *I.- universalidad de la cobertura y de las prestaciones; II.- uniformidad y equivalencia de los beneficios y servicios a las poblaciones urbanas y rurales; III.- selectividad y distribución de los beneficios y servicios; IV.- irreducibilidad de los beneficios; V.- equidad en la forma de participar en sus recursos; VI.- diversidad de las bases de recursos; VII.- carácter democrático y descentralizado de la administración, mediante gestión cuatripartita, con participación de los trabajadores, los empleadores, los jubilados y los gobiernos en los órganos colegiados*.

Los recursos al sistema de seguridad social se encuentran enunciados por el art. 195. Estos provienen de contribuciones del empleador, calculadas sobre los salarios pagados (20 %), la facturación (2 %) y las ganancias (10 % y, para las entidades financieras, el 15 %). También aportes a cargo del trabajador, con alícuotas diferenciadas por categorías de ingresos (7,72 %, 8,73 %, 9,00 % y 11,00 %). Los trabajadores autónomos y los empresarios contribuyen con un 20 % del salario de contribución, que será el correspondiente a su categoría.

Con estos recursos se financia todo el sistema, que comprende los servicios de salud pública para la atención en general de la población (arts. 195 a 200 de la Constitución de 1988).

En la Sección III de este mismo Título VIII, el art. 201 define las contingencias cubiertas por el sistema de Previsión social, a saber: *I.- cobertura de contingencias de enfermedad, invalidez, muerte y edad avanzada; II.- protección a la maternidad, especialmente a la gestante; III.- protección al trabajador en situación de desempleo involuntario; IV.- salario familiar y ayuda para los causahabientes de los trabajadores de bajos ingresos; V.- pensión por muerte del asegurado, hombre o mujer, al cónyuge o compañero y causahabientes.*

A continuación, la misma norma prevé algunos criterios generales para los beneficios. Entre ellos, el § 1° prohíbe la adopción de requisitos o criterios diferenciados para la concesión de jubilaciones con relación a las que rigen para los beneficiarios del régimen general, salvo los casos de actividades ejercidas en condiciones especiales que perjudiquen la salud o la integridad física. Por el § 2° se establece que ninguno de los beneficios, incluso aquellos que sustituyan la asignación del asegurado titular, tendrán un valor mensual inferior al salario mínimo.

Dentro de este mismo artículo 201, se encuentran establecidos por el § 7° los requisitos para acceder a la jubilación del régimen general de previsión social. Se exigen treinta y cinco años de contribución para los varones y treinta años de contribución para las mujeres. En materia de edad, sesenta y cinco años para los varones y sesenta para las mujeres. La edad se reduce en cinco años para los trabajadores rurales y para aquellos que ejerzan tareas en el régimen de economía familiar, incluidos el productor rural y pescadores.

La normativa infraconstitucional se encuentra dividida en dos grandes ordenamientos básicos que son las leyes 8.212/91 de recursos y 8.213/91 de beneficios.

Por la primera de dichas normas, denominada *Plan de recursos de la Previsión Social (Plano de custeio da Previdência Social)*, se reglamenta lo atinente a las autoridades que componen el Sistema Nacional de Seguridad Social, el financiamiento del sistema, los asegurados comprendidos, las contribuciones y aportes a cargo de los asegurados, los empleadores, la Unión, los casos especiales y el régimen de recaudación o cobranza de los créditos.

La segunda norma, denominada *Plan de beneficios de la Previsión Social (Plano de benefícios da Previdência Social)*, dedicada a definir las distintas contingencias cubiertas por el sistema, los requisitos y beneficios previstos para las personas que encuadren en dichas previsiones. Se describen aquí las alícuotas y bases de cálculo que hacen a los recursos del sistema, las que básicamente se encuentran previstas en el art. 195 de la Constitución de 1988.

La autoridad de aplicación en materia de beneficios es un órgano cuadripartito, denominado el Consejo Nacional de Previsión Social, integrado por seis representantes del Gobierno Federal, nueve representantes de la sociedad civil (3 por los jubilados y pensionados, tres por los trabajadores activos y tres por los empleadores) (art. 3 de la ley 8.213). Por el art. 18 se describen las prestaciones a cargo del sistema, que son la jubilación por invalidez, por edad, tiempo de servicio y especial que atiende a trabajos insalubres o asimilados; el auxilio enfermedad; el salario familiar; el salario por maternidad; el auxilio por accidente; la pensión por muerte; el auxilio por reclusión (a favor de causahabientes de titular que cumple pena privativa de libertad); prestaciones en especie de servicio social y rehabilitación profesional.

Cabe aclarar que la contingencia de incapacidad para trabajar, derivada de accidentes o enfermedades no laborales, se encuentra cubierta por el

beneficio *auxilio por enfermedad*. Este beneficio exige un período de carencia de doce contribuciones mensuales ⁽⁷⁰⁸⁾. En caso de producirse dicha contingencia, el empleador debe al trabajador el salario por los primeros quince días de incapacidad, a partir de allí, percibirá la prestación citada de *auxilio por enfermedad* que consistirá en un importe equivalente al 91 % del salario de beneficio, no pudiendo ser inferior al salario mínimo. El trabajador continuará percibiendo dicha prestación por el tiempo que dure su incapacidad, rigiendo a su respecto el deber de someterse a los exámenes médicos dispuestos por el Instituto Nacional del Seguro Social (INSS) y seguir, en su caso, los procesos de rehabilitación o recalificación profesional que recomiende dicha autoridad. Mientras tanto, su contrato de trabajo se encontrará suspendido.

7.3.- Paraguay.

El derecho a la seguridad social se encuentra reconocido por el art. 95 de su Constitución, en los siguientes términos: *"De la seguridad social. El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la ley. Se promoverá su extensión a todos los sectores de la población.- Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado.- Los recursos financieros de los seguros sociales no serán desviados de sus fines específicos; estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio"*.

Su Código Laboral prevé por el art. 382 que *"El Estado con aportes y contribuciones propios y de empleadores y trabajadores, amparará, por medio de un sistema de seguros sociales, a los trabajadores contra los riesgos de carácter general, y especialmente los derivados del trabajo"*.

En el caso de Paraguay, no hay un sistema unificado de seguridad social, sino diversos sistemas administrados por "Cajas" de actividad o empresa. Las más importantes son el Instituto de Previsión Social (creado por Decreto – Ley N° 17.071/43, agrupa a la actividad privada en general, salvo sectores que, como el caso de los ferroviarios, bancarios, municipales, Poder Legislativo, empresas Itaipú y Ande, cuentan con sus propias cajas) y la Caja Fiscal. Hay una gran masa de trabajadores formales que no está amparada por ninguna de las Cajas Previsionales del sistema, como tampoco lo están los trabajadores informales ⁽⁷⁰⁹⁾.

Analizaremos aquí los lineamientos generales del sistema general que corresponde al Instituto de Previsión Social. La dirección de este Instituto está a cargo de un Consejo de Administración, integrado por un presidente y cinco consejeros. El Presidente del Instituto es designado por el Poder Ejecutivo (art. 8° del Decreto –Ley 1860/50, modificado por ley 98/92). En cuanto a los cinco consejeros, uno será designado por el Ministerio de Justicia y Trabajo, uno por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, uno en representación de los empleadores, uno en representación de los trabajadores asegurados y el quinto en representación de los jubilados y pensionados del Instituto (art. 7° del Decreto –Ley

⁽⁷⁰⁸⁾ Pereira de Castro, Carlos Alberto y Lazzari, João, *Manual de direito previdenciário*, 3° edición, editorial LTr, San Pablo 2002, pág. 502.

⁽⁷⁰⁹⁾ Halley Merlo, Pedro, *La seguridad social en el Paraguay ¿Reparto solidario o capitalización individual?*, editorial Printex, San Lorenzo – Paraguay, 2001, págs. 7 y 11.

1860/50, modificado por ley 98/92). La designación de los consejeros recae, en definitiva, en el Poder Ejecutivo, sobre la base de una terna vinculante elevada por las entidades o instituciones representadas (art. 9° del Decreto –Ley 1860/50, modificado por ley 98/92). El Consejo tiene a su cargo la administración de los recursos del Instituto.

Los recursos con los cuales el Instituto satisface las prestaciones a su cargo, están dados básicamente por los aportes de los trabajadores y contribuciones patronales que se encuentran previstos en el art. 17 del Decreto –Ley 1860/50, modificado por ley 98/92: **a) Aportes a cargo del trabajador.** El aporte a su cargo es del 9,5 % sobre sus remuneraciones, discriminados con las siguientes afectaciones: 0,5 % con destino al Banco Nacional de Trabajo; 3 % para el Instituto Nacional de Previsión y 6 % para el régimen de Seguro Social; aunque la normativa prevé excepciones para determinadas actividades (docentes de enseñanza oficial en cualquier nivel, del 5,5 %, servicio doméstico del 2,5 % y trabajadores de la Administración Nacional de Electricidad del 6 %). **b) Contribución patronal.** La básica es del 14 % sobre las remuneraciones devengadas (destinándose el 2 % para el Instituto Nacional de Previsión Social y el 12 % para el régimen de Seguro Social).

El sistema también tiene previsto un aporte adicional del Estado (1,5 %) destinado a los gastos administrativos del Instituto. También se han regulado excepciones a las alícuotas generales, tal es el caso de la cuota mensual de los Maestros y Catedráticos de la enseñanza (5,5 %), servicio doméstico (2,5 %), la cuota de empleadores de instituciones privadas de enseñanza que será del 2,5 %, la cuota del trabajador independiente (se calcula sobre la base de 25 jornales mínimos), el aporte del beneficiario de Jubilaciones y Pensiones (6 %), el de los trabajadores de la Administración Nacional de Electricidad (6 %), la contribución a cargo de la Administración de Electricidad (12 %), aporte de los asegurados que hayan obtenido su continuidad en el seguro (12,5 %) y la contribución del Ministerio de Educación y Culto (2,5 %).

Con dichos recursos, el Instituto cubre las siguientes prestaciones:

√ **Riesgos de enfermedad.** Incapacidades derivadas de accidentes o enfermedades no laborales. Asistencia médica del asegurado o sus familiares por los siguientes plazos: 26 semanas para el asegurado, que pueden ser prorrogadas por reglamentación del Consejo de Administración (art. 30 inc. a.- del Decreto Ley 1860/50 -texto ley 98/92-) y 13 semanas para su esposa o hijos (art. 26 del Decreto 10.810/52). Dicha asistencia comprende todas las especialidades, incluyendo los estudios de diagnósticos y el suministro de medicamentos. La atención médica es suministrada a través de una red de centros especializados que posee el mismo Instituto, tanto en Asunción como en el interior del país (Halley Merlo, Pedro, *La seguridad social en el Paraguay*, cit., pág. 40). Hay un período de carencia de 8 semanas (art. 4° del Decreto 10.810/52). Un subsidio en dinero para el asegurado, a partir del 8° día de reposo, que reemplaza el salario, y regirá por un período de 26 semanas que puede ser prorrogado por reglamentación del Consejo de Administración (art. 30 inc. b.- del Decreto Ley 1860/50 (texto ley 98/92). Para este beneficio hay un período de carencia de cuatro meses con aportes equivalentes a seis semanas de cuotas de trabajo efectivo (arts. 6 y 12 del Decreto 10.810/52). El beneficio consiste en el 50 % del promedio de los salarios de cotización de los cuatro meses anteriores a la enfermedad (arts. 32 del decreto – ley 1860/50 y 10 del Decreto 10.810/52).

√ **Maternidad.** Atención médica y un subsidio para la asegurada, equivalente al promedio de los salarios de cotización de los cuatro meses anteriores a la contingencia (art. 46 del decreto – ley 1860/50), pagadero por los sesenta y tres días que van desde las tres semanas anteriores al parto y las seis posteriores (art. 35 inc. b.- del decreto – ley 1860/50).

√ **Riesgos profesionales.** Incapacidades derivadas de accidentes o enfermedades laborales. Asistencia médica del asegurado (art. 41 incs. a.- y b.- del Decreto Ley 1860/50 (texto ley 427/73). Dicha asistencia comprende todas las especialidades, incluyendo los estudios de diagnósticos y el suministro de prótesis y medicamentos. Un subsidio en dinero para el asegurado, si se incapacita por más de tres días, a partir del 1° día de reposo, que reemplaza el salario, y regirá mientras dure su incapacidad temporaria por alta o incapacidad permanente declarada por el Instituto, hasta un máximo de 52 semanas (art. 41 inc. c.- del Decreto Ley 1860/50 (texto ley 427/73). El subsidio será equivalente al 75 % del promedio del salario de cotización correspondiente a los cuatro meses anteriores al accidente o la enfermedad (art. 42 del Decreto Ley 1860/50 (texto ley 427/73). La declaración de incapacidad permanente igual o mayor al 30 % da lugar a una pensión, cuyo monto será equivalente al 60 % del porcentaje de incapacidad, aplicado al salario de cotización promedio de los tres años anteriores a la iniciación de la incapacidad. Cuando la incapacidad permanente resultara inferior al 30 %, corresponderá una indemnización cuyo monto será igual a cinco anualidades de la pensión que habría correspondido al beneficiario (art. 43 del Decreto Ley 1860/50). En caso de fallecimiento, le corresponde a la viuda o viudo inválido, una pensión equivalente al 40 % de la que le hubiere correspondido al asegurado por incapacidad total. Dicha pensión cesa en caso de contraer la viuda nuevas nupcias, percibiendo allí un importe único y último de tres anualidades de la pensión (art. 44 del Decreto Ley 1860/50). Estas prestaciones no excluyen las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil por negligencia o culpa grave del empleador (arts. 48 a 50 del Decreto Ley 1860/50).

√ **Jubilación ordinaria.** Con 60 años de edad y 25 de servicios reconocidos, siendo su importe igual al 100 % del promedio de los salarios de cotización correspondientes a los 36 meses anteriores al cese (art. 60 del Decreto Ley 1860/50, modificado por leyes 427/73 y 98/92). También se prevé el acceso a esta jubilación a partir de los 55 años de edad, con 30 años de servicios reconocidos, en la alícuota del 80 % sobre la base anteriormente indicada, porcentual que se incrementa en 4 puntos por cada año que sobrepase los 55 hasta los 59 de edad.

√ **Jubilación por invalidez derivada de accidente o enfermedad no laboral.** Corresponde cuando el asegurado sea declarado inválido y tenga por lo menos 150 semanas de aportes y sea menor a 55 años de edad (art. 54 del Decreto Ley 1860/50, modificado por ley 427/73). Será del 50 % del promedio de los salarios de cotización correspondientes a los 36 meses anteriores al cese (art. 61 del Decreto Ley 1860/50, modificado por ley 98/92). Dicho porcentual se incrementa en un punto y medio por cada 50 semanas de cuotas que sobrepasen las 150 semanas de aportes, hasta llegar al 100 %.

√ **Pensión por fallecimiento.** Cuando se trata del asegurado activo y su fallecimiento se debe a causas ajenas al trabajo, la pensión exige que cuente con 750 semanas de aportes y su importe mensual será equivalente al 60 % de la jubilación que le hubiere correspondido. Son beneficiarios la viuda o concubina y el viudo mayores de 40 años, en concurrencia con los hijos solteros hasta la mayoría de edad o los incapacitados cualquiera fuese su edad. Cuando la viuda o concubina

y el viudo fuesen menores de 40 años, en lugar de la pensión percibirán un importe único equivalente a 3 anualidades de la pensión que les hubiera correspondido. Cuando se trata de fallecimiento del jubilado, la pensión a favor de sus familiares será del 60 de la jubilación que percibía. Para los familiares se aplican las mismas reglas que en el caso de fallecimiento del asegurado activo.

7.4.- Uruguay.

El art. 67 de su Constitución establece que *“Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales.- Los ajustes de las asignaciones de jubilación y pensión no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios, y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central.- Las prestaciones previstas en el inciso anterior se financiarán sobre la base de: a.-) Contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley. Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados; y b.-) La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuere necesario”*.

Por su parte, el art. 195 agrega que *“Créase el Banco de Previsión Social, con carácter de ente autónomo, con el cometido de coordinar los servicios estatales de previsión social y organizar la seguridad social, ajustándose dentro de las normas que establecerá la ley que deberá dictarse en el plazo de un año.- Sus directores no podrán ser candidatos a ningún cargo electivo hasta transcurrido un período de gobierno desde su cese, siendo de aplicación para el caso lo dispuesto por el artículo 201, inciso tercero”*.

Con relación al Banco de Previsión Social (BPS), la Disposición transitoria y especial M.-) de la Constitución uruguaya, prevé lo siguiente: *“Las Cajas de Jubilaciones y Pensiones Civiles y Escolares, la de la Industria y Comercio y la de los Trabajadores Rurales y Domésticos y de Pensiones a la Vejez, estarán regidas por el Directorio del Banco de Previsión Social, que se integrará en la siguiente forma: a.-) cuatro miembros designados por el Poder Ejecutivo, en la forma prevista en el artículo 187, uno de los cuales lo presidirá; b.-) uno electo por los afiliados activos; c.-) uno electo por los afiliados pasivos; d.-) uno electo por las empresas contribuyentes.- Mientras no se realicen las elecciones de los representantes de los afiliados en el Directorio del Banco de Previsión Social, éste estará integrado por los miembros designados por el Poder Ejecutivo y en ese lapso el voto del Presidente del Directorio será decisivo en caso de empate, aun cuando éste se hubiere producido por efecto de su propio voto”*.

En el régimen infraconstitucional, se circunscriben las siguientes normas básicas: a.-) la ley 15.800 del 17/01/1986 que reinstituye el Banco de Previsión Social, como autoridad de aplicación del sistema previsional; b.-) la ley 16.713 del 3/11/1995, cuyos arts. 145 a 179 reglamentan lo concerniente a la base de cálculo (materia gravada) de las imposiciones salariales con destino a la seguridad social y ha sido objeto de reglamentación por Decreto 113/96 y diversas resoluciones del Banco de Previsión Social; c.-) las leyes 16.190 del 20/06/1991 y

16.105 del 23/01/1990, complementadas por Decreto 40/1998, que regulan los deberes de inscripción por parte del empleador, al sistema de la seguridad social; d.-) el régimen de aportes patronales ha sido regulado por diversas normas, tales como los decretos – leyes 15.294 del 23/6/1982 y 15.652 del 25/10/84, las leyes 16.061 del 18/09/89, 16.107 del 31/03/90, 16.320 del 01/11/92, 16.697 del 25/04/1995, 16.713 del 3/09/95, 16.904 del 31/12/1997, 16.906 del 7/01/98, 17.243 del 29/06/2000, Decretos 226/1982, 61/1987, 728/1991, 187/1995 prorrogado por Decreto 454/1995, 499/1996, 246/1999; para las empresas rurales o contratistas la ley 15.852 del 24/12/1986 y trabajadores de dicha actividad la ley 16.833 del 10/11/1997; e.-) el régimen jubilatorio y pensionario general está regulado en las leyes 16.713 del 3/09/1995, 16.759 del 04/07/1996 y 17.106 del 21/05/1999 con sus reglamentaciones.

La autoridad de aplicación del sistema de seguridad social, es el Banco de Previsión Social, cuya composición viene dispuesta por la citada Disposición transitoria y especial M.-) de la Constitución uruguaya. La ley 15.800 coloca a su cargo todo lo concerniente a la concesión de los beneficios previsionales, la recaudación y fiscalización de los recursos del sistema, su administración, como asimismo la implementación de programas destinados al fomento de empleo, rehabilitación y recalcificación profesional. También actúa como autoridad consultiva en materia de proyectos de reformas a la legislación previsional.

En materia de aportes y contribuciones, la ley 16.713 y su decreto reglamentario N° 113/1996, establecen de manera minuciosa y resumido aquí en términos generales, que toda ganancia del trabajador derivada de su contrato de trabajo estimable en dinero, constituirá el rubro gravado por los aportes a la seguridad social. Para los trabajadores independientes, la base de cálculo surge del salario ficto fijado para la categoría del sistema en que ha sido incluido y determina las cantidades del coeficiente denominado “*Base Ficta de Contribución*” que corresponde.

Ingresan al sistema general de seguridad social: **a.-) por aportes del trabajador:** jubilación 15 %, aporte para asistencia médica y subsidio por enfermedad 3 %, impuesto a las retribuciones personales según la remuneración del trabajador sea menor o mayor a tres Salarios Mínimos Nacionales 1 o 2 %, más de 6 Salarios Mínimos Nacionales 6 % y Fondo de reconversión laboral 0, 25%. **b.-) por contribuciones patronales a cargo del empleador:** Montepío jubilatorio 12.5 %, asistencia médica y subsidio por enfermedad 5 %, impuesto a las retribuciones 1 %, asistencia y subsidio por accidente de trabajo o enfermedades profesionales variable según los sectores de actividad, la naturaleza de las tareas y las empresas del 0,4 al 15 %.

Con este régimen general, conviven los regímenes especiales. Tal el caso de la actividad rural, regulada por la ley 15.852 de 24 de diciembre de 1985 y Decreto N° 61/987 de 29 de enero de 1987, que establece una contribución patronal calculada en base a la extensión del predio trabajado, teniendo en cuenta el índice de productividad de las hectáreas. El aporte de los trabajadores varía según su categoría, correspondiendo para el tropero un 13 % (Montepío), al peón jornalero un 13 %, al servicio doméstico y cocineros también un 13 %.

Las prestaciones otorgadas por el sistema están básicamente reguladas en la ley 16.713. Esta norma establece un régimen mixto que recibe las contribuciones y otorga las prestaciones en forma combinada para dos niveles: a.-) una parte por el régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional; y b.-) otra

parte por el régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio. Hay un tercer nivel, voluntario, con aportes adicionales del afiliado.

Acerca del primer nivel, se ha indicado que responde a un modelo público – profesional y posee las siguientes características: a.-) operar bajo la modalidad de reparto puro; b.-) financiamiento en base a aportaciones sobre salarios, tributos específicamente afectados y asistencia financiera del Gobierno Central, en tanto fuese necesaria para lograr el equilibrio financiero; c.-) la prestación es de naturaleza definida y relativamente proporcional al salario de cotización del afiliado; d.-) la adscripción es obligatoria no siendo posible sustituir este sistema por otro mecanismo; y e.-) la gestión de este sistema está a cargo, obligatoriamente, del Banco de Previsión Social ⁽⁷¹⁰⁾. También que el segundo nivel responde a un modelo privado – comercial profesional, con las siguientes características: a.-) operar bajo la modalidad de capitalización individual (en cuanto al riesgo vejez); b.-) establecer un régimen de aportación definida, para el riesgo vejez, y de prestación definida sólo para los riesgos de invalidez y sobrevivencia; c.-) financiamiento a través de aportes personales sobre salarios; d.-) la prestación es proporcional al nivel de aportaciones y rentabilidad de inversiones; y e.-) la adscripción es obligatoria, con un tope o techo de cotización ⁽⁷¹¹⁾. Por último, hay un tercer nivel, del tipo voluntario, para los afiliados que deseen realizar aportes adicionales.

Para el primer nivel, denominado régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional, por la ley 16.713 se han previsto las siguientes prestaciones:

√ **Jubilación común.** Para su acceso se exigen 60 años de edad y 35 de servicios con cotización efectiva. El haber de la prestación, parte del 50 % del promedio de remuneraciones de cotización por los 10 o 20 años anteriores al cese, con más adicionales por los años de servicio que excedan los 35 o de edad que excedan los 60.

√ **Jubilación por incapacidad total.** Se configura por incapacidad absoluta permanente del asegurado. Hay previstos distintos niveles, según la antigüedad en la cotización y el carácter laboral o no de la causa de la incapacidad. El haber de la prestación será del 65 % del promedio de remuneraciones de cotización por los 10 o 20 años anteriores al cese.

√ **Jubilación por edad avanzada.** Se exigen 70 años de edad y 15 de servicios reconocidos, sin que necesariamente hayan sido de cotización efectiva. El haber de la prestación, parte del 50 % del promedio de remuneraciones de cotización por los 10 o 20 años anteriores al cese, con más un punto por cada año de servicios que exceda los 15, hasta un máximo de 14 puntos.

√ **Subsidio transitorio por incapacidad parcial.** Para el afiliado que con motivo de un accidente o enfermedad, se halle temporariamente imposibilitado de reingresar a la actividad. También aquí se han previsto distintos niveles, según la antigüedad en la cotización y el carácter laboral o no de la causa de la incapacidad. El subsidio es percibido por un máximo de tres años, período dentro del cual el asegurado que padezca incapacidad absoluta, debe optar entre regresar a la actividad u obtener

⁽⁷¹⁰⁾ Saldain, Rodolfo, *Reforma jubilatoria. El nuevo modelo previsional*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995, pág. 81.

⁽⁷¹¹⁾ Saldain, Rodolfo, *Reforma jubilatoria. El nuevo modelo previsional*, cit., pág. 82.

algún otro beneficio jubilatorio. El haber de la prestación será del 65 % del promedio de remuneraciones de cotización por los 10 o 20 años anteriores al cese.

√ **Pensiones de sobrevivencia.** Por fallecimiento del asegurado o jubilado, a favor de las siguientes personas: a.-) personas viudas o divorciadas con ingresos menores o iguales a cierto monto y hasta tanto contraigan nuevo matrimonio (para las personas menores de 40 años, la pensión será de dos años en el caso de los menores de 30 años y por cinco años en el caso de los mayores de dicha edad y menores de 40, salvo que en cualquiera de esos casos, la persona se hallare absolutamente incapacitada para el trabajo, supuesto donde no operará el vencimiento de la pensión); b.-) hijos solteros mayores de dieciocho años de edad absolutamente incapacitados para el trabajo y los solteros menores de 21 años de edad, salvo cuando siendo mayores de 18 cuenten con medios propios de vida; y c.-) padres absolutamente incapacitados para el trabajo. El haber de la prestación será: a.-) para personas viudas con grupo familiar a cargo, del 75 % de la jubilación que le hubiera correspondido al titular, calculado sobre la base mínima de la asignación de la jubilación por incapacidad total; b.-) personas viudas sin grupo familiar, el 66 % calculado sobre igual base; c.-) hijos en concurrencia con los padres, el 66 % calculado sobre igual base; d.-) exclusivamente divorciadas/os o padres, el 50 % de la jubilación que le hubiera correspondido al titular; e.-) viuda/o en concurrencia con divorciada/o, el 66 % de la jubilación que le hubiera correspondido al titular.

Para el segundo nivel, denominado régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio, rigen prestaciones complementarias a las anteriormente señaladas, que se calculan en función del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual que tenga el afiliado en la entidad administradora, al momento del cese en todas las actividades comprendidas por el Banco de Previsión Social, con causal jubilatoria configurada, o permaneciendo en la actividad, siempre que tenga un mínimo de 65 años de edad.

Cuando se trata de prestaciones derivadas de la incapacidad total del asegurado (permanente o transitoria) o su fallecimiento, estas deben ser cubiertas por las entidades administradoras mediante la contratación de un seguro colectivo. En esta contingencia, el asegurado deberá percibir un subsidio igual al 45 % del promedio mensual de las asignaciones computables, sobre las que aportó al Fondo Previsional.

En materia de accidentes y enfermedades no laborales, rige un sistema de seguro obligatorio regulado por el decreto – ley 14.407 del 22/07/1975, reglamentada por el Decreto N° 7/76, financiado con un aporte del 5 % del salario a cargo del empleador y del 3 % sobre igual base a cargo del trabajador. La autoridad de aplicación y control del seguro es la Administración de los Seguros Sociales por Enfermedad (ASSE) que funciona como servicio descentralizado de la administración pública (art. 1° del Decreto Ley 14.407).

Son beneficiarios del régimen de cobertura por seguro obligatorio todos los trabajadores en relación de dependencia y aquellos que se encuentren en situación de desempleo acogidos al Seguro de Desocupación (art. 8° del Decreto – Ley 14.407). Estos están obligados a comunicar al empleador su estado de enfermedad a la brevedad, consecuentemente, el empleador tiene derecho a verificar el estado de salud del empleador.

La legislación no se ocupa de determinar requisitos propios vinculados a la procedencia de la suspensión, bastando que el trabajador se encuentre incapacitado temporalmente con motivo de un accidente o enfermedad

inculpable. No hay antigüedad preestablecida para el derecho del trabajador a percibir salarios durante los tres primeros días de incapacidad, los cuales son a cargo del empleador. Sin embargo, para el goce de los beneficios derivados del sistema de seguro obligatorio, particularmente el subsidio por enfermedad, el art. 9 del Decreto - Ley 14.407 dispone como requisito, que el asegurado haya aportado al Fondo Especial del sistema, la cotización correspondiente a setenta y cinco jornales o tres meses en su caso, como mínimo, dentro de los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de la denuncia de la enfermedad. A partir del cuarto día de ausencia provocada por las situaciones antes mencionadas el trabajador percibirá las prestaciones de asistencia médica y dinerarias por parte de la Administración de los Seguros Sociales (ASSE) y por el plazo máximo de un año, que podrá ser extendido por un año más por votación unánime y fundada de los integrantes del Directorio de la ASSE.

Las prestaciones a cargo de la Administración se encuentran previstas por el art. 13 del Decreto – Ley 14.407. Son básicamente la asistencia médica, quirúrgica y mediación en la forma determinada por la reglamentación y el pago de un subsidio. La prestación dineraria que reemplaza al salario de enfermedad, consistirá en el pago de un importe mensual equivalente al 70 % del salario habitual, escluidas horas extras, viáticos, habilitación, quebrantos de caja, partidas por locomoción y retribuciones especiales (art. 13 inc. 2° del Decreto – Ley 14.407). El subsidio no es acumulable con otros beneficios tales como Seguro por Desocupación, adelanto prejubilatorio u otros subsidios por enfermedad o accidente (art. 25 del Decreto – Ley 14.407) y su monto en ningún caso podrá exceder el triple del valor nominal del Salario Mínimo Nacional (art. 27 del Decreto – Ley 14.407).

El período de enfermedad se computa como tiempo de trabajo efectivo a todos los efectos (art. 21 del Decreto – Ley 14.407). Durante ese tiempo el trabajador continúa obligado al pago del aporte al seguro como si estuviera trabajando, el cual será descontado por la ASSE en el momento del pago.

Durante el período de enfermedad el empleador está obligado a mantener el puesto de empleo al trabajador, reincorporarlo a su terminación y no despedirlo antes de que transcurran treinta días de su reincorporación. La violación por parte del empleador de esta estabilidad trae aparejada una indemnización por despido agravada, equivalente al doble de la común, salvo caso de despido motivado en notoria mala conducta del trabajador (art. 23 del Decreto – Ley 14.407).

Por el art. 10 del Decreto reglamentario N° 7/76, rige la obligación del trabajador dado de alta a presentarse a la empresa a que pertenece dentro de las veinticuatro horas hábiles siguientes a su otorgamiento, momento en el que comenzará a regir el término de treinta días de estabilidad a que se refiere el art. 23 del Decreto - Ley 14.407.

Si al término de los plazos máximos de suspensión por enfermedad ésta le impide al trabajador volver a ejercer sus actividades laborales, cesa en su condición de beneficiario del seguro y puede ser despedido de la empresa sin consecuencias indemnizatorias (art. 16 del Decreto – Ley 14.407). La misma norma aclara que a partir de ese momento puede acogerse a los beneficios previsionales derivados de su situación de incapacidad laborativa.

Existe también un subsidio al imposibilitado. El art. 17 del Decreto – Ley 14.407 prevé que en cualquier momento de la suspensión el asegurado puede ser declarado física o intelectualmente imposibilitado para el trabajo por la Junta Médica del Servicio de Certificaciones médicas de ASSE, quien continuará pagando

el subsidio por enfermedad por ciento ochenta días contados desde la fecha de declaración de incapacidad, pudiendo el trabajador comenzar los trámites tendientes a la obtención de su jubilación.

En cuanto a los accidentes y enfermedades derivados del trabajo, también hay un régimen de seguro obligatorio, con cargo al empleador, regulado por las leyes 10.004 y 16.074, y los Decretos 406/88 y 111/90. La ley 16.074 establece como principio general, en la primer parte de su art. 2°, que *“Todo patrono es responsable civilmente de los accidentes o enfermedades profesionales que ocurran a sus obreros o empleados a causa del trabajo o en ocasión del mismo”*, sujeto a las condiciones previstas por dicha ley.

El seguro obligatorio y las prestaciones cubiertas son administrados a través del Banco de Seguros del Estado (ley 10.004). Ante este Banco, los empleadores deben contratar el seguro por enfermedades o accidentes del trabajo bajo apercibimiento de responder personalmente frente al trabajador enfermo o accidentado. El pago de las cuotas del seguro corresponde al empleador (art. 1° de la ley 16.074). La falta de pago del seguro por parte del empleador, no suspende la obligación del Banco de Seguros a prestar asistencia médica y pagar las indemnizaciones previstas en el sistema, ello sin perjuicio de las acciones que éste pueda ejercer por sanciones y recuperos contra el empleador (art. 8° de la ley 16.074).

Son beneficiarios todos los trabajadores en relación de dependencia, sean *“obreros”* o *“empleados”*, entendiéndose por tales a los que *“ejecuten un trabajo habitual u ocasional, remunerado y en régimen de subordinación”*, tanto en el ámbito privado como público (arts. 2°, 3° y 5° de la ley 16-074, ref. Ley 16.134). También quedan comprendidos : a.-) los aprendices y personal a prueba, con o sin remuneración ; b.-) quienes trabajen en su propio domicilio por cuenta de terceros ; c.-) los serenos, vareadores, jockeys, peones, capataces y cuidadores ocupados en los hipódromos y studs. Las instituciones que explotan los hipódromos cuando los accidentes ocurran dentro de los mismos, serán consideradas patronos (art. 4° de la ley 16.074).

No hay definición legal acerca del accidente del trabajo o enfermedad profesional, la ley se refiere al accidente del trabajo como el ocurrido *“a causa del trabajo o en ocasión del mismo”* (art. 2° de la ley 16.074). Se halla cubierto el producido por caso fortuito o fuerza mayor, o culpa leve o grave del siniestrado (art. 9° de la ley 16.074). Se considera enfermedad profesional la causada por agentes físicos, químicos o biológicos, utilizados o manipulados durante la actividad laboral o que estén presentes en el lugar de trabajo debiendo tener su origen en los trabajos que entrañan el riesgo respectivo, aun cuando aquellos no se estén desempeñando en la época del diagnóstico (arts. 38 y 39 de la ley 16.074). El listado se halla previsto en el dec. 167/981 (8/4/81). El trabajador o el patrono podrán acreditar ante el Banco de Seguros del Estado el carácter profesional de alguna enfermedad que no estuviera aceptada como tal. La inclusión de nuevas enfermedades o declaración de tales, fuera de las que se acepten en cumplimiento de los convenios internacionales suscriptos por el país, así como la interpretación y aplicación de su listado, se hará por el mencionado Banco dando cuenta al Poder Ejecutivo (arts. 41 y 42 de la ley 16.074). Los beneficios se equiparan a los de accidente de trabajo, salvo en el caso de indemnización temporal, la que se calcula sobre la totalidad del sueldo mensual y se paga sin lapso de carencia (art. 44 de la ley 16.074).

La indemnización correspondiente a incapacidad temporaria es equivalente a 2/3 del salario habitual del trabajador a partir del cuarto día de ausencia al trabajo y hasta su rehabilitación (alta médica). Esta prestación cesa en el momento de la cura completa o consolidación de la lesión. Si hay incapacidad permanente indemnizable, se establece de inmediato el monto de la renta (arts. 19 y 24 de la ley 16.074).

La incapacidad permanente inferior al 10 % no genera indemnización. Sin perjuicio de ello, los sucesivos accidentes o enfermedades del trabajo que individualmente provoquen incapacidad inferior al 10 %, son computables para el caso que globalmente alcancen dicho mínimo, oportunidad en la cual pasan a ser indemnizables (art. 25-I de la ley 16.074).

La indemnización por incapacidad permanente del 10 % o mayor consistirá en una renta vitalicia. Se admite que, por acuerdo entre el trabajador y el Banco, tratándose de incapacidad del 10 al 20 %, la indemnización consista en un pago único equivalente a 36 veces la reducción mensual que la incapacidad le haya originado. De no existir acuerdo, rige la renta vitalicia establecida como criterio general (art. 25-II de la ley 16.074).

La renta vitalicia es equivalente a la reducción del salario producida por la incapacidad. Tratándose de incapacidad total permanente, rige un adicional del 15 % sobre el 100 % de disminución de salario si el trabajador requiere asistencia de otra persona. El salario computable para el pago de la renta se debe reajustar de acuerdo a los índices de salarios de la Dirección General de Estadísticas y Censos correspondientes al mes de la fecha del accidente o abandono en caso de enfermedad profesional (art. 29 de la ley 16.074). Este reajuste debe tener lugar una vez al año como mínimo (art. 35 de la ley).

En caso de muerte del trabajador, los derechohabientes tienen derecho al cobro de la renta vitalicia, que ha de variar según el grado de dependencia económica del derechohabiente (v. gr. el cónyuge tiene derecho al cobro de un 50 % de la renta que correspondería al causante).

También se prevén prestaciones en especie con cargo al sistema, consistentes en atención médica, odontológica, farmacéutica y suministro de aparatos ortopédicos o de prótesis y su renovación. Este suministro alcanza a los gastos de transporte entre el lugar del siniestro o domicilio del trabajador y el de asistencia, como asimismo los gastos de sepelio, aclarándose que en este último supuesto la cobertura cuenta con un tope equivalente a seis sueldos mínimos nacionales.

Quedan excluidos como infortunios del trabajo los ocasionados con dolo por parte del trabajador, o cuando éste intencionalmente agrave las lesiones, o se niegue a asistirse o prolongue el período de su curación (art. 9° de la ley 16.074).

La ley aclara que a los fines del sistema de resarcimiento que ella diseña, no se consideran obreros o empleados a quienes practiquen cualquier actividad deportiva o sean actores en espectáculos artísticos, sin perjuicio de los seguros especiales que se contrataren (art. 3° de la ley 16.074).

También quedan excluidos los casos de trabajo ocasional prestado fuera de la actividad habitual del empleador (art. 6° de la ley 16.074).

Tanto el trabajador como sus causahabientes conservan con plenitud el derecho de accionar contra terceros responsables del accidente, el

CUARTA PARTE

Naturaleza jurídica y proyección de la Declaración Sociolaboral

Contenidos.

Capítulo 13: El contexto jurídico e institucional de la Declaración Sociolaboral.

Capítulo 14: El debate en torno a la naturaleza jurídica de la Declaración Sociolaboral.

Capítulo 15: Conclusiones y posición adoptada acerca de la naturaleza jurídica de la Declaración Sociolaboral.

Capítulo 16: Postfacio: hacia un derecho comunitario del trabajo.

Capítulo 13

El contexto jurídico e institucional de la Declaración Sociolaboral.

Sumario.

1.- La cuestión referida a la naturaleza jurídica de la D.SL.M.- 2.- Pertinencia de su determinación (comparación con la Carta de Buenos Aires Sobre Compromiso Social).- 3.- Resultados comparativos entre la D.SL.M. y el estado de ratificaciones a los Convenios de la O.I.T.- 4.- Incompatibilidades detectadas de su contenido con los ordenamientos internos.- 5.- Soluciones posibles a las incompatibilidades apuntadas y el costo laboral derivado de dichos ajustes.- 6.- El contexto normativo regional (MERCOSUR – ALADI) con incidencia en el derecho interno: la reciprocidad y los Acuerdos de Alcance Parcial.- 7.- El problema de los ordenamientos internos: las asimetrías constitucionales.

1.- La cuestión referida a la naturaleza jurídica de la D.SL.M.-

En los Capítulos 3 y 4 del presente trabajo, abordamos a la temática del Mercosur, los objetivos planteados en el proceso de integración y su incidencia en la esfera del derecho social regional, esta última en relación a los métodos posibles de armonización legislativa.

Vimos allí que esa tarea fue originariamente emprendida por el Subgrupo de Trabajo N° 10, sobre la base de una lista consensuada de convenios de la O.I.T. para ser ratificados por los Estados Miembros. Hicimos referencia a los obstáculos que presentaba tal metodología y a la existencia de otra alternativa, consistente en la armonización por vía de una Carta de Derechos Fundamentales para el Mercosur (*Supra*, Capítulo 4, Apartado 3.1.-).

La labor posteriormente emprendida por el Subgrupo de Trabajo N° 10, derivó en la aprobación del texto consensuado de un instrumento sobre derechos sociales, que no recibió la denominación de *Protocolo* o *Carta*, sino *Declaración* y, como tal, fue concluida con la firma de los Jefes de Estado de los cuatro Miembros del Mercosur, en la Ciudad de Río de Janeiro, el día 10 de diciembre de 1998. Hemos hecho referencia a este proceso previo en el Capítulo 5.1.- del presente trabajo.

Luego de abordar al análisis del contenido de la *D.SL.M.*, desde el derecho internacional del trabajo (Parte II) y desde el derecho interno comparado de

los Estados Miembros (Parte III), resta ahora analizar si este instrumento posee algún tipo de relevancia en el terreno jurídico, es decir, si integra el derecho positivo, o reviste el carácter de una mera expresión de deseos, del tipo no vinculante para los gobiernos y a la cual no tienen acceso los particulares.

Para encarar dicho análisis, debemos tener en cuenta algunas premisas básicas.

En primer lugar, convergen al ordenamiento jurídico vigente entre los miembros del Mercosur, las siguientes fuentes:

a.-) Derecho internacional público. Son los tratados, declaraciones y demás instrumentos vinculantes en el derecho internacional, que fueron adoptados por cada uno de los Estados partes, sea de manera aislada o bien como integrantes de otras organizaciones internacionales como ser la O.E.A. y la O.N.U.

b.-) Derecho regional latinoamericano. Los cuatro Estados partes del Mercosur son también miembros de la A.L.A.D.I. En tal carácter han suscripto el Tratado de Montevideo de 1980, constitutivo de dicha Asociación y una serie de acuerdos complementarios, revistiendo particular importancia para el Mercosur los llamados *acuerdos de alcance parcial* a que hemos hecho referencia en el Capítulo 3, Apartado 3.2.2. de este trabajo.

c.-) Derecho del Mercosur. Constituye una sub-especie del derecho regional latinoamericano. Tal como se halla descripto por el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, está conformado por un *derecho originario*, integrado por el Tratado de Asunción, constitutivo del Mercosur, los demás tratados, protocolos y demás instrumentos complementarios que rigen para los Estados conforme a las reglas del derecho internacional; y un *derecho derivado*, el cual se conforma por las normas aprobadas en el seno de los órganos del MERCOSUR dotados con poder normativo: las *Decisiones* del Consejo Mercado Común, las *Resoluciones* del Grupo Mercado Común y las *Directivas* de la Comisión de Comercio del MERCOSUR. Todavía, según ya hemos tratado, no hay en el Mercosur una supranacionalidad perfecta, entendida como la receptividad inmediata y prevalente de las normas dictadas por los órganos del Mercado Común.

d.-) Derecho interno. Está dado por las normas de derecho positivo que integran el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros, entendidas como aquellas a las cuales tienen acceso los particulares y el Estado en sus relaciones internas.

En segundo lugar, corresponderá determinar si la *D.S.L.M.* reviste entidad normativa suficiente como para integrar alguna de las categorías precedentemente señaladas.

Por último, en caso que la integre, corresponderá determinar si las disposiciones operativas de la *Declaración* logran ingresar al derecho interno de los Estados Miembros. En ese caso, con qué jerarquía frente a las demás normas a los fines de determinar su campo de aplicabilidad y vigencia efectiva, medida esta en la posibilidad que puedan tener los particulares para acceder a sus cláusulas

2.- Pertinencia de su determinación (comparación con la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social) .

El proceso previo de gestación de la *D.S.L.M.* demandó cerca de siete años de labores, desde diciembre de 1991 con la creación del Subgrupo de Trabajo N° 11 (que más adelante pasó a llevar el N° 10) "*Asuntos Laborales*" hasta

la suscripción del referido instrumento, en diciembre de 1998. Desde entonces, pese a la abundante producción normativa en materia de protocolos de la más variada temática (Ver su reseña en el Capítulo 3, punto 2.1.- de este trabajo), los Estados Miembros no lograron la sanción de otro instrumento en materia de derechos sociales, con mayor jerarquía normativa que la *D.S.L.M.*

En este sentido, los Jefes de Estado de los cuatro Miembros, reunidos en Buenos Aires, con fecha 30 de junio del año 2000, suscribieron un documento de derechos sociales al que denominaron "*Carta*", tal vez con la intención de asignarle efectos distintivos a la *D.S.L.M.* Esta vez, acompañaron la suscripción del documento, los Jefes de Estado de Bolivia y Chile.

La *Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social* destaca en sus *Considerandos* que los Jefes de Estado tienen presente *los principios y derechos contenidos en la "Declaración Sociolaboral del Mercosur"*, con lo que pareciera verse reafirmada la interpretación que tiende a asignar carácter normativo a esta última *Declaración*, toda vez que si tuviera otro carácter del tipo irrelevante en el ordenamiento jurídico, no contendría derecho alguno.

En lo demás, hay notorias diferencias de redacción entre la "*Carta*" y la "*D.S.L.M.*". En la *Carta* prevalece la mención de propósitos y fines destinados a encauzar las políticas sociales internas de cada Estado. Tales enunciados tendrán el valor normativo derivado de las cláusulas programáticas, en el sentido de potenciar la interpretación de la norma a los fines allí pactados, pero difícilmente puedan incidir de otro modo en la legislación interna de cada Miembro. El propio esquema de redacción utilizado, donde no existen títulos o artículos que denoten la existencia de derechos reconocidos, parecería indicar que se trata más de un convenio intergubernamental que de un instrumento destinado a la población.

La *Carta* está compuesta por tres partes, claramente diferenciadas. La primera parte está dada por "*Considerandos*" que se enuncian bajo ese y otros títulos, como ser "*Reafirmando*", "*Teniendo presente*", "*Convencidos*" y "*Ratificando*". La segunda parte está compuesta por un núcleo de "*coincidencias*" (los Jefes de Estado "*Coinciden en ...*"), cuyos destinatarios parecerían ser los gobiernos, aunque se advierten aquí algunas *coincidencias* que podrían tener efectos en la población, como ser las de "*asegurar a los migrantes el pleno ejercicio de los derechos humanos, y un trato digno, justo y no discriminatorio*" y "*Garantizar el derecho a la educación básica y favorecer el acceso a la educación secundaria, técnica y vocacional*". La tercer parte instrumenta las conclusiones del documento, que han sido expresadas como una "*decisión*" de los Jefes de Estado ("*Por todo ello, deciden: ...*") de intercambiarse experiencias e informaciones "*a fin de contribuir a la superación de los problemas sociales más agudos que los afectan y a la definición de los temas o áreas donde sea viable una acción coordinada o complementaria tendiente a su solución*", acordando "*que el Foro de Consulta y Concertación Política del Mercosur, Bolivia y Chile efectúe el seguimiento de las orientaciones y líneas de acción contenidas en la presente Carta, promoviendo la institucionalización de una reunión de las autoridades responsables en materia de desarrollo social*".

Parecería quedar claro, con este último enunciado, que el instrumento constituye un acuerdo destinado a armonizar las políticas sociales de la región, derivando a un órgano consultivo de composición intergubernamental (*Foro de Consulta y Concertación Política*) la labor de seguimiento de los objetivos instrumentados en ese documento.

Son notorias las diferencias existentes entre la *Carta* y la *D.S.L.M.* En la *Carta* casi no se advierten contenidos normativos, como los que abundan en la *D.S.L.M.* La *Carta* está destinada a los gobiernos. La *D.S.L.M.* también a los sectores involucrados en la producción y el trabajo. No hay previsión de *diálogo social* con participación de estos sectores en la *Carta*, por el contrario, el seguimiento de sus objetivos se llevaría a cabo por un órgano intergubernamental y burocrático donde no participan aquellos sectores. La *Declaración*, en cambio, posee un claro sentido de apertura al *diálogo social* donde los sectores del trabajo participan tanto a nivel consultivo, como de seguimiento y elaboración de propuestas normativas (*Comisión Sociolaboral*).

De manera tal que no hay mucho avance con la *Carta* en el objetivo previsto por el Tratado de Asunción de *armonizar* las legislaciones internas en materia social. Sí, en lo concerniente a las políticas administrativas y sociales que deben seguir los Gobiernos.

Con lo cual, la *D.S.L.M.* sigue siendo el único instrumento cuya redacción permite inferir la existencia de enunciados normativos, los que colaborarían con el fin armonizativo antes indicado.

El transcurso del tiempo y la ausencia de otros instrumentos de similar carácter, llevan a la necesidad de indagar acerca de la naturaleza jurídica de una *Declaración* cuyo carácter inicialmente provisorio, se está convirtiendo en algo permanente. Ello teniendo en cuenta que por su art. 24 se le había asignado un carácter *dinámico*, previendo la revisión de su texto *transcurridos dos años de su adopción*. Y ocurre que el texto no ha sido objeto de revisión, sino de ratificación por la *Carta*, correspondiendo agregar que ello no ha sido óbice para la vigencia plena de otros aspectos de la *Declaración*, como ser el hecho de la constitución, integración y funcionamiento de las Comisiones Sociolaborales Nacionales y la Comisión Sociolaboral Regional, seguida por otros tantos actos de ratificación de los Estados Miembros, consistentes en el tratamiento, confección y remisión de las Memorias a que alude el art. 23.

Así las cosas, estamos frente a un instrumento propio del derecho internacional, toda vez que fue suscripto por los Jefes de Estado, máximos representantes de los Miembros del Mercosur, que se ve cumplimentado en lo referido a su seguimiento y control (arts. 20 a 24), mientras que no ocurre lo propio con relación a sus arts. 1 a 19, muchos de los cuales tienen clara incidencia en el derecho interno de los Estados Miembros.

Existe una clara sensación de incertidumbre acerca de si existen o no, en el ordenamiento jurídico interno, los enunciados normativos de la *D.S.L.M.*, siendo que a cuatro años de su adopción, no fueron objeto de revisión ni su condición jurídica (lo que vendría de transformar la *Declaración* en un *Protocolo* o *Tratado* propiamente dicho, con aprobación por los órganos legislativos internos), ni sus enunciados normativos, todo lo cual ha sido sí objeto de ratificación por la *Carta*.

De manera tal que desde el sector gubernamental, no se ha dado un hecho relevante, a los fines normativos, que traiga un *quietus* acerca de estos temas, mereciendo entonces un análisis jurídico con cierta profundidad en el tema, a los fines de indagar si este instrumento rige o no frente al ordenamiento jurídico interno, es decir, si existe en el terreno jurídico o si no pasa de ser una mera expresión de deseos, ajena al derecho.

3.- Resultados comparativos entre la D.SL.M. y el estado de ratificaciones a los Convenios de la O.I.T.

Del análisis que hemos desarrollado en los Capítulos 5 a 8, acerca del estado actual de compatibilización entre los contenidos de la D.SL.M. y la normativa de la O.I.T., surgen con claridad las dificultades existentes para resolver la tarea de armonización de la legislación laboral sobre la base de los convenios de la O.I.T.

En primer lugar, destacamos que en diversos institutos no hay una perfecta compatibilidad entre el contenido de la D.SL.M. y los Convenios de la O.I.T. Tal el caso de la discriminación por origen nacional, que la D.SL.M. asegura en sus arts. 1 y 4, y la inexistencia de Convenios de la O.I.T. que recepten dicha causal con carácter expreso. Lo propio ocurre con la amplitud del reconocimiento del derecho de los empleadores del art. 7 o del derecho de huelga a favor de los trabajadores que hace el art. 11 de la D.SL.M. Los Convenios de la O.I.T. no aceptan de manera expresa estos contenidos, que sí están incluidos en la D.SL.M.

En segundo lugar, tampoco hay armonía en el estado de ratificaciones a los convenios de la O.I.T. que se vinculan con los tópicos insertos en la D.SL.M.

Veámoslo en los cuadros siguientes:

No discriminación (art. 1°)

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
111	Sobre la discriminación, empleo y ocupación.	Sí	Sí	Sí	Sí

Promoción de la igualdad (art. 2°)

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
159	Sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas).	Sí	Sí	Sí	Sí

Igualdad entre hombres y mujeres (art. 3°).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
82	Sobre política social en territorios no metropolitanos.	No	No	No	No
100	Sobre igualdad de remuneración.	Sí	Sí	Sí	Sí
103	Sobre la protección de la maternidad.	No	Sí	No	Sí
183	Sobre la sobre la protección de la maternidad, 2000.	No	No	No	No

Derechos de los trabajadores migrantes y fronterizos (art. 4°)

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
19	Sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo).	Sí	Sí	No	Sí
82	Sobre política social (territorios no metropolitanos).	No	No	No	No
97	Sobre los trabajadores migrantes.	No	Sí	No	Sí
110	Sobre las plantaciones.	No	No	No	Sí
118	Sobre la igualdad de trato (seguridad social).	No	Sí	No	Sí
143	Sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias).	No	No	No	No

Eliminación del trabajo forzoso (art. 5°).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
29	Sobre el trabajo forzoso.	Sí	Sí	Sí	Sí
105	Sobre la abolición del trabajo forzoso.	Sí	Sí	Sí	Sí

Edad mínima de ingreso al trabajo (art. 6°).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
5	Sobre la edad mínima (industria).	Sí	Sí	No	No
7	Sobre la edad mínima (trabajo marítimo).	No	No	No	No
10	Sobre la edad mínima (agricultura).	No	No	No	No
33	Sobre la edad mínima (trabajos no industriales).	No	No	No	No
59	Sobre la edad mínima (industria). 1937.	No	No	Sí	No
77	Sobre el examen médico de los menores (industria).	Sí	No	Sí	Sí
78	Sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales).	Sí	No	Sí	Sí
90	Sobre el trabajo nocturno de los menores (industria).	Sí	No	Sí	Sí
138	Sobre la edad mínima de admisión al empleo.	Sí	Sí	No	Sí
182	Sobre las peores formas de trabajo infantil.	Sí	Sí	Sí	Sí

Libertad de asociación (arts. 8 y 9).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
----	--------------------------	-----------	--------	----------	---------

11	Sobre el derecho de asociación (agricultura).	Sí	Sí	Sí	Sí
84	Sobre el derecho de asociación (territorios no metropolitanos).	No	No	No	No
87	Sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación.	Sí	No	Sí	Sí
98	Sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.	Sí	Sí	Sí	Sí
110	Sobre las plantaciones.	No	No	No	Sí
135	Sobre los representantes de los trabajadores.	Sí	Sí	No	No
141	Sobre las organizaciones de los trabajadores rurales.	No	Sí	No	Sí
151	Sobre las relaciones de trabajo en la administración pública.	Sí	No	No	Sí

Negociación colectiva (art. 10).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
98	Sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.	Sí	Sí	Sí	Sí
151	Sobre las relaciones de trabajo en la administración pública.	Sí	No	No	Sí
151	Sobre el fomento de la negociación colectiva.	Sí	Sí	No	Sí

Derecho de huelga (art. 11).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
87	Sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación.	Sí	No	Sí	Sí
98	Sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.	Sí	Sí	Sí	Sí

Fomento del diálogo social (arts. 12 y 13).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
88	Sobre el servicio del empleo.	Sí	Sí	No	No
122	Sobre la política del empleo.	No	Sí	Sí	Sí
144	Sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo).	Sí	Sí	No	Sí
150	Sobre la administración del trabajo.	Sí	No	No	Sí

Fomento de empleo y protección contra el desempleo (arts. 14 y 15).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
2	Sobre el desempleo.	Sí	No	No	Sí
88	Sobre el servicio del empleo.	Sí	Sí	No	No
122	Sobre la política de empleo.	No	Sí	Sí	Sí
168	Sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo.	No	Sí	No	No

Programas de formación y capacitación profesional (art. 16).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
140	Sobre la licencia pagada de estudios.	No	Sí	No	No
142	Sobre desarrollo de los recursos humanos.	Sí	Sí	No	No

***Prevención en seguridad y salud
en las condiciones y ambiente de trabajo (art. 17).***

(Se incluye solo la normativa general).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
155	Sobre la seguridad y salud de los trabajadores.	No	Sí	No	Sí
161	Sobre los servicios de salud en el trabajo.	No	Sí	No	Sí

Inspección del trabajo (art. 18).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
81	Sobre la inspección del trabajo.	Sí	Sí	Sí	Sí
110	Sobre desarrollo de los recursos humanos.	No	No	No	Sí
129	Sobre la inspección del trabajo (agricultura).	Sí	No	No	Sí

Seguridad social (art. 19).

N°	Tema del Convenio O.I.T.	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
102	Relativo a la norma mínima de seguridad social.	No	No	No	No
118	Sobre la igualdad de trato (seguridad social).	No	Sí	No	Sí
121	Sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.	No	No	No	Sí
128	Sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes	No	No	No	Sí

	sobrevivientes.				
130	Sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad.	No	No	No	Sí

De esta reseña podemos observar que tampoco hay coincidencia en el estado de ratificación de los llamados “*convenios fundamentales*” a los que alude la D.S.L.M. en sus considerandos, estos son los Convenios incluidos por la O.I.T. en su *Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998)*, ya que Paraguay no ratificó el Convenio N° 138 (Sobre la edad mínima de admisión al empleo) y Brasil el N° 87 (sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicalización). En este sentido, se destaca la labor emprendida por el S.G.T. N° 10, que reiteradamente ha solicitado con carácter prioritario la ratificación de los citados Convenios (⁷¹²).

Hay otros convenios prioritarios (⁷¹³), que tampoco cuentan con las cuatro ratificaciones, entre ellos: el N° 122 sobre la política del empleo (1964), el N° 81 sobre la inspección del trabajo (1947), el N° 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura) (1969), el N° 144 sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) (1976), el N° 154, sobre negociación colectiva, (que no ha sido ratificado solamente por Paraguay) y los Convenios Nros. 77,78, 79 y 90, sobre examen médico y trabajo nocturno de los menores (que no han recibido la ratificación de Brasil). También está el caso de los Convenios que cuentan solo con dos ratificaciones, que son el Convenio N° 141 sobre las organizaciones de trabajadores rurales), el N° 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública) y el N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

Sobre la base de estas mismas consideraciones, el S.G.T. N° 10, en la citada Acta N° 1/2002 de su reunión del 9/5/2002, insistió en la ratificación consensuada de Convenios de la O.I.T., con las siguientes prioridades:

Prioridad N° 1: ratificación de los Convenios que faltan para completar la nómina de los incluidos por la O.I.T. en su *Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998)*.

Prioridad N° 2: ratificación de los convenios recomendados por el Consejo de Administración de la O.I.T., que no fueron ratificados aún por los países que en cada caso se indica:

C. 122 (política de empleo): Argentina.

C. 129 (inspección del trabajo en la agricultura): Brasil y Paraguay.

C. 144: (consultas tripartitas): Paraguay.

Protocolo de 1995 del C. 81: Los cuatro países.

Prioridad N° 3: completar las ratificaciones a los Convenios sobre derechos fundamentales que cuentan con tres ratificaciones, a saber:

(⁷¹²) XIV Reunión celebrada en noviembre de 2001; Acta 1/2002 de la Comisión Temática N° 1 “*Relaciones Laborales*” en su reunión de Buenos Aires, del 9/5/2002. En este Acta, se hace referencia a una solicitud coincidente del G.M.C. en su XLIV Reunión.

(⁷¹³) OIT, Grupo de Trabajo sobre política de revisión de normas, Seguimiento de las Recomendaciones del Grupo de Trabajo, b) Nota de información sobre el estado de las labores y decisiones adoptadas en materia de revisión de normas. GB.283/LILS/WP/PRS/1/2, p. 2; citado en el Acta 1/2002 del S.G.T. N° 10.

C. 154, Fomento de la negociación colectiva: Paraguay.

C. 77, 78, 79 y 90 (examen médico y trabajo nocturno de los menores): Brasil.

Prioridad N° 4: idem, que cuentan con dos ratificaciones, a saber:

C. 141. Organizaciones de trabajadores rurales: Argentina y Paraguay.

C. 151. Relaciones de trabajo en la administración pública. Brasil y Paraguay.

C. 156. Trabajadores con responsabilidades familiares: Brasil y Paraguay.

Hay algo aquí que también corresponde destacar del análisis que hemos realizado y las conclusiones aportadas por el S.G.T. N° 10.

En primer lugar, que el método de la ratificación consensuada de los Convenios de la O.I.T. para armonizar el derecho laboral en el Mercosur, lanzado a pocos meses de la firma del Tratado de Asunción y emprendido al inicio de las actuaciones llevadas a cabo por el S.G.T. N° 10 (cuando llevaba el N° 11), no ha dado resultados prácticos en más de diez años de labor. Ello a juzgar por las propias consecuencias a las que arriba en el año 2002, el mismo S.G.T. N° 10 y a las que hemos hecho referencia.

En segundo lugar, que las conclusiones preliminares de algunos autores, vinculadas a que el contenido de la D.SL.M. ya estaría receptado por los Convenios que ratificaron los Estados Miembros del Mercosur, no guardan estricta coincidencia con el desarrollo que hemos hecho de esta temática ni con el estado actual de disparidad que presentan las ratificaciones de los citados convenios, a la luz de las reiteradas propuestas que ha venido haciendo el S.G.T. N° 10 y el G.M.C. en los últimos once años.

4.- Diferencias detectadas en la comparación del contenido de la D.SL.M. con los ordenamientos internos.-

Dado que los contenidos de la D.SL.M. no se encuentran plenamente incorporados al derecho interno de los Estados Miembros por vía de los Convenios de la O.I.T. que han ratificado, resta ahora analizar si tal incorporación surge del estudio comparativo que hemos realizado en la Parte III del presente trabajo.

En dicha tarea, debemos tener en cuenta que de la relación comparativa señalada, existen por lo menos dos tipos de relaciones, a saber:

√ Contenidos normativos de la D.SL.M. que ya están recepcionados por los ordenamientos internos.

√ Contenidos normativos de la D.SL.M. que mejoran el campo de aplicación de derechos previamente reconocidos por los ordenamientos internos o bien que integran dichos ordenamientos, con el reconocimiento de derechos que no se encontraban previstos.

En el primer caso, el análisis de la naturaleza jurídica de la D.SL.M. no tendrá relevancia inmediata. Puede sostenerse que como se trata de derechos ya reconocidos, no tiene sentido analizar si la D.SL.M. integra el ordenamiento jurídico, toda vez que sería una discusión de tipo bizantina. Sin trascendencia en el orden práctico, donde actúa el derecho.

Sin embargo, a poco de analizar la cuestión, podremos advertir que aún en ese supuesto el análisis resulta pertinente.

Si la D.SL.M. tiene jerarquía de tratado internacional y, de algún modo, los Estados Miembros deben cumplirlo tal y como se han comprometido a

hacerlo, es decir, respetando en sus ordenamientos internos los derechos allí reconocidos, la D.S.L.M., como tratado, pasará a revestir la condición de *norma de orden público regional*. En tal condición, independientemente del sistema de comunicación entre el derecho internacional y el derecho interno que se haya adoptado (dualismo o monismo) los Estados ya no podrían derogar los derechos reconocidos en sus ordenamientos internos, sin incurrir en un incumplimiento a sus compromisos internacionales o bien, proceder con carácter previo a la denuncia del tratado. Y ello rige también para el caso donde la norma del ordenamiento interno cuente con un mayor grado de protección que el previsto en la D.S.L.M., ello así debido al carácter *progresivo* que el propio instrumento asigna, tanto a su contenido, como a los ordenamientos preexistentes (derecho interno y demás instrumentos internacionales previamente ratificados).

En el segundo caso, el análisis determinará si los particulares tienen acceso a las previsiones contenidas en la D.S.L.M., esto es, si las mismas pueden ser invocadas y oponibles en sus relaciones con el Estado y los demás particulares, como si se tratara de una “ley” (en sentido material) interna. Para ello, corresponde tener en cuenta la experiencia europea ⁽⁷¹⁴⁾ elaborada a partir de una interpretación sistemática de los tratados fundacionales, en función de la cual, dichos tratados estaban dirigidos a regular las relaciones entre los Estados, pero si en dichos compromisos los estados se comprometían a reconocer derechos a favor de los particulares, la legitimación de estos para exigir la vigencia de tales derechos en los ordenamientos internos venía impuesta por la doctrina de los actos propios ⁽⁷¹⁵⁾.

Por supuesto, para que los derechos reconocidos a través de los instrumentos del Mercosur puedan ser invocados por los particulares, deben estar expresados a través de fórmulas claras y precisas, en las cuales el beneficiario y el derecho concedido no estén definidos de un modo condicional. Con igual claridad debe surgir la diferente regulación entre la norma nacional y la D.S.L.M. Dado que este último instrumento es de carácter internacional y su incumplimiento puede comprometer la responsabilidad de los Estados Miembros o el mismo proyecto de integración regional que están llevando a cabo, la detección de las diferencias se guiará por una pauta interpretativa *favor tractatus*: si existen varias interpretaciones posibles de una norma interna relacionada con un tratado internacional, debe elegirse aquella que deje a salvo el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas, sólo si la colisión con el tratado fuera inevitable y palmaria debe estarse a la hipótesis de su incumplimiento ⁽⁷¹⁶⁾. Se entiende que en el momento en que un Estado se obliga por un convenio, se halla en condiciones, conforme a su legislación interna, de aplicar las disposiciones del mismo, regla que debe seguirse en la interpretación del derecho interno ⁽⁷¹⁷⁾.

Sin perjuicio de señalar que ya nos hemos ocupado del análisis comparativo de los enunciados de la D.S.L.M. en los ordenamientos jurídicos (internacional e interno) de los Estados Miembros, a los fines de clarificar este análisis en cuanto a su pertinencia, señalaremos las cláusulas de la D.S.L.M. cuya

⁽⁷¹⁴⁾ T.J.C.E., sentencias “*Van Gend En Loss*” del 5/2/63 y “*Van Duyn*” del 4/12/74.

⁽⁷¹⁵⁾ González, Flavio Floreal, *Mercosur: un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio*, en L.L., T° 2000-B, pág. 1038.

⁽⁷¹⁶⁾ C.S.J.N., 10/10/94, “*Fallos*” 317:1282”, voto por separado del Ministro Antonio Boggiano, Consid. 15.

⁽⁷¹⁷⁾ C.S.J.N., “*Fallos*” 318:141, Consid. 10.

estructura ha sido enunciada con carácter normativo completo, autoejecutable, operativo y los casos donde dichas disposiciones se muestran incompatibles (por omisión de regulación o regulación contraria) en los ordenamientos internos.

Este análisis apunta, en cada caso, a ir delineando las obligaciones asumidas por los Estados Miembros que puedan ser invocadas por los particulares, tanto para sus relaciones entre sí (del tipo horizontal) como con la administración (del tipo vertical).

a.-) No discriminación (art. 1°). Condición nacional.

a.1.- Argentina.

El art. 18 de la ley 23.551, en cuanto exige la condición de ciudadano argentino para ser titular del cargo de mayor jerarquía (o su reemplazante, y el 75 % de la integración del órgano directivo) de una asociación sindical, es claramente incompatible con el art. 1° de la D.S.L.M., toda vez que discrimina a los trabajadores que pretendan ejercer su libertad sindical, debido a su nacionalidad, excluyendo a los no nacionales de la posibilidad de ejercer los citados cargos representativos.

Del mismo modo, el art. 2° de la ley 24.493 de Fomento de la Mano de Obra Nacional, en cuanto impide a la autoridad de Migraciones la posibilidad de otorgar autorización para realizar tareas remuneradas o lucrativas a extranjeros admitidos como “residentes transitorios”, existiendo mano de obra nacional disponible, es claramente incompatible con los arts. 1° y 4° de la D.S.L.M. en cuanto reconocen la plena equiparación de derechos laborales a los extranjeros.

a.2.- Brasil.

Los arts. 352 a 371 de su C.L.T., agrupados en el Título III, Capítulo II denominado *Nacionalización del trabajo*, se que en todo empleo con tres o más trabajadores, exista una proporción de 2/3 de dependientes de nacionalidad brasileña o portuguesa (arts. 353 y 354). Y *Parágrafo único* del art. 358: *En los casos de falta o cesación de trabajo, el despido del empleado extranjero debe preceder al del brasileño que ejerza función análoga*, son claramente contrarios al art. 1° de la D.S.L.M., toda vez que implementan diferencias de trato basadas en el origen nacional del trabajador.

a.3.- Paraguay.

El art. 87 de su Constitución Nacional, en cuanto establece que con relación al fomento del empleo y formación profesional de recursos humanos, se dará *preferencia al trabajador nacional*, también resulta incompatible con art. 1° de la D.S.L.M., toda vez que orienta las políticas de empleo y formación profesional, a establecer diferenciaciones que atienden al origen nacional de los trabajadores.

a.4.- Uruguay.

No hay norma expresa destinada a garantizar la igualdad de trato entre el trabajador extranjero y el nacional. Su ley antidiscriminación, N° 16.045, parece acotar el alcance de sus disposiciones “*al principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos*” (art. 1°), es decir, entre el hombre y la mujer, con lo cual quedaría fuera de regulación el tema del origen nacional.

b.-) Promoción de la igualdad (art. 2°).

Paraguay.

Por el inciso 1°, la *Declaración* reconoce a las personas con discapacidad el derecho a no ser discriminadas. El art. 81 inc. u-) del Código Laboral paraguayo, contempla como causal justificada para la terminación del contrato por decisión del empleador y sin indemnización, la *Comprobación en el trabajador de enfermedad infectocontagiosa o mental o de otras dolencias o perturbación orgánicas, siempre que le incapaciten permanentemente para el cumplimiento de las tareas contratadas o constituyan un peligro para terceros.*

En cuanto al inciso 2°, que instrumenta el compromiso de los Estados a adoptar medidas efectivas destinadas a la formación profesional, recalificación profesional e inserción laboral de las personas con discapacidad, no hay normas en Paraguay que encaucen este compromiso.

c.-) Igualdad de trato entre mujeres y hombres (art. 3°).

Brasil.

Si bien el contexto normativo reconoce a la mujer la igualdad de trato y oportunidades, no se han encontrado medidas positivas tendientes al fomento de empleo femenino. Aunque ello puede derivar de las particularidades de su mercado de trabajo, el cual con su bajo nivel de desempleo, puede no ofrecer dificultades especiales de inserción para la mujer.

d.-) Trabajadores migrantes y fronterizos (art. 4°).

Se advierten las mismas incompatibilidades apuntadas en ocasión de tratar el tema de la discriminación por el origen nacional.

e.-) Eliminación del trabajo forzoso (art. 5°).-

No se han detectado incompatibilidades normativas.

f.-) Trabajo infantil y de menores (art. 6°).

De asignarse efectos inmediatos y directamente operativos al inciso 6° de la D.SL.M., que prevé los 18 años como edad mínima de admisión al empleo, todas las legislaciones serían incompatibles con dicho enunciado. En efecto, en Argentina rige la edad mínima de admisión al empleo en los 14 años, en Brasil los 16 años, en Paraguay a los 14 años y en Uruguay los 15 años. En todas las legislaciones (aunque con algunas limitaciones en Brasil y Uruguay), la plena capacidad laboral se adquiere a los 18 años, tiempo que, según la D.SL.M., marcaría la edad mínima de admisión al empleo y el inicio del régimen especial de contratación de menores, que se extendería hasta los 21 años.

f.1.- Argentina.

El art. 190 de la L.C.T. establece que la jornada de los menores de más de 16 (dieciséis) años, previa autorización de la autoridad administrativa, podrá extenderse a la jornada prevista para los mayores, de 8 horas diarias o 48 horas semanales. Esta excepción, sustrae a los menores del régimen de jornada especialmente limitada que prevé el inc. 4° del art. 6° de la D.SL.M.

f.2.- Brasil.

Su legislación no contempla una jornada especial, reducida, para el trabajo de menores, tal como lo exige el inc. 4° del art. 6° de la D.SL.M. El art. 411

de su C.L.T. establece la aplicabilidad de la jornada general para los menores, con las ligeras particularidades descritas anteriormente (supra Capítulo 10, Ap. 7.2.-). Aunque corresponde aclarar, que en dicho régimen legal, la jornada normal semanal es de 44 horas, mientras que en el resto de los Estados Miembros rige, con algunas particularidades, la jornada semanal de 48 horas (⁷¹⁸).

Otra incompatibilidad está dada por el régimen de horas extras en el trabajo de los menores. Mientras el inc. 4° del art. 6° de la D.S.L.M. lo prohíbe (*La jornada de trabajo para esos menores ... no admitirá su extensión mediante la realización de horas extras ...*), el art. 413 de su C.L.T. permite prorrogar la duración normal diaria del trabajo del menor (que ya es la misma que rige para los adultos), con carácter normal hasta dos horas en sistemas de compensación semanal de jornada (dentro de las 44 hs. semanales) y, con carácter excepcional por fuerza mayor, hasta 12 horas diarias.

f.3.- Uruguay.

Hay una ligera incompatibilidad en el art. 1° del Decreto 287/80, toda vez que esta normativa permite para los menores mayores de 16 años, la extensión de su jornada de trabajo hasta las 8.hs. diarias, con autorización del Consejo del Niño y en actividades industriales que no comprometan la salud física o moral del menor. Esta excepción, sustrae a los menores del régimen de jornada especialmente limitada que prevé el inc. 4° del art. 6° de la D.S.L.M.

g.-) Derechos de los empleadores (art. 7°).-

No se han detectado incompatibilidades normativas.

h.-) La libertad de asociación y libertad sindical (arts. 8 y 9).

h.1.- Argentina.

El art. 18 de su ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551, al exigir la condición de nacional para desempeñar el cargo de máxima representatividad en su órgano directivo, el de su reemplazante estatutario y el del 75 % de sus integrantes, restringe la posibilidad de constituir asociaciones extranacionales y llevar adelante cualquier proyecto de organización sindical regional.

h.2.- Brasil.

No hay plena libertad de asociación, toda vez que el art. 8° de su Constitución de 1988, por el inciso II, *prohíbe la creación de más de una organización sindical, en cualquier grado, representativa de categoría profesional o económica, en la misma base territorial* y restringe la creación de organizaciones sindicales cuyo ámbito de representación territorial sea menor al de un municipio. Tampoco se admite la constitución de asociaciones sindicales que no sean representativas de una categoría de trabajadores (actividad, rama, profesión u oficio), es decir, no se admiten los sindicatos de empresa. La misma incompatibilidad se extiende a su régimen infraconstitucional (C.L.T., arts. 511 a 610).

i.-) La negociación colectiva (art. 10).-

⁽⁷¹⁸⁾ Ver nuestro *Derecho del trabajo en el Mercosur*, cit., Capítulo XI *Jornada de trabajo y descansos*, págs. 267 y ss., particularmente el análisis de las asimetrías detectadas a partir de la pág. 315.

No se han detectado incompatibilidades normativas salvo la falta de ratificación por Brasil y Paraguay del Convenio N° 151 de la O.I.T. sobre la negociación colectiva en el ámbito de la administración pública.

j.-) Derecho de huelga (art. 11).

j.1.- Argentina.

Dado que el art. 11 de la D.SL.M. confiere la titularidad del ejercicio del derecho de huelga, de manera indistinta, tanto a las asociaciones sindicales como a los trabajadores, hay incompatibilidad entre la amplitud de dicho reconocimiento y las normas que restringen el ejercicio de este derecho, condicionándolo a una previa intervención de asociación sindical.

Tal es el caso de la ley N° 23.551, que coloca en cabeza de las asociaciones sindicales más representativas (aquellas que cuenten con *personería gremial*), la titularidad de la representación de los intereses colectivos en la negociación y concertación de convenios colectivos de trabajo (art. 31 de la ley 23.551) y, por excepción, permite el ejercicio de estos derechos (que incluyen el de huelga) a las asociaciones sindicales *simplemente inscriptas, cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial* (id., art. 23 inc. b).

j.2.- Brasil.

El ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores, si bien está previsto por el art. 9 de su Constitución de 1988, la reglamentación que ha hecho del instituto la ley 7.783, en cuanto lo condiciona a actividades previas por parte de la organización sindical cuando esta exista (art. 4°, convocatoria a asamblea de trabajadores), o a las circunstancias puntuales de haberse frustrado la negociación colectiva o verificada la imposibilidad de recurso arbitral (art. 3° de la ley), resulta incompatible con la amplitud del reconocimiento formulado en el art. 11 de la D.SL.M.

Concretamente, no hay libertad para los trabajadores de elegir las causas por las que deban recurrir a las medidas de acción directa, cuando no se trate de las previstas por el citado art. 3° de la ley 7.783. Tampoco hay libertad en materia de adopción de estas medidas por parte de los trabajadores, cuando su determinación no sea acompañada por la entidad sindical (art. 4°).

Y también hay incompatibilidad en el ámbito de la administración pública, donde el ejercicio de este derecho reconocido en su Constitución de 1988 (art. 37 inc. VI) quedó supeditado a una ley específica que no fue dictada hasta el momento.

j.3.- Paraguay.

La definición de huelga contenida en el art. 357 de su Código Laboral, en cuanto restringe y limita el ejercicio de este derecho a la *suspensión temporal, colectiva y concertada del trabajo* y no lo hace extensivo a otras medidas, distintas de la suspensión colectiva en la prestación de servicios (trabajo a reglamento, suspensiones diagramadas o rotativas, etc.), es incompatible con el enunciado amplio del art. 1.1 de la D.SL.M.

k.-) Desarrollo de procedimientos preventivos (art. 12), diálogo social (art. 13), fomento de empleo (art. 14) y protección contra el desempleo (art. 15).

Los citados cuatro artículos se encuentran redactados bajo fórmulas programáticas, previendo el compromiso de los Estados a realizar medidas tendientes a la implementación de los citados institutos en sus prácticas nacionales.

Solo se advierte como asimetría importante, que Paraguay no haya implementado aún el régimen de protección a los desempleados previsto por el art. 15 de la D.S.L.M.

l.-) Derecho a la formación profesional (art. 16).

No se han detectado incompatibilidades normativas.

j.-) Derecho a la salud, seguridad e inspección en el trabajo (arts. 17 y 18).

No se han detectado incompatibilidades normativas, salvo en Argentina las limitaciones impuestas por la ley 24.557, que restringen la plenitud del derecho de acceso a la jurisdicción del trabajador que procura el resarcimiento civil del daño a su salud, causado por accidente o enfermedad en el trabajo.

5.- Soluciones posibles a las incompatibilidades apuntadas y el costo laboral derivado de dichos ajustes.-

Nos parece pertinente clarificar aquí, con relación a las incompatibilidades precedentemente referidas, si de su corrección o ajuste en las legislaciones internas de los Estados Miembros, deriva un incremento al llamado costo laboral, esto es, si dichas medidas importarían el encarecimiento de la mano de obra en la región. Para ello debemos determinar, en primer término, las alternativas de solución o ajuste a las diferencias más notorias apuntadas y, en segundo término, si de ellas se derivaría alguna variación en el costo laboral.

5.1.- Soluciones posibles.

5.1.1.- No discriminación por el origen nacional (arts. 1, 4, 8 y 9).

En materia de no discriminación por el origen nacional del trabajador, podrían darse distintas alternativas de solución, desde la práctica nacional o modificaciones normativas impulsadas desde el Mercosur.

En caso se admitiera el carácter normativo y obligatorio de la D.S.L.M., las citadas incompatibilidades quedarían derogadas, como lo queda toda ley incompatible con otra posterior o de mayor jerarquía. La solución estaría dada por una práctica nacional que, a través de la jurisprudencia o los actos administrativos, reconozcan la plena equiparación de derechos (individuales, colectivos o previsionales) al trabajador no nacional, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1° y 4° de la D.S.L.M.

El inconveniente de dicho criterio estaría dado en el carácter “abierto” de la D.S.L.M. y la posibilidad que se den, en la práctica, situaciones de ausencia de reciprocidad, en materia de trabajadores nacionales de Estados extra – Mercosur. Concretamente, no parece adecuado que mientras los Estados del Mercosur reconozcan una plena equiparación de derechos a los no nacionales “mercosureños”, los Estados no “mercosureños” adopten prácticas contrarias, restringiendo el acceso de nuestros trabajadores, exigiéndoles impuestos por su condición de extranjeros o privándolos de beneficios que rigen para los nacionales del Estado donde se encuentre prestando servicios.

La D.S.L.M. debió haber seguido el antecedente de la Carta Social Europea de 1961, que en materia de protección a los trabajadores migrantes, restringía el ámbito de sus normas a los nacionales de los Estados que hubieran ratificado ese documento ⁽⁷¹⁹⁾.

La solución más acorde estaría dada por el reconocimiento de un *status* jurídico a favor de los nacionales del Mercosur, que los equipare de manera automática a los nacionales del Estado del Mercosur donde se encuentra. Ello sería logrado con la adopción de una *Ciudadanía del Mercosur*, complementaria a la nacionalidad de origen. A través de ella y el compromiso de reciprocidad en el trato para la región, serían solucionadas todas las incompatibilidades normativas, sin el inconveniente apuntado de la falta de reciprocidad para los mercosureños que deban emigrar.

5.1.2.- No discriminación por discapacidad física (art. 2).

El único caso advertido es el del art. 81 inc. u.-) del Código Laboral paraguayo, que permite el despido sin indemnización, del trabajador enfermo o portador de deficiencia física o mental.

Al igual que en el caso anterior, si se admite el carácter normativo y obligatorio de la D.S.L.M., la citada incompatibilidad quedaría derogada por el art. 2° de este instrumento. De lo contrario, corresponderá una modificación legislativa interna.

Aún cuando se admitiera el carácter normativo de la D.S.L.M., la única posibilidad de cumplimiento del inc. 2° de este art. 2° por Paraguay, estaría dado por la adopción, en dicho Estado, de medidas positivas tendientes al fomento de la inserción laboral de las personas con discapacidad, tal como han sido adoptadas por los demás Estados Miembros.

5.1.3.- Trabajo infantil y de menores (art. 6).

De asignarse carácter normativo a la D.S.L.M., habría que distinguir el caso de la edad mínima de admisión al empleo, de las demás cláusulas del art. 6°.

Con relación a la edad mínima, hemos apuntado que caben por lo menos dos efectos, según sea la interpretación que se asigne a la norma. Si se entiende que su redacción es del tipo programática, que indica el propósito a alcanzar progresivamente por las legislaciones internas de elevar la edad mínima de admisión al empleo a los 18 años, sobrevivirían las normas que establecen un régimen especial de contratación entre la edad mínima de admisión y los 21 años de edad. Si, por el contrario, se interpreta que su redacción es imperativa y, al mismo tiempo, que la D.S.L.M. es directamente operativa, las edades mínimas de admisión al empleo quedarían elevadas a los 18 años de edad, y el régimen especial de protección iría hasta los 21 años, en que el trabajador adquiere la plena capacidad civil.

La ausencia de una jornada de trabajo *especial* para los menores, en el caso de Brasil, solo podría implementarse a través de una adecuación legislativa, esto es, la modificación del art. 411 de la C.L.T. que declara aplicable a los menores, el régimen general en esa materia. En una nueva redacción, la norma podría

⁽⁷¹⁹⁾ Sússekind, Arnaldo, *Direito internacional do trabalho*, 3° edición, editorial LTr., San Pablo 2000, pág. 435.

receptar la jornada *especial* de seis horas diarias o 36 semanales admitida, en general, por las restantes legislaciones del Mercosur.

En cuanto a los casos argentino del art. 190 de la L.C.T. y uruguayo del art. 1º del Decreto 287/80, que permiten extender la jornada de los menores mayores de 16 años a niveles similares a la jornada general, si se admite el carácter normativo de la D.S.L.M., ambas excepciones quedarían derogadas y en ningún caso sería posible sustraer a los menores del régimen especial de jornada. En caso contrario, la solución estaría dada por la adecuación de las legislaciones, derogando las citadas excepciones.

Y con relación a la posibilidad de que los menores cumplan horas extras, solo Brasil lo permite, aunque con carácter excepcional, por el art. 413 de la C.L.T. Si se admite el carácter operativo de la D.S.L.M., esta norma quedaría derogada. De lo contrario, correspondería modificar esa previsión, prohibiendo en todos los casos la prolongación de la jornada del menor, a efectos de adecuar el sistema a las previsiones de la D.S.L.M.

5.1.4.- Libertad de asociación y libertad sindical (arts. 8 y 9).

Además del caso del art. 18 de la ley 23.551 argentina, que discrimina al trabajador no nacional, la única incompatibilidad detectada con relación a esta norma es el caso de Brasil, que no admite la libertad de asociación en plenitud.

Hemos visto que el Convenio N° 87 de la O.I.T. no es incompatible con un régimen de unidad sindical, que asigne preponderancia a las asociaciones más representativas, pero que permita la constitución de otras asociaciones sindicales menos representativas, aún cuando no tengan acceso a determinadas prerrogativas que la legislación reserve para las más representativas.

El caso de Brasil es difícil, porque exigiría profundas reformas, incluso a su Constitución, tendientes a implementar un régimen de libertad sindical que mantenga su sistema de unidad sindical.

Señala Amauri Mascaro Nascimento, que la tradición de unidad sindical no fue característica en los inicios de la organización sindical brasileña. Las leyes sindicales de 1903 y 1907 permitieron la pluralidad sindical y la Constitución Federal de 1934 la mantuvo, declarando por el art. 120 que *“La ley asegurará la pluralidad sindical y la completa autonomía de los sindicatos”*. El régimen de unidad sindical aparece en 1939 por el Decreto – ley 1.402, en los siguientes términos: *“No será reconocido más de un sindicato para cada profesión”*. La C.L.T. de 1943 recibe este sistema, estableciendo por su art. 516 que *“No será reconocido más de un sindicato representativo de la misma categoría económica (actividad o rama) o profesional, o profesión liberal, en una misma base territorial”*. Posteriormente, la Constitución de 1988 mantuvo este sistema por el ya citado art. 8 inc. II. Nuestro autor refiere que la C.L.T. había permitido la constitución de otras asociaciones sindicales menos representativas (arts. 512 a 515 y 520), las cuales, al adquirir una mayor representatividad, eran reconocidas por la autoridad administrativa como sindicato. Es decir, estaba previsto en la C.L.T. un sistema similar al que existe en Argentina, donde la asociación sindical más representativa cuenta con *“personería gremial”*. Dicha posibilidad quedó derogada recién con la Constitución de 1988. Señala como atenuante, la posibilidad de constituir asociaciones sindicales por rama o segmento de actividad. Ello derivó que en 1996 en Brasil, donde supuestamente rige un sistema de *unidad sindical*, estén reconocidos 15.972 sindicatos por el

Ministerio de Trabajo. Concluye que prohibir por ley la creación de más de un sindicato por categoría, “es una reminiscencia corporativa que no tiene espacio en una sociedad pluralista que desea encontrar, en el consenso, el fundamento de su edificación”. En un sistema de libertad, los sindicatos se unen como, cuando y donde ellos quieren” ⁽⁷²⁰⁾.

La solución inmediata a esta incompatibilidad, que es básicamente constitucional, parece poco probable sin una reforma constitucional (que en el caso de Brasil tiene previsto un procedimiento de reforma flexible a cargo de su Congreso). Aún cuando por vía interpretativa se pudiera asignar carácter operativo a la D.S.L.M. y que esta integra la nómina de tratados sobre derechos humanos, de aplicabilidad inmediata según el art. 5° de su Constitución de 1988, no hay norma cuyo texto permita concluir la supremacía de este tipo de tratados sobre su Constitución ⁽⁷²¹⁾.

5.1.5.- Derecho de huelga (art. 11).

Si se admite el carácter normativo y obligatorio de la D.S.L.M., las incompatibilidades detectadas en materia de titularidad de este derecho y la amplitud de su ejercicio, quedarían derogadas por el art. 11 de este instrumento. De lo contrario, corresponderá una modificación legislativa interna.

4.1.6.- Protección contra el desempleo (art. 15).

Solo Paraguay ha omitido implementar un sistema de cobertura para la contingencia de desempleo involuntario. La única solución a esa diferencia vendría por medio normativo interno.

Si se admite el carácter normativo y obligatorio de la D.S.L.M., los trabajadores que atraviesen por dicha contingencia, podrían responsabilizar al Estado paraguayo por las consecuencias que la omisión reglamentaria les ha provocado.

5.2.- El costo laboral derivado de los ajustes.

Para abordar a esta temática corresponde puntualizar, en primer término, que no hay un mecanismo pacífico con relación a determinar la incidencia del costo del trabajo en el precio del producto y como ello incide en la economía en general. La temática es compleja, tanto desde un punto de vista conceptual como técnico. Si bien no es el objeto del presente trabajo realizar una investigación exhaustiva del costo laboral, parece pertinente señalar algunos aspectos que consideramos básicos y elementales, sobre todo en cuanto se vinculan con la operatividad de algunos contenidos de la D.S.L.M. en el contexto del fin armonizativo de la legislación laboral derivado del T.A.

Ante todo existe un inconveniente de tipo conceptual y es la equiparación del salario neto o de bolsillo (dinero recibido por el trabajador), con la figura del costo laboral. Sostener que el salario es un “costo” o un “precio” equivale

⁽⁷²⁰⁾Nascimento, Amauri Mascaro, *Compêndio de direito sindical*, 2° edición, editorial LTr, San Pablo 2000, págs. 163 a 168.

⁽⁷²¹⁾ Aunque últimamente se viene imponiendo en su doctrina, que los tratados sobre derechos humanos, por remisión que hace la cláusula “abierto” del art. 5° de su Constitución de 1988, tienen jerarquía constitucional. Ver Sússekind, Arnaldo López, *Direito internacional do trabalho*, 3° edición, editorial LTr, San Pablo 2000; Piovesan, Flavia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2° edición, San Pablo 1997, pág. 85.

tanto como sostener que el trabajo humano no es más que una mercancía. En este terreno conceptual, corresponde interpretar que dinero que el trabajador recibe como consecuencia de su contrato de trabajo es “salario” o “utilidad”, reservando la expresión “costo laboral” para todo aquello que empleador y trabajador deben pagar por encima del “salario”. Para nosotros, el salario no es ningún “precio”, sino la retribución en dinero del trabajo humano, de aquello que más dignifica al hombre y lo asemeja con su Creador. Tan es así, que la propia definición de “costo” que encontramos en el Diccionario Español de la Real Academia, ha excluido de sus acepciones al salario, definiendo por costo en su segunda acepción el “Gasto de *manutención del trabajador cuando se añade al salario*” (el subrayado nos pertenece) y por “manutención”, el propio Diccionario indica que debe interpretarse “Acción y efecto de mantener o mantenerse. Conservación y amparo”. Y cuando define “salario”, en ningún momento se refiere a esta expresión como un “costo”, sino como “estipendio, paga o remuneración. En especial, cantidad de dinero con que se retribuye a los trabajadores manuales”.

Sin embargo, corresponde también admitir que la expresión “costo”, significa la cantidad que se da o se paga por una cosa. Aplicado al trabajo humano, la expresión “costo” vendría a significar el precio que alguien paga por mantener un contrato de trabajo.

Desde un punto de vista macroeconómico, el costo laboral aparece como el precio que la sociedad paga como consecuencia de una relación contractual mantenida por la mayor parte de su población, tanto en calidad como en cantidad, de trabajadores dependientes y de empleadores. El “costo laboral” no estaría dado por el dinero que reciben los trabajadores, sino por aquél que ingresa a modo de recurso económico del estado, destinado a la satisfacción de intereses sociales determinados (sistema de seguridad social) o indeterminados (impuesto).

El dinero recibido por la clase trabajadora como consecuencia de su contrato de trabajo (salario) no importaría un costo para la sociedad ya que este dinero es afectado a circulación y multiplicación. Es gastado por el trabajador y su familia como consumidores. Este falso “costo”, vendría a convertirse en un ingreso de la sociedad, en tanto tiene una contrapartida en producción de bienes y servicios disponibles (⁷²²).

En efecto, en la medida que el salario importa transferencia de dinero a favor de un importante sector de la sociedad (trabajadores) y este lo utilizará, a su vez, para la adquisición de bienes o servicios, el mismo redundará en beneficio de la comunidad, a través de la circulación de dinero provocada a partir del consumo. De nada serviría cualquier explotación comercial si no existieran los consumidores que pagaran por los bienes o servicios que se producen. Por intermedio del salario se genera una importante circulación de dinero favorable a la expansión de cualquier economía a través del consumo de bienes y servicios.

Una variable interesante aquí, a los fines de determinar si es equitativo el reparto de riqueza en un Estado, son los indicadores que reflejan la participación del salario en el Producto Bruto Interno, es decir, que parte de la riqueza de un Estado se asigna a los trabajadores.

(⁷²²) CANCELA, Walter, *Costos laborales. Reflexiones desde la perspectiva de la integración económica*, VII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo, ponencia publicada por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993, pág. 59.

Desde un punto de vista microeconómico, el “costo laboral” es el precio que debe pagar la empresa por el trabajo humano que necesita dirigir, junto con los demás recursos que debe ordenar, en función del adecuado cumplimiento de sus fines.

Un criterio simple, estaría dado por calcular los distintos componentes del precio de salida de fábrica de un producto, esto es, costo de los insumos, mano de obra, cargas sociales, impositivas y ganancia, para luego calcular la proporción que mantienen, sobre dicho valor final, el “costo” del salario más las cargas sociales.

Pero este criterio comienza a complicarse, dado que un estudio científico exigiría la realización de cálculos diferenciados según la actividad de que se trate (producción de bienes o servicios) y, sobre todo en el primero de dichos grupos, la necesidad de analizar las diferentes etapas del proceso económico, desde el insumo hasta el producto final, las cuales producen transferencia de ingresos dentro del sector asalariado y traslado de costos al precio final (⁷²³).

Otra complicación resulta de la necesaria diferenciación que debe hacerse, del salario (utilidad directa del trabajador e indirecta de la sociedad) respecto de las cargas sociales que son absorbidas por el sistema de seguridad social. La distribución del costo entre salario y cargas resulta ajena a la voluntad de las partes en la relación individual de trabajo, lo propio ocurre con relación al modo con que esta parte del costo se afecta, de manera directa, indirecta o de ninguna forma, a la satisfacción de intereses concretos o colectivos de trabajadores y empleadores. A menudo, no existe una adecuada proporción entre la cobertura que brindan los servicios previsionales o asistenciales y la magnitud de los tributos. Ello puede obedecer a un número indeterminado de razones, que también ameritarían estudios complejos, vinculados básicamente con el destino que cada Estado asigna a estos recursos y la administración del sistema de seguridad social. Hemos detectado ya, importantes asimetrías en el Mercosur vinculadas con los sistemas de cobertura de salud de la población. Mientras en Brasil, Paraguay y Uruguay el sistema es administrado por el Estado, en Argentina hay una doble administración e imposición, ya que el Estado administra la salud pública general para la población, en un régimen que convive con el sistema de obras sociales solidarias, administradas por asociaciones sindicales, que surgieron debido a la ineficiencia de la labor llevada a cabo por aquél. A su vez, mientras que en los tres primeros países el sistema cubre los salarios del trabajador enfermo o accidentado por causas no laborales, en Argentina dichas erogaciones se encuentran a cargo del empleador. Resulta indiscutible el derecho del trabajador enfermo a percibir remuneración, pero ocurre que el sistema argentino, al ser el único que coloca ese costo a cargo del empleador (con más el del control médico y el del reemplazo del trabajador ausente), termina de algún modo afectando el precio de los productos y su competitividad comparativa en la región.

Y las complicaciones continúan cuando se analizan los distintos componentes del salario, algunos derivados de la ley y otros de la negociación

(⁷²³) Rodríguez Mancini, Jorge, *La incidencia salarial en la formación de los costos*, D.T. 1987-B, pág. 1163. Ver también aquí el cuadro de incidencia de costos, extraído del estudio de Augusto Merello *Programa Argentino de seguridad social*, Bs. As. 1965.

colectiva, extremo que exigiría más estudios diferenciados sobre la incidencia salarial de las distintas cláusulas normativas convencionales.

En este grupo, se han señalado: a.-) remuneración por tiempo no trabajado, que incluye, entre otras cosas, ausencia por razones de educación, días feriados, actividades sindicales y licencia paga por razones personales; b.-) primas y gratificaciones al contado, ofrecidas a intervalos irregulares o con acciones de la empresa; c.-) pagos en especie, de distinta índole; d.-) alojamiento gratis o de bajo costo, desde casas con servicio doméstico para ejecutivos hasta simples habitaciones para empleados con sueldos bajos; e.-) prestaciones no reglamentadas de seguridad social, especialmente indicadas para empresas que dependen de una fuerza laboral estable: aporte jubilatorio, seguro de vida, salarios anuales garantizados y asignaciones familiares al contado o en especie; f.-) formación profesional, particularmente provechosa para el trabajador si los conocimientos adquiridos contribuyen a su movilidad; g.-) asistencia social o servicios para empleados, que van desde cantinas subvencionadas hasta préstamos personales, inclusive préstamos hipotecarios de bajo interés; h.-) otras prestaciones, tales como transporte al trabajo o ropa de trabajo (⁷²⁴).

Y también corresponde analizar en este contexto, aún cuando conceptualmente no signifiquen “costo”, los valores salariales netos recibidos por el trabajador. Es claro que este componente del precio redonda en un beneficio para la sociedad, a través de la riqueza generada con su circulación y el consumo. Los mejores salarios alientan la producción individual del trabajador y redundan en un beneficio para cualquier empresa. Basta observar los valores salariales que rigen en las economías más desarrolladas (Alemania, Japón, Estados Unidos) que no han perdido competitividad con el pago de salarios elevados.

En términos generales, los promedios salariales se encuentran por encima de los salarios mínimos fijados por decisión estatal o como fruto de la negociación colectiva, siendo que a menudo estos promedios salariales son mejorados con la adopción de mejoras en sucedáneos de dinero (vales alimentarios) o la patología del sistema, representada por pagos no instrumentados o clandestinos por encima de la remuneración registrada. De allí que cualquier estudio referido al “costo laboral” deberá asignar como prioridad, todo aquello que la legislación exige pagar por encima del salario neto o de bolsillo.

En esta primer aproximación al tema, que por supuesto requerirá estudios complejos y diferenciados para avanzar en el proceso armonizativo de la legislación laboral, entendemos que la adecuación de las legislaciones internas a la D.S.L.M., sea por la práctica o la reforma, en principio no trae aparejado un incremento al costo laboral.

Una vez adoptada la determinación política de implementar un Mercado Común en la región a partir del Tratado de Asunción, con la consecuente libertad de circulación del trabajo humano, no puede sostenerse que la adopción de una ciudadanía “mercosureña” complementaria a la de origen, sería capaz de alterar por sí sola los costos laborales.

En el caso de Paraguay, la implementación de medidas positivas tendientes a facilitar la inserción laboral de las personas con discapacidad y la

(⁷²⁴) Rodríguez Mancini, Jorge, *La negociación colectiva*, editorial Astrea, Buenos Aires 1990, pág. 105.

organización de un sistema de protección contra el desempleo, exigirán alguna revisión a su sistema de recursos de la seguridad social. Pero ello será una forzosa consecuencia de la armonización legislativa pactada con el Tratado de Asunción, tal y como se ha comprometido su gobierno con posterioridad, en oportunidad de suscribir la *D.S.L.M.*

En cuanto al régimen de menores, la legislación de Brasil debería prever la implementación de una jornada especial. La *D.S.L.M.* no indica en este punto la cantidad de horas que deben preverse para esa jornada especial. Si bien dicho ajuste merecería un previo análisis de su incidencia en el costo de los productos, corresponde resaltar que en el caso de Brasil, la jornada laboral común es inferior a la que rige en los demás Estados Miembros y solo ligeramente superior a la que, con carácter especial, rige en estos últimos ordenamientos para los menores. Desde este punto de vista, dado que las otras incompatibilidades detectadas no pasan por una confrontación directa de la legislación interna con la *D.S.L.M.*, sino por las excepciones que prevén aquellos ordenamientos a un régimen general de jornada especial o prohibición a realizar horas extras previamente admitidos, no parece que la eliminación de dichas excepciones importen alguna variación significativa en el costo del trabajo.

En esta primer aproximación, entendemos que el costo laboral pasa más por los impuestos al trabajo, generados con los sistemas de seguridad social ⁽⁷²⁵⁾ que por la adopción de pautas mínimas de convivencia social que, en el caso de los menores, tienda a hacer efectivo un fin de protección social ya aceptado por los Estados Miembros o bien que, en el caso de la *ciudadanía del Mercosur*, colabore para la gente se acerque al proceso de integración emprendido.

6.- El contexto normativo regional (MERCOSUR – ALADI) con incidencia en el derecho interno: la reciprocidad y los Acuerdos de Alcance Parcial.-

El Mercosur no ha logrado aún su construcción comunitaria perfecta, caracterizada por la existencia de órganos supranacionales dotados con capacidad normativa, entendida esta como la posibilidad de dictar leyes (en sentido material) que comiencen a regir de inmediato en los ordenamientos internos de cada Estado Miembro (Ver *supra* Capítulo 3, Apartado 3).

De manera tal que la primer aporía importante, con relación al status jurídico de la *Declaración*, radica en esta ausencia de supranacionalidad del derecho derivado del MERCOSUR.

Se ha previsto por el art. 2° del Tratado de Asunción que el Mercosur “*estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes*”. En las relaciones internacionales, tal criterio de reciprocidad se ha definido como *la situación que se presenta cuando un Estado asegura o promete a otro Estado un tratamiento igual o equivalente al que este último Estado le asegura o promete* ⁽⁷²⁶⁾.

Sin embargo, el derecho interno viene recibiendo de manera dispar las normas derivadas del Mercosur y de la A.L.A.D.I., porque son dispares los

⁽⁷²⁵⁾ A esa conclusión llegamos luego de un estudio comparativo de las cargas sociales en la región, en nuestro *Derecho del trabajo en el Mercosur*, cit., págs. 481 y ss., donde nos remitimos.

⁽⁷²⁶⁾ Abreu Bonilla, Sergio, *Mercosur e integración*, 2° edición, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991, pág. 60

ordenamientos jurídicos y no existe, aún, un órgano jurisdiccional permanente, dotado de instancias supranacionales ⁽⁷²⁷⁾.

Tal cuadro genera un estado de inseguridad jurídica, toda vez que las asimetrías derivadas de la recepción normativa, tanto de este como de otros instrumentos internacionales acordados en el marco del Mercosur, conspiran con el compromiso de *reciprocidad* previsto en el Tratado de Asunción. Concretamente, no puede haber *reciprocidad* si lo que es exigible para un Estado en su ordenamiento interno, no lo es para el socio. Alguno de los dos está incumpliendo, de manera directa la norma internacional por la cual se hubiera comprometido a algo en su derecho interno y, de manera indirecta, el art. 2° del Tratado de Asunción que consagra la citada regla de *reciprocidad*.

Hay algo aquí que es claro. En el Mercosur no es válida para los Estados Miembros la regla de la *exceptio non adimpleti contractus*. El incumplimiento a una norma mercosureña no puede ser alegado por otro Estado Miembro para incumplir los deberes a su cargo, sino para instar los procedimientos acordados para la solución de controversias ⁽⁷²⁸⁾.

Pero la D.S.L.M. ha sido excluida de dicho sistema de control mediante su propio art. 25 y, por lo tanto, se enfrenta a esta y otras disparidades. Como no ha sido dictada por ningún órgano del Mercosur en sentido estricto, pero sí concluida con la firma de los máximos representantes de cada Estado Miembro, quedaría en principio fuera del contexto normativo derivado que enumera el art. 41 inc. III del Protocolo de Ouro Preto: La D.S.L.M. no es ni una *Decisión del Consejo Mercado Común*, ni una *Resolución del Grupo Mercado Común* y tampoco una *Directiva de la Comisión de Comercio del Mercosur*.

De manera tal que, dentro del contexto normativo del Mercosur, la D.S.L.M. no reviste la categoría de norma derivada, como las precedentemente indicadas y la cuestión vinculada a su cumplimiento no puede ser sometida al régimen de solución de controversias.

Ahora bien, ocurre que los Estados Miembros del Mercosur, también lo son de la A.L.A.D.I.

El Tratado de Montevideo de 1980, por el que se constituye aquella Asociación (ratificado por Argentina mediante ley 22.354), es anterior al Tratado de Asunción de 1991. En oportunidad de suscribir este último Tratado, los Estados Miembros del Mercosur no modificaron los compromisos previos derivados de su inserción en la A.L.A.D.I., por lo que existe una clara relación de complementariedad entre el Mercosur y su inserción en aquella Asociación, a punto tal que se ha sostenido, con sólidos argumentos que compartimos, que el Tratado de Asunción y los demás instrumentos complementarios, son *Acuerdos de Alcance Parcial* ⁽⁷²⁹⁾.

El art. 7° del Tratado de Montevideo de 1980, define a los *Acuerdos de Alcance Parcial* como “*aquellos en cuya celebración no participa la totalidad de*

⁽⁷²⁷⁾ Hemos visto que hay un germen de dicha instancia, para la solución de controversias, en el tribunal permanente creado por el Protocolo de Olivos que todavía no ha entrado en vigencia, pero que ya ha sido ratificado por Argentina mediante ley 25.663.

⁽⁷²⁸⁾ Perotti, Alejandro Daniel, *El artículo 2° del Tratado de Asunción: ¿existe un derecho a violar el derecho?*. Del principio de lealtad comunitaria al non adimpleti contractus y afines, en *Derecho Vigente del Mercosur*, editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, págs. 33 y ss.

⁽⁷²⁹⁾ Abreu Bonilla, Sergio, *Mercosur e integración*, cit., págs. 56 y 57; ver también nuestro *Derecho del Trabajo en el Mercosur*, cit., págs. 38 y 39

los países miembros, y propenderán a crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional mediante su progresiva multilateralización.- Los derechos y obligaciones que se establezcan en los acuerdos de alcance parcial regirán exclusivamente para los países miembros que los suscriban o que a ellos adhieran”. El artículo siguiente agrega que este tipo de acuerdos “podrán ser comerciales, de complementación económica, agropecuarios, de promoción del comercio o adoptar otras modalidades”. Con relación a esto último, el art. 14 prevé que tales modalidades pueden ser establecidas a través de reglamentaciones especiales, teniendo en cuenta otras materias como ser la cooperación científica, tecnológica, promoción del turismo y preservación del medio ambiente.

Entre las reglas generales previstas para estos A.A.P. por el art. 9 del Tratado, el inciso g.-) establece la posibilidad que contengan “normas específicas” sobre diversas materias, entre las cuales indica las de “coordinación y armonización de políticas”.

El órgano “supremo” en la ALADI es el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, que “adoptará las decisiones que correspondan a la conducción política superior del proceso de integración económica” (art. 30), que incluyen tanto las de carácter general, que tienden “al mejor cumplimiento de los objetivos de la Asociación”, como aquellas otras inherentes “al desarrollo armónico del proceso de integración” (art. 30, inc. a.-). En este último grupo, se ubican los A.A.P. muchos de los cuales fueron suscriptos, hasta el momento, por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados partes de esos Acuerdos, sobre la base normativa de esta norma y la previsión del art. 31, donde se admite que los Estados sean representados “con plenos poderes”, además de dichos Ministros, por otro Ministro o el Secretario respectivo.

El Consejo de Ministros se ocupó de los A.A.P. en diversas Resoluciones posteriores. Así, por la N° 2 estableció que “tienen como objetos, entre otros, promover el máximo aprovechamiento de los factores de la producción, estimular la complementación económica, asegurar condiciones equitativas de competencia, facilitar la concurrencia de los productos al mercado internacional e impulsar el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros” (art. 7°). El contenido previsto para los A.A.P. es sumamente amplio y no se limita a preferencias arancelarias, extremo ratificado por esta misma norma en su inciso k.): “Podrán incorporar, entre otras, disposiciones referentes a: ... (v) La definición de otras medidas de armonización de instrumentos y políticas, así como la concertación de acciones de carácter complementario en las áreas del desarrollo tecnológico, el financiamiento, la infraestructura física y otras que se estimen convenientes”.

En esta primera aproximación, parecería ser que del Tratado de Montevideo de 1980, surgen elementos que permiten la producción normativa por parte de los Ministros de Relaciones Exteriores u otros funcionarios “plenipotenciarios” para aprobar convenios del tipo A.A.P., los que no necesitarían, en principio, ratificación legislativa. Ello así, toda vez que del contexto normativo del T.M.1980 (arts. 30, 30 inc. a.- y 31) resultaría una previa autorización legislativa, derivada de la aprobación de dicho Tratado, con relación a los A.A.P. que suscriban, en el futuro y según las reglas del mismo Tratado, los Ministros *Plenipotenciarios*.

7.- El problema de los ordenamientos internos: las asimetrías constitucionales.

En lo concerniente a la receptividad de la D.S.L.M. por los ordenamientos internos, hay un obstáculo importante derivado de las asimetrías constitucionales que presentan los sistemas jurídicos del Mercosur, en cuanto a la comunicación de sus ordenamientos internos con el derecho internacional.

Concretamente, cuál es la incidencia de las normas derivadas de un Tratado internacional sobre el derecho interno. Si las disposiciones del tratado inciden de algún modo sobre las normas contrarias del derecho interno. Si dicha incidencia es automática o queda supeditada a un segundo acto normativo del Estado que se comprometió en el orden internacional.

El sentido de este análisis, es determinar si los particulares de cualquiera de los Estados Miembros del Mercosur, pueden invocar alguna norma contenida en los tratados regionales, tanto en su relación con los demás particulares (horizontalidad) como con el Estado (verticalidad).

Para encarar el tema desde el derecho internacional, hay por lo menos dos posibilidades.

Una sería acudir al art. 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, y sostener cuando el Estado asume un compromiso en el derecho internacional, consistente en reconocer derechos a sus habitantes, no podrá luego invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. En rigor de verdad, este es el criterio predominante en la interpretación de los tratados sobre derechos humanos, que son los que mayormente interesan a la población, porque reconocen derechos que las personas pueden invocar. Es el criterio que ha adoptado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en las Opiniones Consultivas 7/86 y 10/89. Es el que también ha adoptado la Corte Suprema argentina a partir del célebre caso *Ekmekdjian*. Sobre el particular, señala Boggiano que ningún estado puede invocar el incumplimiento de sus disposiciones constitucionales como excusa para incumplir un tratado. El art. 46 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados restringe la invocación de normas de derecho interno para alegar la invalidez del consentimiento por violación de su derecho interno ⁽⁷³⁰⁾.

Otra, con apoyo en lo dispuesto por el art. 53 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, es la de sostener que el derecho internacional ha admitido el denominado *ius cogens*, como aquellos principios o reglas elementales de convivencia, que tienen carácter imperativo porque han sido aceptados y reconocidos por la comunidad internacional de Estados como normas que no admiten acuerdo en contrario. Que los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, forman parte de este *ius cogens*, el que, por vía de cláusulas constitucionales *abiertas* en materia de derechos humanos o por la misma supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, rigen en este último ordenamiento, con independencia de su expresa recepción.

Cualquiera de ellas, requiere un previo análisis de compatibilidad, el que permitiría concluir si el ordenamiento interno, particularmente el derecho constitucional, tiene prevista alguna vía de comunicación con el derecho internacional, que permita recibir al derecho reconocido en alguna norma de este último ordenamiento.

⁽⁷³⁰⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, editorial La Ley, Buenos Aires 2001, pág. 60.

En este sentido, solo las constituciones de Argentina y Paraguay se encuentran preparadas para la implementación de sistemas que impliquen delegación de competencias en organismos de tipo intergubernamental y la recepción automática de las normas que estos dicten.

Así, la Constitución Argentina (reformada en 1994) prevé por su nuevo art. 75, en la primera parte de su inciso 24 que corresponde al Congreso: *“Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”*.

El mismo artículo prevé por su inciso 22, que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a la ley.

Por su parte, la Constitución de la República del Paraguay, sancionada el 20 de junio de 1992, por su art. 137 coloca a los tratados, convenios y acuerdos internacionales en idéntica jerarquía normativa que la Constitución. Su primer párrafo, textualmente, dice: *“La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”*.

De este modo, no pueden quedar dudas que los tratados internacionales aprobados por el Paraguay se encontrarán, automáticamente, en la cúspide de su ordenamiento jurídico interno del mismo modo que la propia Constitución.

En cuanto a la jerarquía asignada a las normas aprobadas en el marco de la integración del Paraguay con otras naciones, su art. 145 establece que *“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.- Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”*.

Con relación al derecho del Mercosur, la jurisprudencia de Paraguay ha reconocido la relación de supremacía con su derecho interno. Un Tribunal de Apelaciones consideró que *“el Protocolo de Medidas Cautelares del Mercosur es ley vigente en nuestro país, y con rango de prelación superior a las leyes nacionales, por su carácter de Tratado Internacional debidamente ratificado”* ⁽⁷³¹⁾.

La Constitución del Uruguay, en su art. 6°, párrafo 2do., señala que *“La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materia primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”*.

Dicho párrafo fue incorporado en su reforma constitucional de 1967 y, al decir de Américo Plá Rodríguez, se trató de una de las pocas disposiciones constitucionales cuya agregación no motivó ninguna polémica ni crítica y que con un

⁽⁷³¹⁾ Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial, Tercera Sala, A.I. 330, “Armando Horacio Corvone c/ Sara Carmen Mussi Carfísimo s/ ejecución de sentencia”, 29/5/00, § VIII.

lenguaje y mentalidad propio de los años sesenta, acoge y consagra la idea básica de la integración de América ⁽⁷³²⁾.

En materia de solución de controversias, la primer parte del art. 6° de la Constitución uruguaya establece que *“En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos”*. A través de la citada disposición, este Estado reconoce y admite la competencia extranacional derivada de los tratados internacionales aprobados por el Uruguay ⁽⁷³³⁾.

Con todo ello, la Constitución uruguaya omite precisar la jerarquía con la cual son recibidos los tratados internacionales por su derecho interno. Queda claro que corresponde a su Presidente *“concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del poder legislativo”* (art. 168, inc. 20); como asimismo que es competencia de la Asamblea General *“aprobar o reprobar por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras”* (art. 85, inc. 7°).

Sobre estas bases, dada la ausencia de previsión constitucional expresa, se ha sostenido que el criterio vigente es el de otorgar prioridad a la norma posterior en el tiempo en caso de discrepancia, partiéndose de la base que tratado y ley cuentan con igual jerarquía ⁽⁷³⁴⁾.

Por último, la Constitución Federal de Brasil de 1988, alude al derecho comunitario en el *“parágrafo único”* del art. 4°, ubicado en el título I: *“De los principios fundamentales”*, previendo que *“La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural con los pueblos de América Latina, tendiendo a la formación de una comunidad latinoamericana”*.

Con relación a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el art. 5°, luego de sus 77 apartados, cuenta con los siguientes dos párrafos: *“§ 1° Las normas definitorias de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”*; y *“§ 2° Los derechos y garantías expresados en esta Constitución, no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”*.

Bien apunta Sardegna, que en materia de tratados internacionales, fuera de dicha disposición, no existe en el texto constitucional disposición alguna acerca de su jerarquía normativa que pudiera resultar equivalente al art. 31 de la Constitución Argentina ⁽⁷³⁵⁾.

A ello podemos agregar, que en el Título IV, Capítulo II, Sección II,

⁽⁷³²⁾ Pla Rodríguez, Américo, *Problemática de los trabajadores en el Mercosur*, en *El Derecho Laboral del Mercosur*, editado por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, diciembre de 1994, pág. 18.

⁽⁷³³⁾ Massnatta, Héctor, *Bases constitucionales del proceso de integración*, La Ley, T° 1986-D, pág. 1134.

⁽⁷³⁴⁾ Midon, Mario A.R., *El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur*, La Ley, T° 1997-B, pág. 1048.

⁽⁷³⁵⁾ Sardegna, Miguel Angel, *Las relaciones laborales en el Mercosur*, Ediciones La Rocca, Bs. As. 1995, pág. 145; en sentido coincidente, Midon, Mario R., *El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur*, cit., pág. 1049.

en oportunidad de establecer las materias de competencia del Congreso Nacional, su art. 49, N° I.-, prevé que es competencia exclusiva de dicho órgano: *“resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que acarreen encargos o compromisos gravosos al patrimonio nacional”*.

Fuera de dicha regulación, el art. 59 de la Constitución brasileña, en oportunidad de dar inicio al tratamiento del proceso legislativo, vendría a formular una especie de jerarquización de las normas dictadas por dicho órgano con la siguiente redacción: *“El proceso legislativo comprende la elaboración de: I.- enmiendas a la Constitución; II.- leyes complementarias; III.- leyes ordinarias; IV.- leyes delegadas; V.- medidas provisorias; VI.- decretos legislativos; VII.- resoluciones. Párrafo único. Por ley complementaria se dispondrá sobre la elaboración, redacción, alteración y consolidación de las leyes”*.

Se advierte en esta enunciación de actos normativos, la más completa ausencia de los tratados internacionales.

El Superior Tribunal Federal de Brasil ha venido consagrando la relación de paridad normativa entre ley interna y tratado. Con relación al derecho del MERCOSUR, interpretó que el Protocolo de Medidas Cautelares aprobado por el Consejo del Mercado Común del MERCOSUR, carecía de eficacia en el derecho interno mientras no fuera objeto de recepción por decreto legislativo o del Poder Ejecutivo y que dicho protocolo no se hacía extensivo a los actos de ejecución de sentencia dictada por tribunal argentino que no se hallara debidamente homologada por tribunal brasileño ⁽⁷³⁶⁾.

Sin embargo, merece destacarse que ese criterio no es pacífico en relación a los tribunales inferiores. Han reconocido ya la regla de supremacía del derecho del MERCOSUR frente al derecho interno, el Tribunal de Justicia de San Pablo ⁽⁷³⁷⁾. Y varios Tribunales Federales, entre ellos el TRF-4°R en las sentencias del 18/3/99 ⁽⁷³⁸⁾ y del 19/8/99 ⁽⁷³⁹⁾. Al mismo tiempo este principio ha sido desestimado por el TRF-1°R ⁽⁷⁴⁰⁾.

⁽⁷³⁶⁾ S.T.Federal, Brasil, 4/5/98, Carta Rogatoria N° 8279-4 República Argentina; Revista La Ley, Tomo 1998-D, pág. 504.

⁽⁷³⁷⁾ TJ-SP, IIIa Cámara, Agin 85.937-4/2, Rel. Des. Ênio Santarelli Zulian, 19/6/98 (RT 1998, 756/125).

⁽⁷³⁸⁾ TRF-4°R, II Turma, Remessa Ex Officio em MS 97.04.04855-6/PR, Rela. Juíza Tania Terezinha Cardoso Escobar, 18/3/99 (DJU 5/5/99, Bol. 58/99, págs. 310-322). En esta decisión, el Tribunal sostuvo, con cita del dictamen del Procurador de la República y en lo que se refiere a la relación entre el T.A. y la Portaria 16/95 (del 11 de enero sobre admisión temporaria de vehículos), que *“e.-) assim, a Portaria 16, de 11 de janeiro de 1995, não poderia limitar as hipóteses de admissão de veículos comunitários sem qualquer formalidade apenas aqueles conduzidos por turistas, vez que se trata de norma infralegal, subordinada às regras do Tratado de Assunção”* (párr. 1.e., del voto de la Relatora acompañado por la Turma).

⁽⁷³⁹⁾ TRF-4°R, II Turma, AMS 95.04.32680-3/RS. Rel. Juiz Heraldo Garcia Vitta, 19/vIII/99 (DJ2 N° 196-E, 13/10/99 p. 953). En el caso se trataba de un aumento del arancel de exportación para el azúcar (Dec-Lei 1578/77, art. 1° § 2), a través de la Medida Provisoria 926/95, publicada el 2/3/95, convertida luego en ley 9.019/95. El Tribunal sostuvo, ante el reclamo de la actora sobre restitución de los aranceles abonados antes del 1/1/95, que el T.A. no *“afastou o imposto de exportação”* toda vez que *“os fatos geradores ocorreram em 1994, e o Mercosul, segundo o art. 1° do Tratado, somente estaria estabelecido a partir de 31/12/94, ocorrendo a isenção a partir de 1°/1/95”* (párras. V, II y IV del voto del Relator acompañado por la Turma y párrs. 2° y 6° de la Emeta).

⁽⁷⁴⁰⁾ TRF-1aR, III Turma, AMS 1997.01.00.020621-3/DF, Rel. Juiz Tourinho Neto, 3/3/98 (DJU 27/3/98 p. 111). Se trataba de un supuesto de incompatibilidad entre la dec. 18/94/CMC (VIIa CMC, cit., Norma de aplicación al régimen de equipajes), cuyo art. 6.1 prohibía importar por este régimen

Para su doctrina, prevalece el criterio que la norma del Mercosur incorporada al derecho interno, tiene allí la jerarquía que le asigna el instrumento de incorporación (Portaría o ley), con lo cual, queda abierta la posibilidad de su derogación por otro acto igual del derecho interno posterior ⁽⁷⁴¹⁾. No ocurre lo mismo con relación a su derecho impositivo, ya que el art. 98 del Código Tributario, dispone que *“los tratados y las convenciones internacionales derogan o modifican la legislación tributaria interna y serán observados para las que les sobrevengan”* ⁽⁷⁴²⁾.

El criterio general anteriormente expuesto, no es el imperante en la jurisprudencia internacional. El Tribunal de Justicia Andino, ha sostenido que la adopción de una norma comunitaria como norma nacional, no provoca la novación en la naturaleza y alcance de la primera, la cual continúa, por tanto, revestida de los mismos caracteres y jerarquía: *“Conviene advertir que, en el caso de que la norma comunitaria, objeto de la consulta, haya sido adoptada como norma interna en el País Miembro de donde proviene dicha consulta, no por ello pierde su competencia el Tribunal Comunitario, ya que la norma continúa perteneciendo al ordenamiento jurídico del Acuerdo, sin perjuicio de que también sea norma nacional”* ⁽⁷⁴³⁾

De manera tal que, frente a este panorama de dualismo generalizado en el derecho de los miembros del MERCOSUR, la receptividad automática, simultánea y recíproca de la *D.S.L.M.* en los respectivos derechos internos, aparece como de difícil concreción inmediata. Será necesario un ajuste, por reforma constitucional o práctica judicial, que traiga un *quietus* a esta cuestión en los ordenamientos constitucionales de Brasil y Uruguay.

Ello sin perjuicio de resaltar, que por intermedio de la *Declaración* los Estados Miembros *se obligaron* a cumplimentar, en sus respectivos ordenamientos internos, la efectiva vigencia de los principios reconocidos por dicho instrumento, lo cual genera un compromiso regido por las normas del derecho internacional.

Por supuesto, tal como lo ha señalado nuestra Corte a partir del voto del Dr. Boggiano en la causa *Cafés La Virginia* ⁽⁷⁴⁴⁾, el cumplimiento de los compromisos internacionales en nuestro derecho interno, es lo que habilitará a la Argentina a exigir de los otros Estados, el cumplimiento de los mismos compromisos en sus propios ordenamientos. En este sentido, la Constitución le ha asignado al P.E.N. la facultad para exigir dicho cumplimiento y, en su caso, proceder a su denuncia cuando advierta la falta de reciprocidad en el trato. Mientras dicho órgano no disponga lo contrario, es saludable la práctica del cumplimiento.

mercaderías que no constituyan equipaje, y las disposiciones nacionales que eximían del pago del arancel externo a los bienes de los diplomáticos que retornaran al país (Dec. Lei 37/1966, art. 13 incs. 1 y 3.a.; Dec. Lei 1455/1976, arts. 1-c y 2 párr. 1 y Dec. Lei 91.030/1985 (Reglamento Aduaneiro), art. 237 inc. 1). El Tribunal manifestó *“As normas gerais estabelecidas pela Decisão do Mercosul N° 18 de 1995, não podem revogar as normas especiais previstas nos Decretos-leis 37 de 1966 e 1.455 de 1976, principalmente por cuidarem da mesma problemática”* (Emeta párr. I).

⁽⁷⁴¹⁾ Fontoura Costa, José Augusto, *Control jurisdiccional de los actos administrativos en el ámbito del Mercosur*, conferencia en el marco del I Encuentro de Jueces Federales Argentinos y Brasileños con la participación de las delegaciones de Paraguay y Uruguay (Módulo 3, 29/6/01), 27-29 de junio de 2001, Colegio de Escribanos de Buenos Aries, citado por Perroti, Alejandro D., *Estructura institucional y derecho en el Mercosur*, Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, Año 6 N° 1, editorial La Ley y Síntese, febrero 2002).

⁽⁷⁴²⁾ Husek, Carlos Roberto, *Curso de direito internacional público*, 3° edición, editorial LTr, San Pablo, 2000, pág. 62, ref. N° 20.

⁽⁷⁴³⁾ T.J.C.A., proc. 1-IP-87, Aktiebolaget Volvo, 3/12/87, GO 28 (§3.4.).

⁽⁷⁴⁴⁾ C.S.J.N., 13/10/94, “Fallos” 317:1283.

Capítulo 14

El debate en torno a la naturaleza jurídica de la Declaración Sociolaboral.

Sumario.

1.- *Las opiniones publicadas.*- 1.1.- *La D.SL.M. como norma.*- 1.1.1.- *Norma de ius cogens (orden público) internacional.*- 1.1.2.- *Norma derivada del Mercosur (norma comunitaria).*- 1.1.3.- *La D.SL.M. como norma constitucional (sobre derechos humanos).*- 1.1.4.- *La D.SL.M. como tratado “derivado” del Tratado de Asunción.*- 1.1.5.- *La D.SL.M. como tratado internacional sobre derechos humanos.*- 1.2.- *La D.SL.M. como instrumento de relevamiento de conducta con fin sistémico.*- 1.3.- *La D.SL.M. como instrumento político.*- 1.4.- *Posiciones eclécticas.*- 1.4.1.- *La D.SL.M. como norma de ius cogens y tratado de derechos humanos.*- 1.4.2.- *La D.SL.M. como instrumento de alto valor jurídico y ético.*- 1.5.- *Sin posición: la D.SL.M. podría ser considerada tratado internacional y norma derivada del Mercosur.*- 2.- *Aporías resultantes del debate.*- 3.- *Análisis crítico de las teorías desarrolladas.*- 3.1.- *Teoría del ius cogens internacional.*- 3.2.- *Teoría de la norma derivada del Mercosur (norma comunitaria).*- 3.3.- *Teoría de la norma constitucional.*- 3.4.- *La D.SL.M. como tratado “derivado” del Tratado de Asunción.*- 3.5.- *La D.SL.M. como tratado internacional sobre derechos humanos.*- 3.6.- *La D.SL.M. como instrumento de relevamiento de conducta con fin sistémico.*- 3.7.- *La D.SL.M. como instrumento político.*- 3.8.- *Sin posición: no rige porque no fue publicada en el Boletín Oficial.*- 3.8.1.- *La publicación de la ley en el orden interno.*- 3.8.2.- *La publicación de la ley con relación a los tratados internacionales.*- 3.8.3.- *Conclusión: la vigencia internacional condiciona la vigencia interna.*

1.- Las opiniones publicadas.-

La D.SL.M. fue suscripta en el mes de diciembre de 1998. En un primer momento no suscitó un debate doctrinario importante, tal vez porque se aguardaba la aprobación de un instrumento que trajera con claridad algún compromiso de jerarquía normativa mayor para el Mercosur, del tipo “*Protocolo*” como se estaba gestando.

Pocos meses más tarde, fue publicada la primera edición de nuestro *Derecho del Trabajo en el Mercosur* (abril de 1999). La D.SL.M. fue conocida cuando dicha obra se hallaba en prensa. Gracias a la buena predisposición del editor, el texto original pudo ser corregido, con un breve y liminar comentario y el agregado, como anexo, del texto completo de este instrumento.

El transcurso del tiempo y la inactividad de los Estados Miembros del Mercosur en lo concerniente a una re-jerarquización de este instrumento, motivaron a la doctrina a encarar, en el último año, un debate más profundo y todavía inconcluso.

Desde Uruguay, Oscar Ermida comenzó a difundir su idea acerca de la operatividad de este instrumento como norma de *ius cogens* internacional, que ingresaba al derecho interno por las cláusulas constitucionales abiertas. Entre nosotros, Gerardo Corrés propuso relativizar la cuestión jurídica y fomentar la elaboración *sistémica* de pautas armónicas para un derecho social. El maestro Américo Plá Rodríguez se sumó al debate, planteando que la D.SL.M. era más un instrumento político que una pieza jurídica.

El carácter novedoso del debate, sobre un instrumento que ya suma sus años, me llevó a escribir unas reflexiones preliminares, acerca de la posibilidad de considerar a la D.SL.M. como un tratado, concluido de manera simplificada. Ese avance, remitido en consulta a laboristas mercosureños, despertó mi interés en

profundizar tales investigaciones y llevar adelante este trabajo. Al mismo tiempo, parece que esas reflexiones preliminares también movilizaron a la doctrina, gracias a su difusión por Cinterfor – O.I.T., que organizó en la ciudad de Buenos Aires, junto con la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo, un seminario específico sobre esta materia, con el objeto de analizar ese y otros dos o tres trabajos previos sobre la D.SL.M.

Como resultado de ese seminario, las entidades organizadoras compilaron todos los trabajos, tanto los previos como aquellos otros que resultaron elaborados por los participantes, en una obra colectiva publicada en Montevideo, febrero de 2002, bajo el título *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*. Posteriormente, fueron publicados otros trabajos sobre esta temática, en Buenos Aires y en Montevideo, haciendo referencia al citado Seminario y también dedicados a expresar la opinión de sus autores sobre la naturaleza jurídica de este instrumento y su posible aplicabilidad judicial.

Los trabajos son ricos en consideraciones y aportes. Ninguno de ellos analiza en profundidad la temática, precisamente por su carácter novedoso. Tienen el mérito de constituir exploraciones preliminares en lo atinente a la existencia de elementos vinculantes en la D.SL.M. y la posibilidad que los mismos sean trasladados a los ordenamientos internos, con las dificultades propias de un acuerdo internacional que no fue sometido a ratificación legislativa. Evidencian el interés doctrinario sobre este particular y la necesidad de llevar adelante un estudio más profundo, que debiera incluir un análisis comparativo entre las cláusulas operativas de la D.SL.M. y las normas de los derechos internos.

Aún así, las opiniones de los autores revisten significativa utilidad, luego de advertidas las incompatibilidades concretas que existen, entre la D.SL.M. y algunas normas del derecho interno comparado. Porque, como bien señala Perelman, *sea cual sea el origen, el fundamento de los textos de derecho positivo o de teología positiva, lo esencial está en que constituyen el punto de partida de nuevos razonamientos* ⁽⁷⁴⁵⁾.

De ellas surgen, por lo menos, dos elementos claves que no podemos prescindir en este final de nuestro trabajo: el alcance interpretativo del texto utilizado en su redacción y las aporías que debe superar el análisis que pretenda concluir con la vigencia normativa de la D.SL.M.

Se advierten tres corrientes claras que conceptualizan a la D.SL.M. como: a.-) norma; b.-) relevamiento de conducta con fin sistémico; y c.-) instrumento político. El primer grupo a su vez, admite un reagrupamiento entre las conceptualizaciones de la D.SL.M. como a.1.-) norma de ius cogens, a.2.-) norma derivada del Mercosur, a.3.-) norma de derecho constitucional, a.4.-) tratado “derivado” del Tratado de Asunción, a.5.-) tratado sobre derechos humanos. Hay otras opiniones no clasificables en dichas categorías, por ser del tipo eclécticas, que adoptan distintas alternativas o por no adoptar ninguna de ellas.

A continuación, haremos una referencia sucinta de los trabajos publicados en abstracto sobre esta temática, para luego analizar las aporías y los méritos resultantes del debate.

⁽⁷⁴⁵⁾ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, traducción española a la 5° edición francesa por Julia Sevilla Muñoz, editorial Gredos, Madrid 1994, pág. 171.

1.1.- La D.SL.M. como norma.-

1.1.1.- Norma de *ius cogens* (orden público) internacional.

Esta posición ha sido sostenida por Oscar Ermida Uriarte ⁽⁷⁴⁶⁾, planteando que la D.SL.M. integra el denominado *ius cogens* internacional, el que se encuentra configurado por *el cuerpo de derechos humanos básicos que constituyen el orden público internacional, más allá de todo acto de reconocimiento, ratificación o recepción por los ordenamientos jurídicos nacionales.*

Como tal, la D.SL.M., tiene plena eficacia en el ordenamiento interno de los Estados Miembros del MERCOSUR, sobre la base de tres fuentes: a.-) previsión expresa de las constituciones de sus miembros del carácter abierto de los derechos por ellas reconocidos, con relación al que surge de las declaraciones internacionales; b.-) la relación de superioridad existente entre el derecho internacional con relación al derecho interno, no siendo procedente alegar este último ordenamiento para incumplir compromisos internacionales; y c.-) el surgimiento del *ius cogens*, que se impone a la soberanía de los Estados, y se integra con normas del Derecho común de la humanidad, cuyo núcleo está dado por el Derecho de los derechos humanos y tiene su fuente normativa en el art. 53 de la Convención de Viena Sobre Derecho de Los Tratados.

Entiende que la D.SL.M. integra este último ordenamiento y, como tal, tiene carácter *erga omnes* y la vigencia efectiva de sus disposiciones pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación.

Agrega que estas características del *ius cogens* fueron tácitamente reconocidas por la nueva Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dada en Niza, en 2000, cuyo artículo 51 dispone que *ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros.*

Concluye que la redacción de los arts. 20 y 25 de la D.SL.M. se orientan en ese sentido. Por el primero de ellos se instrumenta el siguiente deber internacional: *Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos fundamentales inscritos en esta Declaración.* Por el art. 25, los Estados Miembros aclaran que solo se restringe la utilización de los contenidos de la D.SL.M. en *cuestiones comerciales, económicas y financieras*, es decir, como cláusulas sociales condicionantes del comercio internacional, dejando con ello a salvo su aplicabilidad judicial.

La aporía referida al *carácter no vinculante* que se pretendió asignar a la D.SL.M. sobre la base de sus antecedentes, es solucionada por Ermida con el argumento que *el texto aprobado – especialmente en sus considerandos – difiere de tal calificativo.* Por lo demás, dichos antecedentes restringen el carácter no vinculante de la D.SL.M. con relación al Protocolo de Brasilia Para la Solución de Controversias, con lo que quedaría a salvo la operatividad del instrumento en

⁽⁷⁴⁶⁾ Ermida Uriarte, Oscar, *La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica*, en *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, primera edición, Cinterfor O.I.T., Montevideo 2002, págs. 11 a 30.

materia de derechos laborales y sociales.

1.1.2.- Norma derivada del Mercosur (norma comunitaria).

Ha sido expuesta por Rodolfo Capón Filas ⁽⁷⁴⁷⁾, quien sostiene que *desde la perspectiva nacional, - la D.S.L.M. - deriva del Tratado de Asunción y se inscribe en la integración regional. En atención a su naturaleza, su rango superior a las leyes, surge claramente por la preeminencia del Derecho Internacional sobre el interno- aspecto reforzado a partir de lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Entiende que esa interpretación ha sido aceptada por la Corte.*

En el orden internacional, la eficacia de la D.S.L.M. deriva de los siguientes datos: *1.- la Declaración es consecuencia del Tratado de Asunción (26.03.1991), cuya vocación ha sido ampliar los mercados nacionales mediante la integración, para acelerar los procesos económicos con justicia social. La Declaración lo desarrolla e interpreta en la faz social. 2.- Constituye un documento de Derechos Humanos y como tal ha pasado a formar parte de los principios generales del derecho internacional y muchas de sus disposiciones pueden ser incorporadas a aquellas normas imperativas e inderogables del derecho internacional, que prescindiendo de su reconocimiento, ratificación o recepción por los ordenamientos jurídicos nacionales, no pueden ser desconocidas por los Estados (ius cogens). 3.- La Declaración, prevé su autoaplicabilidad, poniendo en cabeza de cada Estado su aplicación y seguimiento.*

Destaca que los efectos del carácter directamente operativo de la D.S.L.M. comprenden a los legisladores y a los jueces. Con relación a los primeros, *en función de lo dispuesto por los arts. 27 de la Convención de Viena, arts. 75 inc. 22 y 24 de la Constitución Nacional, no podrían dictar disposiciones legales que afectaran los derechos en ella consagrados, so pena de ser consideradas inconstitucionales. También exige redefinir las ya dictadas adecuándolas a la Declaración.* En cuanto al Poder Judicial, señala que *es deber del juez hacer prevalecer la Declaración en los casos concretos que se le presenten, descartando la norma legal o convencional que a ella se oponga (declaración de inconstitucionalidad) o potenciando la norma interna que no refleja adecuadamente el derecho consagrado en la Declaración- interpretándola en sentido favorable al orden suprallegal y en definitiva resolviendo conforme a ella, desde que más allá de la invocación de las partes, el juez está obligado a fundar toda sentencia respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia (art. 34 inc. 4 del C.P.C.C.N.), más allá del Derecho invocado por las partes (jura novit curia). En todos los casos, debe prevalecer la norma más favorable al trabajador(art. 14 bis de la Constitución Nacional y arts. 7, 9 y 12 RCT).*

La operatividad de la D.S.L.M. se extiende al Poder Ejecutivo, toda vez que es el principal obligado a presentar las memorias de seguimiento a la Comisión Sociolaboral Regional: *la obligación que importa la presentación de las memorias anuales ha sido puesta en cabeza de cada Estado ("Los Estados parte deberán elaborar, por intermedio de sus Ministerios de Trabajo y en consulta a las*

⁽⁷⁴⁷⁾ Capón Filas, Rodolfo, *Declaración Sociolaboral del Mercosur, Proyecto Regional para el Empleo Decente*, en *Revista Peronistas para el debate nacional*, editada por el Centro de Estudios de la Patria Grande, Buenos Aires junio de 2002, Año 1, N° 1, págs. 51 a 91.

organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, memorias anuales...art. 23 DSLM), aunque su gestión se encuentre a cargo del Ministerio de Trabajo.

En cuanto a la vigencia de este instrumento en los ordenamientos internos y su jerarquía constitucional, el argumento utilizado para el primero de dichos tópicos pasa por el actual grado de cumplimiento, en la esfera administrativa, a algunas de sus disposiciones: *"porque los Ministerios de Trabajo ya redactan la Memoria Anual y algunos Tribunales la aplican"*. Con relación al segundo, se expide por el carácter supralegal de sus disposiciones: *"En el caso argentino, dado que procede del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N.art.75,inc.24)"*.

1.1.3.- La D.SL.M. como norma constitucional (sobre derechos humanos).

Una variante de la postura que conceptualiza a la D.SL.M. como norma de *ius cogens* internacional, expuesta en el contexto normativo del Paraguay, es esta opinión de Ramiro Barboza ⁽⁷⁴⁸⁾ que encuentra sólido fundamento en el derecho constitucional de su país.

Luego de reafirmar la existencia del *ius cogens* del derecho internacional, conformado por los instrumentos sobre derechos humanos, entre ellos la Declaración Universal de la O.N.U., que obliga a los Estados con independencia de su ratificación en el derecho interno, refiere que en el caso de Paraguay, este tipo de normas encuadra en la previsión del art. 45 de su Constitución, que establece: *La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.*

Afirma que los derechos reconocidos por la D.SL.M., integran la categoría de los derechos humanos que hacen a la dignidad de las personas, por tratarse de derechos de segunda generación. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Paraguay que reconoce el carácter *"abierto"* y receptivo del art. 45 de la Constitución con respecto a los derechos humanos reconocidos en declaraciones internacionales. Concluye de este modo, que *Diferentes normas de la Constitución Paraguaya permiten interpretar que la D.SL.M. adquiere plena operatividad en nuestro derecho, al igual que cualquier otra norma referente a los Derechos Humanos fundamentales.*

1.1.4.- La D.SL.M. como tratado "derivado" del Tratado de Asunción.

Con especial referencia a la reunión técnica que tuvo lugar en Buenos Aires, los días 10 y 11 de diciembre de 2001, entre juristas pertenecientes a los cuatro Estados Miembros del MERCOSUR, Lucas A. Malm Green se ocupó de elaborar un trabajo informativo, sumando allí su opinión en el sentido de interpretar que la D.SL.M. constituye un tratado que deriva del Tratado de Asunción ⁽⁷⁴⁹⁾: *"Desde la perspectiva nacional, la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR es un tratado, cuyo consentimiento ha sido formulado de manera simplificada. Su*

⁽⁷⁴⁸⁾ Barboza, Ramiro, *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR*, en *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, cit., págs. 107 a 124.

⁽⁷⁴⁹⁾ Malm Green, Lucas A., *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR*, D.T. T° 2002-B, págs. 1387 a 1392.

particularidad específica es que deriva del Tratado de Asunción y por lo tanto se inscribe en la integración regional”.

Entiende que la *Declaración*, como tratado, se circunscribe en la esfera de previsión del art. 75 inc. 24 de la Constitución Nacional y goza del carácter de tratado de integración.

Considera de aplicación al caso, los *dicta* emitidos por la Corte Suprema Argentina en los casos “*Cocchia*” y “*Priebke*”, en función de los cuales “*no es coherente sostener que el tratado consagra un compromiso ético pero no jurídico*”⁽⁷⁵⁰⁾ y por el segundo “*que las cláusulas de los tratados humanitarios modernos gozan de presunción de operatividad, por ser en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa*”⁽⁷⁵¹⁾.

En cuanto a la posibilidad de la aplicación judicial de la *Declaración*, refiere que en la mayor parte de sus disposiciones, la estructura de la norma resulta doble: consagra o reconoce un derecho y luego establece compromisos, obligaciones o programas que el Estado asume.

Comparte con Capón Filas el criterio que la operatividad de la *Declaración* se dirige al legislador, en cuanto le impide dictar normas que afecten los derechos allí consagrados y al juez. Este último, por la posibilidad de declarar inconstitucional la norma que se oponga al enunciado normativo de la *Declaración* o bien interpretar la norma interna potenciándola con dirección a los fines o criterios derivados del tratado.

Señala el obstáculo derivado de la falta de publicación de la *D.S.L.M.* en el Boletín Oficial, pero no aporta posibilidades de solución para esta aporía distintas de las de solicitar su publicación por intermedio del Ministerio de Trabajo.

Concluye reafirmando su opinión y las consecuencias de interpretar a la *D.S.L.M.* como tratado particularmente derivado del Tratado de Asunción, con relación a las tres autoridades de gobierno (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

1.1.5.- La *D.S.L.M.* como tratado internacional sobre derechos humanos.

A esta conclusión arriba Roberto Vieira de Almeida Rezende⁽⁷⁵²⁾, la cual reviste importancia por el modo de incorporación simplificado al derecho interno que ha previsto la Constitución Brasileña en su art. 5° para este tipo de normas.

En primer término nuestro autor se ocupa de sostener que la *D.S.L.M.* es un instrumento sobre derechos humanos, de segunda generación, categoría a la que acceden los derechos sociales en ella reconocidos.

Luego repasa las teorías del derecho internacional acerca de la recepción en el derecho interno de los tratados, en las versiones del monismo y dualismo. Para la corriente monista, el tratado ratificado deroga, de manera automática, las disposiciones de la ley interna que le resulten contrarias. Para el

⁽⁷⁵⁰⁾ C.S.J.N. 2/1/93, “*Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo*”, “*Fallos*” 316-2624.

⁽⁷⁵¹⁾ C.S.J.N. 2/11/95, “*Priebke, Erich s/ extradición*”, “*Fallos*” 318-2148.

⁽⁷⁵²⁾ Rezende, Roberto Vieira de Almeida, *A aplicação da Declaração Sociolaboral do Mercosul e a supranacionalidade operativa dos direitos humanos*, en *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, cit., págs. 81 a 106.

dualismo, en cambio, es factible la convivencia de normas que resulten válidas para un ordenamiento e inválidas para el otro. Refiere el caso de Brasil, donde el sistema admite la validez incluso de normas contrarias a la constitución hasta tanto exista a su respecto una declaración judicial de inconstitucionalidad, la cual solo producirá efectos para el caso concreto (control judicial difuso o disperso).

A partir de aquí, enfoca su análisis al sistema jurídico brasileño de recepción de la norma internacional. Refiere que el sistema adopta un mecanismo diferencial para los tratados sobre derechos humanos. Para los tratados en general, rige la regla de su incorporación por acto legislativo expreso. En materia de tratados sobre derechos humanos, el mecanismo previsto por el art. 5° de su Constitución (que establece la aplicación inmediata de estas normas) consagra la relación de supremacía y prevalencia sobre el derecho interno. De manera tal que *a partir de la vigencia de la norma internacional, toda norma interna preexistente que le sea incompatible, perderá automáticamente su eficacia*.

Sobre estas bases, retoma el análisis del status jurídico que corresponde asignar a la D.S.L.M., teniendo en cuenta la ausencia de ratificación legislativa en el trámite seguido para su aprobación.

Señala que doctrinariamente se admite la prescindibilidad de la ratificación legislativa en los acuerdos internacionales que no son suscriptos bajo la condición de obtener tal requisito con posterioridad. Esa interpretación encuentra apoyatura en lo previsto por el art. 14 inc. I, letra a.-) de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados. Por esta última normativa, se prevé que el consentimiento de los Estados se manifiesta con la ratificación, cuando el propio Estado así lo disponga de manera expresa, siendo forzoso concluir, que si el instrumento carece de tal condición, constituye un tratado para el derecho internacional. Aún cuando Brasil no ratificó dicha Convención, sus reglas forman parte del derecho internacional consuetudinario y, como tales, generan el deber de cumplimiento. La expresión “*tratado*” tiene un sentido amplio y comprende una serie de instrumentos, inclusive aquellos que no están sujetos a ratificación, tales como las Recomendaciones de la O.I.T. y las declaraciones de derechos. Sobre estas consideraciones, la D.S.L.M. constituye un documento vinculante para los Estados.

1.2.- La D.S.L.M. como instrumento de relevamiento de conducta con fin sistémico.

Gerardo Corrés ⁽⁷⁵³⁾ se refiere a la D.S.L.M. como instrumento de práctica social regional, cuyo control es del tipo político. Relativiza la cuestión concerniente a la normatividad de la D.S.L.M., por entender que en América Latina no importa tanto el compromiso normativo, sino la vigencia efectiva del ordenamiento jurídico. El fin perseguido por la Declaración, era lograr un grado de relación atípica en un acuerdo regional entre Estados en una problemática, donde los actores sociales también son parte, comprometiendo de esa forma los sistemas de relaciones laborales de los cuatro países. Concluye que del mayor o menor grado de compromiso para nosotros, deviene la eficacia y no de la norma que en sí misma pudo haber sido pactada aisladamente entre los Estados. En nuestros países, la vigencia efectiva del derecho del trabajo depende además de la norma de otros

⁽⁷⁵³⁾ Corrés, Gerardo, *La declaración sociolaboral del MERCOSUR. Un instrumento para el desarrollo social*, Rev. D.T., Bs. As. Junio 2001, año LXI N° 6, pág. 963.

elementos (criterios sociológico – culturales) que hacen al componente de lo que se ha decidido en llamar Hecho Social Complejo.

En este nuevo modelo, inspirado para Corrés en la escuela del constructivismo, prevalece la valoración de la realidad para en función de ella fijar pautas, por sobre la abstracción absurda de la norma impuesta: *la eficacia no parte de la norma, sino de una etapa previa de la realidad a partir de lo cual, se construye el precepto*. En el proceso de “construcción” de la norma social regional, se partirá del *desarrollo de políticas orientadas a la vigencia de las normas ya aprobadas*. Las nuevas normas tendrán como base, *los dictámenes que produzca la Comisión (Sociolaboral, Nacionales y Regional) o las eventuales recomendaciones que surjan de los informes elaborados por los Estados, en función del grado mayor o menor de práctica social de la norma*.

Resalta el carácter tripartito de la composición de las Comisiones Nacionales y la Comisión Sociolaboral Regional, ya que esa circunstancia diferencia al MERCOSUR de los otros modelos vigentes en el Mundo y permitirá lograr Acuerdos Sociales Regionales

No descarta el carácter normativo del instrumento, aportando que también hay antecedentes que así lo justifican y cita el Acta N° 2/97 correspondiente a la quinta reunión del Subgrupo de Trabajo N° 10, donde los sectores sociales aprobaron “... *analizar las diversas propuestas tendientes a la aprobación de un instrumento que autorice un núcleo duro de Derechos Fundamentales y un mecanismo de supervisión con participación de los sectores sociales ...*”.

Reconoce que la D.SL.M. posee algunas cláusulas que conforman normas jurídicas completas: *La Declaración está construida sobre la base de este tipo de normas*. Sin embargo, sostiene que su espíritu no es el ejercicio judicial de los derechos allí consagrados, entendiendo que ellos ya se encuentran previamente incorporados a las legislaciones internas de los Estados Miembros y *lo que busca la Declaración es obligar a los Estados a ejecutar políticas sobre la base de esos principios, el control no es jurídico sino político*.

Sin embargo, cuando inicia el análisis del contenido de la D.SL.M., se detiene en diversas cláusulas sosteniendo que importan un avance sobre la normativa preexistente. Tal el caso de las causales de exclusión previstas en materia de no discriminación, promoción de la igualdad de trato en el acceso al empleo de las personas con discapacidad y abolición del trabajo forzoso (*La Declaración ... instaura derechos subjetivos en cabeza de los trabajadores*). En materia de libertad de asociación, refiere que el art. 11 de la *Declaración “es importante porque impide cualquier limitación al instituto en cualquiera de los países”*.

1.3.- La D.SL.M. como instrumento político.

La D.SL.M. sería un instrumento de contenido predominantemente político y de naturaleza jurídica compleja. Es esta la opinión que por el momento se ha publicado del profesor uruguayo Américo Plá Rodríguez ⁽⁷⁵⁴⁾. En su trabajo, se ocupa de analizar principalmente el punto vinculado a la existencia o no de un

⁽⁷⁵⁴⁾ Plá Rodríguez, Américo, *Las perspectivas de un derecho del trabajo comunitario*, en *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Sintese editora, Brasilia, Vol. 66 N° 4, oct. a nov. 2000, págs. 63 a 83.

derecho comunitario en el Mercosur. Con apoyo en doctrina y el resultado de seminarios técnicos destinados a analizar ese punto, se expide por la negativa. Ello así toda vez que el derecho comunitario supone la existencia de normas supranacionales y que, en último término, se concreta y desarrolla como consecuencia de la asignación a los organismos comunitarios de competencias que le otorgan los Estados que concurren a su conformación. El Mercosur carece de órganos supranacionales, toda vez que sus órganos con capacidad de decisión, el Consejo Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur, son intergubernamentales y las reglas que de ellos emanan, son luego sometidas a un proceso de internalización, con entrada en vigencia simultánea luego de acreditada la última incorporación en el derecho interno.

De este modo, no existiendo órganos supranacionales e incorporación automática de las normas dictadas por estos, concluye que *por ahora en el Mercosur no hay derecho comunitario sino intergubernamental*.

A continuación, analiza las cuestiones laborales vinculadas a la dimensión social del proceso de integración. Los antecedentes que derivaron en la creación de un Subgrupo de Trabajo en la esfera de actuación del Grupo Mercado Común, del Foro Consultivo Económico-social para llegar, más adelante, a la cuestión vinculada con la aprobación de la *D.S.L.M.*

Realiza una presentación del documento, sin entrar a analizar su contenido específico, pero destaca los siguientes tres rasgos de esta *Declaración*:

√ Es preponderante la preocupación referida al cumplimiento y vigencia efectiva de las disposiciones que la componen. De allí la creación de un órgano con instancias nacionales y regional, la Comisión sociolaboral.

√ Seguimiento a la Declaración de la O.I.T. sobre los convenios fundamentales, que considera obligatorios los convenios que están encuadrados en esa categoría para todos los Estados miembros de la Organización, incluso para aquellos que no hubieran ratificado algunos de esos convenios.

√ *Esta Declaración es más de carácter político que jurídico, por cuanto la mayor parte de su contenido está alcanzado por convenios internacionales de trabajo ratificados por los que son ya obligatorios, salvo en la pequeña porción que falta ratificar.*

Concluye que la naturaleza jurídica de la *Declaración es difícil de determinar*, aunque reconoce que posee influencia en la realidad por la jerarquía de los firmantes. Teniendo en cuenta el aparato organizado para obtener su cumplimiento, la *Declaración* revela el interés de los cuatro Estados de que efectivamente se cumplan sus contenidos y respeten las obligaciones allí establecidas.

1.4.- Posiciones eclécticas.

1.4.1.- La D.S.L.M. como norma de *ius cogens* y tratado de derechos humanos.

Es esta la tesis sostenida por la profesora de derecho del trabajo en la Universidad de San Pablo, Brasil, Walküre Lopes Ribeiro da Silva ⁽⁷⁵⁵⁾.

⁽⁷⁵⁵⁾ Da Silva, Walküre Lopes Ribeiro, *Aplicabilidade da Declaração Sociolaboral do Mercosul no Brasil*, en *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, cit., págs. 47 a 80.

Luego de reseñar la importancia que corresponde asignar al tema de la dimensión social en el proceso del MERCOSUR, los antecedentes que derivaron en la aprobación del instrumento, la función asignada a las Comisiones Nacionales y a la Comisión Sociolaboral Regional, la citada autora se ocupa de exponer su opinión vinculada al tópico en tratamiento.

Sostiene que con relación a la aplicabilidad judicial de la D.S.L.M., son dos las consideraciones de especial relevancia que corresponde formular y están dadas por el orden público y la problemática de la incorporación y jerarquía de estas normas en el derecho interno.

Con relación al primer grupo de consideraciones, refiere la existencia de un *orden público internacional*, en función del cual los Estados se comprometen a respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Entiende que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha admitido la existencia de este *orden público internacional* en oportunidad de resolver la causa Godinez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989: *el artículo 1, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos obliga a los Estados Partes a respetar y garantizar los derechos en ella enumerados. La primera obligación es de respetarlos, porque el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. La segunda obligación es la de garantizarlos, lo cual significa que los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras por medio de las cuales se manifiesta el poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, en lo posible, del derecho lesionado y, en este caso, la reparación de los daños causados por la violación a los derechos humanos.*

En este contexto de las normas de *ius cogens*, pierde relevancia la cuestión atinente al carácter operativo o programático de las normas, toda vez que es deber del Estado tomar todas las medidas para aplicar las normas sobre derechos humanos y hacerlos efectivos. Entiende que la Constitución Brasileña, por su art. 5^a parágrafo 1ro., declara directamente operativas, para los poderes públicos, a las normas constitucionales en materia de derechos humanos fundamentales aún cuando su enunciación refiera la existencia de una actividad normativa de tipo reglamentaria a cumplir.

Acerca del carácter de tratado internacional de la D.S.L.M., entiende que son dos los argumentos que sustentan dicha condición en el instrumento, aún cuando no fue sometido a ratificación interna por parte de los Estados.

El primero, referido a la *Declaración como tratado*, tiene que ver con la superación de la doctrina clásica en materia de tratados internacionales, que condiciona su validez al acto de incorporación interna. Refiere que dicha doctrina en la actualidad ha sido superada, que de acuerdo a la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados, los actos posteriores de aprobación (legislativa interna) y ratificación, solo condicionan el acto cuando han sido de ese modo previstos por el instrumento. Si el instrumento no condiciona su validez a dichos actos, ellos no derivan necesariamente en la pérdida de condición de tratado que obliga en derecho internacional. Ergo, como la D.S.L.M. no ha quedado sujeta, en cuanto a su validez, a actos posteriores de aprobación y ratificación, debe considerarse suficiente el

consentimiento manifestado en su celebración para conferirle *status* de tratado en el derecho internacional.

El segundo apunta a la *Declaración como norma de ius cogens*, en atención a su carácter de norma fundamental en materia de derechos humanos, que estaría comprendida en las disposiciones del art. 53 de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados y, por lo tanto, constituye un principio que integra el derecho consuetudinario internacional al que se encuentran obligados los Estados.

Concluye con una referencia a las aporías existentes en el derecho judicial de su país, el cual aún no logró superar los criterios dualistas que asignan una relación de paridad normativa al derecho interno con el derecho internacional incorporado, de manera tal que prevalece la norma posterior, sea esta un tratado ratificado o una ley interna.

1.4.2.- La D.SL.M. como instrumento de alto valor jurídico y ético.

En un trabajo muy reciente ⁽⁷⁵⁶⁾, el profesor uruguayo Hugo Barretto Ghione expone esta teoría, sosteniendo que la D.SL.M. *“es antes que nada un instrumento de alto valor jurídico y ético, un compendio de normas y principios acordados por las representaciones sociales y gubernamentales del Mercosur y recogidas por las máximas autoridades de los Estados”*.

Sostiene que este instrumento, es básicamente un acuerdo tripartito alcanzado en el Sub grupo de trabajo N° 10 de *“Relaciones laborales, empleo y seguridad social”*, reconocido mediante su suscripción por los presidentes de los Estados Parte del proceso de integración regional.

En cuanto a su valor jurídico, refiere que el mismo es inocultable, ya que la operatividad de sus cláusulas surge del propio texto empleado: *“la D.SL.M. indica a los Estados en nueve oportunidades que deben “garantizar” ciertos derechos; en cuatro casos habla de “adoptar medidas” y de “instituir mecanismos” y en tres refiere a “realizar acciones”. Por último, en dos ocasiones emplea términos como “fomentar” y “asegurar”. El empleo de un arsenal semántico tan riguroso y de carácter tan decididamente obligacional no se compadece con una tesis que postule el carácter meramente declarativo y promocional de la D.SL.M.”*

Desde el punto de vista del derecho internacional, considera que *“la índole de los derechos recogidos por la D.SL.M., fruto del acuerdo trabajosamente obtenido en el Sub grupo de Trabajo N° 10 (fuente material del instrumento) bien puede considerarse “costumbre instantánea”, que constituye fuente de derecho en el ámbito internacional: Gros Espiell, indica que una resolución adoptada por unanimidad o con gran mayoría cristaliza instantáneamente una costumbre ⁽⁷⁵⁷⁾, amén de aquellas consideraciones que postulan que los derechos humanos son materia por excelencia del jus cogens” ⁽⁷⁵⁸⁾.*

⁽⁷⁵⁶⁾ Barretto Ghione, Hugo, *Consecuencias de la Declaración Sociolaboral del Mercosur en la interpretación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales*, inédito.

⁽⁷⁵⁷⁾ GROS ESPIELL. Héctor, *Naturaleza jurídica y carácter de fuentes de derecho internacional de la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, en el vol. *Derechos Humanos*. UCUDAL/AMF. 1999 Pág. 41 y ss.

⁽⁷⁵⁸⁾ René – Jean DUPUY, representante de El Vaticano en la Conferencia de Viena sobre Derechos de los Tratados, propuso en esa oportunidad que se adoptara como denominador común del jus cogens el principio de la supremacía de los derechos humanos, agregando: “¿ Por qué no interpretar

Agrega que si bien hay una labor de seguimiento y aplicación encomendada a la Comisión Sociolaboral, dicha tarea “no se agota en el análisis del texto legal, sino debe detenerse en la “aplicación y cumplimiento” o sea, en la interpretación que se haga a nivel nacional de las normas jurídicas relacionadas con las prescripciones contenidas en la D.S.L.M.”, propiciando que los pronunciamientos judiciales que interpreten la D.S.L.M., sean remitidos en copia a la Comisión Sociolaboral Regional, para que esta los incluya en sus Memorias. La remisión debiera ser realizada por intermedio de los Ministerios de Trabajo o las mismas secciones nacionales de la Comisión Sociolaboral.

En cuanto a la aplicabilidad judicial de la D.S.L.M., sostiene que ello es un imperativo de la coherencia del sistema jurídico. Para llegar a dicha conclusión, se basa en el enunciado del art. 20 de la D.S.L.M.: “Si la Comisión Sociolaboral tiene esta competencia de observar “desde lo alto” el cumplimiento de los derechos fundamentales consagrados en la D.S.L.M., ¿cómo podrá decirse que esos mismos derechos no son efectivos a nivel microsocial sin caer en una irrenunciable contradicción en el sistema jurídico? ¿La D.S.L.M. y la Comisión Sociolaboral pueden observar a un Estado Parte por el incumplimiento de un derecho en ella reconocido y el Estado puede aducir, en otro plano, que no es posible oponer esos derechos en lo nacional porque no están vigentes en su sistema jurídico particular?. No se compadece la competencia asignada a la Comisión si se sostiene la ineficacia jurídica en lo nacional de las normas de la D.S.L.M.”.

1.5.- Sin posición: la D.S.L.M. podría ser considerada tratado internacional y norma derivada del Mercosur.

En un trabajo rico en consideraciones pero sin adoptar posición acerca del tópico en análisis ⁽⁷⁵⁹⁾, Julio Simón analiza ambas posibilidades con relación a la D.S.L.M., esto es, que sea considerada como un tratado de derecho internacional (simplificado) o bien, una norma derivada (comunitaria) del Mercosur.

Hay un primer análisis referido a la evolución pendular de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en materia a la recepción en nuestro derecho interno de las normas internacionales. Las consideraciones parten de 1940, oportunidad en que la Corte entendió no era directamente operativo un Convenio de la O.I.T. ratificado en la medida que no haya sido – además – reglamentado por una norma de derecho interno, y concluye con los casos “Dotti” (“Fallos” 322-126) y “Mercedes Benz” (“Fallos” 322-3193) donde dicho Tribunal admite la recepción automática de la norma de derecho internacional en el derecho interno.

La D.S.L.M. podría ser considerada como *tratado* en caso de aplicarse la citada doctrina de la Corte Suprema. En este sentido, no sería exigible un acto de ratificación legislativa, por tratarse la *Declaración* de un instrumento suscripto sobre la base de acuerdos previos que contaron con dicha ratificación. Pero esta interpretación se enfrenta al problema derivado de las asimetrías en el

el artículo 53 (de la Convención de Viena) como si se refiriese esencialmente a los derechos humanos?”. Citado por Antonio GOMEZ ROBLEDO en *El Jus Cogens Internacional* (estudio histórico crítico). UNAM. 1982, Pág. 203.

⁽⁷⁵⁹⁾ Simón, Julio, *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, en *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, primera edición, Cinterfor O.I.T., Montevideo 2002, págs. 31 a 46

derecho comparado de la región, *escollo que puede ser relevante en la medida en que los otros Estados miembros consideren que la Declaración Sociolaboral del Mercosur no es un instrumento de aplicación inmediata que genera derechos subjetivos en el orden interno de cada uno de los países.*

También podría ser considerada como una normativa dictada conforme a las reglas que regulan la creación de normas dentro del Pacto de Asunción: *Si bien la firma por los Jefes de Estado del instrumento escapa a la estructura institucional que resulta de los arts. 1 y 2 del Capítulo Primero del Protocolo de Ouro Preto, que, como sabemos, es un protocolo Adicional al Tratado de Asunción, esto no implica, a mi juicio, un obstáculo para que la Declaración se considere un instrumento operativo dentro del Mercado Común, ya que los presidentes en general y el de la República Argentina en especial, obraron dentro de las atribuciones que le son propias.*

Interpreta que un escollo significativo para la operatividad de la *D.SL.M.* estaría dado por el principio de entrada en vigor simultánea consagrado por el art. 40 inc. III del Protocolo de Ouro Preto. De manera tal que si se trata de una norma derivada, su entrada en vigencia debe ocurrir del modo previsto por dicho Protocolo para las normas derivadas, esto es, a los 30 días de ser recepcionada la comunicación de la Secretaría Administrativa del Mercosur que da cuenta de la incorporación de la norma por parte del último Estado.

Y un escollo adicional, estaría dado, a su entender, por la falta de publicación de la *D.SL.M.* en el Boletín Oficial de la Argentina. Si bien la *Declaración* fue publicada en el Boletín Oficial del Mercosur, las leyes internas argentinas (art. 2 del Código Civil) exigen su publicación en Boletín Oficial: *La publicidad permite que la norma se entienda conocida por todos, complementa su vigencia y determina su aplicabilidad, aún de oficio, por los jueces por la aplicación del principio *juris novit curia*. La falta de publicidad impide que la disposición legal se entienda conocida por todos y, consecuentemente, sería un obstáculo de tipo formal para su aplicación en los estrados judiciales.*

Nos da la impresión, que en este trabajo no hay una posición tomada acerca del carácter operativo de la *D.SL.M.* debido al obstáculo que presentaría, en tal contexto del razonamiento del autor, su falta de publicación en el Boletín Oficial de Argentina.

Como hasta aquí todos los autores señalaron, con unos u otros argumentos, que la *D.SL.M.* contaba con carácter imperativo y valor normativo en el ordenamiento interno, menos este trabajo, lo analizaremos en el contexto de lo que no dice expresamente: *que la D.SL.M. no tiene efectos normativos por la falta de publicación.*

2.- Aporías resultantes del debate.-

Por lo pronto, parecería ser que el ánimo generalizado de los autores ha sido el de sostener que la *D.SL.M.* es un instrumento importante. Por lo menos, han dedicado parte de su actividad intelectual a escribir sobre el asunto, que no es poco dado que todas las opiniones expuestas son de destacados juristas. Todas ellas revisten para el caso, el mismo alcance del *argumento de autoridad*.

Se advierten tres corrientes claras que conceptualizan a la *D.SL.M.* como: a.-) norma; b.-) relevamiento de conducta con fin sistémico; y c.-) instrumento político.

En la conceptualización de la D.S.L.M. como norma, aparecen los siguientes interrogantes:

√ Dado el nombre adoptado de *Declaración* y no *Tratado* o *Protocolo*, ¿tiene fuerza vinculante como un *Tratado* o *Protocolo*?

√ Como no fue ratificado por el órgano legislativo interno, ¿es válido como *Tratado*?

√ Al tener como destinatario al Mercosur, ¿integra las fuentes jurídicas de este proceso de integración? Y, en su caso, ¿con qué jerarquía?

√ Dado que el contenido de la D.S.L.M. es elemental y ya está previsto en los ordenamientos internos, ¿tiene sentido un debate sobre su posible concreción judicial?

√ En caso de revestir la jerarquía jurídica de un *Tratado*, ¿sus compromisos se limitan en forma exclusiva a los Estados o pueden ser reclamados por los particulares?

√ Para el caso argentino, como la D.S.L.M. no fue publicada en el Boletín Oficial ¿es obligatoria?

La concepción de la D.S.L.M. como un instrumento de relevamiento sistémico, se enfrenta a una aporía contraria, es decir, la propia “*inexistencia*” jurídica de la D.S.L.M. No plantean ni resuelven esta aporía, de allí que relativicen todo lo concerniente a la aplicabilidad judicial de este instrumento, evitando cualquier razonamiento vinculado a exclusión del ordenamiento jurídico positivo, pese a haber sido suscripta por los máximos representantes de los Estados Parte. Para este punto de vista esquivo, corresponde analizar la D.S.L.M. en el contexto de un “*sistema*” de relaciones laborales para el Mercosur, en función del cual la norma positiva se irá gestando a través de la conducta social y los valores. Las conductas, analizadas por la Comisión Sociolaboral irían construyendo, junto a los valores enunciados en el texto de la D.S.L.M., las futuras normas reguladoras. No hay, desde este punto de vista, posibilidad de otro control de cumplimiento a los compromisos asumidos por la D.S.L.M. que no sea del tipo político.

Análogas consideraciones surgen de las conceptualizaciones políticas. Si la D.S.L.M. es más un instrumento político que jurídico, cuales serían los espacios reservados a cada área en dicho instrumento. ¿Cómo escindir los componentes políticos de los jurídicos? ¿Con qué variable podemos medir el grado de intensidad de lo político y de lo jurídico, para decir que uno vale más que el otro?. No parece tarea sencilla, siendo que instrumentos de altísimo contenido normativo, como ser las propias constituciones de cualquier Estado, se mezclan los componentes jurídicos con los políticos y, muchas veces, los componentes políticos enuncian fines a los que deben encauzarse las normas.

3.- Análisis crítico de las teorías desarrolladas.-

Corresponde analizar aquí, el mérito de los avances doctrinarios hasta el momento realizados con relación a la naturaleza jurídica de la D.S.L.M. y su grado de inserción o de exclusión con respecto al ordenamiento jurídico positivo en general de la región.

Cabe destacar que las opiniones hasta aquí expuestas constituyen, en todos los casos, avances preliminares sobre un tema novedoso. Prácticamente todos los autores han sido cautelosos a la hora de ensayar las conclusiones aquí tratadas, de manera tal que no puede decirse que cualquiera de ellas sea definitiva. Es más, en muchos casos las opiniones expuestas fueron extraídas de trabajos que

no tenían por objeto específico la temática aquí tratada e importaron, tal vez, un *dicta* del autor que refleja su primera impresión acerca del valor jurídico que corresponde o no asignar a este instrumento.

Las opiniones que hemos caracterizado como del tipo “*ecléctico*”, serán incluidas en el análisis de los distintos componentes que por ellas fueron recibidos (normativo, *ius cogens*, etc.).

3.1.- Teoría del *ius cogens* internacional.

Esta teoría no resuelve de manera adecuada la inserción de la D.S.L.M. en el ordenamiento jurídico positivo. Para que una norma sea aplicable por los tribunales y exigible entre particulares, nuestra tradición romano germánica exige que ella esté escrita, sea clara y haya sido dictada por autoridad competente y publicada.

Ya en el derecho romano se fue diseñando la idea que existía un conjunto de normas que no podían ser derogadas por la voluntad de las partes (*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, D.2.14.38). Ellos empleaban el término *ius publicum* en el sentido que hoy entendemos el *ius cogens*. Di Pietro alude al *ius cogens* como vinculado a los temas que, justamente por interesar a todos, se erigen en reglas necesariamente obligatorias, esto es, en el “*conjunto de normas generales del derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sentido jurídico al cual pertenece*”⁽⁷⁶⁰⁾.

Las normas del *ius cogens* son esencialmente consuetudinarias y están destinadas a regir entre las relaciones del tipo interestatal. Son propias del derecho público, nacional o internacional y muchas veces de difícil concreción entre los particulares, puesto que se refieren mayormente a reglas de convivencia entre los Estados. Se ha visto al *ius cogens* como un modo actual de hablar del derecho natural, sujetando toda otra norma a este derecho imperativo que se vio como necesario para reaccionar contra los abusos del nazismo. Son propios del *ius cogens* los principios de *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus* y *bona fide*, también la prohibición del uso de la fuerza⁽⁷⁶¹⁾. Del mismo modo se ha dicho que, por el momento, no hay un concepto del *ius cogens* plenamente definido, toda vez que este debe continuar su desarrollo a través de la práctica de los estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, agregándose que el art. 66 de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados prevé la solución judicial de controversias relativas a la aplicación de los arts. 53 y 64⁽⁷⁶²⁾.

En nuestro medio, tales normas solo fueron aplicadas al caso de pedidos de extradición por causas de delitos contra la humanidad (caso *Priebke*), en el marco de un proceso que involucra esencialmente a dos estados y en materia tan particular como la penal, donde la titularidad del ejercicio de la pretensión punitiva es del estado. Pero esa posibilidad sería de difícil concreción, si tal tipo de normas se planteara en el terreno de una disputa entre particulares.

⁽⁷⁶⁰⁾ Di Pietro, Alfredo, *Derecho privado romano*, editorial Depalma, Buenos Aires 1966, pág. 41.

⁽⁷⁶¹⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, editorial La Ley, Buenos Aires 2001, págs. 51 y 52.

⁽⁷⁶²⁾ Jennings-Watts, *Oppenheim's International Law*, 9 ed. 1991, I, pág. 8; citado por Boggiano, Antonio, *Derecho internacional...* cit., pág. 53.

De manera tal, que no hay una comunicación directa y clara entre las normas del *ius cogens* internacional y las normas del derecho interno. La redacción dada al art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados tampoco ayuda a ese fin. Con claridad el Tratado está delimitando el campo de acción del *ius cogens* a las reglas de convivencia entre los Estados, se refiere a los *acuerdos* entre ellos y a la imposibilidad de derogar, mediante esos *acuerdos*, principios elementales de convivencia que son, merece destacarse, básicamente del campo del derecho público y sin incidencia directa en las relaciones entre los particulares.

En el proceso de gestación del art. 53 de la citada Convención de Viena, André Gonçalves Pereira y Fausto de Quadros señalan que se discutió básicamente la adopción de una de las siguientes alternativas: a.-) indicar de manera taxativa las normas imperativas del derecho internacional; b.-) formular una definición de carácter general, acompañada de un elenco meramente ejemplificativo de normas de *ius cogens*; o bien c.-) utilizar una definición del *ius cogens* que contuviera los criterios idóneos para identificar el carácter imperativo de tales normas. Señalan que este último fue el criterio seguido en la redacción del art. 53 en cuestión. El primero no fue aceptado, porque las reglas del *ius cogens* existen independientemente de su codificación en un instrumento convencional. La segunda alternativa, inicialmente consensuada por la Comisión de Derecho Internacional, fue luego descartada por entender que un elenco meramente ejemplificativo de normas imperativas traería consigo el riesgo de atribuir, en la práctica, el carácter de norma cogente imperativa apenas a las normas desarrolladas en el texto ⁽⁷⁶³⁾.

La definición del *ius cogens* así aprobada, quedó redactada en los siguientes términos por el art. 53 de la Convención de Viena: *“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 Estados en su conjunto como 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”*.

Los criterios idóneos para identificar una norma de *ius cogens* internacional, de acuerdo a la citada definición, serían los siguientes: a.-) debe tratarse de una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional, como norma de *ius cogens*; b.-) debe tratarse de una norma general e imperativa; c.-) por su carácter imperativo, debe ser inderogable o derogable solo por otra norma de *ius cogens*; y d.-) dicha comunidad internacional debe estar formada por los Estados en su conjunto ⁽⁷⁶⁴⁾.

Norma aceptada por *la comunidad internacional de Estados en su conjunto* no significa *todos* los Estados, ya que alguno puede no aceptarla, sin perder esa norma de *ius cogens* sus otros atributos. En materia de derechos humanos, señalan Gonçalves Pereira y Fausto de Quadros, el *ius cogens* conformaría un llamado *Derecho constitucional internacional*, con los derechos aceptados por la generalidad de los Estados, siempre en lo concerniente a sus

⁽⁷⁶³⁾ Gonçalves Pereira, André y de Quadros, Fausto, *Manual de direito internacional público*, 3° edición, Coimbra, Almedina, 1997, págs. 277 a 280.

⁽⁷⁶⁴⁾ Viegas, Vera Lucia, *Ius Cogens e o tema da nulidade dos tratados*, en Revista Unifio, Año I, número 2, diciembre de 1999, Centro Universitario Fieo, Osasco 1999, pág. 52.

relaciones internacionales. En dicha esfera, circunscriben los siguientes contenidos del *ius cogens*: a.-) la costumbre internacional, general o común, por ejemplo, los principios de la libertad de los mares, de la coexistencia pacífica, de la autodeterminación de los pueblos, de la prohibición de la esclavitud, de la piratería, del genocidio y de la discriminación racial, es decir, los componentes del llamado *Derecho humanitario internacional*; b.-) las normas convencionales pertenecientes al *Derecho internacional general*, por ejemplo, los principios constitucionales constantes de la Carta de las Naciones Unidas, como es el caso de la prohibición del uso de la fuerza, la solución pacífica de los conflictos, la condena a la agresión, la preservación de la paz, de la seguridad y de la justicia internacional, la legítima defensa, etc.; c.-) el derecho internacional general, de fuente universal o convencional, sobre los derechos del hombre, es el caso de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y sus Pactos ⁽⁷⁶⁵⁾.

De lo hasta aquí expuesto, queda claro que los derechos humanos (incluidos los sociales) ingresan al *ius cogens* en el marco de las relaciones internacionales de los Estados, siempre como integrantes de reglas generales, imperativas y de convivencia universal. El efecto de la incorporación de estas normas sobre derechos humanos al *ius cogens* está dado por el hecho que los Estados, en sus acuerdos internacionales, no pueden derogar o desconocer esos derechos de sus habitantes. Además, del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales que cada Estado haga o deje de hacer en su territorio, surgirá el mayor o menor crédito que este disponga en sus relaciones con los demás Estados o inclusión en organismos internacionales.

Es cierto que la cuestión de los derechos humanos se ha universalizado, a través de una prolífica actuación que se ha venido llevando a cabo por organizaciones internacionales, los tratados por ellas aprobados y la recepción que éstos han tenido en los ordenamientos internos de los Estados. Sin embargo, no hay consenso aún en el sentido que *todas* las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos sean generalmente reconocidas como normas de *ius cogens* ⁽⁷⁶⁶⁾. Por un lado, prevalece la noción de indivisibilidad, que presupone que no existen escalas jerárquicas entre los derechos humanos, pero al mismo tiempo existen argumentos a favor de distinguir derechos humanos *básicos* o *fundamentales* de otros derechos humanos cuya validez no depende de la aceptación universal ⁽⁷⁶⁷⁾. La propia Convención Americana de Derechos Humanos da sustento a esa interpretación en su art. 27 sobre *Suspensión de garantías*, al reglamentar cuales derechos no pueden ser objeto de suspensión por causa de emergencia.

De manera tal que, en la actual coyuntura, la delimitación de los derechos humanos que integran el *ius cogens* no es del todo clara como para sostener que una norma del derecho interno se contrapone con un derecho

⁽⁷⁶⁵⁾ Gonçalves Pereira, André y de Quadros, Fausto, *Manual de direito internacional público*, cit., págs. 282 y ss.; De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, editorial Abaco, Buenos Aires 1997, pág. 290; Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, editorial La Ley, Buenos Aires 2001, pág. 112.

⁽⁷⁶⁶⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, cit., pág. 115 y autores citados en la nota N° 36.

⁽⁷⁶⁷⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 10/89.

reconocido en la D.S.L.M. que forma parte del *ius cogens* del derecho consuetudinario y, de este modo, aquella norma quedaría sin valor.

Además, correspondería analizar si, al menos entre nosotros, una norma consuetudinaria de *ius cogens* podría asumir la jerarquía suficiente, en el derecho positivo, como para derogar una ley (en sentido formal). Que es, en definitiva, lo que interesa con relación a la naturaleza jurídica de la D.S.L.M., si las disposiciones de esta última, como normas del *ius cogens*, podrían derogar otras normas expresas del ordenamiento jurídico positivo interno.

En un sistema jurídico consuetudinario, podría tener apoyo la regla de considerar que una ley dictada por el órgano legislativo en contra de una costumbre aceptada, sería inconstitucional. El tema no es novedoso. Tal conclusión fue expresada en Inglaterra en 1610, en el voto de un famoso juez, Edward Coke, en el caso del Dr. Bonham. En ese caso, el juez Coke afirmó que cuando una ley del Parlamento era contraria al common law, siendo que este debía prevalecer, correspondía declarar que la ley no tenía valor ⁽⁷⁶⁸⁾.

En Inglaterra la influencia de ese fallo no fue perdurable. Sin embargo, cuando las enseñanzas del Juez Coke ingresan al sistema jurídico norteamericano a través del célebre caso *Marbury vs. Madison*, fue notoria, aún en dicho sistema consuetudinario del derecho común, la equiparación de las reglas del *common law* a los principios escritos en la Constitución. Se admitió el control de constitucionalidad, en los casos de normas dictadas por los poderes constituidos, contrarias al texto de la Constitución, como fuente jurídica superior asimilable a las reglas superiores del *common law* referidas en el fallo del juez Coke, pero no se admitió la declaración de invalidez de una ley, por ser contraria a una costumbre, ya que tal facultad podría derivar en un “gobierno de los jueces” ⁽⁷⁶⁹⁾.

Sin embargo, corresponde reconocer que la declaración de invalidez de las normas internas en colisión con las del *ius cogens*, en materia de derechos humanos fundamentales, ha sido admitida por la jurisprudencia internacional. En el caso *Roach y Pinkerton*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció con relación a la aplicación de la pena de muerte a menores de dieciocho años y distinguió, dentro de ese contexto, normas imperativas ya no del derecho internacional general sino del *ius cogens* regional, categoría jurídica a la cual no se refiere la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados ⁽⁷⁷⁰⁾.

En este sentido, la posibilidad de generar normas de *ius cogens* a través de un convenio multilateral, como podría serlo la D.S.L.M., no ha recibido aún consagración doctrinaria o jurisprudencial. En un meduloso trabajo, Vera Lucia Viegas explica sobre este tópico que “Si una convención multilateral contiene una cláusula prescribiendo que serán inválidos los acuerdos en contrario a sus disposiciones, ella no se convierte en una convención de *ius cogens*, ya que no pierde su carácter multilateral y, si dos Estados miembros de esa convención multilateral celebraran un tratado contrario a ella, ese tratado sería válido, configurándose apenas una violación de tal cláusula del convenio multilateral anterior y también un ilícito internacional, ya que un convenio multilateral debe ser

⁽⁷⁶⁸⁾ Bidegain, Carlos María, *Curso de derecho constitucional*, nueva versión actualizada por Egugenio Luis Palazzo y otros, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires 1994, Tomo I, pág. 29.

⁽⁷⁶⁹⁾ Bidegain, Carlos María, *Curso ...*, op. cit., págs. 29 y 30.

⁽⁷⁷⁰⁾ C.I.D.H., Informe 3/87 – caso 9647 – en www.cidh.org.

respetado y cumplido por todos sus miembros (art. 26 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados)” ⁽⁷⁷¹⁾.

En consecuencia, la tesis que propugna a la D.S.L.M. como una regla de *ius cogens* internacional, por el momento se enfrenta a las citadas aporías que no tienen solución.

Las normas de *ius cogens* tienen que ver con las relaciones internacionales de los Estados y solo indirectamente, llegan a la población.

Las normas de *ius cogens* derivan de la *comunidad internacional de Estados en su conjunto*, no de un acuerdo multilateral como lo es la D.S.L.M.

Por último, y como se ha visto en la Parte II de este trabajo, no hay una perfecta sincronización entre el contenido de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos referenciados por los considerandos de la D.S.L.M. y los derechos reconocidos en su articulado, de manera tal que tampoco puede sostenerse en la actual coyuntura, que todos y cada uno de los derechos reconocidos por la D.S.L.M. ya formaba parte del *Derecho humanitario internacional* y, por esa vía, del *ius cogens*.

3.2.- Teoría de la norma derivada del Mercosur (norma comunitaria).

Esta vertiente se enfrenta al problema de la regulación de las fuentes del derecho comunitario que hace el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto.

Para sostener que la D.S.L.M. es una norma comunitaria o derivada del Mercosur, corresponde encuadrarla en alguna de las categorías previstas para esas normas, a partir de lo cual, no quedarían dudas sobre su fuerza vinculante para los Estados Miembros y la aplicabilidad de su contenido en el derecho interno.

Pero ocurre que, tal como lo hemos expuesto anteriormente (Capítulo 3, Apartado 3.2.-), la D.S.L.M. no integra la mención de fuentes derivadas a que alude el art. 41 del citado Protocolo en su Apartado III, esto es, no estamos frente a una *Decisión del Consejo del Mercado Común, Resolución del Grupo Mercado Común o Directiva de la Comisión de Comercio del Mercosur*.

Por lo tanto, la D.S.L.M. no admite ser considerada como una norma derivada del Mercosur. Tampoco como norma derivada del Tratado de Asunción, ya que este Tratado difirió lo concerniente al sistema de toma de decisiones para una etapa posterior (art. 18), la cual fue cumplimentada con el Protocolo de Ouro Preto.

Y si así lo fuera, tampoco quedaría claro con dicha tesis su fuerza vinculante, toda vez que, por el momento, no existe supranacionalidad en el Mercosur, esto es, una construcción jurídica que tenga asignado poder normativo a sus órganos, de manera tal que las disposiciones generales dictadas por éstos, comiencen a regir dentro del territorio de los Estados Miembros, con carácter prevalente con relación a su derecho interno y ello sin necesidad de un acto de incorporación específico, con lo cual, la norma comunitaria derogaría o quitaría aplicabilidad a toda norma del derecho interno que le resulte oponible, sea esta anterior o posterior a su dictado.

⁽⁷⁷¹⁾ Viegas, Vera Lucia, *Ius Cogens e o tema da nulidade dos tratados*, en Revista Unifio, Año I, número 2, diciembre de 1999, Centro Universitario Fieo, Osasco 1999, pág. 56.

3.3.- Teoría de la norma constitucional.

Esta teoría ha sido expuesta en el contexto normativo del art. 45 de la Constitución de Paraguay, norma que declara “abierta” la parte dogmática de su Constitución. Constituye una variante de la exposición de Ermida ya que, en definitiva, sostiene que la D.SL.M. ingresa a la Constitución por tratarse de una norma de *ius cogens* internacional.

Hemos visto ya los obstáculos que presenta la tesis de sostener que la D.SL.M. es una norma de *ius cogens*, de manera tal que la premisa de dicho razonamiento no puede llevar a convalidar sus conclusiones.

3.4.- La D.SL.M. como tratado “derivado” del Tratado de Asunción.

Esta opinión es la que más se asemeja a nuestro punto de vista. Sin embargo, no soluciona el problema del carácter “derivado” que está planteando. Cuando decimos que una norma es “derivada”, debemos fundar tal afirmación diciendo cual es la norma anterior o superior que prevé su creación.

En el caso, aún cuando por el Tratado de Asunción se mencionan propósitos o fines de *desarrollo con justicia social* coherentes con los postulados de la D.SL.M., debemos reconocer que en dicho Tratado no hay disposición expresa de la cual se permita inferir delegación o mandato a los Jefes de Estado para aprobar un Tratado sobre derechos sociales, como sería en el caso, la D.SL.M.

3.5.- La D.SL.M. como tratado internacional sobre derechos humanos.

Es una variante de la posición anterior, expuesta con especial referencia al caso brasileño.

También aquí corresponde una crítica similar. Si la D.SL.M. es un Tratado, que no fue aprobado por el órgano legislativo de acuerdo a las normas constitucionales, la tesis de sostener la aplicabilidad judicial en el derecho interno sobre la única base de la obligatoriedad de los compromisos internacionales, aparece como incompleta, máxime cuando la jurisprudencia brasileña del máximo Tribunal Federal, viene exigiendo la incorporación expresa de estos actos al derecho interno.

El fracaso jurisprudencial de estos argumentos, aún cuando doctrinariamente cuentan con aceptación, no permite incluir a la D.SL.M. en la cláusula abierta del art. 5° de la Constitución Brasileña de 1988, aspecto relevante para lograr su aplicabilidad inmediata.

3.6.- La D.SL.M. como instrumento de relevamiento de conducta con fin sistémico.

Hemos visto que esta vertiente relativiza el valor jurídico de la D.SL.M. entendiendo que su fin primordial, radica en que los Estados cumplan con el derecho que se encuentra vigente en cada uno de sus territorios, como asimismo las políticas que en materia social describe el citado instrumento.

Como argumento tendiente a reafirmar la tesis que el carácter imperativo de las normas contenidas en la D.SL.M. es relativo, se parte de la premisa que previamente los Estados contaban con normas similares en sus ordenamientos internos.

Con relación a lo primero, parecería ser que el texto de la D.SL.M.

no acompaña tal teoría. En efecto, el art. 20 de dicho instrumento sella el compromiso de los Estados a respetar “*los derechos fundamentales inscritos en esta Declaración*”. Si se tratara de un instrumento al estilo del candón pirulero, para que cada Estado atienda a su juego, no tendría sentido el enunciado del art. 20, el cual habría sido redactado de otra forma, como ser “*cada Estado se compromete a respetar su propia legislación*”. Tampoco tendría sentido constituir una Comisión Sociolaboral Regional (y las nacionales) con el “*objetivo de fomentar y acompañar la aplicación del instrumento*”, que incluyen diversas etapas consultivas vinculadas al “*cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Declaración*” por los Estados Miembros.

Por último, concluir que la D.SL.M. carece de relevancia normativa porque sus contenidos han sido previamente receptados por los ordenamientos internos, sin un previo análisis comparativo como el que hemos realizado en la Parte III de este trabajo, aparece como una conclusión precipitada, teniendo en cuenta las discrepancias que hemos apuntado en el Capítulo anterior.

3.7.- La D.SL.M. como instrumento político.

Es clara la semejanza de este punto de vista con el anterior. Tanto que la premisa principal del razonamiento, está dada por el hecho de interpretar que todo el contenido de la D.SL.M. se encuentra previsto en los convenios de la O.I.T. ratificados por las partes, “*salvo en la pequeña porción que falta ratificar*”. Ocurre que esa *pequeña* porción, por ejemplo, es lo que impide a Brasil dar cumplimiento a por lo menos dos artículos de la D.SL.M. (el 8° sobre Libertad de Asociación y el 9° sobre Libertad Sindical). La misma *pequeña* porción hace que Paraguay aún no haya recibido en su legislación interna, el mecanismo de protección de los desempleados del art. 15. Además, no hay ni *pequeña* ni *gran* porción de convenios de la O.I.T. que reconozcan a favor de “*Todos los trabajadores*” el derecho de huelga, tal como lo hace el art. 12 de la D.SL.M. y no fueron suficientes los convenios hasta ahora ratificados, para subsanar las incompatibilidades de los derechos internos de Argentina, Brasil y Paraguay, con relación a las diferencias de tratamiento que se admiten, fundadas en el *origen nacional* del trabajador, frente a la previsión expresa del art. 1° de la D.SL.M.

En fin, la temática resulta compleja y no es solucionada con el citado punto de vista, fruto, sin duda, del carácter novedoso de este instrumento y del hecho de tratarse de una opinión preliminar, como todas las aquí analizadas.

3.8.- Sin posición: no rige porque no fue publicada en el Boletín Oficial.

Esta opinión, expuesta por Julio Simón, parece haber causado influencia entre los juristas que participaron del Seminario que organizó Cinterfor O.I.T. y la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo, ya que en el informe publicado por Lucas A. Malm Green ⁽⁷⁷²⁾, se relata que hubo consenso entre los integrantes para solicitar del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos, gestione por ante el Poder Ejecutivo Nacional la publicación del documento en el Boletín Oficial.

⁽⁷⁷²⁾ Malm Green, Lucas A., *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR*, D.T. T° 2002-B, págs. 1387 a 1392

El argumento de la falta de publicación recibió una crítica fuerte por parte de Capón Filas: “*Afirmar que la Declaración no es obligatoria por no haber sido publicada en el Boletín Oficial es bizantino porque los Ministerios de Trabajo ya redactan la Memoria Anual y algunos Tribunales la aplican*” ⁽⁷⁷³⁾.

Esa primer refutación, se basa en el hecho notorio que parte de la D.S.L.M. está vigente ya que está siendo acatada por las autoridades competentes de los propios poderes públicos que sancionaron dicho instrumento. Por estricta aplicación de la llamada teoría de los actos propios, los poderes públicos no podrían sostener la falta de vigencia de una norma que ellos mismos están cumpliendo.

Sin embargo, las normas que reconocen derechos humanos, tienen por característica su oponibilidad *erga omnes*, lo que involucra a particulares que, justamente, podrían desconocer sus términos alegando la falta de publicación de la ley.

El argumento utilizado por Julio Simón es de brillante técnica argumentativa. Perelman, siguiendo a Schopenhauer, refiere que un *artificio* susceptible de ser utilizado durante una discusión entre eruditos en presencia de un público incompetente, consiste en *exponer una objeción no pertinente, pero que el adversario no sabría rechazar sin largos desarrollos técnicos* ⁽⁷⁷⁴⁾.

Lo cierto es que, con público erudito o no, el argumento de la falta de publicación de la D.S.L.M. constituye una aporía importante en el camino hacia la fundamentación de su valor jurídico, y que requiere una refutación un poco más elaborada que la simple calificación de *bizantino* o, incluso, *artificio*.

La importancia del citado argumento, es que siendo brevemente enunciado, requiere una refutación con *los largos desarrollos técnicos* que deberemos hacer a continuación.

Entendemos que con relación a este tópico, convergen las dificultades propias del tránsito que ha venido adoptando nuestro ordenamiento jurídico, del dualismo al monismo, o a un dualismo con primacía del derecho internacional. Son distintos los efectos atribuidos a la publicación de la ley en el derecho interno y en el derecho internacional.

3.8.1.- La publicación de la ley en el orden interno.

En el orden interno, la necesidad de dar a publicidad los actos de gobierno fue esbozada en el mismo nacimiento del Estado Argentino, ya que figuró en el Reglamento suministrado por el Cabildo de Buenos Aires, en las sesiones del 24 y 25 de mayo de 1810 ⁽⁷⁷⁵⁾.

El instrumento de mayor jerarquía entre los actos del gobierno, por el cual se impone una conducta general y obligatoria para la población, como asimismo

⁽⁷⁷³⁾ Capón Filas, Rodolfo, *Declaración Sociolaboral del Mercosur, Proyecto Regional para el Empleo Decente*, en Revista *Peronistas para el debate nacional*, editada por el Centro de Estudios de la Patria Grande, Buenos Aires junio de 2002, Año 1, N° 1, pág. 77.

⁽⁷⁷⁴⁾ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, traducción española a la 5° edición francesa por Julia Sevilla Muñoz, editorial Gredos, Madrid 1994, pág. 171.

⁽⁷⁷⁵⁾ Sagués, pág. 41; Díaz de Molina, Alfredo, *Formación federal de la Constitución*, editorial Zavalía, Buenos Aires 1975, págs. 14 y 15.

consecuencias derivadas de su infracción, muchas veces a través de mecanismos compulsivos o penas, es la ley.

Para que la ley pueda tener las señaladas consecuencias en la población, deben reunirse por lo menos tres premisas fundamentales: a.-) las leyes no obligan sino después de su publicación; b.-) una vez publicadas, se las presume conocidas; c.-) la ignorancia de sus prescripciones o el error con que se las pondere no cohibe los efectos propios de los actos lícitos ni excusa la responsabilidad por los ilícitos ⁽⁷⁷⁶⁾.

Sin embargo, el medio de publicación ha causado controversias en la doctrina y la jurisprudencia desde los tiempos más remotos. Santo Tomás se había ocupado del punto en el Tratado de la ley, señalando la necesidad que la ley positiva deba ser escrita ⁽⁷⁷⁷⁾. Suárez, por su parte, aseveraba que la ley debía ser propuesta públicamente de suerte que pueda ser *leída* u *oída*, no siendo la escritura, en rigor de verdad, esencia de la publicación de la ley *“Porque aún de palabra puede el precepto del superior ser intimado suficientemente, no sólo a persona privada, sino también a la comunidad, si es publicado lo bastante por la voz del pregón, y después permanece en las memorias de los hombres y se conserva por la tradición”* ⁽⁷⁷⁸⁾

En un clásico de la materia, Néstor Sagués relata que la expresión *“promulgar”* deriva del instituto del derecho romano denominado *“promulgare”*, que significaba hacer pública la norma: de *pro vulgare*, decirle al *vulgo*: *pro vulgo*. Que a raíz de ello, hasta fines del siglo XVIII la promulgación incluye la publicación de la norma. La distinción entre promulgación y publicación vendría a aparecer en Francia, a partir de 1789. Citando a Portalis, refiere que la promulgación de una ley era su *“solemnis editio”*, teniendo por objeto comprobar la existencia de la ley (esto es, su autenticidad, que fue regularmente tramitada, y su redacción), mientras que la publicación, en cambio, era la *“divulgatio promulgationis”*, es decir, el poner en conocimiento del público que se había promulgado la ley. Sobre estas premisas, refiere Sagues que en oportunidad de sancionarse nuestra Constitución de 1853, la herencia jurídica romano – tomista, derivó en que se interpretara que el concepto de promulgar incluía al de publicar la ley ⁽⁷⁷⁹⁾.

Tal vez ello explique las deficiencias que sobre el particular sobreviven en nuestro texto constitucional, aún después de la reforma de 1994. En esta oportunidad, se asignó al texto del art. 99 inc. 3° su actual redacción: *El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ... 3° participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar”*.

Sin embargo, sobreviven los casos de *“promulgación tácita”*, las mal llamadas promulgaciones *“de hecho”*, derivadas de los proyectos aprobados por el Congreso que no fueron objeto de observación por el Poder Ejecutivo en el plazo de diez días útiles previsto por el art. 80. Esta norma, mantiene la redacción originaria

⁽⁷⁷⁶⁾ Risolía, Marco Aurelio, *Publicidad de los actos de gobierno, ignorancia de la ley y leyes secretas*, E.D., T° 68 pág. 837.

⁽⁷⁷⁷⁾ Tomás de Aquino, Suma teológica, I, II, *cuestión 90*; en *Tratado de la ley*, 5° edición, editorial Porrúa, México 1996, pág. 7.

⁽⁷⁷⁸⁾ Suárez, *De legibus*, lib. I, Cap. XI, 9; citado por Sampay; Arturo, en *“La publicación de las leyes y la divulgación de las leyes obreras”*, D.T., T° 1946, pág. 340.

⁽⁷⁷⁹⁾ Sagués, Néstor Pedro, *Las leyes secretas. El sigilo legislativo en el derecho constitucional argentino*, ediciones Depalma, Buenos Aires 1977, pags. 92 a 96.

en el sentido que “*Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles*”. Posteriormente, no hay en la Constitución otra norma que indique para estas leyes un modo de publicación distinto del referido por el art. 99 inc. 3°. Si bien estas leyes suelen ser publicadas en el Boletín Oficial ⁽⁷⁸⁰⁾, tampoco se ha previsto por la Constitución consecuencia alguna para el caso que el Poder Ejecutivo no objete el proyecto y tampoco lo publique.

Del mismo modo, también sobrevive en el texto constitucional reformado, el medio de publicidad ordenado para las leyes aprobadas por el “*voto de insistencia del Congreso*”. Puede leerse sobre el punto en el art. 83 que “*Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría – dos tercios de votos –, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa*”.

El actual art. 83 mantiene la redacción originaria del art. 69 de la Constitución de 1853. Se advierte una variación respecto del proyecto de Juan B. Alberdi, cuyo art. 76 nada decía acerca del medio de publicación de las leyes aprobadas por la insistencia del Congreso: “*Ninguna discusión del Congreso es ley sin la aprobación del presidente. Solo él promulga las leyes. Toda determinación rechazada por él necesita de la sanción de los dos tercios de ambas Cámaras para que pueda ejecutarse*”.

Lo cierto es que nuestra Constitución, si bien es clara en el sentido que la ley debe ser publicada para que pueda ser exigible, no lo es en cuanto al medio de su publicación, por lo menos, no lo es en cuanto a las leyes aprobadas por promulgación tácita o de hecho, y menos aún, en el caso de las leyes aprobadas por insistencia del Congreso, toda vez que el art. 83 parece referirse a la *prensa* como medio de publicación. La disposición que ordena la publicación de las leyes (en sentido material) en el Boletín Oficial es la ley 16.504.

Dado que nuestro derecho constitucional positivo no tiene una cláusula que soluciones el problema del incumplimiento por parte del Poder Ejecutivo al deber de publicar las leyes en el Boletín Oficial ⁽⁷⁸¹⁾, la tesis que propugna la publicación en Boletín Oficial como único medio legítimo para la entrada en vigencia de las leyes, permitiría al Poder Ejecutivo ampararse en este *vacío constitucional* para burlar la voluntad del Congreso, mediante el sencillo trámite de obviar la *promulgación* y luego, la publicación de la ley en el citado medio oficial. Otro tanto ocurriría en el caso de insistencia del Congreso, con publicación de la ley por la prensa y no por el Boletín Oficial.

Marienhoff, refiriéndose a la publicación de la ley, sostiene que como principio general esta debe ser efectuada en el Boletín Oficial. Entiende que ello se impone no solo por la autenticidad que le atribuye al texto publicado, sino también por la seguridad o certeza jurídicas referentes al día en que comienza a regir la ley. Luego de hacer referencia a las posturas a favor de Salvat y en contrario de Bullrich, concluye en sostener el criterio de la necesidad de publicación en Boletín Oficial en vez de los grandes diarios, solo porque éstos “*aunque generalmente son leídos por*

⁽⁷⁸⁰⁾ Por ejemplo, la ley 23.941, B.O. 8/7/91; la ley 23.963, B.O. 13/8/91, entre muchas otras.

⁽⁷⁸¹⁾ Sagués, Nestor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2° edición, editorial Astrea, Tomo I, pág. 426.

la mayoría de las personas, no siempre ocurre así". Estima que por ello, "resulta más conveniente adoptar el criterio que la publicación idónea debe efectuarse en el diario oficial, pues en esa forma se logran la autenticidad del documento transcrito o publicado y la seguridad o certeza jurídicas referentes al día en que comienza a regir la ley". Finaliza esta exposición, entendiendo que el sustento normativo estaría dado por el art. 2° del Código Civil (texto ley 16.504 de 1964), en función del cual "Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los 8 días siguientes al de su publicación oficial" ⁽⁷⁸²⁾.

Sin embargo, notamos que el texto del art. 2° del Código Civil no exige necesariamente la publicación en el diario oficial, ya que el primer párrafo no dice dónde debe ser publicada la ley. Ese medio es aludido en el segundo párrafo, con un claro sentido subsidiario, destinado a regir para el caso allí previsto de las normas que "no designan" el tiempo de su entrada en vigencia. Además, es frecuente el caso de las leyes (o decretos) que prevén su entrada en vigencia "a partir de su publicación", siendo que por el mismo Código Civil, en su art. 24, establece que "los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha", con lo cual, cuando el art. 2° establece que las leyes serán obligatorias después de su publicación, estaría indicando que las leyes no pueden regir a partir del instante mismo de la impresión oficial, sino desde la medianoche de ese día, es decir, del día siguiente al de la publicación oficial.

Y en lo que hace a la posible discusión acerca del texto de la ley, la reproducción oficial no es más que una de las tantas que pueden hacerse de su contenido, bastando remitirse al documento original para que dicha discusión termine ⁽⁷⁸³⁾. En el ámbito del Mercosur, por Resolución N° 80/2000 del Grupo Mercado Común (Brasilia, 7/12/2000), se ha dispuesto que los tratados internacionales propiamente dichos, suscriptos entre los Estados miembros del Mercosur entre sí o entre el Mercosur y terceros Estados u Organizaciones internacionales, deben ser depositados por el Gobierno de la República del Paraguay. Para los originales de los demás instrumentos internacionales, tales como Actas, Ayudas Memoria y Declaraciones Conjuntas, serán archivados en la Secretaría Administrativa del Mercosur, la cual podrá expedir copias autenticadas de los mismos a pedido de los Estados Partes del Mercosur (arts. 1° y 2°).

Refiriéndose a la entrada en vigencia de la ley, Llambías relativiza la cuestión, sosteniendo que por excepción la ley puede comenzar a regir antes de su publicación: *en algunos casos puede disponerse que la ley se aplique con retroactividad, es decir, a relaciones y hechos jurídicos ocurridos con anterioridad a*

⁽⁷⁸²⁾ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4° edición actualizada, editorial Abeledo – Perrot, Bs. As. 1990, Tomo I, págs. 212 y 213.

⁽⁷⁸³⁾ Platón, *Eutifrón*, 7,c y 7,d.2: Sócrates le dice a Eutifrón: "¿Acaso si tú y yo disputamos acerca de cuál de dos números es mayor, la discusión sobre esto nos hace a nosotros enemigos y nos irrita uno contra otro, o bien recurriendo al cálculo nos pondríamos rápidamente de acuerdo sobre estos asuntos?". Luego de consensuar con Eutifrón que no existe disputa en aquellos asuntos sobre los cuales se arriba a una solución mediante los pesos o medidas, concluye Sócrates en que el objeto de la disputa radica en temas diferentes: "Quizá no lo ves de momento, pero, al nombrarlo yo, piensa si esos asuntos son lo justo y lo injusto, lo bello y lo feo, lo bueno y lo malo. ¿Acaso no son éstos los puntos sobre los que si disputáramos y no pudiéramos llegar a una decisión adecuada, nos haríamos enemigos?"

su sanción ⁽⁷⁸⁴⁾. Y más adelante, agrega que *Debe considerarse definitivamente superada la teoría que funda la obligatoriedad de la ley, a partir de la fecha de su publicación, en la circunstancia de que, desde ese momento, los ciudadanos deben conocerla. Esa presunción no es sino una mera e inútil ficción. La verdad es que son muy pocos los que conocen las leyes por el hecho de su inserción en el Boletín Oficial*. Sin embargo, reconoce que la publicación oficial no hace sino determinar con precisión el momento en que la ley entra en vigencia, con prescindencia de que haya sido o no conocida ⁽⁷⁸⁵⁾.

Notamos que por estos días, son promulgadas leyes que tienen previsto la entrada en vigencia a partir de su sanción, cuando fueron publicadas días más tarde. Tal el caso de la ley 25.561 sobre Emergencia Pública y Reforma al Régimen Cambiario, cuyo art. 8 establece la entrada en vigencia a partir de su sanción, que fue el 6 de enero de 2002. De manera consecuente, el art. 1° del Decreto 50/02 que reglamenta la citada ley, dispuso la entrada en vigencia de sus disposiciones al 6 de enero de 2002, cuando ambos, ley y decreto, fueron publicados en Boletín Oficial después del día fijado para su entrada en vigencia (la ley fue publicada en un suplemento extraordinario del día 7/01/2002 y el Decreto 50/02 en la edición del día 9/01/2002).

La ley tiene efectos significativos en materia social, toda vez que por su art. 16 suspendió los despidos sin causa por el término de 180 días ⁽⁷⁸⁶⁾. Ello genera un debate, todavía no resuelto, acerca de los despidos producidos entre la fecha de sanción de la ley (el 6 de enero), la de su publicación (7 de enero) y, particularmente, la de publicación del Decreto 50/02 (9 de enero) que establece la entrada en vigencia de la ley al día 6 de enero. Particularmente, los despidos producidos entre el 6 de enero y la fecha en que según el art. 24 del Código Civil sería exigible el art. 1° del Decreto 50/02 (el 10 de enero, que es “*después de su publicación*”). Cuando lo cierto es que la prensa ya había publicado lo esencial de su contenido desde el domingo 6 de enero (edición de esa fecha del Diario Clarín, por ejemplo), situación que permitió a numerosos empleadores anoticiarse por esa vía del contenido de la ley, contando con la posibilidad de despedir a sus trabajadores en esos días para evitarse el recargo indemnizatorio.

En un caso similar, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, refiriéndose a la necesidad de publicación por el Boletín Oficial prevista por el art. 2° del Código Civil, señala que es “*una ficción tal disposición, que da por sentado que la publicación en el Boletín oficial es de conocimiento incuestionable por todos los habitantes del país*”. Agrega que tal disposición ha quedado detenida en el tiempo, ya que “*tal formalidad es irritante tomándola como necesaria para dar validez y fecha cierta a los decretos, leyes, etc. En nuestros tiempos, en que las noticias de cualquier carácter y su conocimiento son casi instantáneas en todo el territorio de la Nación inmediatamente de producidas ... ; sostener que el Boletín oficial llena de por sí y con exclusión de otros medios el conocimiento, es dar*

⁽⁷⁸⁴⁾ Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, 7° edición, editorial Perrot, Buenos Aires 1980, Tomo I, págs. 151 y 152, N° 128.

⁽⁷⁸⁵⁾ Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, cit., págs. 153 y 154, Nros. 132 y 134.

⁽⁷⁸⁶⁾ Ver de nuestra autoría: *Proibição temporária de despedimentos em razão da emergência econômica*, publicado en Revista *Synthesis. Direito do trabalho material e processual, Órgão oficial do TRT da 2° Região*, editorial Sintese, San Pablo 2002, N° 35/02, págs. 19 a 22

espalda a la marcha del tiempo. Los citados medios de información recordados, cumplen la divulgatio promulgationis que es el extremo legal del art. 2° del Código Civil, ya que no existe disposición alguna que establezca la no obligatoriedad de las leyes publicadas o conocidas fuera del Boletín Oficial”.

Sobre la base de esos argumentos, que parecen haberse escrito ayer, el Tribunal concluyó que el Decreto 33.302, por el cual se establecieron recargos indemnizatorios para los despidos, rige a partir del día siguiente al de su sanción, es decir, *el 21 de diciembre de 1945*, y no luego de su publicación en Boletín Oficial, del día 1° de enero de 1946 ⁽⁷⁸⁷⁾.

Esta sentencia recibió un comentario crítico de Arturo Sampay ⁽⁷⁸⁸⁾, quien señala la necesidad de distinguir entre la *divulgación* y la *publicación* de la ley. La *publicación* tiene como autor al mismo legislador, de tal modo que debe ser hecha por él o en su nombre. El destinatario o *sujeto recipiente* de la *publicación* es la comunidad. El efecto de la publicación estriba en dar a la ley una fuerza actual de obligar, para aplicarla ulteriormente a la comunidad. La *divulgación*, por lógica, es posterior a la notificación de la ley, aún cuando pueda precederla cronológicamente, tiene por *autor* a cualquiera, incluso un privado, puesto que sólo extiende la noticia de la ley *publicada* y, por consiguiente, conduce al conocimiento de las obligaciones que acarrea esa publicación. Sobre estas bases concluye que la divulgación de la ley llena la exigencia de su difusión, sin necesidad de desvirtuar el instituto de la *publicación* de las leyes que, a la postre, es el basamento material de la seguridad jurídica de los gobernados.

Esta clasificación es seguida más tarde por Néstor Sagués ⁽⁷⁸⁹⁾, sosteniendo que, *“en rigor, la publicación oficial de la norma es practicada en nuestro país por el Poder Ejecutivo, y se dirige a toda la comunidad”*, su fin consiste en dar a la ley una fuerza actual de obligar para aplicarla al pueblo.

Sin embargo, corresponde destacar que la distinción entre *divulgación* y *publicación* de la ley no tiene apoyo ni en el texto de nuestra constitución, ni en la normativa del Código Civil referida a este instituto. El Código Civil dispone que la entrada en vigencia de la ley a los ocho días de su publicación en Boletín Oficial, es para el caso que ellas nada digan sobre su entrada en vigencia y la Corte Suprema ha admitido que una ley pueda regir desde su promulgación, antes que desde su publicación: *es facultad de quien ejerce la función legislativa*

⁽⁷⁸⁷⁾ C.N.A.Tr., Sala II, 27/5/46, *Conejero, María E. c/ Casa Ferré*, D.T. T° 1946, págs. 363 y 364. Cabe destacar que se trataba de un caso claro de confrontación de reglas de justicia con reglas del derecho, optando el Tribunal de manera expresa por resolver la cuestión sobre la base de este último criterio: *“... el hecho más elocuente que abona la verdad de lo espuesto, es precisamente la cantidad de despidos efectuados desde el 20 de diciembre al 31 del mismo del año 1945.- ¿Sostendrían que no le es conocido el decreto 33.302? ¿Qué razones indujeron a producir la ruptura del contrato de trabajo a tantos empleadores en ese lapso? ¿No sería su reflexión cuantitativa del decreto? Sin considerar el aspecto profundo y humano de dicha norma jurídica, que por cierto no escapa al criterio de este tribunal y atento a las consideraciones precedentes, se declara que el decreto 33.302 rige desde el día siguiente de su sanción, es decir, desde el 21 de diciembre de 1945. Y el despido de la actora, es uno de los tantos miles ocurridos en ese plazo – la demandada pretende acogerse a un beneficio legal aparente para violar precisamente la ley que lo obliga”.*

⁽⁷⁸⁸⁾ Sampay, Arturo, *“La publicación de las leyes y la divulgación de las leyes obreras”*, D.T., T° 1946, pág. 337.

⁽⁷⁸⁹⁾ Sagués, Néstor Pedro, *Las leyes secretas (El sigilo legislativo en el derecho constitucional argentino)*, ediciones Depalma, Buenos Aires 1977, pag. 28.

establecer la fecha partir de la cual comenzará a regir una ley ⁽⁷⁹⁰⁾. Aunque es claro que en materia penal no puede darse ese caso, pues se opone a ello el art. 18 de la Constitución Nacional ⁽⁷⁹¹⁾.

¿Qué pasa con las leyes no publicadas?. Belluscio y Zannoni se refieren al punto, con apoyo en la jurisprudencia y doctrina que citan, sosteniendo que la existencia de estas normas puede originar importantes efectos: a.-) las leyes sin publicar no obligan a los particulares, pero sí al Estado que las crea. En consecuencia, se admite que las leyes son de aplicación inmediata en la esfera administrativa, aún cuando no hubieren sido publicadas, siempre que su conocimiento se obtenga por otros medios; b.-) cuando un particular invoca derechos subjetivos frente al Estado, otorgados por una ley no publicada que ha llegado a su conocimiento, el Estado no puede desconocerlos invocando la falta de publicación; c.-) si un particular sufre perjuicios causados por la morosidad del Poder Ejecutivo en la publicación de una ley, tiene acción contra el Estado por indemnización del daño, aunque los derechos y obligaciones creados por esa ley sólo existan entre particulares, porque obra una obligación de derecho público a cargo del Estado respecto de la publicación de las leyes, siendo ésta un servicio público que presta el Poder Ejecutivo ⁽⁷⁹²⁾. En el mismo sentido se pronuncian Llambías y Raffo Benegas: *La falta de publicación no podría tener por resultado privar a un particular de derechos o prerrogativas que tuviera frente o contra el Estado. No podría beneficiar a éste el incumplimiento de sus obligaciones en que incurriera uno de los órganos del poder.* Cuando se trata de relaciones entre particulares, el sujeto a cuyo cargo se pongan los deberes podrá alegar con razón el hecho de que no le obligan las leyes no publicadas. *Los jueces, al decidir cada caso, deberán buscar soluciones de equidad, las que podrán derivar en imputaciones de responsabilidad estatal* ⁽⁷⁹³⁾.

3.8.2.- La publicación de la ley con relación a los tratados internacionales.

Con relación a los tratados internacionales, nuestra Constitución tampoco ha previsto un modo de publicación distinto al de las leyes comunes, dando por sentado que luego de su aprobación por parte del Congreso, etapa que generalmente se cumple en forma de ley, el texto del tratado es publicado junto con la ley aprobatoria por el Poder Ejecutivo.

Una cosa es clara, por aplicación de las reglas constitucionales derivadas de la forma republicana de gobierno (arts. 1 y 33 de la C.N.), los tratados deben ser publicados, como debe serlo todo acto normativo estatal. Hay una clara subordinación de los tratados a estas reglas del derecho público en el art. 27 de la Constitución Nacional.

Sobre el punto, la ley 24.080, anterior a la reforma constitucional de 1994, ha establecido qué actos y qué hechos referidos a los Tratados

⁽⁷⁹⁰⁾ C.S.J.N., Fallos 100: 212; caso "Suárez", Fallos 275:374; ver Sagués, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, cit., pág. 426 y Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, 4° reimpresión, editorial Astrea, Buenos Aires 1993, pág. 12.

⁽⁷⁹¹⁾ Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A., *Código Civil ...*, cit., pág. 12.

⁽⁷⁹²⁾ Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A., *Código Civil ...*, cit., págs. 14 y 15.

⁽⁷⁹³⁾ Llambías, Jorge J. y Raffo Benegas, Patricio, *Código Civil anotado. Doctrina y jurisprudencia*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 2002, Tomo I – A, pág. 11.

internacionales deben publicarse en el Boletín Oficial. Se ha señalado que esta ley adhiere a una teoría dualista ⁽⁷⁹⁴⁾, ya que de su texto surge una clara distinción entre los Tratados – Contratos que versan sobre la realización de una negociación entre los Estados (alianzas, límites, etc.), de los Tratados Normativos que versan sobre la creación de un derecho en materias civil, comercial, laboral, penal, etc., que generan derechos y obligaciones para los habitantes del Estado contratante. Es así como el art. 3° de la ley 24.080 dispone que los *“tratados y convenciones internacionales que establezcan obligaciones para las personas físicas y jurídicas que no sea el Estado Nacional, son obligatorios sólo después de su publicación en el Boletín Oficial observándose al respecto lo prescripto por el art. 2° del Código Civil”*.

Sin embargo, este sistema de condicionamiento para la entrada en vigencia de los tratados internacionales en el derecho interno, se encuentra en crisis debido a la interpretación que sobre el punto ha venido realizando la Corte Suprema desde el célebre caso *“Ekmekdjian”* del 7 de julio de 1982 ⁽⁷⁹⁵⁾ que impulsó la reforma constitucional de 1994 y el actual art. 75 inc. 22 de la Constitución. Con posterioridad a dicha reforma, en oportunidad de resolver la causa *“Giroldi”* del 7 de abril de 1995 ⁽⁷⁹⁶⁾, la Corte sostuvo que la expresión contenida en el art. 75 inc. 22, en cuanto a que los Tratados de Derechos Humanos *“... en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional ...”* alude a su vigencia internacional, o sea, que no hay con relación a los tratados internacionales dos vigencias, sino solamente una: la internacional. De este modo y a partir del citado caso, bien se ha sostenido que la Corte eliminó la dicotomía que implicaba la diferencia entre la vigencia interna e internacional de un Tratado, a favor exclusivo de esta última ⁽⁷⁹⁷⁾.

De manera tal, que el tratado ingresa al derecho interno cuando así lo haga en el orden internacional. Sobre este punto, señala Boggiano que los tratados, por lo general, determinan su propia entrada en vigencia (art. 24 de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados). Si nada se prevé, entran en vigencia según lo establezca el derecho internacional. Esto ocurre cuando se alcanza el consenso requerido ⁽⁷⁹⁸⁾.

3.8.3.- Conclusión: la vigencia internacional condiciona la vigencia interna.

En consecuencia, si admitimos que la D.S.L.M. es un instrumento internacional y que en dicho ordenamiento obliga a los Estados con relación a su derecho interno, la falta de publicación en Boletín Oficial no impide la entrada en vigencia en este último ordenamiento, desde que el instrumento sea vinculante conforme al derecho internacional.

Este último atributo será el que, con independencia del cumplimiento al requisito interno de publicación en el Boletín Oficial, conferirá carácter imperativo y existencia, en el mundo jurídico interno, a la D.S.L.M.

⁽⁷⁹⁴⁾ Ramayo, Raúl Alberto, *Los tratados internacionales y la certidumbre de su vigencia*, E.D., T° 183 pág. 1480.

⁽⁷⁹⁵⁾ C.S.J.N., 7/7/92, *“Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich y otros”*, *“Fallos”*: 315-1492.

⁽⁷⁹⁶⁾ C.S.J.N., 7/4/95, *“Horacio David Giroldi y otro s/ recurso de casación”*, *“Fallos”*: 318:514.

⁽⁷⁹⁷⁾ Ramayo, Raúl Alberto, *Los tratados internacionales y la certidumbre de su vigencia*, E.D., T° 183 pág. 1480.

⁽⁷⁹⁸⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, editorial La Ley, Buenos Aires 2001, pág. 58.

Obviamente, en caso se admita carácter imperativo a la D.S.L.M. como norma de derecho internacional, la falta de publicación en el Boletín Oficial no excluirá a dicho instrumento del ordenamiento jurídico interno.

Aquí, habrían dos posibilidades derivadas tanto de la falta de adecuación de la ley 24.080 a la reforma constitucional de 1994 como del incumplimiento por parte del P.E.N. a la publicación en el Boletín Oficial.

Si se opta por seguir el criterio de la ley 24.080, le serían aplicables a la D.S.L.M. los principios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia para las leyes no publicadas, a saber:

√ Obliga al Estado que la ha creado (o consensuado, en este caso, con los demás Estados Miembros del Mercosur) y, por lo tanto, será de aplicación inmediata en esfera administrativa (por ejemplo, el Ministerio de Trabajo no podrá impugnar un proceso electoral sindical, donde el candidato al máximo cargo representativo sea no nacional, particularmente si se trata de un nacional del Mercosur, si este invoca a su favor la equiparación dispuesta por el art. 1° de la D.S.L.M.).

√ En principio, no obliga a los particulares, pero como el Estado (dentro de su gobierno, el Poder Judicial) no puede desconocerlo, los jueces deberán resolver el caso a través de fórmulas de equidad, las que podrán derivar en imputaciones de responsabilidad estatal por la falta de publicación.

√ Si un particular sufre perjuicios causados por la morosidad del Poder Ejecutivo en la publicación de la D.S.L.M., tiene acción contra el Estado por indemnización del daño, aunque se trate de los derechos y obligaciones creados por la D.S.L.M. que sólo existan entre particulares, porque obra una obligación de derecho público a cargo del Estado respecto de la publicación de las leyes, siendo ésta un servicio público que presta el Poder Ejecutivo.

Si, en cambio, se analiza la cuestión sobre la base de la regla *favor tractatus*, veríamos que la solución anterior no se ajusta a ella, toda vez que sostener que el instrumento no es válido y no genera compromiso alguno, por no haberse seguido un procedimiento interno para la entrada en vigencia de las normas internas, compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Capítulo 15

Conclusiones y posición adoptada acerca de la naturaleza jurídica de la Declaración Sociolaboral.

Sumario.

1.- La convergencia de fuentes de regulación en materia de derechos sociales.- 2.- Las declaraciones como fuente de derecho internacional e interno.- 3.- Declaración suscripta solo por los Jefes de Estado. La D.S.L.M. como tratado internacional.- 4.- Los tratados concluidos en forma simplificada y el derecho interno argentino.- 5.- El caso particular de los acuerdos simplificados ALADI - Mercosur en la jurisprudencia de la Corte argentina.- 6.- La D.S.L.M. como tratado simplificado que integra el derecho positivo argentino.- 7.- Conclusiones: solución de las aporías detectadas en la tesis propuesta.-

1.- La convergencia de fuentes de regulación en materia de derechos sociales.

El derecho es una ciencia en constante evolución y ello se advierte con claridad en lo concerniente a los derechos humanos, que han recibido en su regulación fuentes distintas de los ordenamientos internos.

Hoy día conviven, básicamente, dos grandes categorías de fuentes de regulación: las internas y las internacionales. En el intermedio, comienza a surgir entre nosotros, el derecho comunitario, conformado por decisiones primarias (tratado – marco) y secundarias, estas últimas en las decisiones adoptadas por los órganos comunitarios que tengan incidencia sobre los ordenamientos internos.

Esas fuentes se manifiestan con claridad, cuando adoptan alguna de las siguientes figuras:

- a.-) En el orden internacional: tratados.
- b.-) En el orden interno: la ley, los decretos, las sentencias vinculantes y las fuentes autónomas reconocidas por el ordenamiento jurídico, como ser los Convenios Colectivos de Trabajo.
- c.-) En la comunicación entre ambos ordenamientos, cuando hay *transformación* del derecho internacional al derecho interno o bien, cuando este último ordenamiento admite la incorporación automática de las normas internacionales.

En el orden internacional, hay fuentes de regulación que no han mostrado con igual claridad, al menos en sus inicios, pero que luego fueron admitidas por la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina, como fuentes de regulación con carácter imperativo.

Tal es el caso de las *Declaraciones de derechos*, que surgieron en muchos casos como resoluciones adoptadas por órganos de organismos internacionales, pero en cuya evolución posterior se transformaron en verdaderos tratados, tal el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U. y otros tantos ejemplos.

En una evolución posterior, esos tratados dejaron de convertirse en meras reglas de convivencia entre los Estados e ingresaron a los ordenamientos jurídicos internos, para convertirse en reglas de convivencia imperativas, en las relaciones entre los particulares y de éstos con el Estado. Este proceso requirió la *transformación* de las reglas internacionales, en normas de derecho interno.

Del mismo modo, también en el orden internacional, lo propio ha sucedido con otro tipo de instrumentos, que originariamente no fueron pensados

para producir efectos de tratados, es decir, con fuerza vinculante entre los Estados, pero que luego, a raíz de la misma práctica de los Estados, no solo adquirieron ese carácter, sino que también ingresaron a sus ordenamientos internos con los efectos anteriormente expuestos. En rigor, nada puede obstar a que los estados, en un tratado de derecho internacional, confieran derechos directa e inmediatamente a los individuos, sin *transformación* alguna, habilitándolos a que ellos puedan ejercer por sí esos derechos sin necesidad de requerir autorización a ningún órgano estatal y sin que deban cumplir antes condición alguna: *¿Quién podría impedir a los estados conferir de tal modo derechos a los individuos o reconocer que ellos son titulares de esos derechos antes que todo tratado o convención?* ⁽⁷⁹⁹⁾.

El ejemplo más claro se advierte en la evolución del derecho comunitario europeo. En dicho ordenamiento, sus particularidades propias surgieron de la interpretación que vino haciendo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (T.J.C.E.) de los tratados constitutivos y las decisiones adoptadas por los órganos comunitarios. Lo que determina la esencia comunitaria de dicho derecho, es la existencia de tres principios básicos: el efecto directo, la primacía y el efecto inmediato, tanto de los tratados constitutivos, como de las normas derivadas y siempre en su relación con las normas de derecho interno de los Estados Miembros. Estos tres principios, que no estaban expresamente previstos en el derecho originario, fueron elaborados por el T.J.C.E. en los célebres casos Van Gend y Loos (5/2/63) y Costa c/ ENEL, Raccolta Ufficiale (24/2/64).

Entre nosotros, la mayoría de la doctrina niega que exista aún un derecho comunitario, tanto en el marco de la A.L.A.D.I. como en el del MERCOSUR, porque entiende que esos tres principios básicos aún no están expresamente admitidos por el Tratado de Asunción y sus complementarios, además de las incompatibilidades anteriormente reseñadas con relación al derecho constitucional comparado. Sin embargo, un sector ha planteado con mucha seriedad, la posibilidad de comparar los ordenamientos constitutivos del MERCOSUR con los de la Unión Europea, a punto tal de concluir que ya están dadas, entre nosotros, los mecanismos preliminares que permitirán a un futuro órgano jurisdiccional el reconocimiento de los citados principios básicos para nuestro proceso de integración ⁽⁸⁰⁰⁾. También merece destacarse en este sentido, la autorizada opinión de Boggiano, que tanto el efecto directo e inmediato cuanto la primacía del derecho internacional, *no son algo propio y exclusivo del derecho comunitario o de la integración. Son en cambio, algo que puede darse, y con el tiempo se dará más y más, en el ámbito del derecho internacional general porque los tratados tendrán cada vez más en cuenta las conductas de los sujetos o individuos del derecho interno de los estados como objeto de su regulación* ⁽⁸⁰¹⁾.

De este modo, advertimos que en materia de fuentes de regulación de derechos humanos, hay una evolución constante. No siempre tales fuentes son

⁽⁷⁹⁹⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, editorial La Ley, Buenos Aires 2001, pág. 37.

⁽⁸⁰⁰⁾ Perotti, Alejandro D., *Estructura institucional y derecho del MERCOSUR*, en Revista *Derecho internacional y del MERCOSUR*, editorial La Ley – Síntese, Año 6 N° 1 febrero de 2002, págs. 63 a 137.

⁽⁸⁰¹⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, cit., pág. 69.

claras en sus inicios y en muchos casos, su carácter imperativo viene dado por la propia conducta de los llamados a aplicar tales normas y la labor del intérprete.

Este panorama complejo de relaciones, entre los ordenamientos internacional, regional y local, es lo que llevó a Boggiano, en sus diversas obras, a plantear que en realidad existe un iura Inter iura, es decir, un derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos: *El derecho internacional continúa en los derechos internos. Los derechos internos continúan en el derecho internacional. Sobre estos continuos o continuaciones se basa el derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos* ⁽⁸⁰²⁾.

En nuestro análisis sobre la D.S.L.M., debemos tener presente que nos hallamos frente a un instrumento complejo. No es una fuente clara de derechos y obligaciones. No es ni un tratado propiamente dicho, tampoco una decisión emanada de alguno de los órganos que componen la estructura del MERCOSUR o alguno de los instrumentos vinculantes que rigen en nuestro ordenamiento interno.

Sin embargo, hay algunos componentes claros, no discutibles, que utilizaremos como premisa en nuestro razonamiento.

En primer lugar, que el análisis es pertinente. En las partes II y III de este trabajo, nos hemos ocupado de analizar con tal fin el contenido de la D.S.L.M., concluyendo que esta cuenta con algunos elementos diferenciales, tanto con relación al derecho internacional *incorporado* a los ordenamientos internos de los Estados Miembros del Mercosur, como en su comparación con las normas preexistentes de sus propios ordenamientos.

En segundo lugar, su título indica que es una *Declaración* y versa sobre derechos sociales. Por lo tanto, analizaremos primeramente el valor jurídico de las Declaraciones, en el orden internacional y la posibilidad de comunicación que existe con el derecho interno.

En tercer lugar, también es claro que se trata de un instrumento internacional, cuya redacción fue consensuada a través de un órgano mercosureño (por no decir "*comunitario*") que ha sido el Grupo Mercado Común (por intermedio del Subgrupo de Trabajo N° 10), y concluida con la firma de los máximos representantes de los Estados Miembros del Mercosur, los que también son miembros de la A.L.A.D.I.

Sobre la base de estas premisas, trataremos de concluir el grado de imperatividad que corresponde asignar a la D.S.L.M. en el derecho internacional. Concretamente, si este instrumento, como *Declaración* suscripta por los máximos representantes de los Estados Miembros, obliga a éstos como un tratado.

Por último, en caso logremos sostener el carácter imperativo de la D.S.L.M. en el orden internacional, analizaremos la cuestión vinculada a la *comunicación* que puede existir entre dicho instrumento y el ordenamiento interno, con especial referencia al caso argentino. Nuestro razonamiento deberá solucionar las aporías detectadas con relación a este instrumento, particularmente las derivadas de su carácter complejo y, por supuesto, la falta de su publicación oficial interna.

⁽⁸⁰²⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, cit., pág. 1.

2.- Las declaraciones como fuente de derecho internacional e interno.-

El punto de partida para analizar la naturaleza jurídica de este instrumento, es su propia denominación y el alcance jurídico que corresponde asignar a una *Declaración* emitida por uno o más Estados.

En el orden internacional, la denominación que se le asigne al instrumento posee una importancia relativa. Señala Rousseau que *Cualquiera que sea su denominación, el tratado internacional se nos aparece como un acuerdo entre sujetos del derecho de gentes destinado a producir determinados efectos jurídicos* ⁽⁸⁰³⁾.

Sin embargo, el título adoptado por el instrumento posee el mismo alcance interpretativo que corresponde asignar a todo su texto. En materia de interpretación de tratados, la regla primigenia es que primero hay que estudiar los textos y palabras utilizadas. No está excluido el enfoque subjetivo acerca de la intención de las partes, aunque es decisivo el objeto y fin del tratado. Los tres aspectos están relacionados e interactúan en los arts. 31 al 33 de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados ⁽⁸⁰⁴⁾.

Son muchas las convenciones sobre derechos humanos que obligan a los estados miembros a legislar o dictar normas internas complementando normas de los tratados. Así, los arts. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el art. 5 de la Convención sobre el Genocidio; el art. 3 de la Convención sobre Esclavitud. En algunos casos, los estados también se comprometen a presentar informes periódicos al respecto. Ante la falta de mecanismos de comunicación inmediatos entre estas declaraciones y el derecho interno en Argentina, la Corte Suprema sentó la doctrina de la operatividad inmediata (comunicación plena de los ordenamientos interno e internacional) de la Convención en el célebre caso *Ekmekdjian*.

Sin embargo, un punto a dilucidar aquí es si resulta factible que una *Declaración*, que no siguió para su adopción los mecanismos tradicionalmente aceptados como causa de obligaciones en el derecho internacional, es decir, si no fue aprobada como un *tratado*, puede luego obligar a los estados como un verdadero *tratado*.

Un valioso instrumento interpretativo del alcance que cabe asignar a una *Declaración de derechos*, estuvo dado por la Opinión Consultiva N° 10, del 14 de julio de 1989, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha O.C. se originó a instancias de una consulta efectuada por el Gobierno de la República de Colombia, en relación con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. El Gobierno de Colombia entendía que, en principio, tal Declaración no era un Tratado propiamente dicho, salvo por la modificación a la Carta de la O.E.A. aprobada mediante el Protocolo de Buenos Aires, que pasó a ser integrada con algunos de los derechos y deberes del hombre que tal Declaración proclama. Es de este modo, que el Gobierno de Colombia solicita a la Corte, determine *cuál es el status jurídico de la Declaración*.

Previo a emitir la O.C., la Corte recabó las opiniones de los Estados Miembros de la O.E.A. y de la Comisión. Se esbozaron allí distintos criterios de

⁽⁸⁰³⁾ Rousseau, Charles, *Derecho internacional público*, cit., pág. 23.

⁽⁸⁰⁴⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, cit., pág. 59.

interpretación. Entre ellos, se sostuvo que la *Declaración* no era un *Tratado* en sentido estricto y, por lo tanto, no podía ser objeto de interpretación por parte de la Corte Interamericana ya que el art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos no facultaba a realizar tal interpretación (Gobierno de Costa Rica). Que la *Declaración* “*representa una noble enunciación de las aspiraciones de los Estados Americanos en cuanto a derechos humanos*” pero, “*a diferencia de la Convención Americana, no fue redactada como un instrumento jurídico y carece de la precisión necesaria para resolver complejas dudas legales. Su valor normativo estriba en ser una declaración de principios básicos de carácter moral y de carácter político y en ser la base para velar por el cumplimiento general de los derechos humanos por parte de los Estados Miembros; no en ser un conjunto de obligaciones vinculantes*” (Gobierno de Estados Unidos). También, que “*una declaración no constituye un tratado propiamente dicho puesto que aquélla carece del carácter jurídico normativo y se limita a una manifestación de deseos o de exhortaciones. Una declaración formula obligaciones políticas o morales para los sujetos del derecho internacional, limitando en consecuencia su exigibilidad a diferencia de un tratado propiamente dicho, cuyas obligaciones jurídicas son exigibles ante la competencia jurisdiccional*” (Gobierno de Venezuela).

A favor del carácter imperativo de la *Declaración*, se sostuvo “*que si bien antes de entrar en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración podría ser tenida como instrumento sin mayores consecuencias jurídicas, la Convención Americana al conferirle un carácter especial en virtud de su artículo 29, que prohíbe toda interpretación que conduzca a “excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, se ha dado a la citada Declaración una jerarquía similar a la que tiene la propia Convención para los Estados Partes, contribuyendo con ello a la promoción de los Derechos Humanos en nuestro Continente*” (Gobierno del Perú). Y también que “*La naturaleza jurídica de la Declaración es la de un instrumento multilateral vinculante que enuncia, define y concreta, principios fundamentales reconocidos por los Estados Americanos y que cristaliza normas de derecho consuetudinario generalmente aceptadas por dichos Estados*” (Gobierno de Uruguay). De manera ambigua, se sostuvo también que como la *Declaración* no había sido concebida como *Tratado*, la Corte no tenía facultades para emitir a su respecto una Opinión Consultiva, pero que, sin embargo, la *Declaración* revestía carácter obligatorio dado que “*El desarrollo del derecho internacional para la protección de los derechos humanos, ha transformado muchos de los derechos enunciados en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, en parte integrante de una costumbre internacional obligatoria*” (Gobierno de Costa Rica).

La Corte entendió aquí que la *Declaración* no constituye un *Tratado*, toda vez que fue adoptada bajo la figura de *Resolución* en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948), siendo que los antecedentes de dicho instrumento, daban cuenta que predominó allí la posición de que el texto a aprobar debía revestir el carácter de una declaración y no de un tratado.

Pero concluye, declarando su competencia para interpretar el texto de dicha *Declaración* ya que ella “*contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta (de la O.E.A.) se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la O.E.A.*”.

Ello así, toda vez que *“La evolución del “derecho americano” en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho internacional clásico. Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes”*. Como tanto la Carta de la O.E.A. como la Convención Americana de Derechos Humanos, que son tratados propiamente dichos, hacen referencia a esos derechos esenciales del hombre previamente aceptados por los Estados Miembros, no sería factible interpretar estos instrumentos, en particular la Carta de la O.E.A., sin su necesaria complementariedad con aquellos otros derechos que no enumera ni define: *“Han sido los Estados Miembros de la Organización los que, por medio de los diversos órganos de la misma, han enunciado precisamente los derechos humanos de que se habla en la Carta y a los que se refiere la Declaración”*.

En consecuencia, *“para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”*. Agregando más adelante, *“La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos”*.

De esta O.C., podemos extraer algunas consecuencias pertinentes para nuestro análisis, a saber:

- √ La *Declaración*, en principio, no constituye un Tratado.
- √ Pasa a revestir tal carácter y obliga como un tratado, cuando su contenido es reconocido por otros instrumentos vinculantes.

3.- Declaración suscripta solo por los Jefes de Estado. La D.SL.M. como tratado internacional.-

La segunda cuestión a analizar, en el razonamiento que nos hemos propuesto, está dada por la existencia, o no, de un basamento jurídico en el derecho internacional que admita el carácter imperativo de instrumentos suscriptos – *“concluidos”* – solo por los Jefes de Estados, tal el caso de la D.SL.M.

En materia de fuentes del derecho internacional, lugar común es la referencia al art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en España) que describe como tales: *1.- La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a.-) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b.-) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c.-) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d.-) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59.- 2.- La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio “ex aequo et bono”, si las partes así lo convinieren”*.

El citado art. 59 del Estatuto de la C.I.J. agrega que *“La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”*.

Es obvio que la ley, fuente primera del derecho interno contemporáneo, no existe en el derecho internacional ⁽⁸⁰⁵⁾. Ello así porque todavía no se ha dado en el derecho internacional, la creación de un órgano con facultad de dictar disposiciones obligatorias para el Estado. Lo más similar a ello está dado en los sistemas de integración regional avanzados, donde existen tales órganos que actúan por delegación o cesión de competencias de los estados miembros y cuyas disposiciones revisten el carácter de ser “*supranacionales*”, es decir, superiores a los Estados que forman parte de dicho sistema de integración. La citada “*supranacionalidad*” se caracteriza por la preferencia de dicha legislación sobre el derecho interno, así como el ingreso inmediato de las normas comunitarias una vez aprobadas en el orden regional, al derecho interno de cada Estado, derogando toda disposición de dicho régimen en contrario. Es lo que se denomina “*recepción inmediata*”.

Hemos visto que la doctrina no resulta del todo conteste acerca de la existencia o no de estos atributos en el ámbito del Mercosur ⁽⁸⁰⁶⁾. Del mismo modo, también se ha cuestionado que tales atributos sean exclusivos de los sistemas de integración avanzada ⁽⁸⁰⁷⁾.

De manera tal que, en esta parte de nuestro razonamiento, corresponde estar a la regulación internacional del régimen de los tratados, como instrumentos de carácter imperativo en el derecho internacional.

El tratado constituye, básicamente, una forma de manifestación del consentimiento en obligarse por parte de un Estado. Ello es lo que resulta del título asignado al art. 11 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, agregando en su texto, que el consentimiento “*podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido*”. Puede apreciarse que la norma es suficientemente elástica en los modos de manifestación de voluntad, no exigiendo formas o procedimientos sacramentales de aprobación del compromiso.

Por su parte el art. 12 admite la conclusión de tratados mediante la firma de su representante cuando: a.-) el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto; b.-) conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o c.-) la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

Y el art. 14.1. agrega que el consentimiento de un Estado en obligarse, se manifestará mediante la ratificación (formal) cuando: a.-) el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación; b.-) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación; c.-) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o d.-) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

⁽⁸⁰⁵⁾ De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1997, pág. 36.

⁽⁸⁰⁶⁾ Perotti, Alejandro D., *Estructura institucional y derecho en el Mercosur*, cit.

⁽⁸⁰⁷⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, cit., pág. 69.

Señala Rousseau que, en un sentido estricto, el tratado internacional se define por el procedimiento utilizado para formalizarlo o concluirlo, es decir, por su forma y no por su contenido. De allí que se reserve la denominación técnica de tratados a los compromisos internacionales concluidos con la intervención formal del órgano que se halla investido de competencia para concluir convenios, lo cual en la mayor parte de los países supone la intervención formal del jefe de Estado ⁽⁸⁰⁸⁾.

Agrega Boggiano, que el derecho constitucional de cada estado define el órgano competente para celebrar un tratado. En la Argentina es el Presidente de la Nación con la aprobación del Congreso (art. 75, inc. 22 C.N.). Debe hacerlo el Presidente o un plenipotenciario en los términos del art. 7° de la Convención. El Presidente no necesita plenipotencias. Tampoco el Ministro de Relaciones Exteriores ni los jefes de las Misiones Diplomáticas en el estado ante el cual están acreditados, ni representantes acreditados ante conferencias internacionales u organizaciones para el fin de adoptar el texto tratado relativo a esa conferencia u organización ⁽⁸⁰⁹⁾. Y agrega que *La ratificación solo es dispensable en el caso de los tratados ejecutivos* ⁽⁸¹⁰⁾.

Con relación a esta última categoría de tratados, Rousseau señala que en su conclusión, siquiera interviene el Jefe de Estado. Son concluidos por los ministros de Asuntos Exteriores y por los agentes diplomáticos, deduciendo que la existencia o la ausencia de ratificación constituye el único criterio jurídico válido para diferenciar los tratados propiamente dichos de los compromisos internacionales que adoptan un procedimiento simplificado. En cuanto a su objeto, no hay ninguna jerarquía entre los tratados y los acuerdos en forma simplificada. Concluye que los compromisos internacionales se adoptan tanto por intermedio de tratados como de acuerdos en forma simplificada ⁽⁸¹¹⁾.

Vanossi y Dalla Via, por su parte y con relación al caso constitucional argentino, indican que la circunstancia de que la Constitución mencione únicamente a los tratados y los concordatos en la norma que se refiere a la atribución del Congreso para aprobar o desechar esas normas (art. 75 inc. 22), no puede dar pie a la interpretación de que todas las otras convenciones concluidas por el Presidente en asuntos exteriores quedarían escludidas del requisito de la aprobación parlamentaria ⁽⁸¹²⁾.

De la Guardia, luego de señalar que solo un cuarto de los tratados internacionales de las últimas décadas han exigido ratificación como requisito de su perfeccionamiento jurídico, tales consideraciones deben ser analizadas frente al derecho constitucional, que exige, por lo general, un contralor legislativo en lo concerniente a la celebración de tratados. Para todos aquellos Estados cuyos ordenamientos jurídicos internos determinan que el *treaty-making power* está dividido entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, no resulta posible adoptar, sin más,

⁽⁸⁰⁸⁾ Rousseau, Charles, *Derecho internacional público*, trad. Fernando Gimenez Artigues, 3° edición, editorial Ariel, Barcelona 1966, pág. 24.

⁽⁸⁰⁹⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional público y privado y derecho del Mercosur*, editorial La Ley, Buenos Aires, 1998, Tomo I, pág. 306.

⁽⁸¹⁰⁾ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional público y privado y derecho del Mercosur*, loc. cit., pág. 307.

⁽⁸¹¹⁾ Rousseau, Charles, *Derecho internacional público*, cit., pág. 25.

⁽⁸¹²⁾ Vanossi, Jorge Reinaldo y Dalla Via, Alberto Ricardo, *Régimen Constitucional de los tratados*, 2da. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2000, pág. 150.

la nueva regla de la doctrina moderna que asigna siempre validez internacional a los acuerdos simplificados, pues contradice la letra de sus constituciones. Agrega que desde el punto de vista del derecho internacional, la validez de los acuerdos en forma simplificada no admite dudas hoy en día, pero la cuestión de su validez en el derecho interno continúa planteando un problema, hasta que los Estados se decidan a reconocer en su derecho interno la práctica que desarrollan activamente en sus relaciones internacionales ⁽⁸¹³⁾.

De lo hasta aquí expuesto, podemos liminarmente extraer algunas consideraciones útiles en lo concerniente a la D.S.L.M.:

√ Como ha sido firmada por los Jefes de Estado, ellos no necesitan plenipotencias o autorización previa para comprometer a sus respectivos países en el derecho internacional.

√ De ello se colige, que constituye un tratado, en sentido técnico jurídico, como forma de manifestación del consentimiento de los Estados en obligarse mediante la firma de sus representantes (art. 12.1 de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados), toda vez que (a contrario sensu de las previsiones contenidas en dicha norma): a.-) el tratado dispone que la firma tendrá ese efecto (Considerando 11°: “*Adoptan los siguientes principios y derechos del trabajo ...*”; art. 20: “*Los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos fundamentales inscritos en esta Declaración*”, entre otros); b.-) no consta que la firma no sea vinculante; c.-) la intención de los Estados es clara, se ha visto, en el sentido de manifestar su voluntad de obligarse por intermedio de la *Declaración* y dado que fue firmada por los Jefes de Estado, ellos no necesitan plenos poderes.

Cuando el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si estos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata ⁽⁸¹⁴⁾.

A ello podemos agregar, que la práctica posterior de los Estados Parte en la *Declaración* ha sido coherente con el carácter imperativo y vinculante asignado a dicho instrumento (doctrina de la C.I.D.H. en la citada O.C. N° 10/89).

A modo de ejemplo:

√ El texto íntegro de la D.S.L.M. fue objeto de publicación en el Boletín Oficial del Mercosur (N° 8, enero a marzo de 1999, págs. 252 y ss.).

√ Los Jefes de Estado ratificaron la D.S.L.M. en la *Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social*, suscripta el 30 de junio de 2000, por los Jefes de Estado de los países miembros del Mercosur y de sus asociados Bolivia y Chile. Suscribieron en dicha ocasión, el citado instrumento por el cual tenían presente “*los principios y derechos contenidos*” en la D.S.L.M.

√ La práctica llevada a cabo por los órganos del Mercosur, fue coherente con el carácter imperativo asignado a la D.S.L.M., mereciendo citarse el caso de las Resoluciones del Grupo Mercado Común Nros. 15/99 (crea la Comisión Sociolaboral del Mercosur, a la que se refieren los arts. 20 a 23 de la D.S.L.M. y cuyo objeto, también coherente con el mismo carácter imperativo, es nada menos que el de

⁽⁸¹³⁾ De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1997, págs. 155 y 156.

⁽⁸¹⁴⁾ C.S.J.N., 26/12/95, “*Fallos*” 318-2639, Consid. 6°.

fomentar y acompañar la aplicación de dicha *Declaración*, tal como indica su art. 20); 12/00 (aprueba el reglamento interno de la Comisión Sociolaboral regional); 85/00 (idem, con relación al reglamento de las Comisiones nacionales) y 59/01 (donde con fundamento en lo dispuesto por el art. 16 de la D.S.L.M. y en consideración a las Memorias presentadas por los Estados Miembros, aprueba recomendaciones en materia de formación profesional).

4.- Los tratados concluidos en forma simplificada y el derecho interno argentino.-

Hemos visto como el derecho internacional público ha reconocido la figura de los llamados *acuerdos ejecutivos*, también llamados *executive agreements* por el derecho norteamericano, como tratados concluidos en forma simplificada, en los cuales no interviene el órgano legislativo. Y que la D.S.L.M. participa de esta categoría.

Ahora debemos analizar si, como tratado concluido en forma simplificada, tiene vigencia en el ordenamiento jurídico positivo argentino. Si forma parte en el derecho interno y rige las relaciones entre los particulares, como cualquier otra fuente de derechos y obligaciones (ley en sentido material).

En el sistema jurídico norteamericano, nos explica Edwin Corwin que los acuerdos ejecutivos, mientras no sean revocados por el Senado, "*rigen como 'leyes del país' al igual que los tratados propiamente dichos*"⁽⁸¹⁵⁾. En ese país los acuerdos ejecutivos fueron admitidos por su Corte Suprema desde 1829 en el caso "*Foster v. Nielson*"⁽⁸¹⁶⁾. Decisiones tan importantes como las contenidas en los Pactos de Potsdam y de Yalta fueron tomadas con las formas de *acuerdos ejecutivos*, al igual que el convenio sobre neutralidad del Canal de Panamá⁽⁸¹⁷⁾. Alberto Bianchi señala que en dicho sistema se admiten cuatro tipos de acuerdos ejecutivos: 1.-) los que concluye el Presidente en ejercicio de sus exclusivos poderes constitucionales (v.gr. como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas; reconocimiento de gobiernos extranjeros, etc.); 2.-) los que se firman como consecuencia de una autorización dada en un tratado anterior; 3.-) los que derivan de una autorización legislativa; 4.-) los que luego de ser negociados obtienen ratificación de ambas Cámaras del Congreso⁽⁸¹⁸⁾.

Para el derecho constitucional argentino, los acuerdos ejecutivos no revisten la condición de instituto novedoso. González Calderón se refería a este tipo de acuerdos en 1927, sosteniendo que "*ninguno de ellos afectó la Constitución y las leyes de nuestro país, ni las modificó o dejó sin efecto, ni invadió las esferas ordinarias del cuerpo legislativo, ni se refirió más que a cuestiones de orden administrativo o diplomático*" como ejemplo, cita los numerosos acuerdos internacionales suscriptos por el Ejecutivo y sin acuerdo del Congreso, vinculados al

⁽⁸¹⁵⁾ Corwin, E.S. y Peltason, J.W., *La Constitución*, Omeba, Buenos Aires, págs. 92 y 93; cita de Vanossi, Jorge Reinaldo y Dalla Via, Alberto Ricardo, *Régimen Constitucional de los tratados*, 2da. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2000, pág. 160.

⁽⁸¹⁶⁾ 27 U.S. 253 (1829).

⁽⁸¹⁷⁾ Vanossi y Dalla Via, en op. Cit., pág. 153.

⁽⁸¹⁸⁾ Bianchi, Alberto B., *Status constitucional de los acuerdos ejecutivos luego de la reforma constitucional*, L.L., T° 1999-A, págs. 200 y 201.

intercambio del servicio postal ⁽⁸¹⁹⁾. Alberto Bianchi complementa esa nómina citando otros tantos acuerdos ejecutivos sobre cooperación técnica ⁽⁸²⁰⁾; comercio y pagos ⁽⁸²¹⁾; asuntos financieros ⁽⁸²²⁾; sanidad animal ⁽⁸²³⁾; servicio militar ⁽⁸²⁴⁾; donaciones ⁽⁸²⁵⁾; exenciones impositivas ⁽⁸²⁶⁾; transporte aéreo ⁽⁸²⁷⁾, concluyendo que dicha reseña pone de manifiesto que estos acuerdos se han convertido en una práctica habitual en nuestras relaciones internacionales ⁽⁸²⁸⁾.

Colautti señalaba que el presupuesto para la constitucionalidad de estos convenios es que se refieran a materia administrativa y no invadan competencia sustancial del Congreso de la Nación. Que para este tipo de acuerdos, no rige la supremacía sobre las leyes que establece el primer párrafo del inc. 22 del art. 75, toda vez que esa cláusula se refiere a los tratados ratificados por el Congreso, categoría de la cual no participan los acuerdos ejecutivos ⁽⁸²⁹⁾.

Sin embargo, hemos visto en el punto anterior que el derecho internacional equipara a los tratados propiamente dichos, con los instrumentos concluidos en forma simplificada. Desde este punto de vista, la distinción realizada por Colautti no es admitida en el citado ordenamiento. Tampoco por la jurisprudencia internacional americana (C.I.D.H., O.C. N° 10/89). Y el texto utilizado por el art. 75 inc. 22, no restringe la figura de los *tratados* a aquellos que sean ratificados por el Congreso, como sería si utilizara a continuación de *tratados* la expresión *ratificados por el Congreso o así ratificados*, etc. Por ello no nos parecen válidas tal tipo de distinciones incluídas por el intérprete, máxime cuando en nuestro país rige la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados y parece ser claro, como regla de hermenéutica a aplicar, que el constituyente haya derivado a los términos de dicha Convención (anterior a la reforma de 1994) para que se interprete lo que constituye o no un *tratado* en el derecho internacional. Por otro lado, aún cuando solo existe una diferencia del tipo *semántica* entre los *acuerdos ejecutivos* y los *tratados concluidos en forma simplificada*, el caso es que en ambos no interviene el Congreso para su aprobación y la Corte ha interpretado que en el caso de estos

⁽⁸¹⁹⁾ González Calderón, Juan A., *Doctrina Constitucional*, Lajouane, Buenos Aires 1928, pág. 400; citado por Vanossi y Dalla Vía, en op. Cit., pág. 162.

⁽⁸²⁰⁾ Suscripto con los Estados Unidos el 29/7/55 referido a la utilización de la energía atómica en el campo civil.

⁽⁸²¹⁾ Convenio suscripto con Gran Bretaña el 31/3/55 y convenio suscripto con Suecia relativo a filmes cinematográficos, el 12/6/59.

⁽⁸²²⁾ Contrato de empréstito suscripto con el Banco para la Reconstrucción y el Desarrollo, Washington, 30/6/61. Convenio con Gran Bretaña sobre tasas de cambio del 20/1/60. Convenio con el Japón sobre excepción recíproca de visa del 20/12/61.

⁽⁸²³⁾ Acuerdo zoonanitario con el Gobierno japonés del 20/12/61.

⁽⁸²⁴⁾ Convenio con el Gobierno danés suscripto el 28/11/62.

⁽⁸²⁵⁾ Convenio con los Estados Unidos por medio del cual se otorga a la Argentina una donación de materiales y elementos para la investigación nuclear, celebrado el 9/9/59.

⁽⁸²⁶⁾ Convenio sobre la doble imposición con el Gobierno de Grecia del 21/3/50.

⁽⁸²⁷⁾ Convenio con Gran Bretaña del 17/11/59.

⁽⁸²⁸⁾ Bianchi, Alberto B., *Status constitucional de los acuerdos ejecutivos luego de la reforma constitucional*, cit., pág. 201, opinión compartida por Rousseau, Charles, en *Derecho internacional público*, cit., pág. 25, aunque este autor considera que los *acuerdos forma simplificada* son tratados que se concluyen sin la intervención formal del órgano estatal investido del *treaty – making power – es decir, sin intervención del Jefe de Estado – y son ordinariamente concluidos por los ministros de Asuntos Exteriores y por los agentes diplomáticos*.

⁽⁸²⁹⁾ Colautti, Carlos E., *Derecho constitucional*, 2° edición, editorial Universidad, Buenos Aires 1998, pág. 71.

últimos, constituyen tratados que integran *el ordenamiento jurídico de la Nación con rango supralegal* ⁽⁸³⁰⁾.

Aún así, es válida para el derecho interno, la distinción vinculada a la materia regulada por los tratados concluidos en forma simplificada. La tesis de admitir sin limitaciones la facultad del Ejecutivo para suscribir *tratados* que traigan modificaciones al derecho interno y rijan con jerarquía superior a la ley, no resiste la valla impuesta por el art. 27 de la Constitución Nacional, toda vez que la misma Constitución impone, como regla de derecho público, que la competencia legislativa es compartida entre el Presidente y el Congreso, correspondiendo al primero solo con carácter excepcional ejercer tales atribuciones (decretos delegados y de necesidad y urgencia) dando cuenta de inmediato al Congreso.

De allí que resulte imperativa la participación del Congreso en los casos de tratados simplificados cuyo contenido abarque atribuciones propias de dicho órgano legislativo, como sería el caso de modificaciones a la legislación interna. Sin embargo, es válido el argumento vinculado a la posibilidad que el Congreso confiera esa aprobación con carácter previo a la suscripción del tratado simplificado, subsanando así, la incompatibilidad constitucional.

Por supuesto, en la labor del intérprete corresponderá advertir las consecuencias derivadas de sostener que un tratado internacional suscripto por el máximo representante de nuestro país es inválido, por el incumplimiento a un requisito del derecho interno, como sería la aprobación legislativa. Una pauta indicativa sobre este particular, viene dada por el art. 46 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, en el sentido que la violación a las disposiciones del derecho interno debe ser manifiesta y afectar una norma de importancia fundamental en el derecho interno ⁽⁸³¹⁾.

De manera tal que el análisis acerca de si existió o no una autorización del Congreso para obligar internacionalmente a nuestro país en los términos de la D.S.L.M., solo puede ser realizado siguiendo la pauta interpretativa *favor tractatus*: si existen varias interpretaciones posibles de una norma interna relacionada con un tratado internacional, debe elegirse aquella que deje a salvo el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas, sólo si la colisión con el tratado fuera inevitable y palmaria debe estarse a la hipótesis de su incumplimiento ⁽⁸³²⁾. Volveremos sobre este tópico en el punto siguiente.

En cuanto a la aplicabilidad judicial de los *acuerdos ejecutivos*, la jurisprudencia inicial de la Corte Suprema se inclinó por restar validez a los actos del Poder Ejecutivo que no contaran con la ratificación del Congreso. Así lo declaró en un caso de “*Fallos*” 2-88, con relación a un decreto del 19 de noviembre de 1862, reglamentario de tratados, por entender que esa norma no podía ser considerada como ley de la Nación mientras no recibiera la sanción del Congreso.

⁽⁸³⁰⁾ C.S.J.N., 21/12/99, “*Fallos*” 322-3195.

⁽⁸³¹⁾ Art. 46: “1.- *El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.*- 2.- *Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.*”

⁽⁸³²⁾ C.S.J.N., 10/10/94, “*Fallos*” 317:1282”, voto por separado del Ministro Antonio Boggiano, Consid. 15.

Años más tarde, la Corte modificaría dicho criterio. En 1970, Alberto Sève de Gastón, recordaba el caso *William Todd* ⁽⁸³³⁾, basado en un *acuerdo ejecutivo* celebrado entre Estados Unidos y la Argentina, el 3 de octubre de 1956, por el cual se le confería inmunidad de jurisdicción a la delegación militar norteamericana, de la que formaba parte el Sargento William Todd. Fue cuestionada dicha inmunidad en un proceso por daños y perjuicios, y la decisión de la Corte fue favorable a la validez de dicho acuerdo, aún cuando el mismo carecía de ratificación por parte del Congreso ⁽⁸³⁴⁾.

5.- El caso particular de los acuerdos simplificados ALADI - Mercosur en la jurisprudencia de la Corte argentina.-

Antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema tuvo oportunidad de expedir un *dicta* significativo con relación al alcance que corresponde asignar a la intervención del Congreso en la ratificación del Tratado de Asunción. Fue al resolver la causa "*Cocchia, Jorge D. c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo*" ⁽⁸³⁵⁾: la ratificación de dicho Tratado por ley del Congreso demuestra "*la voluntad del legislador de insertar a la Argentina en un régimen de integración regional*" en el cual "*los Estados Partes establecieron, entre otros propósitos, la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países y la coordinación de políticas macroeconómicas*", con lo cual ha expresado "*una clara definición de política legislativa, que el orden jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica*".

El seguimiento posterior que hizo la Corte a esa *implementación práctica* fue del todo coherente con dicho enunciado. De allí su importancia.

En esta línea, resultan relevantes los argumentos expresados por la Corte en oportunidad de resolver los casos que se plantearon con relación a la validez y jerarquía constitucional de los llamados "*acuerdos de alcance parcial*", (en lo sucesivo AAP) suscriptos en el marco institucional de la A.L.A.D.I., de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 7 y ss. del Tratado de Montevideo de 1980, constitutivo de dicha Asociación.

Dichos acuerdos tienen la particularidad de ser suscriptos por ministros plenipotenciarios (con plenos poderes para representar a sus Estados); su vigencia no está condicionada a una posterior aprobación por parte del Congreso; en dichos acuerdos hay modificaciones a la legislación interna, particularmente el Código Aduanero y en la mayoría de los casos no son objeto de publicación en el Boletín Oficial.

En el caso de *Cafés La Virginia S.A.* ⁽⁸³⁶⁾, se debatía un conflicto existente entre el AAP N° 1 suscripto entre Argentina y Brasil, y una ley posterior ⁽⁸³⁷⁾, con relación a los derechos de importación de café crudo (verde) en grano originario de Brasil. Si bien ya se hallaba en vigencia la reforma constitucional de 1994 que estableció la supremacía de los tratados sobre el derecho interno (art. 75

⁽⁸³³⁾ C.S.J.N., "*Fallos*" 249:620/621.

⁽⁸³⁴⁾ Sève de Gastón, Alberto, *Los tratados ejecutivos en la República Argentina. Análisis tridimensional*, ediciones Depalma, Buenos Aires 1970, pág. 60.

⁽⁸³⁵⁾ C.S.J.N., 2/12/93, "*Fallos*": 316:2624.

⁽⁸³⁶⁾ C.S.J.N., 10/10/94, "*Fallos*" 317:1282.

⁽⁸³⁷⁾ Res. M.E. N° 174/86, derivada del Decreto 179/85, autorizado por ley 23.101 y el art. 664 del Código Aduanero, ley 22.415.

inc. 22, C.N.), la cuestión debió ser resuelta con arreglo al derecho vigente al momento de la traba de la litis, es decir, sin la citada regla de supremacía aunque con la doctrina que la Corte venía aceptando desde el caso *Ekmekdjian*. La compañía reclamaba la repetición de un impuesto oblado con arreglo a esta última normativa, el cual consideró contrario al citado AAP N° 1. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, había denegado parcialmente la repetición planteada, en lo concerniente al impuesto pagado en concepto de gravamen con destino al Fondo Nacional de promoción de Exportaciones (arts. 22 y 23 de la ley 23.101), confirmando lo resuelto en el mismo sentido por el Tribunal Fiscal. El argumento de la Cámara pasaba por sostener la existencia de un régimen de paridad normativa, en función del cual, el AAP N° 1 y la norma impositiva del derecho interno se hallaban en un pie de igualdad, rigiendo la posterior en el tiempo.

El voto de la mayoría (Ministros Levene, Belluscio, Nazareno, López y Bossert), entendió que esa interpretación no surge del Tratado de Montevideo de 1980: *los tratados deben ser interpretados de buena fe – art. 31 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de Los Tratados – y desde esa pauta hermenéutica esencial no es coherente sostener que el Tratado sólo consagra un compromiso ético pero no jurídico, una expresión de buena voluntad de los países signatarios para “tratar de aplicar” ventajas, favores, franquicias, etc. (Consid. 6°); el legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y si bien podría dictar una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una transgresión al principio de la jerarquía de las normas (art. 31 de la C.N.) y sería un acto constitucionalmente inválido (Consid. 10), calificando en esos términos a la Res. M.E. N° 174/86 (Consid. 11) y ordenando, en consecuencia, la devolución del impuesto pagado.*

El voto por separado del Dr. Boggiano, que arriba a igual conclusión, se ocupa de analizar el tema que aquí nos concierne, si el AAP N° 1 constituye para la Argentina una obligación internacional y, en caso afirmativo, cual sea el alcance con relación a ella de la norma de derecho interno incompatible (Consid. 6°). Cabe anticipar que este voto fue decisivo en la línea argumental seguida por la Corte con posterioridad a este caso. Entendió allí, que el AAP N° 1 *es un tratado internacional en los términos del art. 2° inc. 1, apartado a, de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, ya que fue celebrado por escrito entre los estados y se halla regido por el derecho internacional. Aunque el consentimiento del Estado argentino se haya manifestado en forma simplificada, sin intervención previa del Congreso, ésta tuvo lugar con anterioridad mediante la aprobación legislativa del Tratado de Montevideo de 1980 (ley 22.354) que permite en su artículo 7° la concertación de este tipo de convenios (Consid. 7°).*

Con relación a la interpretación que cabe asignar al Tratado de Montevideo, si resulta imperativa la parte final de su art. 47 en cuanto dispone que *“cada país miembro tratará de evitar que los tributos u otras medidas internas que se apliquen deriven en la anulación o reducción de cualquier concesión o ventaja obtenida por cualquier país miembro como resultado de las negociaciones respectivas”*, en el Considerando 10° del mismo voto, se sostuvo, con argumentos estrictamente aplicables a los términos de la D.S.L.M., *Que la elucidación de la cuestión relativa a si los compromisos asumidos en el marco de la ALADI tienen un alcance pleno o atenuado, si son obligaciones o sugerencias, es de capital importancia, por la extrema gravedad que revestiría que el máximo Tribunal de*

Justicia de la Nación establezca como doctrina la inexistencia de imperatividad de los compromisos de nuestro país con potencias extranjeras que, por no tener mayor rigor para una parte que para las otras, no podrían, según esta tesis, ser invocados por la República Argentina para reclamar cumplimientos de los demás países firmantes. Como dijera Alberdi, al referirse a los tratados: “Cuantas más garantías deis al extranjero, mayores derechos asegurados tendréis en vuestro país”. En efecto, la capacidad de nuestro país, y de sus ciudadanos, de exigir el cumplimiento obligatorio de compromisos depende directamente de que se les reconozca imperatividad, de modo que, rechazar esta demanda sobre la base de que el Estado argentino pudo apartarse de una cuerdo de alcance parcial por no ser más que indicativo, supone un anuncio con consecuencias que van mucho más allá de la composición de la presente litis, y que no se detienen en la época a la que ella se refiere”.

Por el Considerando 11°, el Ministro va más allá y considera aplicable ese razonamiento a la estructura normativa del Mercosur, sosteniendo que este proceso de integración se adecua a las previsiones del art. 7° de dicho Tratado, relativo a los acuerdos de alcance parcial, y prevé expresamente reglas para el cumplimiento de las cargas que a dichos acuerdos son impuestas. En relación con la tesis que sustentaba el Fisco, acerca del carácter discrecional o indicativo de los compromisos derivados del Tratado de Montevideo de 1980, con relación al Mercosur, concluye este Considerando señalando que “No vaya a ocurrir que, al tiempo de disponernos a construir la cúpula, debilitemos los cimientos”. Con relación a la aplicabilidad de los términos del AAP N° 1 a los particulares, en el Considerando N° 28 de este voto se indica: “Que no escapa a la consideración de esta Corte el hecho de que la actora en este juicio es una empresa argentina, ni que la República Federativa del Brasil ha sido ajena al desarrollo de esta causa. Pero no cabe duda de que este país – y sus empresas – se verían indirectamente afectados si se aplicaran al caso de autos las normas cuestionadas, por la repercusión que ello seguramente tendría en el intercambio comercial con Argentina, que el Acuerdo N° 1 procura resguardar y fomentar. Por ello, el reconocimiento de un derecho en cabeza de los importadores amparados – aunque no se los mencione – por el Acuerdo, cuya vigencia y operatividad no fueron cuestionados en ninguna instancia, es coherente con la finalidad de constituir un mercado común latinoamericano, expresada en el artículo 1° del Tratado de Montevideo de 1980”.

Con fecha 7 de mayo de 1998, la Corte Suprema resolvió la causa “Dotti, Miguel A. y otro”⁽⁸³⁸⁾, en la cual se debatía la validez constitucional del “Acuerdo de Recife”, suscripto por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el día 18 de mayo de 1994.

El referido Acuerdo presenta las siguientes particularidades: a.-) se trata de un “acuerdo de alcance parcial”, suscripto en el marco institucional de la A.L.A.D.I., de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 7 y ss. del Tratado de Montevideo de 1980, constitutivo de dicha Asociación; b.-) el acuerdo fue suscripto por ministros plenipotenciarios (con plenos poderes para representar a sus Estados); c.-) su vigencia no fue condicionada a una posterior aprobación por parte del Congreso; d.-) por el Acuerdo se modificaba el Código Aduanero con relación a los lugares

⁽⁸³⁸⁾ C.S.J.N., 7/5/98, “Fallos”, 321:1226.

sometidos a jurisdicción nacional; y e.-) no hay constancia que dicho Acuerdo hubiera sido publicado en Boletín Oficial.

La Corte se pronunció aquí a favor de la validez constitucional de este Acuerdo y su supremacía con relación al derecho interno (art. 4° del Código Aduanero), el cual se habría visto modificado automáticamente con la aprobación del Acuerdo: *Considerando 8°: Que es trascendente destacar que el Acuerdo de Recife es estrictamente un tratado internacional en los términos del art. 2° inc. 1, apartado a, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En ese acuerdo de alcance parcial el consentimiento del estado argentino se ha manifestado en forma simplificada, es decir, sin la intervención del Congreso en el acto complejo federal que culmina con la aprobación y ratificación de un tratado (art. 75, inc. 22 art. 99, inc. 11 de la Constitución Nacional), en virtud de que aquél procedimiento constitucional tuvo lugar previamente con la aprobación del Tratado de Montevideo de 1980 autoriza la celebración de acuerdos simplificados como el presente Acuerdo de Recife, cuya imperatividad dimana de la autorización conferida por el Tratado de Montevideo de 1980 que establece que dichos instrumentos incluirán procedimientos de negociación para su revisión periódica a solicitud de cualquier país miembro que se considere perjudicado. Además el inc. g del art. 9, prevé que podrán incluir normas específicas sobre retiro y renegociación de concesiones y denuncia. Estas disposiciones perderían toda virtualidad si las partes pudieran unilateralmente desligarse de su vinculatoriedad”.*

Agrega la Corte que es necesario reconocer la imperatividad de los compromisos asumidos por el Estado en el orden internacional. Que sostener la nulidad de dichos compromisos para eludir su cumplimiento, *no constituye la decisión que mejor concuerda con las normas del derecho internacional vigente* (Consid. 9°). También, que los tratados deben ser interpretados y cumplidos de buena fe y no hay nada en el Tratado de Montevideo o en la normativa derivada *“que haga pensar que ambos pueda, como unidad inescindible, escapar a aquella caracterización e inteligencia”* (Consid. 10).

Con relación a la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo de Recife, en el voto por separado de los Dres. Belluscio y Bossert, se señala que dicho Acuerdo *obliga a los países signatarios desde la fecha de su suscripción – el 18 de mayo de 1994 –*. Agregando que *Se trata de un tratado internacional – en los términos de los arts. 12, inc. 1°, apartado a, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que rige en la República Argentina como lo hace en el plano internacional según la voluntad de los estados, es decir, a partir de su firma (art. 7, párrafo segundo, del Tratado de Montevideo de 1980; art. 18 del Acuerdo de Recife) (Consid. 5°).*

Con posterioridad, en el caso *“Mercedes Benz Argentina S.A.C.I.F.I.M. – T.F.N. N° 8010-A c/ A.N.A.”* ⁽⁸³⁹⁾, la Corte delimitó el alcance que correspondía asignar a los términos del Acuerdo de Complementación Económica N° 14 suscripto entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil. El acuerdo fue redactado en el marco de las previsiones contenidas en el Tratado de Montevideo de 1980 (Capítulo 2°, sección 3° - Acuerdos de alcance regional). La Corte entendió aquí que *“El mencionado acuerdo es un tratado, en los términos del art. 2, inc. 1., apartado a, de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los*

⁽⁸³⁹⁾ C.S.J.N., 21/12/99, “Fallos” 322-3195.

Tratados, en el cual el consentimiento de nuestro país de vincularse a sus términos se ha formulado en forma simplificada habida cuenta de que la intervención del Congreso Nacional tuvo lugar al momento de aprobarse el citado Tratado de Montevideo. Por lo tanto integra el ordenamiento jurídico de la Nación con rango supralegal (arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, de la C.N.) (Consid. 4°). Destacando que en la interpretación de dichos tratados debe hacerse sobre la base de las exigencias de cooperación, armonización e integración internacional que la República Argentina ha hecho propios, así como la necesidad de prevenir la eventual responsabilidad del Estado Nacional por los actos de sus órganos internos que no se ajusten a los compromisos internacionales (Consid. 8°).

Y recientemente, la Corte tuvo oportunidad de reiterar la doctrina que antecede en el caso “Autolatina Argentina S.A. c/ Dirección Nacional de Aduanas”⁽⁸⁴⁰⁾.

6.- La DSLM como tratado simplificado que integra el derecho positivo argentino.-

De la reseña que hemos hecho hasta aquí, correspondería ahora analizar si existen elementos en nuestro ordenamiento interno que permitan asignar a la D.SL.M. el carácter de tratado concluido de manera simplificada.

Hemos visto que en su esencia, la D.SL.M. constituye un tratado, toda vez que instrumenta un claro compromiso internacional, ratificado luego por la práctica de nuestro Estado en actos inherentes a la integración planteada dentro del contexto del Mercosur.

Sin embargo, el estricto cumplimiento de esa D.SL.M. solo puede ser posible con la adecuación de sus cláusulas a nuestro ordenamiento interno. Hay casos en que las cláusulas de la D.SL.M. son compatibles con dicho ordenamiento y hay otros casos en que ello no es así. Hemos destacado tales diferencias en el Capítulo 13, ap. 3 de este trabajo. De manera tal, que el cumplimiento de la D.SL.M. exigirá una labor de adecuación de sus disposiciones con nuestro ordenamiento interno, lo que será posible en aquellos casos donde no hubieran claras discrepancias, pero imposible en las diferencias más marcadas si no se asigna a la D.SL.M. la jerarquía de *tratado* de la cual, según nuestro punto de vista, participa con claridad en el derecho internacional.

En este último ordenamiento, hemos visto que las incompatibilidades del tratado con el derecho interno solo pueden ser invocadas como vicio del consentimiento en los casos de violación manifiesta (arts. 27 y 46 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados). No parece coherente, desde este punto de vista, pretender que sean manifiesta para los otros Estados Parte las incompatibilidades que apuntamos en el citado Capítulo 13, ap. 3 de este trabajo, toda vez que el conocimiento pleno de nuestra legislación laboral no parecería ser una condición manifiesta a la hora del compromiso internacional.

De manera tal que corresponde indagar acerca de si el Congreso facultó o no al P.E.N. para que introduzca modificaciones a nuestra legislación laboral, por medio de un tratado concluido en forma simplificada.

⁽⁸⁴⁰⁾ C.S.J.N., 12/2/2002, Lexis Nexis – Jurisprudencia Argentina, Suplemento del fascículo N°1 Jurisprudencia de la C.S.J.N., 3 de julio de 2002, págs. 60 y 61.

En dicho análisis, debe tenerse en cuenta que la postura de sostener que la D.S.L.M. no rige en nuestro ordenamiento interno porque no fue aprobada por el Congreso, no puede ser sostenida sin el consecuente incumplimiento a los términos de dicho *tratado* o su denuncia por parte del P.E.N.

También debe tenerse en cuenta el criterio interpretativo que ha venido sosteniendo la Corte Suprema en materia de interpretación de los compromisos internacionales suscriptos por el P.E.N. o plenipotenciarios, aplicando el ya señalado principio del *favor tractatus*: si existen varias interpretaciones posibles de una norma interna relacionada con un tratado internacional, debe elegirse aquella que deje a salvo el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas, sólo si la colisión con el tratado fuera inevitable y palmaria debe estarse a la hipótesis de su incumplimiento ⁽⁸⁴¹⁾. Se entiende que en el momento en que un Estado se obliga por un convenio, se halla en condiciones, conforme a su legislación interna, de aplicar las disposiciones del mismo, regla que debe seguirse en la interpretación del derecho interno ⁽⁸⁴²⁾.

Sobre estas consideraciones, entendemos que el Congreso ha intervenido en por lo menos dos oportunidades, aprobando la decisión política de integrar a nuestro Estado con las demás naciones latinoamericanas y, en particular, con los Estados del Mercosur.

En tal sentido, habilitó al P.E.N. a suscribir, por sí o por plenipotenciarios, acuerdos en el marco del Tratado de Montevideo de 1980, que fueron admitidos como tratados por la C.S.J.N. y con jerarquía superior a la ley, aún antes de la reforma constitucional de 1994.

Del mismo modo, con la aprobación del Tratado de Asunción de 1994, aprobó un proyecto de integración regional, que se enmarca en la figura de los acuerdos previstos por el Tratado de Montevideo de 1980, incluidos bajo la denominación genérica de Acuerdos de Alcance Parcial (art. 7°), aún cuando el Tratado también se refiera a otros tipos de Acuerdos: de alcance regional (art. 6°, participan todos los miembros); comerciales (art. 10, tienen por finalidad exclusiva la promoción del comercio); de complementación económica (art. 11, se rigen por las normas específicas que se establezcan al efecto y tienen como objetivos, entre otros, promover el máximo aprovechamiento de los factores de la producción, estimular la complementación económica, asegurar condiciones equitativas de competencia, facilitar la concurrencia de los productos al mercado internacional e impulsar el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros); agropecuarios (art. 12, tienen por objeto fomentar y regular el comercio agropecuario intraregional); y de promoción del comercio (art. 13, tenderán a promover las corrientes de comercio intraregional).

Hemos visto que en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, a partir del caso *Cocchia* interpretó que la aprobación del Tratado de Asunción, demostraba “*la voluntad del legislador de insertar a la Argentina en un régimen de integración regional*”. Y que tanto los A.A.P. propiamente dichos, como los Acuerdos de Complementación Económica, tiene jerarquía interna supralegal como tratados, considerando suficiente la autorización previa del Congreso en oportunidad de

⁽⁸⁴¹⁾ C.S.J.N., 10/10/94, “*Fallos*” 317:1282”, voto por separado del Ministro Antonio Boggiano, Consid. 15.

⁽⁸⁴²⁾ C.S.J.N., “*Fallos*” 318:141, Consid. 10.

aprobar el Tratado de Montevideo de 1980, ratificada luego esa decisión a nivel regional, con la aprobación del Tratado de Asunción constitutivo del Mercosur.

La D.S.L.M. encuadra sin esfuerzo, en cualquiera de las categorías anteriores que dan apoyo a la facultad del P.E.N. para suscribir acuerdos de integración en forma simplificada, que tengan como objeto *“estimular la complementación económica, asegurar condiciones equitativas de competencia, facilitar la concurrencia de los productos al mercado internacional e impulsar el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros”* (art. 11 del Tratado de Montevideo de 1980), dentro del proyecto de integración del Mercosur que ha aprobado el Congreso, que implica, entre otras cuestiones, asegurar *“La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”* (art. 1° T.A.) y *“El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”*, todo ello con relación al objetivo común planteado por el primer Considerando del T.A. de *“acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”*,

En consecuencia, la D.S.L.M., además de ser un *tratado* en el derecho internacional, forma parte del derecho positivo argentino con la jerarquía asignada por el art. 75 inc. 22 de la C.N. y sus términos prevalecen sobre las disposiciones en contrario de nuestro derecho interno, siendo, al respecto, enteramente aplicable la doctrina diseñada por la C.S.J.N. a partir del citado caso de *Cafés La Virginia S.A.*

La aprobación del Congreso a que el P.E.N. suscriba instrumentos de este tipo, vino dada con la aprobación del Tratado de Montevideo de 1980, que los admite en sus arts. 7, 11 y conchs. También por la ratificación del Tratado de Asunción por ley del Congreso que demuestra, según el señalado criterio de la C.S.J.N., *“la voluntad del legislador de insertar a la Argentina en un régimen de integración regional”*.

Si bien es cierto que, técnicamente, el Tratado de Asunción no ha previsto la suscripción simplificada de acuerdos vinculantes, toda la estructura normativa de este proceso se enmarca en la posibilidad de tales tipos de acuerdos conferida por el Tratado de Montevideo de 1980, respecto del cual, el Congreso de la Nación confirió su oportuna aprobación.

7.- Conclusiones: solución de las aporías detectadas en la tesis propuesta.-

Entendemos que la tesis propuesta permite una solución adecuada a las diversas aporías detectadas en el Capítulo 14, apartado 2, de este trabajo, sobre la base de los argumentos que hemos desarrollado hasta aquí.

Como pauta general, corresponde destacar que la interpretación propugnada de la D.S.L.M. como tratado, es la que mejor se ajusta a la ya citada regla del *favor tractatus*, ya que sostener que el instrumento no es válido y no genera compromiso vinculatorio de ningún tipo, compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino y, además, hemos visto que tal tipo de argumentación no resiste el test interpretativo de la C.S.J.N. en la línea trazada a partir del caso *Ekmekdjian*, particularmente luego del voto del Dr. Boggiano en *Cafés La Virginia S.A.*

Repasaremos, entonces, las distintas aporías detectadas e insertaremos en ella las soluciones que resultan del desarrollo anterior.

7.1.- Dado el nombre adoptado de *Declaración* y no *Tratado* o *Protocolo*, ¿tiene fuerza vinculante como un *Tratado* o *Protocolo*?

En los apartados 3 y 4 de este Capítulo, hemos desarrollado esta cuestión. El título de un Tratado no puede ser utilizado como excusa para su incumplimiento. Lo que interesa es que a través del mismo, los Estados hayan expresado su voluntad de obligarse y ello es claro en el texto de la D.S.L.M.

Por lo demás, también hemos visto la opinión en este sentido de la C.I.D.H. (O.C. N° 10/89) acerca del carácter vinculante de las *Declaraciones*, cuando su contenido ha sido incorporado a la práctica de los Estados o a otros instrumentos vinculantes en el orden internacional, todo lo cual resulta de entera aplicación a la D.S.L.M.

7.2.- Como no fue ratificado por el órgano legislativo interno, ¿es válido como Tratado?

El Congreso argentino aprobó el trámite simplificado para los acuerdos de colaboración de diversa índole, con la aprobación del Tratado de Montevideo de 1980 constitutivo de la A.L.A.D.I.

En la interpretación asignada a tal tipo de acuerdos por parte de la C.S.J.N., aún antes de la reforma constitucional de 1994, se entendió que el Congreso ya había intervenido, de manera tal que esos instrumentos poseen la misma jerarquía que un tratado en el ordenamiento jurídico interno.

A ello se adiciona, que según la interpretación asignada por la Corte a partir del caso *Cocchia*, el Congreso aprobó con el Tratado de Asunción, el proyecto de integración regional denominado MERCOSUR.

Mientras el P.E.N. no denuncie la D.S.L.M., ella participa de esta línea argumentativa, como acuerdo complementario al Tratado de Montevideo de 1980, siendo válida la aprobación que en su momento confirió el Congreso de la Nación.

7.3.- Al tener como destinatario al Mercosur, ¿integra las fuentes jurídicas de este proceso de integración? Y, en su caso, ¿con qué jerarquía?

Hemos desarrollado el punto vinculado a las fuentes jurídicas del Mercosur en la primera parte de este trabajo.

Allí vimos que en este proceso de integración, existen las fuentes originarias (Tratado de Asunción, Protocolos y demás tratados propiamente dichos) y las derivadas (decisiones emanadas de sus órganos dotados con tal poder, el C.M.C., G.M.C. y Comisión de Comercio).

La D.S.L.M. participa del proceso del Mercosur pero no integra, en principio, sus fuentes propias. Ella constituye, como tratado, parte del ordenamiento originario y se sitúa en un pie de igualdad con las demás fuentes (Protocolos, Acuerdos de Cooperación, etc.), con la salvedad que no puede ser utilizada en la solución de controversias de índole estrictamente comercial. Ello surge de sus antecedentes y el propio enunciado del art. 25. Esa exclusión, es la que permite su lisa y llana aplicación por los poderes públicos, particularmente el Poder Judicial, en

los casos laborales concretos que le sean planteados. Solo no podrá ser aplicada en el régimen de solución de controversias comerciales.

Su derivación, es propia de los acuerdos simplificados previstos por el Tratado de Montevideo de 1980. De allí que no se restrinja exclusivamente al Mercosur, extremo este que, además, resulta de la incorporación de Bolivia y Chile (también miembros de la A.L.A.D.I.) a la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social (30/06/2000) por la cual se ratifica la D.SL.M., cuando Bolivia y Chile no la habían suscripto en un comienzo.

Como acuerdo simplificado, es un tratado e integra el ordenamiento jurídico positivo argentino con la jerarquía asignada por el art. 75 inc. 22 de la C.N.

Sostener que la D.SL.M. es fuente jurídica del Mercosur, trae una serie de inconvenientes de orden interpretativo, teniendo en cuenta que la estructura normativa de este proceso en pleno desarrollo, no ha previsto aún los acuerdos simplificados, los cuales siguen siendo suscriptos, interpretados y aplicados, dentro del marco previsto por el Tratado de Montevideo de 1980.

7.4.- Dado que el contenido de la D.SL.M. es elemental y ya está previsto en los ordenamientos internos, ¿tiene sentido un debate sobre su posible concreción judicial?

La premisa de este razonamiento, contenido en las opiniones preliminares de diversos autores que analizamos en el Capítulo 14, no se ajusta a las conclusiones del análisis comparativo que hemos llevado en las Partes II y III de este trabajo.

No hay uniformidad en la ratificación de convenios de la O.I.T. vinculados a los arts. 1 a 19 de la D.SL.M. Es más, tampoco hay esa uniformidad en la ratificación de los llamados *convenios fundamentales* a los que se remite la D.SL.M. en sus considerandos.

Hay diversos contenidos de la D.SL.M. que avanzan sobre cuestiones no previstas por los convenios de la O.I.T., sirviendo como ejemplo la condición *origen nacional* que el art. 1° prevé como causales de exclusión en el criterio definido como *discriminación*. Lo propio cabe sostener con relación a la equiparación del trabajador no nacional que realiza el art. 4° de la D.SL.M. con las asimetrías resultantes del estado de ratificaciones de dichos convenios de la O.I.T. por los Estados Miembros del Mercosur.

Y también hay incompatibilidades con el derecho interno. Se trata de incompatibilidades claras, que no dejan lugar a dudas. En los casos que detallamos en el Capítulo 13, apartado 3, de este trabajo, el cumplimiento de la D.SL.M. no puede ser compatibilizado con la vigencia de dichas normas en el ordenamiento interno.

Por ello sostenemos aquí que el debate planteado tiene sentido y que en caso de persistir la falta de armonía entre la legislación interna y la D.SL.M., los argumentos resultantes de este debate se anticiparán a la solución judicial que se adopte en muchos casos, como ser cuando se presente para su aprobación en la Argentina, el estatuto de una asociación sindical (nacional o regional) que permita a un no nacional, particularmente si es nacional del Mercosur, ocupar el máximo cargo representativo.

7.5.- En caso de revestir la jerarquía jurídica de un Tratado, ¿sus compromisos

se limitan en forma exclusiva a los Estados o pueden ser reclamados por los particulares?.

Hemos visto que hay compromisos adoptados por los tratados, que solo pueden ser cumplidos con relación a los particulares. Tal el caso de las cláusulas contenidas en la D.S.L.M., particularmente aquellas que reconocen derechos completos y directamente operativos a favor de la población.

Según hemos visto, este punto fue ampliamente desarrollado en el ámbito de la Unión Europea a partir de la doctrina aprobada por su Tribunal de Justicia en el célebre caso de la *Van Gend & Loos*, que fue receptada por nuestra Corte Suprema de Justicia a partir del caso *Ekmekdjian* y, con mayor claridad, luego del voto del Dr. Boggiano en la causa *Cafés La Virginia S.A.*

De manera tal que las disposiciones de la D.S.L.M. pasan a integrar el ordenamiento jurídico positivo argentino y, como tales, pueden ser invocadas por los particulares, tanto en su relación con el Estado como con los demás particulares.

7.6.- Para el caso argentino, como la D.S.L.M. no fue publicada en el Boletín Oficial ¿es obligatoria?.

Dada su condición de tratado, la D.S.L.M. rige en el ordenamiento interno desde el momento de su entrada en vigencia en el orden internacional. Esa es la doctrina que ha admitido nuestra Corte Suprema de Justicia a partir del caso *Giroldi* ⁽⁸⁴³⁾.

Como no indica fecha de entrada en vigencia y tampoco su vigencia ha sido condicionada a la publicación, rige a partir del momento de su suscripción en la ciudad de Río de Janeiro, el 10 de diciembre de 1998.

Aún cuando integra de manera indirecta la estructura jurídica del Mercosur, para su publicación se siguió el mismo criterio que rige con las demás fuentes de este ordenamiento comunitario, siendo publicada en el Boletín Oficial del Mercosur.

La falta de publicación de la D.S.L.M. no puede ser invocada como causal de incumplimiento de sus disposiciones, según las reglas que hemos visto acerca del cumplimiento de los tratados.

En este sentido, una recta interpretación de la ley 24.080 a los lineamientos trazados por la reforma constitucional y la doctrina analizada de la C.S.J.N., respetando la regla *favor tractatus*, solo puede concluir que la vigencia en el derecho interno de la D.S.L.M. tiene lugar a partir del momento de la entrada en vigencia de dicho instrumento conforme a las reglas vistas del derecho internacional, máxime cuando fue debidamente publicado por el Boletín Oficial del Mercosur, ajustándose con ello a los principios de derecho público a que alude el art. 27 de nuestra Constitución reformada, en su interpretación más actual.

⁽⁸⁴³⁾ C.S.J.N., 7/4/95, "*Horacio David Giroldi y otro s/ recurso de casación*", "*Fallos*": 318:514.

Capítulo 16

Postfacio: hacia un derecho comunitario del trabajo.

Sumario.

1.- *La proyección institucional de la D.S.L.M.*- 2.- *Perspectivas para un derecho mercosureño del trabajo.*-

1.- La proyección institucional de la D.S.L.M.

Queda claro, entonces, que la *D.S.L.M.*, no constituye un mero acuerdo de tipo promocional o programático, sin fuerza ejecutiva. El propio instrumento así lo ratifica, toda vez que a partir de su art. 20 instrumenta el compromiso concreto de los Estados Miembros de constituir una Comisión Sociolaboral Regional, de composición tripartita, que funcionará como órgano consultivo y de seguimiento, respecto de la aplicación de los principios reconocidos por la Declaración en el derecho interno de cada Estado. La Comisión se deberá ocupar de cómo deberán hacer los Estados para dar cumplimiento a los enunciados de la Declaración.

En dicha labor confía Gerardo Corrés, con su opinión vinculada a la efectiva vigencia del derecho social en la región.

La creación de esta Comisión, constituye evidentemente un hito fundamental del proceso armonizativo. De los dictámenes y recomendaciones que produzca la Comisión, surgirá la necesidad específica del dictado de normas sancionatorias ⁽⁸⁴⁴⁾, las que complementarán y perfeccionarán los principios y derechos básicos reconocidos por la *D.S.L.M.*

Si bien la Declaración aclara que la Comisión “*tendrá carácter promocional y no sancionatorio*”, en la medida que logre cumplir con sus atribuciones y los estados informen sobre los avances experimentados en la aplicación de los derechos reconocidos por la Declaración, podrá concentrar toda la información referida al derecho social tal y como es vivido por los distintos Estados Miembros.

De hecho, ya ha recibido memorias de los Estados Miembros durante el año 2001 y en los próximos meses hará lo propio con las del año en curso.

Sobre la base de estas memorias, ha propuesto la sanción de pautas armonizativas en materia de formación profesional, las cuales fueron transformadas en derecho derivado del Mercosur por el G.M.C. (Res. N° 59/01, noviembre de 2001).

Por supuesto, corresponde que este proceso armonizativo se encauce dentro del objetivo descrito por el Preámbulo del Tratado de Asunción: *desarrollo económico con justicia social*.

Otra directiva válida para dicha labor, está dada a nivel regional por el Protocolo de San Salvador, que como carta de derechos sociales anexa a la Convención Americana, ya en su art. 1° enfatiza el compromiso de los estados de

⁽⁸⁴⁴⁾ Pla Rodríguez, Américo, *El rol de las normas internacionales de trabajo en el proceso de integración económica*, T. y S.S., T° XXV – 1998, pág. 449.

adoptar medidas "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". Y en el art. 22.1 se dispone que "Cualquier Estado Parte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrán someter a la consideración de los Estados Partes, reunidos con ocasión de la Asamblea General, propuestas de enmienda con el fin de incluir el reconocimiento de otros derechos y libertades, o bien otras destinadas a extender o ampliar los derechos y libertades reconocidos" en el Protocolo.

Estas reglas de *progresividad*, exigen que los derechos sociales actualmente regulados por el derecho interno de los Estados Miembros del MERCOSUR, sean armonizados *hacia arriba* y, de ser posible, mejorados. Una armonización *a la baja*, sería contraria al principio de justicia social que consagra el Preámbulo del Tratado de Asunción y a la regla de *progresividad* del art. 1° del Protocolo de San Salvador, ratificada por el segundo considerando de la Declaración.

Pero debe tenerse en cuenta que el cometido asignado a la Comisión Sociolaboral no se limita al análisis de las memorias presentadas por los Estados, sino también el de acompañar el efectivo cumplimiento de las disposiciones de la D.S.L.M., tal como indica su art. 25.

Una interesante iniciativa sobre el punto, se está llevando a cabo desde la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Ciudad de Buenos Aires. En la causa "STRINGA, Domingo Alberto c/ UNILEVER DE ARGENTINA S.A. s/ despido" del 23 de octubre del 2000 (Sentencia definitiva N° 53.533), se debatió un tema de trabajo clandestino o informal. El Tribunal, luego de admitir la demanda por considerar que la relación que vinculó a las partes era de carácter laboral, resolvió remitir copia de la sentencia al Ministerio de Trabajo y a la O.I.T., a efectos que la Argentina incluya la cuestión en sus informes.

Dicha sentencia tuvo la trascendencia de reconocer que la D.S.L.M., es derecho positivo vigente en la Argentina, por revestir la condición de norma "superior a las leyes, por provenir del Tratado de Asunción (CN art.75, inc.22). Cabe reconocer, además, que, al recoger las normas de Derechos Humanos, forma parte del *ius cogens internacional* (cfr. Oscar Ermida Uriarte, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su aplicabilidad judicial", Montevideo, 2000)".

La iniciativa es válida, porque fomenta el conocimiento del derecho tal y como se aplica en los Estados Miembros. Como bien sostiene Jorge Darío Cristaldo, "Cualquiera que sea su tipo, las normas internacionales siempre han mostrado un flanco débil en su eficacia. De ahí el interés que cobra la búsqueda de medios aptos de control y aplicación de este tipo de normas" ⁽⁸⁴⁵⁾.

Parece ser aconsejable, en este proceso de armonización legislativa, que la jurisprudencia vinculada con la aplicación interna de los principios aprobados por la D.S.L.M., sea recibida por la Comisión Sociolaboral Regional, a efectos de posibilitar un adecuado control en el conocimiento de la efectiva práctica nacional.

⁽⁸⁴⁵⁾ Cristaldo Montaner, Jorge Darío, *Armonización normativa laboral del MERCOSUR. Una propuesta unificadora*, 1° edición, Editora Litocolor, Asunción, diciembre de 2000, pág. 106.

2.- Perspectivas para un derecho mercosureño del trabajo.-

La doctrina en general no se muestra muy alentadora con relación a la existencia de un derecho *mercosureño* (por diferenciarlo del *comunitario* europeo) del trabajo. Básicamente por no saber diferenciar el Mercosur de la Unión Europea, y pretender que no puede existir un derecho comunitario si no se dan ya, ahora, en un tratado o algún otro instrumento similar, las condiciones de supranacionalidad y aplicación inmediata, con órgano jurisdiccional supranacional, que existen en la Unión Europea luego de 50 años de labor.

Así, se ha señalado en este sentido que *es necesario que los países firmen un tratado complementario al T.A., en el cual esté claramente definido ese proyecto político común de integración, en el cual se implementen dispositivos de eficacia más avanzados y con cierto grado de supranacionalidad, en determinados asuntos y circunstancias, como fuente originaria de derecho comunitario. A partir del cual se podrá edificar el futuro derecho social del Mercosur* ⁽⁸⁴⁶⁾.

También se ha dicho que la cuestión crucial del Mercosur radica en revisar el concepto de soberanía y su posible flexibilización. Ha llegado el momento de movilizar todas las instancias jurídicas de nuestro país para que estas reflejen sobre una reformulación doctrinaria que permita la validez y eficacia del derecho supranacional ⁽⁸⁴⁷⁾.

Y para la existencia de un derecho comunitario en el Mercosur, se ha considerado imprescindibles la delegación o transferencia de competencias en organismos supranacionales y la vigencia inmediata y prevalente del derecho aprobado por estos órganos en el territorio de cada uno de los Estados Miembros: *La cuestión no es simple, por el contrario, es bastante controvertida, porque implica, además de una gran disposición política, una cierta dosis de osadía y coraje para alterar el dogma de la soberanía nacional, considerada por todos los Estados Miembros del Mercosur como un poder estatal absoluto, pero que, inevitablemente, deberá ser relativizado, para que haya transferencia o delegación de sectores de poderes nacionales a los órganos supranacionales, en pro del perfecto funcionamiento del mercado común, pues solo esta total integración, en niveles supranacionales, podrá garantizar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, aspiraciones expresadas en el Tratado de Asunción, que constituye el proyecto de construcción del Mercosur* ⁽⁸⁴⁸⁾.

Sin embargo, compartimos con Antonio Boggiano que esas notas características no son propias o exclusivas del régimen comunitario. También compartimos con Alejandro Perotti que el Mercosur, en esta instancia, ya cuenta con el basamento normativo suficiente para que nuestros tribunales asignen al derecho derivado, las citadas características de aplicabilidad inmediata y preferencia con relación a las normas de nuestro ordenamiento interno. El seguimiento de estas reglas por parte de nuestros tribunales, es lo que permitirá al P.E.N. exigir igual cumplimiento y reciprocidad a los demás Estados Miembros.

⁽⁸⁴⁶⁾ Robinson, Carlos Alberto, *A livre circulação de trabalhadores: condição necessária ao processo de integração econômica*, en Revista de Derecho del Mercosur de editorial La Ley, Año 2000-1, pág. 200.

⁽⁸⁴⁷⁾ Redecker, Júlio, *Perspectivas de um direito comunitário do Mercosul*, en Revista de Derecho del Mercosur, editorial La Ley, año 2000-4, pág. 98.

⁽⁸⁴⁸⁾ Nascimento, María Luiza Justo, *A importância da aplicabilidade direta das normas emanadas do Mercosul*, en Revista de Derecho del Mercosur, editorial La Ley, año 2000-4, pág. 127.

Y de este modo, en la medida que se vaya configurando por la práctica y aplicación del derecho, un sistema normativo uniforme para la región, aplicable en forma directa y prevalente sobre el territorio de los Estados Miembros y que regule lo concerniente al trabajo humano en las libertades básicas de circulación, se irá delineando en sus aspectos laborales un derecho mercosureño del trabajo.

En dicho proceso, será necesario implementar la creación de mecanismos jurisdiccionales y de control, con instancia supranacional. También solucionar las aporías existentes en el derecho constitucional de los Estados Miembros, particularmente el caso de Brasil y Uruguay, cuyas constituciones aún no están preparadas para el derecho comunitario y la consecuente resignación o replanteo del concepto clásico de soberanía que ello implica.

Tal vez no sea necesario, incluso, una reforma constitucional. Bastaría con que dichos Estados sigan el ejemplo del nuestro, particularmente la doctrina que acuñó nuestra Corte Suprema a partir del caso *Ekmekdjian*, aceptando la supremacía de los compromisos internacionales y su aplicabilidad directa y preferente en sus propios ordenamientos, aún cuando sus constituciones no hayan aceptado de manera expresa estas reglas.

Una vez superadas las asimetrías, el derecho mercosureño del trabajo, integrado por las normas supraestatales que regulen las relaciones del trabajo y el capital, como asimismo los procedimientos de control y solución de controversias, estaría integrado por los siguientes componentes básicos:

√ Un sistema claro de fuentes supraestatales de derecho del trabajo, las que estarían dadas por la normativa internacional y la regional, correspondiendo prever el sistema de prevalencia interna con relación a estos dos tipos de fuentes.

√ Un *Corpus*, unificado o disperso, de normas que regulen lo concerniente a los siguientes tópicos derivados del proceso de regionalización del derecho del trabajo:

a.-) Armonización de políticas sociales, en lo concerniente a fomento de empleo, formación profesional, regímenes de reciprocidad en materia de seguridad social y armonización en materia de beneficios de la seguridad social y requisitos para su obtención.

b.-) Libertad de circulación del trabajo y de establecimiento de los trabajadores, con el consecuente régimen de compatibilidades en materia de habilitación profesional y la garantía del derecho a la no discriminación. Este punto es de solución sencilla con la adopción de una ciudadanía del Mercosur, complementaria a la nacional.

c.-) Armonización de las modalidades de contratación laboral que sean propias de la regionalización, como ser el caso del empleo migrante y la empresa mercosureña.

d.-) Armonización de las normas vinculadas a la higiene y seguridad en el trabajo, como asimismo lo concerniente a la prevención de riesgos y sistema de control.

e.-) Garantizar la libertad sindical en su faz regional, lo que implicará prever la existencia de asociaciones mercosureñas, tanto horizontales (de actividad) como verticales (de empresa comunitaria), la asignación a ellas del poder normativo necesario para llevar a cabo negociación colectiva regional y garantizarles el consecuente derecho de huelga con igual alcance territorial. Habrá que prever, en la estructura orgánica del mercosur, una instancia

regional de solución de conflictos y, en su caso, de registro de asociaciones y convenios mercosureños.

- √ Un órgano jurisdiccional regional, dotado con capacidad para resolver las diferencias que puedan plantearse respecto a la aplicación o interpretación del derecho mercosureño, el imperio necesario para el cumplimiento de sus decisiones y las vías de acceso que permitan a la población en general, particularmente a trabajadores, sindicatos o empresas, recurrir a dicha instancia que actuaría como órgano de control de supremacía del derecho regional sobre el local.
- √ Fortalecimiento de los actuales mecanismos de asistencia jurisdiccional, con reconocimiento automático a los actos públicos de un Estado Miembro, por las autoridades judiciales o administrativas de otro Estado Miembro.

BIBLIOGRAFÍA.

(Se incluye solo la citada).

- Aaron, Raymond : citado por Podetti, Humberto A. en *Globalización, integración económica y economía al servicio del hombre*, Rev. *Trabajo y Seguridad Social*, suplemento 12 diciembre de 1996.
- Abreu Bonilla, Sergio, *Mercosur e integración*, 2° edición, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991.
- Ackerman, Mario E., *Seguridad social e integración regional: ¿arraigo o circulación de trabajadores?*, en Revista Relasur O.I.T., N° 8, Montevideo, 1995, págs. 68 y ss.
- Alterini, Atilio Aníbal y Boldorini, María Cristina, *El sistema jurídico en el Mercosur*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- Ameglio, Eduardo J. y Barreto Ghione, Hugo, *Las dimensiones internacionales de la negociación colectiva: aspectos jurídicos*, ponencia presentada en el XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1996.
- Babace, Héctor, *La representación sindical*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1993.
- Baldinelli, Elvio, *La protección contra el comercio desleal*, en Rev. Integración Latinoamericana N° 184, pág. 27; editado por INTAL, Bs. As. 1982.
- Barbagelata, Héctor-Hugo, *Neoliberalismo y los posibles cambios estructurales del derecho del trabajo*, publicado en el sitio web del partido socialista de Uruguay.
- Formación y legislación del trabajo, publicado por la O.I.T. en diciembre de 1996.
 - *Exploración preliminar de la proyectada integración en el Mercosur desde la perspectiva laboral*, editado por Cinterfor/OIT, Montevideo 1991.
 - *Derecho del trabajo*, 2° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995, Tomo I Volumen 1.
- Barboza, Ramiro, *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR*, en *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, 1° Edición, Cinterfor – O.I.T., Montevideo 2002.
- Bazán, Víctor, “*El Mercosur en perspectiva*”, Rev. E.D., T° 180, págs. 1373 y ss.
- Barra, Rodolfo Carlos, *Fuentes jurídicas del ordenamiento de la integración*, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1998.
- Barreto Ghione, Hugo, *Diálogo social y formación: una perspectiva desde los países del Mercosur y México*, en *Aportes para el diálogo social y la formación*, Cinterfor, O.I.T., Montevideo, 2001, N° 7, págs. 11 y ss.
- *Consecuencias de la Declaración Sociolaboral del Mercosur en la interpretación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales*, en revista Derecho Laboral (Montevideo) T. XLVI N° 210 (abril - junio 2003) pág. 187 y ss.
- Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, 4° reimpresión, editorial Astrea, Buenos Aires 1993.
- Beltran, Ari P., *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho. Globalização e direitos sociais*, LTr editora, São Paulo 1998.
- *A autotutela nas relações do trabalho*, editorial LTr, San Pablo 1996.
- Bertoni, Liliana, *Vigencia de las normas en el espacio jurídico Mercosur*, Rev. J.A., T° 2002-II, págs. 21y ss.
- Bianchi, Alberto B., *Status constitucional de los acuerdos ejecutivos luego de la reforma constitucional*, L.L., T° 1999-A, págs. 200 y ss.
- Bidart Campos, Germán, *El convenio colectivo de trabajo y su derogación por el Poder Ejecutivo en virtud de delegación legislativa*; El Derecho, Tomo 156, págs. 316 y ss.
- *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1989. Tomo 1.
- Bidegain, Carlos María y otros, *Curso de Derecho Constitucional*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires 2001.
- *Curso de derecho constitucional. La Constitución como garantía. Los derechos y deberes del hombre*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2001, pág. 318, N° 1269, con nuestra colaboración.
 - *Curso de derecho constitucional*, nueva versión actualizada por Eugenio Luis Palazzo y otros, editorial

Abeledo – Perrot, Buenos Aires 1994, Tomo I.

Bof, Jorge A., *Acciones tutelares de la libertad sindical*, Editorial La Roca, Buenos Aires 1991.

Boggiano, Antonio, *Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, editorial La Ley, Buenos Aires 2001.

- *Derecho internacional público y privado y derecho del Mercosur*, editorial La Ley, Buenos Aires, 1998, Tomo I.

C.I.D.H., Informe 3/87 – caso 9647 – en www.cidh.org/annualrep/86.87sp/EstadosUnidos9647a.htm.

Cabanellas, Guillermo, *Tratado de derecho laboral*, 3° edición, editorial Heliasta, Bs. As. 1988, Tomo III *Derecho individual del trabajo*, Volumen 1 *Contrato de trabajo*.

- *Tratado de derecho laboral*, 3° edición, editorial Claridad, Buenos Aires 1988, Tomo IV.

- *Tratado de derecho laboral*, 3° edición, editorial Heliasta, Buenos Aires 1988, Tomo II, Volumen 1.

CANCELA, Walter, *Costos laborales. Reflexiones desde la perspectiva de la integración económica*, VII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo, ponencia publicada por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993.

Capón Filas, Rodolfo, *Acercamiento a Laborem Exercens*, en Rev. T. y S.S., T° VIII-1981, págs. 686 y ss.

- *Armonización de la legislación laboral en los países del MERCOSUR*, Revista Notisur, Bs. As. Noviembre de 1992, Año XVII N° 43, págs. 12 y ss.

- *El nuevo Derecho Sindical Argentino*, 2ª ed. La Plata, 1993.

- *Régimen laboral agrario*, Editorial Platense, 1981.

- *Declaración Sociolaboral del Mercosur, Proyecto Regional para el Empleo Decente*, en Revista *Peronistas para el debate nacional*, editada por el Centro de Estudios de la Patria Grande, Buenos Aires junio de 2002, Año 1, N° 1, págs. 77 y ss.

Carrión, Valentín, *Comentários à Consolidação das leis do trabalho*, 18° edición, editora Revista dos Tribunais, San Pablo 1994, págs. 352 y ss.

Cavazos Flores, Baltasar, *40 lecciones de derecho laboral*, 9° edición, editorial Trillas, México 1998.

Céspedes R., Roberto L., *Diálogo social sobre formación en Paraguay*, Oficina Internacional del Trabajo – CINTERFOR, Montevideo 2001.

Colina Robledo, Miguel; Ramírez Martínez, Juan Manuel y Sala Franco, Tomás, *Derecho Social Comunitario*; editorial Tirant lo Blanch; Valencia, 1991.

Córdova, Efrén, *El dumping social en el marco de la globalización*, T. y S.S., T° XXVII-2000, págs. 100 y ss.

Corrés, Gerardo, *La declaración sociolaboral del MERCOSUR. Un instrumento para el desarrollo social*, Rev. D.T., Bs. As. Junio 2001, año LXI N° 6, pág. 963 y ss.

Corwin, E.S. y Peltason, J.W., *La Constitución*, Omeba, Buenos Aires, cita de Vanossi, Jorge Reinaldo y Dalla Via, Alberto Ricardo, *Régimen Constitucional de los tratados*, 2da. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2000.

Cristaldo Montaner, Jorge Darío, *Armonización normativa laboral del Mercosur: una propuesta unificadora*, 1ra. Edición, editorial Litocolor, Asunción, diciembre de 2000.

- *Legislación laboral paraguaya*, 1° edición, editorial Litocolor, Asunción 1995.

- y Cristaldo, Beatriz, *Legislación y Jurisprudencia del Trabajo*, Asunción, año 2002.

Colautti, Carlos E., *Derecho constitucional*, 2° edición, editorial Universidad, Buenos Aires 1998.

Da Silva, Walküre Lopes Ribeiro, *Aplicabilidade da Declaração Sociolaboral do Mercosul no Brasil*, en *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, 1° Edición, Cinterfor – O.I.T., Montevideo 2002.

De Diego, Julián Arturo, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1° edición, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires 1997.

De Ferrari, Francisco, *Derecho del trabajo*, 2° edición actualizada, editorial Depalma, Buenos Aires 1969, 4 tomos.

- De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, editorial Abaco, Buenos Aires 1997.
- Delgado, Mauricio Godinho, *Proteções contra a discriminação na relação de emprego*, en *Discriminação*, Coordinado por Márcio Tulio Viana y Luiz Otávio Linhares Renault; editorial LTr, San Pablo 2000.
- *Curso de direito do trabalho*, 1° edición, editorial LTr., San Pablo 2002.
 - *Direito Colectivo do Trabalho*, Editora LTr, San Pablo 2001.
- Díaz Aloy, Viridiana, en *La Organización Internacional del Trabajo frente al capítulo social de la mundialización*, D.T. T° 2000-A, págs. 1218 y ss.
- Díaz de Molina, Alfredo, *Formación federal de la Constitución*, editorial Zavallía, Buenos Aires 1975.
- Di Pietro, Alfredo, *Derecho privado romano*, editorial Depalma, Buenos Aires 1966.
- Dono Durante, Liliana y Ferreira, María Carmen, *El reglamento interno como fuente del derecho*, en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*, 1° edición, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995.
- Dromi, Roberto; Ekmekdjian, Miguel A. y Rivera, Julio C., *Derecho Comunitario*, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As. 1995.
- Ekmekdjian, Miguel Angel, *Hacia una república latinoamericana*, editorial Depalma, Bs. As., 1991.
- "El nuevo tratado del Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR) y la integración latinoamericana", *Rev. La Ley*, Tomo 1991-C, págs. 864 y ss.
 - *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, editorial Depalma, Bs. As. 1994.
- Ermda Uriarte, Oscar, "Los C.E.S.: antecedentes para el Foro consultivo Económico-Social del Mercosur", en *Revista O.I.T. Relasur* N° 8, Montevideo 1995, págs. 45 y ss.
- Ponencia presentada en el Seminario Italia-Mercosur. Ed. *Bibliografía de Derecho Laboral* N° 13. Mont., 1992, págs. 236 y ss.
 - *Globalización y relaciones laborales*, publicado en el sitio web www.derechosocial.com.
 - *La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica*, O.I.T., Montevideo 2002.
 - *La Declaración Sociolaboral del Mercosur*, en *Eficacia Jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, 1° Edición, Cinterfor – O.I.T., Montevideo 2002.
 - *La ciudadanía laboral del Mercosur*, versión mecanografiada.
 - *Sindicatos en libertad sindical*, 2° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.
 - *La flexibilización de la huelga*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1999.
 - *Apuntes sobre la huelga*, 2° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1996.
 - y Rosenbaum Rímolo, Jorge: *Formación profesional en la negociación colectiva*, Cinterfor O.I.T., Montevideo 1998.
 - *La constitución y el derecho laboral*, en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995.
- Etala, Carlos Alberto, *Reseña actualizada de la regulación del trabajo de menores*; O.I.T., Oficina de Área para Argentina, Paraguay y Uruguay.
- *Derecho colectivo del trabajo*, editorial Astrea, Buenos Aires 2001.
 - *Los convenios de la O.I.T. y su interpretación*, D.T. T° 2002-A, págs. 679 y ss.
- Farinella, Favio, *Mercosur: en dirección opuesta (jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal – Brasil)*, *Rev. E.D.* T° 181, págs. 1332 y ss.
- Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado Práctico del Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Buenos Aires 1990, Tomo II.
- *Practica Laboral*, Errepar, Buenos Aires 1992; págs. 138 y ss.
 - y Caubet Amanda Beatriz, *Leyes Fundamentales Del Trabajo*, Joaquín Fernández Madrid, Editor, Buenos Aires, 1996.
- Ferreira, María Carmen y Ramos Olivera, Julio, *Mercosur. Enfoque laboral*, editado por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991.

Ferreirós, Estela Milagros: *Es inconstitucional la ley de riesgos del trabajo*; Ediciones La Rocca; Buenos Aires 1998.

Franco Filho, Georgenor de Souza, *Relações de Trabalho na Pan-Amazônia. A circulação de trabalhadores*; editorial LTr, San Pablo, 1996.

- *A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho*, editorial LTr, San Pablo 1997.

Freeland López Lecube, Alejandro, *Las fuentes del derecho comunitario europeo*, en *La Ley*, Tomo 1993-B, págs. 767 y ss.

- *Manual de derecho comunitario*, Abaco Universidad Austral, Buenos Aires, 1996.

Fontana, Beatriz Inés, *Trabajo y salud en la legislación argentina*; Joaquín Fernández Madrid Editor; Buenos Aires 1997.

Fontoura Costa, José Augusto, *Control jurisdiccional de los actos administrativos en el ámbito del Mercosur*, conferencia en el marco del I Encuentro de Jueces Federales Argentinos y Brasileños con la participación de las delegaciones de Paraguay y Uruguay (Módulo 3, 29/6/01), 27-29 de junio de 2001, Colegio de Escribanos de Buenos Aires, citado por Perroti, Alejandro D., *Estructura institucional y derecho en el Mercosur*, Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, Año 6 N° 1, editorial La Ley y Síntese, febrero 2002.

Frediani, Yone, *Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição Federal de 1988*, editorial LTr, San Pablo 2001.

Galantino, Luisa, *Diritto sindacale*, 10° edición, G. Giappichelli editore, Torino 2000.

Gonçalves Pereira, André y de Quadros, Fausto, *Manual de direito internacional público*, 3° edición, Coimbra, Almedina, 1997.

González, Flavio Floreal, *Mercosur: un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio*, Rev. L.L., T° 2000-B, págs. 1035 y ss.

González Calderón, Juan A., *Doctrina Constitucional*, Lajouane, Buenos Aires 1928.

Graña, Gonzalo, *Políticas de empleo, formación y diálogo social. Discusión conceptual y aproximación empírica al caso uruguayo*, Oficina Internacional del Trabajo – CINTERFOR, Montevideo 2002.

Gelber, Teodoro: *Acciones civiles del trabajador en el régimen de la ley 24.557 (L.R.T.)*; editorial Hammurabi; Buenos Aires 1998.

GROS ESPIELL. Héctor, *Naturaleza jurídica y carácter de fuentes de derecho internacional de la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, en el vol. Derechos Humanos.UCUDAL/AMF. 1999 págs. 41 y ss.

Halley Merlo, Pedro, *La seguridad social en el Paraguay ¿Reparto solidario o capitalización individual?*, editorial Printex, San Lorenzo – Paraguay, 2001.

Husek, Carlos Roberto, *Curso de direito internacional público*, 3° edición, editorial LTr, San Pablo, 2000.

Jennings-Watts, *Oppenheim's International Law*, 9 ed. 1991, I.

Juan XXIII, *"Mater et Magistra"*, 15 de mayo de 1961.

- *"Pacem in terris"*, 11 de abril 1963.

Juan Pablo II, *Ecclesia in América*, 54. Exhortación apostólica postsinodal, México, 22 de enero de 1999, T. y S.S., Tomo XXIV-1999, págs. 233 y ss.

- *Laborem Exercens*, 14 de setiembre de 1981.

- *"Sollicitudo rei socialis."*, 30 de diciembre de 1987.

- *"Centesimus annus"*, 1° de mayo de 1991.

- *Estado social y economía globalizada*, discurso del 26 de abril de 1997, Rev. T. y S.S., T° XXIV-1997, págs. 563 y ss.

- *"El hombre, centro de la cuestión del trabajo"*, N° 8, T. y S.S., T° XXVI-1999, págs. 503 y ss.

Jobim, Néelson, Discurso pronunciado en el Ier. Encuentro de Escuelas de la Magistratura del Trabajo, San Pablo, Brasil, 27 de agosto de 2000.

Kahn Freund, Otto, *Trabajo y Derecho*, 3ª ed. Colección Estudios, MTSS, Madrid, 1987.

Kazuo Sugeno, *La Discriminación en el Empleo*, XV Congreso Mundial De Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Edita; Fundación del Trabajo, Buenos Aires, sep./1997, págs. 30 y ss.

Krotoschin, Ernesto, *Tratado Práctico de derecho del trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

LAMARCA, Antonio: "*Manual das Justas Causas*", ed. RT, Sao Paulo, 1977.

Larrañaga Zeni, Nelson, *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 1ra. edición; editado por Fundación de Cultura Universitaria; Montevideo, 1995.

Lazo Grandi, Pablo, *Dimensión social de la integración*, Revista de Derecho del Mercosur, Año 1998-4, págs. 30 y ss.

Laxague Durand, Enrique, *Normativa que rige la actividad laboral privada en el Uruguay*, 2° edición a cargo del autor, Montevideo 1998.

Leite, Carlos Henrique Bezerra, *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*, editorial LTr, San Pablo 1997.

León XIII, "*Rerum Novarum*", 15 de mayo de 1891.

López, Guillermo A.F., *La huelga y sus efectos sobre el contrato de trabajo*, D.T. T° 1990-A, págs. 539 y ss.

Lyon-Caen, Gerard, *Globalización y derechos sociales*, en Revista *Contextos*, Buenos Aires, 1999, Editores del Puerto, N° 1, págs. 79 y ss.

Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, 7° edición, editorial Perrot, Buenos Aires 1980, Tomo I.

- y Raffo Benegas, Patricio, *Código Civil anotado. Doctrina y jurisprudencia*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 2002, Tomo I A.

Mackinley, Agustín, *¿Qué significa globalización ?*; diario *La Nación*, Buenos Aires, ediciones de los días 21 al 23/1/92.

Magano, Octavio Bueno, *Manual de direito do trabalho*, editorial LTr, San Pablo 1992, Volumen II.

Malm Green, Lucas A., *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR*, D.T. T° 2002-B, págs. 1387 y ss.

Mansueti, Hugo Roberto, *Derecho del trabajo en el Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Madrid, 1999.

- *Derecho de rectificación o respuesta*, Rev. E.D. Tomo 122, págs. 900 y ss.

- *El daño moral y los ilícitos adicionales del empleador*, Rev. T. y S.S., en prensa.

- "*Reformas no regime de convenções coletivas pela lei 25.250*"; publicado en Revista semestral "*Syntesis. Direito do trabalho material e processual*", San Pablo, Brasil, N° 32/2001, junio de 2001, págs. 31 y ss.

- *Proibição temporária de despedimentos em razão da emergência econômica*, publicado en Revista *Synthesis. Direito do trabalho material e processual, Órgao oficial do TRT da 2° Região*, editorial Sintese, San Pablo 2002, N° 35/02, págs. 19 y ss.

Mantero de San Vicente, Osvaldo, *Derecho sindical*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1998.

Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4° edición actualizada, editorial Abeledo – Perrot, Bs. As. 1990, Tomo I.

Mariño Fages, Jorge R. J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Mario Viera Editor, Buenos Aires 1999.

Martínez Vivot, Julio, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1981.

- *Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social*, 5° edición, editorial Astrea, Bs. As. 1996.

Nascimento, Amauri Mascaro, *Iniciação ao direito do trabalho*, 27° edición, editorial LTr, San Pablo 2001.

- *Teoría Geral do direito do trabalho*, editorial LTr, San Pablo 1998.

- *Compêndio de direito sindical*, 2° edición, editorial LTr, San Pablo 2000.

Massnatta, Héctor, *Bases constitucionales del proceso de integración*, La Ley, T° 1996-B, págs. 1131 y ss.

- *Bases constitucionales del proceso de integración*, La Ley, T° 1986-D, págs. 1134 y ss.

- Meirovich de Aguinis, Ana María, *Empresas e inversiones en el Mercosur*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- Merino Merchán, José Fernando y otros, *Lecciones de derecho constitucional*, reimpr. de la 1° edición, editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- Midon, Mario A.R., *El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur*, La Ley, T° 1997-B, págs. 1048 y ss.
- Nascimento, María Luiza Justo, *A importância da aplicabilidade direta das normas emanadas do Mercosul*, en Revista de Derecho del Mercosur, editorial La Ley, año 2000-4, págs. 127 y ss.
- Nazareno, Julio Salvador, *Discurso de apertura al Primer Encuentro de Jueces Federales Argentinos y Brasileños en el ámbito del Mercosur*, 27-06-01.
- Neto, Manoel Jorge E. Silva, *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos*, editorial LTr, San Pablo 2001.
- O.I.T., *Work Labor Report 1997-1998* (Geneva: 1998) passim.
- O.I.T., *Libertad sindical y negociación colectiva*, párr. 147, pag. 70, citado por Etala, Carlos Alberto en *Derecho colectivo del trabajo*.
- O.I.T., *La inspección del trabajo*, en Estudios Generales de 1985, sitio web OIT: www.ilo.org.
- O.I.T., *La protección de la vejez por la seguridad social*, en Estudios Generales de 1989, sitio web de la O.I.T.: www.ilo.org.
- O.I.T., *Las relaciones laborales en el Cono Sur*, Colección de informes O.I.T. N° 44, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social – España -, Madrid 1995.
- O.I.T., *Las relaciones laborales en Paraguay. Informe RELASUR*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1995, pag. 56
- O.I.T., *Informe RELASUR: formas de tripartismo en el Uruguay*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995.
- Pablo VI, “*Populorum progressio*”, 26 de marzo de 1967.
- “*Octogesima Adveniens.*”, 15 de mayo de 1971.
- Pereira de Castro, Carlos Alberto y Lazzari, João, *Manual de direito previdenciário*, 3° edición, editorial LTr, San Pablo 2002.
- Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, traducción española a la 5° edición francesa por Julia Sevilla Muñoz, editorial Gredos, Madrid 1994.
- Pérez del Castillo, Santiago, *El derecho de la huelga*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1993.
- *Manual práctico de normas laborales*; 7° edición; editado por Fundación de Cultura Universitaria; Montevideo, 1992.
- *La jerarquía de las fuentes en el derecho del trabajo*, en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*, 1° edición, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995, págs. 70 y ss.
- Perotti, Alejandro D., *Que significó el Protocolo de Olivos*, diario La Nación, edición del 26/02/2002, Suplemento de Comercio Exterior, Buenos Aires.
- *Estructura institucional y derecho en el MERCOSUR*, en Revista Derecho Internacional y del MERCOSUR, editoriales La Ley y Sintese, Año 6 N° 1, febrero de 2002, págs. 63 y ss.
- *El artículo 2° del Tratado de Asunción: ¿existe un derecho a violar el derecho?. Del principio de lealtad comunitaria al non adimpleti contractus y afines*, en *Derecho Vigente del Mercosur*, editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, págs. 33 y ss.
- Pinto, José Augusto Rodrigues, *Direito sindical e coletivo do trabalho*, editorial LTr, San Pablo 1998.
- Pinto, José Augusto Rodrigues y Pamplona Filho, Rodolfo, *Manual da conciliação preventiva e do procedimento sumaríssimo trabalhista*, editorial LTr, San Pablo 2001.
- Pío XI, *Quadragesimo anno*, 15 de mayo de 1931.
- Pío XI, Pío XII, “*La solennita- bodas de oro.*” 15 de mayo de 1941.

- Piovesan, Flavia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2° edición, San Pablo 1997.
- Pla Rodríguez, Américo, *El rol de las normas internacionales de trabajo en el proceso de integración económica*, T. y S.S., T° XXV – 1998, págs. 449 y ss.
- *Cláusulas sociales en los acuerdos internacionales sobre comercio*, en *Revista de Trabajo*, Año 1, N° 3, julio-agosto de 1994: *Globalización y derechos sociales*; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; Buenos Aires, 1994; págs. 53 y ss.
 - *Problemática de los trabajadores en el Mercosur*, en *El Derecho Laboral del Mercosur*, editado por Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, diciembre de 1994.
 - *Los principios del derecho del trabajo*, 3° edición actualizada, ediciones Depalma, Buenos Aires 1998.
 - *Las perspectivas de un derecho del trabajo comunitario*, en *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Sintese editora, Brasília, Vol. 66 N° 4, oct. a nov. 2000, págs. 63 y ss.
- Ponencias del Seminario Italia-Mercosur, Montevideo 1992, organizado por la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo, publicadas en 1993.
- Pozzo, Juan D., *Manual teórico práctico de derecho del trabajo*, editorial Ediar, Bs. As. 1961, Tomo I.
- Ragazzi, Guillermo Enrique, *Las entidades civiles no gubernamentales y el foro consultivo económico social del Mercosur*, Rev. *La Ley*, T° 1996-E, págs. 1029 y ss.
- Ramayo, Raúl Alberto, *Los tratados internacionales y la certidumbre de su vigencia*, E.D., T° 183 págs. 1480 y ss.
- Ramírez Candia, Manuel Dejesús, *Derecho constitucional paraguayo*, editora Litocolor, Asunción 2000, Tomo I.
- Ramos Olivera, Julio, *La empresa-Enfoque laboral*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1992.
- Recalde, Héctor, *Reforma laboral: flexibilidad sin empleo*, editado por Organización Mora Libros, Bs. As. 1994.
- *Respuesta a Ferreres*, sitio web del Equipo Federal de Trabajo, www.eft.com.ar.
- Redecker, Júlio, *Perspectivas de um direito comunitário do Mercosul*, en *Revista de Derecho del Mercosur*, editorial La Ley, año 2000-4, págs. 98 y ss.
- René – Jean DUPUY, Citado por Antonio GOMEZ ROBLEDO en *El Jus Cogens Internacional* (estudio histórico crítico). UNAM. 1982, págs. 203 y ss.
- Rezende, Roberto Vieira de Almeida, *A aplicação da Declaração Sociolaboral do Mercosul e a supranacionalidade operativa dos direitos humanos*, en *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*. 1° Edición, Cinterfor – O.I.T., Montevideo 2002.
- Risolía, Marco Aurelio, *Publicidad de los actos de gobierno, ignorancia de la ley y leyes secretas*, E.D., T° 68 págs. 837 y ss.
- Risso Ferrand, Martín J., *Derecho constitucional*, editorial Industria Gráfica Nuevo Siglo Ltda., Montevideo 2000.
- Rivas, Daniel, *La subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo*, 1° edición, Fundación de Cultura Económica, Montevideo 1996.
- Robinson, Carlos Alberto, *A livre circulação de trabalhadores: condição necessária ao processo de integração econômica*, en *Revista de Derecho del Mercosur* de editorial La Ley, Año 2000-1, págs. 199 y ss.
- Rodrigues de Freitas Jr., António, *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação*; editorial LTr, San Pablo 1997.
- Rodríguez Mancini, Jorge, *Ensayo de una temática fundamental para el estudio de las asociaciones profesionales*, Rev. L.T. T° XIX-B, págs. 666 y ss.
- *La incidencia salarial en la formación de los costos*, D.T. 1987-B.
 - *La negociación colectiva*, editorial Astrea, Buenos Aires 1990.
- Rosenbaum Rimolo, Jorge, *Negociación Colectiva sobre formación en el Mercosur*, en *Aportes para el diálogo social y la formación*, Cinterfor, O.I.T., Montevideo, 2000, N° 1, págs. 10 y ss.
- Rousseau, Charles, *Derecho internacional público*, trad. Fernando Gimenez Artigues, 3° edición, editorial

Ariel, Barcelona 1966.

Ruiz Díaz Labrano, Roberto, *MERCOSUR, Integración y derecho*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1998.

Ruprecht, Alfredo J., *Los principios normativos laborales y su proyección en la legislación*, Zavalía editor, Buenos Aires 1994.

Saad, Eduardo Gabriel: *C.L.T. Comentada*; 30° edición; editorial LTr, San Pablo 1997.

Sagués, Néstor Pedro, *Las leyes secretas. El sigilo legislativo en el derecho constitucional argentino*, ediciones Depalma, Buenos Aires 1977.

- *Elementos de derecho constitucional*, 2° edición, editorial Astrea, Tomo I.

Saldain, Rodolfo, *Reforma jubilatoria. El nuevo modelo previsional*, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995.

Sampay, Arturo, "La publicación de las leyes y la divulgación de las leyes obreras", D.T., T° 1946, págs. 337 y ss.

Sardegna, Miguel A., *Las relaciones laborales en el Mercosur*, ediciones La Rocca, Bs. As. 1995.

Sarmiento García, Jorge H. y Ferrando, Ismael, *Procesos de Integración y Mercosur*, Depalma, Bs. As. 1994.

Schick, Horacio: *La responsabilidad en la Ley de Riesgos del Trabajo*; ponencia presentada en las XXIVas. Jornadas de Derecho Laboral y Iras. Jornadas Rioplatenses, organizadas por la Asociación de Abogados Laboralistas; Colonia del Sacramento, República Oriental del Uruguay, compilación de ponencias publicada por editorial "La Ley", Buenos Aires, noviembre de 1998, págs. 148 y ss.

Serna, María Mar y Ermida Uriarte, Oscar, *El tripartismo*, Rev. Derecho Laboral, Tomo XXXVII, núm. 173-174, Montevideo, 1994.

Serna Calvo, María del Mar, *Marco normativo de los programas y medidas de acción positiva en la Unión Europea*, Rev. *Relasur* O.I.T. N° 8, Montevideo 1995.

Sêve de Gastón, Alberto, *Los tratados ejecutivos en la República Argentina. Análisis tridimensional*, ediciones Depalma, Buenos Aires 1970.

Simón, Julio, *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, en *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, primera edición, Cinterfor O.I.T., Montevideo 2002.

Sochaczewski, Suzanna, Ganz Lúcio, Clemente, de Oliveira, Sirlei Márcia y Mattar Gebrim, Vera Lúcia, *Diálogo social, negociação coletiva e formação profissional no Brasil*, Oficina Internacional del Trabajo – CINTERFOR, Montevideo 2000.

Suárez, *De legibus*, lib. I, Cap. XI, 9; citado por Sampay; Arturo, en "La publicación de las leyes y la divulgación de las leyes obreras", D.T., T° 1946, págs. 340 y ss.

Süssekind, Arnaldo, *Direito internacional do trabalho*, 3° edición, editorial LTr., San Pablo 2000.

Tomás de Aquino, Suma teológica, I, II, *cuestión 90*; en *Tratado de la ley*, 5° edición, editorial Porrúa, México 1996.

Tokman, Víctor E.; Martínez, Daniel, *La agenda laboral de la globalización*, 1999, documento de trabajo 94, Organización Internacional del Trabajo.

Tomada, Carlos A., *La libertad sindical en la Argentina y el modelo normativo actual de la O.I.T.*, Rev. D.T., T° 2001-A, págs. 741 y ss.

Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial, Tercera Sala, A.I. 330, "Armando Horacio Corvone c/ Sara Carmen Mussi Carísimo s/ ejecución de sentencia", 29/5/00, § VIII.

Válticos, Nicolás, *Derecho Internacional del Trabajo*; editorial Tecnos, Madrid 1977.

Vanossi, Jorge Reinaldo y Dalla Via, Alberto Ricardo, *Régimen Constitucional de los tratados*, 2da. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2000.

Vázquez, Adolfo Roberto, *La integración económica del continente americano: El mercado común hemisférico*, Rev. E.D. T° 183, págs. 1456 y ss.

Vázquez Vialard, Antonio, *Cláusulas sociales*, T. y S.S., T° XXVI-1999, págs. 1136 y ss.

- *El sindicato en el derecho argentino*, editorial Astrea, Buenos Aires 1981.

- *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 7^a edición; Editorial Astrea, Buenos Aires 1996; Tomo I.

Viegas, Vera Lucia, *Ius Cogens e o tema da nulidade dos tratados*, en Revista Unifio, Año I, número 2, diciembre de 1999, Centro Universitario Fieo, Osasco 1999, pág. 52 y ss.

Von Potobsky, Geraldo, en *Los Convenios de la O.I.T.: ¿Una nueva dimensión en el orden jurídico interno?*, en Rev. Derecho del Trabajo Suplemento N° 3 marzo de 1997, Bs. As., La Ley, 1997.

DECLARACIÓN SOCIOLABORAL DEL MERCOSUR

Los Jefes de Estado de los Estados Parte del Mercado Común del Sur,

Considerando que los Estados Parte del MERCOSUR reconocen, en los términos del Tratado de Asunción (1991), que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, mediante la integración, constituye condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social;

Considerando que los Estados Parte declaran, en el mismo Tratado, la disposición de promover la modernización de sus economías para ampliar la oferta de bienes y servicios disponibles y, consecuentemente, mejorar las condiciones de vida de sus habitantes;

Considerando que los Estados Parte, además de Miembros de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), ratificaron los principales convenios que garantizan los derechos esenciales de los trabajadores, y adoptan en gran medida las recomendaciones orientadas para la promoción del empleo de calidad, de las condiciones saludables de trabajo, del diálogo social y del bienestar de los trabajadores;

Considerando además que los Estados Parte apoyaron la "Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo" (1998), la cual reafirma el compromiso de los Miembros de respetar, promover y poner en práctica los derechos y obligaciones expresados en los convenios reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización;

Considerando que los Estados Parte están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la Humanidad, entre ellos la Declaración universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la Carta de la Organización de los Estados Americanos – OEA (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988);

Considerando que diferentes foros internacionales, entre ellos la Cumbre de Copenhague (1995), han enfatizado la necesidad de instituirse mecanismos de seguimiento y evaluación de los componentes sociales de la mundialización de la economía, con el fin de asegurar la armonía entre progreso económico y bienestar social;

Considerando que la adhesión de los Estados Parte a los principios de la democracia política y del Estado de Derecho y del respeto irrestricto a los derechos civiles y políticos de la persona humana constituye base irrenunciable del proyecto de

integración;

Considerando que la integración involucra aspectos y efectos sociales cuyo reconocimiento implica la necesidad de prever, analizar y solucionar los diferentes problemas generados, en este ámbito, por esa misma integración;

Considerando que los Ministros de Trabajo del MERCOSUR han manifestado, en sus reuniones, que la integración regional no puede restringirse a la esfera comercial y económica, sino debe alcanzar la temática social, tanto en lo que se refiere a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa misma integración y por el proceso de globalización de la economía, como al reconocimiento de un nivel mínimo de derechos de los trabajadores en el ámbito del MERCOSUR, correspondiente a los convenios fundamentales de la O.I.T.;

Considerando la decisión de los Estados Parte de consolidar en un instrumento común los progresos ya logrados en la dimensión social del proceso de integración y sostener los avances futuros y constantes en el campo social, sobre todo mediante la ratificación y cumplimiento de los principales convenios de la O.I.T.;

Adoptan los siguientes principios y derechos del trabajo, que pasan a constituir la "Declaración Sociolaboral del Mercosur", sin perjuicio de otros que la práctica nacional o internacional de los Estados Parte haya instaurado o vaya a instaurar:

Derechos individuales.

Artículo 1°.

No discriminación.

1.- Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes.

2.- Los Estados Parte se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo.

Artículo 2°.

Promoción de la igualdad.

1.- Las personas con discapacidades físicas o mentales serán tratadas en forma digna y no discriminatoria, favoreciéndose su inserción social y laboral.

2.- Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas efectivas, especialmente en lo que se refiere a la educación, formación, readaptación y orientación profesional, a la adecuación de los

ambientes de trabajo y al acceso a los bienes y servicios colectivos, a fin de asegurar que las personas discapacitadas tengan la posibilidad de desempeñarse en una actividad productiva.

Artículo 3°.

Los Estados Parte se comprometen a garantizar, a través de la normativa y prácticas laborales, la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

Artículo 4°.

Trabajadores migrantes y fronterizos.

1.- Todo trabajador migrante, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales del país en el que estuviere ejerciendo sus actividades, de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país.

2.- Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias a fin de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores.

Artículo 5°.

Eliminación del trabajo forzoso.

1.- Toda persona tiene derecho al trabajo libre y a ejercer cualquier oficio o profesión conforme a las disposiciones nacionales vigentes.

2.- Los Estados Parte se comprometen a eliminar toda forma de trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

3.- Además se comprometen a adoptar medidas para garantizar la abolición de toda utilización de la mano de obra que propicie, autorice o tolere el trabajo forzoso u obligatorio.

4.- Especialmente suprímese toda forma de trabajo forzoso u obligatorio del que pueda hacerse uso:

a.-) como medio de coerción o de educación política o como castigo por no tener o expresar el trabajador determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;

b.-) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;

c.-) como medida de disciplina en el trabajo;

d.-) como castigo por haber participado en huelgas;

e.-) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

Artículo 6°.

Trabajo infantil y de Menores.

1.- La edad mínima de admisión al trabajo será aquella establecida conforme a las legislaciones nacionales de los Estados Parte, no pudiendo ser inferior a aquella en que cesa la escolaridad obligatoria.

2.- Los Estados Parte se comprometen a adoptar políticas y acciones que conduzcan a la abolición del trabajo infantil y a la elevación progresiva de la edad mínima para ingresar al mercado de trabajo.

3.- El trabajo de los menores será objeto de protección especial por los Estados Parte, especialmente en lo que concierne a la edad mínima para el ingreso al mercado de trabajo y a otras medidas que posibiliten su pleno desarrollo físico, intelectual, profesional y moral.

4.- La jornada de trabajo para esos menores, limitada conforme a las legislaciones nacionales, no admitirá su extensión mediante la realización de horas extras ni en horarios nocturnos.

5.- El trabajo de los menores no deberá realizarse en un ambiente insalubre, peligroso o inmoral, que pueda afectar el pleno desarrollo de sus facultades físicas, mentales y morales.

6.- La edad de admisión a un trabajo con alguna de las características antes señaladas no podrá ser inferior a los 18 años.

Artículo 7°.

Derechos de los empleadores.

El empleador tiene el derecho de organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales.

Derechos Colectivos.

Artículo 8°.

Libertad de asociación.

1.- Todos los empleadores y trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a esas organizaciones, de conformidad con las legislaciones nacionales vigentes.

2.- Los Estados Parte se comprometen a asegurar, mediante dispositivos legales, el derecho a la libre asociación, absteniéndose de cualquier injerencia en la creación y gestión de las organizaciones constituidas, además de reconocer su legitimidad en la representación y la defensa de los intereses de sus miembros.

Artículo 9°.

Libertad sindical.

1.- Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo.

2.- Se deberá garantizar:

- a.-) la libertad de afiliación, de no afiliación y de desafiliación, sin que ello comprometa el ingreso a un empleo o su continuidad en el mismo;
- b.-) evitar despidos o perjuicios que tengan como causa su afiliación sindical o su participación en actividades sindicales;
- c.-) el derecho a ser representados sindicalmente, conforme a la legislación, acuerdos y convenciones colectivos de trabajo vigentes en los Estados Parte.

Artículo 10.

Negociación colectiva.

Los empleadores o sus organizaciones y las organizaciones o representaciones de trabajadores tienen derecho a negociar y celebrar convenciones y acuerdos colectivos para reglamentar las condiciones de trabajo, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales.

Artículo 11.

Huelga.

- 1.- Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, conforme a las disposiciones nacionales vigentes. Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad.
- 2.- Promoción y desarrollo de procedimientos preventivos y de autocomposición de conflictos.

Artículo 12.

Los Estados Parte se comprometen a propiciar y desarrollar formas preventivas y alternativas de autocomposición de los conflictos individuales y colectivos de trabajo, fomentando la utilización de procedimientos independientes e imparciales de solución de controversias.

Artículo 13.

Diálogo Social.

Los Estados Parte se comprometen a fomentar el diálogo social en los ámbitos nacional y regional, instituyendo mecanismos efectivos de consulta permanente entre representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, a fin de garantizar, mediante el consenso social, condiciones favorables al crecimiento económico sostenible y con justicia social de la región y la mejora de las condiciones de vida de sus pueblos.

Artículo 14.

Fomento del Empleo.

Los Estados Parte se comprometen a promover el crecimiento económico, la ampliación de los mercados interno y regional y la puesta en práctica de políticas activas referentes al fomento y creación del empleo, a fin de elevar el nivel de vida y corregir los desequilibrios sociales y regionales.

Artículo 15.

Protección de los Desempleados.

- 1.- Los Estados Parte se comprometen a instituir, mantener y mejorar mecanismos de protección contra el desempleo, compatibles con las legislaciones y las condiciones internas de cada país, a fin de garantizar la subsistencia de los trabajadores afectados por la desocupación involuntaria y al mismo tiempo facilitar el acceso a servicios de reubicación y a programas de recalificación profesional que faciliten su retorno a una actividad productiva.

Artículo 16.

Formación Profesional y Desarrollo de Recursos Humanos.

- 1.- Todo trabajador tiene derecho a la orientación, a la formación y a la capacitación profesional.
- 2.- Los Estados Parte se comprometen a instituir, con las entidades involucradas que voluntariamente así lo deseen, servicios y programas de formación y orientación profesional continua y permanente, de manera de permitir a los trabajadores obtener las calificaciones exigidas para el desempeño de una actividad productiva, perfeccionar y reciclar los conocimientos y habilidades, considerando fundamentalmente las modificaciones resultantes del progreso técnico.
- 3.- Los Estados Parte se obligan además a adoptar medidas destinadas a promover la articulación entre los programas y servicios de orientación y formación profesional, por un lado, y los servicios públicos de empleo y de protección de los desempleados, por otro, con el objetivo de mejorar las condiciones de inserción laboral de los trabajadores.
- 4.- Los Estados Partes se comprometen a garantizar la efectiva información sobre los mercados laborales y su difusión tanto a nivel nacional como regional.

Artículo 17.

Salud y Seguridad en el Trabajo.

- 1.- Todo trabajador tiene el derecho a ejercer sus actividades en un ambiente de trabajo sano y seguro, que preserve su salud física y mental y estimule su desarrollo y desempeño profesional.
- 2.- Los Estados Parte se comprometen a formular, aplicar y actualizar, en forma permanente y en cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, políticas y

programas en materia de salud y seguridad de los trabajadores y del medio ambiente del trabajo, con el fin de prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, promoviendo condiciones ambientales propicias para el desarrollo de las actividades de los trabajadores.

Artículo 18.

Inspección del Trabajo.

1.- Todo trabajador tiene derecho a una protección adecuada en lo que se refiere a las condiciones y al ambiente de trabajo.

2.- Los Estados Parte se comprometen a instituir y a mantener servicios de inspección del trabajo, con el cometido de controlar en todo su territorio el cumplimiento de las disposiciones normativas que se refieren a la protección de los trabajadores y a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo.

Artículo 19.

Seguridad Social.

1.- Los trabajadores del MERCOSUR tienen derecho a la seguridad social, en los niveles y condiciones previstos en las respectivas legislaciones nacionales.

2.- Los Estados Parte se comprometen a garantizar una red mínima de amparo social que proteja a sus habitantes ante la contingencia de riesgos sociales, enfermedades, vejez, invalidez y muerte, buscando coordinar las políticas en el área social, de forma de suprimir eventuales discriminaciones derivadas del origen nacional de los beneficiarios.

Artículo 20.

Aplicación y Seguimiento.

1.- Los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos fundamentales inscritos en esta Declaración y a promover su aplicación de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales y las convenciones y acuerdos colectivos. Con tal finalidad, recomiendan instituir, como parte integrante de esta Declaración, una comisión sociolaboral, órgano tripartito, auxiliar del Grupo Mercado común, que tendrá carácter promocional y no sancionatorio, dotado de instancias nacionales y regional, con el objetivo de fomentar y acompañar la aplicación del instrumento. La Comisión Sociolaboral Regional se manifestará por consenso de los tres sectores, y tendrá las siguientes atribuciones y responsabilidades:

a.-) examinar, comentar y canalizar las memorias preparadas por los Estados Parte, resultantes de los compromisos de esta Declaración;

b.-) formular planes, programas de acción y recomendaciones tendientes a fomentar la aplicación y el cumplimiento de la Declaración;

c.-) examinar observaciones y consultas sobre dificultades e incorrecciones en la aplicación y

cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Declaración;

d.-) examinar dudas sobre la aplicación de la Declaración y proponer aclaraciones;

e.-) elaborar análisis e informes sobre la aplicación y el cumplimiento de la Declaración;

f.-) examinar e instruir las propuestas de modificación del texto de la Declaración y darles el curso pertinente.

2.- Las formas y mecanismos de canalización de los asuntos citados precedentemente serán definidos por el reglamento de la comisión Sociolaboral Regional.

Artículo 21.

La Comisión Sociolaboral Regional deberá sesionar por lo menos una vez al año para analizar las memorias ofrecidas por los Estados Parte y preparar informe a ser elevado al Grupo Mercado Común.

Artículo 22.

La Comisión Sociolaboral Regional redactará, por consenso y en el plazo de seis meses, a contar de la fecha de su institución, su propio reglamento y el de las comisiones nacionales, debiendo someterlos al Grupo Mercado Común para su aprobación.

Artículo 23.

Los Estados Parte deberán elaborar, por intermedio de sus Ministerios de Trabajo y en consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, memorias anuales, conteniendo:

a.-) el informe de los cambios ocurridos en la legislación o en la práctica nacional relacionados con la implementación de los enunciados de esta Declaración; y

b.-) el informe de los avances realizados en la promoción de esta Declaración y de las dificultades enfrentadas en su aplicación.

Artículo 24.

Los Estados Parte acuerdan que esta Declaración, teniendo en cuenta su carácter dinámico y el avance del proceso de integración subregional, será objeto de revisión, transcurridos dos años de su adopción, con base en la experiencia acumulada en el curso de su aplicación o en las propuestas e insumos formulados por la Comisión Sociolaboral o por otros organismos.

Artículo 25.

Los Estados Parte subrayan que esta Declaración y su mecanismo de seguimiento no podrán invocarse ni utilizarse para otros fines que

no estén en ellos previstos, vedada, en particular, su aplicación a cuestiones comerciales, económicas y financieras.

Río de Janeiro, 10 de diciembre de 1998.-

Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social (30.06.2000).

Los Presidentes de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del Mercosur y los Presidentes de la República de Bolivia y de la República de Chile,

REAFIRMANDO los principios contenidos en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático y en la Declaración Política del Mercosur, Bolivia y Chile como Zona de Paz;

TENIENDO presente los principios y derechos contenidos en la "Declaración Sociolaboral del Mercosur";

CONVENCIDOS de que el desarrollo económico y la plena integración regional sólo pueden lograrse en un marco de justicia y de equidad social;

REAFIRMANDO el compromiso con la consolidación y defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y con las declaraciones e instrumentos internacionales y regionales que los resguardan;

CONSIDERANDO que la firme adhesión a los principios de la democracia representativa y al Estado de Derecho y el respeto irrestricto a los derechos civiles y políticos constituyen la base irrenunciable de la integración regional;

CONVENCIDOS de que el crecimiento económico es una condición necesaria pero no suficiente para alcanzar una mejor calidad de vida, erradicar la pobreza y eliminar la discriminación y la exclusión social;

RATIFICANDO su propósito de contribuir unidos a lograr un mayor bienestar e igualdad social a través de un desarrollo económico equilibrado y justo;

CONSIDERANDO que resulta prioritario profundizar la dimensión social del Mercosur y teniendo en cuenta que todos los aspectos del proceso de integración deberán avanzar en forma conjunta;

COINCIDEN EN:

Reconocer la responsabilidad primordial del Estado en la formulación de políticas destinadas a combatir la pobreza y otros flagelos sociales y apoyar las acciones de la sociedad civil dirigidas al mismo objetivo.

Intensificar los esfuerzos de sus Gobiernos para mejorar la calidad de vida en sus respectivos países y en la región, mediante la atención prioritaria a los sectores más desprotegidos de la población en materia de alimentación, salud, empleo, vivienda y educación.

Fomentar la cooperación con las organizaciones comunitarias y solidarias de sus respectivos países y a nivel regional o internacional, que permitan el aprovechamiento racional y equitativo de los recursos públicos y privados en las acciones encaminadas a superar los desequilibrios sociales en la región.

Fortalecer los mecanismos de apoyo a los grupos sociales más afectados, dando prioridad a los campos de la nutrición, con atención especial a la

niñez, la juventud, la tercera edad, las mujeres cabeza de familia y madres menores de edad, las comunidades indígenas, las comunidades rurales críticas, los trabajadores migrantes y sus familias, las personas discapacitadas y otros grupos sociales vulnerables.

Asegurar la efectiva vigencia de los principios rectores orientados a la protección integral de la niñez y la adolescencia y estimular la formulación de políticas específicas en su favor, que contemplen su problemática en el contexto familiar y comunitario, dando prioridad por igual a los aspectos preventivos y correctivos.

Impulsar medidas adecuadas destinadas a satisfacer las necesidades especiales de los niños y jóvenes en situaciones de violencia y abuso sexual, trabajo infantil, embarazo precoz, uso de drogas y comisión de delitos.

Intensificar los esfuerzos para mejorar la situación de las personas mayores, especialmente de aquellas en estado de pobreza o desamparo, a través de avances en materia de prestaciones sociales y de políticas de vivienda e integración social y programas de capacitación.

Velar por el estricto cumplimiento de las respectivas normas legales que prohíben la discriminación y resguardan la efectiva igualdad de derechos, trato y oportunidades para todos, sin distinción o exclusión de ningún tipo.

Promover el crecimiento de sus sociedades fundado en la igualdad entre mujeres y varones en la vida social, política, económica y cultural, conforme a una concepción de la ciudadanía que amplíe los derechos de las mujeres y afirme la responsabilidad compartida entre ambos.

Fortalecer la cooperación entre los países de la región en materia migratoria y asegurar a los migrantes el pleno ejercicio de los derechos humanos, y un trato digno, justo y no discriminatorio.

Garantizar el derecho a la educación básica y favorecer el acceso a la educación secundaria, técnica y vocacional, siendo ambos elementos claves en la superación de la pobreza como vehículos de movilidad social y económica.

Desarrollar políticas que promuevan un tipo de sociedad no excluyente, que prepare a las personas para enfrentar los desafíos planteados por la nueva comunidad del conocimiento.

Incentivar las investigaciones y estudios conjuntos sobre vulnerabilidad y exclusión social, descentralización y participación, orientados a mejorar el proceso de toma de decisiones en política social y en la asignación de recursos.

POR TODO ELLO, DECIDEN:

Instruir a las respectivas autoridades nacionales competentes a fortalecer el trabajo conjunto entre los seis países, así como el intercambio de experiencias e informaciones a fin de contribuir a la superación de los problemas sociales más agudos que los afectan y a la definición de los temas o áreas donde sea viable una acción coordinada o complementaria tendiente a su solución.

Acordar que el Foro de Consulta y Concertación Política del Mercosur, Bolivia y Chile efectúe el seguimiento de las orientaciones y líneas de acción contenidas en la presente Carta, promoviendo la institucionalización de una reunión de las autoridades responsables en materia de desarrollo social.

Buenos Aires, 30 de junio de 2000.

A.L.A.D.I. – TRATADO DE MONTEVIDEO 1980

Montevideo, 12 de agosto de 1980

Los GOBIERNOS de la República Argentina, de la República de Bolivia, de la República Federativa del Brasil, de la República de Colombia, de la República de Chile, de la República del Ecuador, de los Estados Unidos Mexicanos, de la República del Paraguay, de la República del Perú, de la República Oriental del Uruguay y de la República de Venezuela.

ANIMADOS por el propósito de fortalecer los lazos de amistad y solidaridad entre sus pueblos.

PERSUADIDOS de que la integración económica regional constituye uno de los principales medios para que los países de América Latina puedan acelerar su proceso de desarrollo económico y social a fin de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos.

DECIDIDOS a renovar el proceso de integración latinoamericano y a establecer objetivos y mecanismos compatibles con la realidad de la región.

SEGUROS de que la continuación de dicho proceso requiere aprovechar la experiencia positiva obtenida en la aplicación del Tratado de Montevideo del 18 de febrero de 1960.

CONSCIENTES de que es necesario asegurar un tratamiento especial para los países de menor desarrollo económico relativo.

DISPUESTOS a impulsar el desarrollo de vínculos de solidaridad y cooperación con otros países y áreas de integración de América Latina, a fin de promover un proceso convergente que conduzca al establecimiento de un mercado común regional.

CONVENCIDOS de la necesidad de contribuir a la obtención de un nuevo esquema de cooperación horizontal entre países en vías de desarrollo y sus áreas de integración, inspirado en los principios del derecho internacional en materia de desarrollo.

TENIENDO EN CUENTA la decisión adoptada por las Partes Contratantes del Acuerdo General de Aranceles y Comercio que permite concertar acuerdos regionales o generales entre países en vías de desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente las trabas a su comercio recíproco.

CONVIENEN en suscribir el presente Tratado el cual sustituirá, conforme a las disposiciones en el mismo contenidas, al Tratado que instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.

CAPITULO I

Objetivos, funciones y principios

Artículo 1. Por el presente Tratado las Partes Contratantes prosiguen el proceso de integración encaminado a promover el desarrollo económico-social, armónico y equilibrado de la región, y para ese efecto instituyen la Asociación Latinoamericana de Integración (en adelante denominada "Asociación"), cuya sede es la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay.

Dicho proceso tendrá como objetivo a largo plazo el establecimiento, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano.

Artículo 2. Las normas y mecanismos del presente Tratado y las que dentro de su marco establezcan

los países miembros, tendrán por objeto el desarrollo de las siguientes funciones básicas de la Asociación: la promoción y regulación del comercio recíproco, la complementación económica y el desarrollo de las acciones de cooperación económica que coadyuven a la ampliación de los mercados.

Artículo 3. En la aplicación del presente Tratado y en la evolución hacia su objetivo final, los países miembros tomarán en cuenta los siguientes principios:

a) Pluralismo, sustentado en la voluntad de los países miembros para su integración, por encima de la diversidad que en materia política y económica pudiera existir en la región;

b) Convergencia, que se traduce en la multilateralización progresiva de los acuerdos de alcance parcial, mediante negociaciones periódicas entre los países miembros, en función del establecimiento del mercado común latinoamericano;

c) Flexibilidad, caracterizada por la capacidad para permitir la concertación de acuerdos de alcance parcial, regulada en forma compatible con la consecución progresiva de su convergencia y el fortalecimiento de los vínculos de integración;

d) Tratamientos diferenciales, establecidos en la forma que en cada caso se determine, tanto en los mecanismos de alcance regional como en los de alcance parcial, sobre la base de tres categorías de países, que se integrarán tomando en cuenta sus características económico-estructurales. Dichos tratamientos serán aplicados en una determinada magnitud a los países de desarrollo intermedio y de manera más favorable a los países de menor desarrollo económico relativo; y

e) Múltiple, para posibilitar distintas formas de concertación entre los países miembros, en armonía con los objetivos y funciones del proceso de integración, utilizando todos los instrumentos que sean capaces de dinamizar y ampliar los mercados a nivel regional.

CAPITULO II

Mecanismos

Artículo 4. Para el cumplimiento de las funciones básicas de la Asociación establecidas por el artículo 2 del presente Tratado, los países miembros establecen un área de preferencias económicas, compuesta por una preferencia arancelaria regional, por acuerdos de alcance regional y por acuerdos de alcance parcial.

SECCIÓN PRIMERA

Preferencia arancelaria regional

Artículo 5. Los países miembros se otorgarán recíprocamente una preferencia arancelaria regional, que se aplicará con referencia al nivel que rija para terceros países y se sujetará a la reglamentación correspondiente.

SECCIÓN SEGUNDA

Acuerdos de alcance regional

Artículo 6. Los acuerdos de alcance regional son aquellos en los que participan todos los países miembros.

Se celebrarán en el marco de los objetivos y disposiciones del presente Tratado, y podrán

referirse a las materias y comprender los instrumentos previstos para los acuerdos de alcance parcial establecidos en la sección tercera del presente capítulo.

SECCIÓN TERCERA.

Acuerdos de alcance parcial.

Artículo 7. Los acuerdos de alcance parcial son aquellos en cuya celebración no participa la totalidad de los países miembros, y propenderán a crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional mediante su progresiva multilateralización.

Los derechos y obligaciones que se establezcan en los acuerdos de alcance parcial regirán exclusivamente para los países miembros que los suscriban o que a ellos adhieran.

Artículo 8. Los acuerdos de alcance parcial podrán ser comerciales, de complementación económica, agropecuarios, de promoción del comercio o adoptar otras modalidades de conformidad con el artículo 14 del presente Tratado.

Artículo 9. Los acuerdos de alcance parcial se regirán por las siguientes normas generales:

- a) Deberán estar abiertos a la adhesión, previa negociación, de los demás países miembros;
 - b) Deberán contener cláusulas que propicien la convergencia a fin de que sus beneficios alcancen a todos los países miembros;
 - c) Podrán contener cláusulas que propicien la convergencia con otros países latinoamericanos, de conformidad con los mecanismos establecidos en el presente Tratado;
 - d) Contendrán tratamientos diferenciales en función de las tres categorías de países reconocidas por el presente Tratado, cuyas formas de aplicación se determinarán en cada acuerdo, así como procedimientos de negociación para su revisión periódica a solicitud de cualquier país miembro que se considere perjudicado;
 - e) La desgravación podrá efectuarse para los mismos productos o subpartidas arancelarias y sobre la base de una rebaja porcentual respecto de los gravámenes aplicados a la importación originaria de los países no participantes;
 - f) Deberán tener un plazo mínimo de un año de duración; y
 - g) Podrán contener, entre otras, normas específicas en materia de origen, cláusulas de salvaguardia, restricciones no arancelarias, retiro de concesiones, renegociación de concesiones, denuncia, coordinación y armonización de políticas. En el caso de que tales normas específicas no se hubieran adoptado, se tendrán en cuenta las disposiciones que establezcan los países miembros en las respectivas materias, con alcance general.
- Artículo 10.** Los acuerdos comerciales tienen por finalidad exclusiva la promoción del comercio entre los países miembros, y se sujetarán a las normas específicas que se establezcan al efecto.
- Artículo 11.** Los acuerdos de complementación económica tienen por objetivo, entre otros, promover el máximo aprovechamiento de los factores de la producción, estimular la complementación económica, asegurar condiciones equitativas de competencia, facilitar la concurrencia de los productos al mercado internacional e

impulsar el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros.

Estos acuerdos se sujetarán a las normas específicas que se establezcan al efecto.

Artículo 12. Los acuerdos agropecuarios tienen por objeto fomentar y regular el comercio agropecuario intrarregional. Deben contemplar elementos de flexibilidad que tengan en cuenta las características socio-económicas de la producción de los países participantes. Estos acuerdos podrán estar referidos a productos específicos o a grupos de productos y podrán basarse en concesiones temporales, estacionales, por cupos o mixtas, o en contratos entre organismos estatales o paraestatales. Se sujetarán a las normas específicas que se establezcan al efecto.

Artículo 13. Los acuerdos de promoción del comercio estarán referidos a materias no arancelarias y tenderán a promover las corrientes de comercio intrarregional. Se sujetarán a las normas específicas que se establezcan al efecto.

Artículo 14. Los países miembros podrán establecer, mediante las reglamentaciones correspondientes, normas específicas para la concertación de otras modalidades de acuerdos de alcance parcial.

A ese efecto, tomarán en consideración, entre otras materias, la cooperación científica y tecnológica, la promoción del turismo y la preservación del medio ambiente.

CAPÍTULO III

Sistema de apoyo a los países de menor desarrollo económico relativo.

Artículo 15. Los países miembros establecerán condiciones favorables para la participación de los países de menor desarrollo económico relativo en el proceso de integración económica, basándose en los principios de la no reciprocidad y de la cooperación comunitaria.

Artículo 16. Con el propósito de asegurarles un tratamiento preferencial efectivo, los países miembros establecerán la apertura de los mercados, así como concertarán programas y otras modalidades específicas de cooperación.

Artículo 17. Las acciones en favor de los países de menor desarrollo económico relativo se concretarán a través de acuerdos de alcance regional y acuerdos de alcance parcial.

A fin de asegurar la eficacia de tales acuerdos, los países miembros deberán formalizar normas negociadas vinculadas con la preservación de las preferencias, la eliminación de las restricciones no arancelarias y la aplicación de cláusulas de salvaguardia en casos justificados.

SECCIÓN PRIMERA

Acuerdos de alcance regional 8

Artículo 18. Los países miembros aprobarán sendas nóminas negociadas de productos preferentemente industriales, originarios de cada país de menor desarrollo económico relativo, para los cuales se acordará sin reciprocidad, la eliminación total de gravámenes aduaneros y demás restricciones por parte de todos los demás países de la Asociación.

Los países miembros establecerán los procedimientos necesarios para lograr la ampliación

progresiva de las respectivas nóminas de apertura, pudiendo realizar las negociaciones correspondientes cuando lo estimen conveniente.

Asimismo, procurarán establecer mecanismos eficaces de compensación para los efectos negativos que incidan en el comercio intrarregional de los países de menor desarrollo económico relativo mediterráneos.

SECCIÓN SEGUNDA

Acuerdos de alcance parcial

Artículo 19. Los acuerdos de alcance parcial que negocien los países de menor desarrollo económico relativo con los demás países miembros, se ajustarán, en lo que sea pertinente, a las disposiciones previstas en los artículos 8 y 9 del presente Tratado.

Artículo 20. A fin de promover una efectiva cooperación colectiva en favor de los países de menor desarrollo económico relativo, los países miembros negociarán con cada uno de ellos Programas Especiales de Cooperación.

Artículo 21. Los países miembros podrán establecer programas y acciones de cooperación en las áreas de preinversión, financiamiento y tecnología destinados fundamentalmente a prestar apoyo a los países de menor desarrollo económico relativo y, entre ellos, especialmente a los países mediterráneos, para facilitar el aprovechamiento de las desgravaciones arancelarias.

Artículo 22. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, podrán establecerse, dentro de los tratamientos en favor de los países de menor desarrollo económico relativo, acciones de cooperación colectiva y parcial, que contemplen mecanismos eficaces destinados a compensar la situación desventajosa que afrontan Bolivia y Paraguay por su mediterraneidad.

Siempre que en la preferencia arancelaria regional a que se refiere el artículo 5 del presente Tratado se adopten criterios de gradualidad en el tiempo, se procurarán preservar los márgenes otorgados en favor de los países mediterráneos, mediante desgravaciones acumulativas.

Asimismo, se procurarán establecer fórmulas de compensación tanto en la preferencia arancelaria regional, cuando ésta se profundice, como en los acuerdos de alcance regional y parcial.

Artículo 23. Los países miembros procurarán otorgar facilidades para el establecimiento en sus territorios de zonas, depósitos o puertos francos y otras facilidades administrativas de tránsito internacional, en favor de los países mediterráneos.

CAPÍTULO IV

Convergencia y cooperación con otros países y áreas de integración económica de América Latina

Artículo 24. Los países miembros podrán establecer regímenes de asociación o de vinculación multilateral, que propicien la convergencia con otros países y áreas de integración económica de América Latina, incluyendo la posibilidad de convenir con dichos países o áreas el establecimiento de una preferencia arancelaria latinoamericana.

Los países miembros reglamentarán oportunamente las características que deberán

tener dichos regímenes.

Artículo 25. Asimismo, los países miembros podrán concertar acuerdos de alcance parcial con otros países y áreas de integración económica de América Latina, de acuerdo con las diversas modalidades previstas en la sección tercera del capítulo II del presente Tratado, y en los términos de las respectivas disposiciones reglamentarias.

Sin perjuicio de lo anterior, estos acuerdos se sujetarán a las siguientes normas:

a) Las concesiones que otorguen los países miembros participantes, no se harán extensivas a los demás, salvo a los países de menor desarrollo económico relativo;

b) Cuando un país miembro incluya productos ya negociados en acuerdos parciales con otros países miembros, las concesiones que otorgue podrán ser superiores a las convenidas con aquéllos, en cuyo caso se realizarán consultas con los países miembros afectados con el fin de encontrar soluciones mutuamente satisfactorias, salvo que en los acuerdos parciales respectivos se hayan pactado cláusulas de extensión automática o de renuncia a las preferencias incluídas en los acuerdos parciales a que se refiere el presente artículo; y

c) Deberán ser apreciados multilateralmente por los países miembros en el seno del Comité a efectos de conocer el alcance de los acuerdos pactados y facilitar la participación de otros países miembros en los mismos.

CAPÍTULO V

Cooperación con otras áreas de integración económica

Artículo 26. Los países miembros realizarán las acciones necesarias para establecer y desarrollar vínculos de solidaridad y cooperación con otras áreas de integración fuera de América Latina, mediante la participación de la Asociación en los programas que se realicen a nivel internacional en materia de cooperación horizontal, en ejecución de los principios normativos y compromisos asumidos en el contexto de la Declaración y Plan de Acción para la obtención de un Nuevo Orden Económico Internacional y de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

El Comité dictará las medidas adecuadas para facilitar el cumplimiento de los objetivos señalados.

Artículo 27. Asimismo los países miembros podrán concertar acuerdos de alcance parcial con otros países en desarrollo o respectivas áreas de integración eco-nómica fuera de América Latina, de acuerdo con las diversas modalidades previstas en la sección tercera del capítulo II del presente Tratado, y en los términos de las respectivas disposiciones reglamentarias.

Sin perjuicio de lo anterior, estos acuerdos se sujetarán a las siguientes normas:

a) Las concesiones que otorguen los países miembros participantes en ellos, no se harán extensivas a los demás, salvo a los países de menor desarrollo económico relativo;

b) Cuando se incluyan productos ya negociados con otros países miembros en acuerdos de alcance parcial, las concesiones que se otorguen no podrán ser superiores a las convenidas con aquéllos, y si lo

fueran se extenderán automáticamente a esos países; y

c) Deberá declararse su compatibilidad con los compromisos contraídos por los países miembros en el marco del presente Tratado y de acuerdo con los literales a) y b) del presente artículo.

CAPÍTULO VI

Organización institucional

Artículo 28. Los órganos políticos de la Asociación son:

- a) El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores (denominado en este Tratado "Consejo");
- b) La Conferencia de Evaluación y Convergencia (denominada en este Tratado "Conferencia"); y
- c) El Comité de Representantes (denominado en este Tratado "Comité").

Artículo 29. El órgano técnico de la Asociación es la Secretaría General (denominada en este Tratado "Secretaría").

Artículo 30. El Consejo es el órgano supremo de la Asociación y adoptará las decisiones que correspondan a la conducción política superior del proceso de integración económica.

El Consejo tendrá las siguientes atribuciones:

- a) Dictar normas generales que tiendan al mejor cumplimiento de los objetivos de la Asociación, así como al desarrollo armónico del proceso de integración;
- b) Examinar el resultado de las tareas cumplidas por la Asociación;
- c) Adoptar medidas correctivas de alcance multilateral de acuerdo con las recomendaciones adoptadas por la Conferencia en los términos del artículo 33, literal a) del presente Tratado;
- d) Establecer las directivas a las cuales deberán ajustar sus labores los restantes órganos de la Asociación;
- e) Fijar las normas básicas que regulen las relaciones de la Asociación con otras asociaciones regionales, organismos o entidades internacionales;
- f) Revisar y actualizar las normas básicas que regulen los acuerdos de convergencia y cooperación con otros países en desarrollo y las respectivas áreas de integración económica;
- g) Tomar conocimiento de los asuntos que le hayan sido elevados por los otros órganos políticos y resolverlos;
- h) Delegar en los restantes órganos políticos la facultad de tomar decisiones en materias específicas destinadas a permitir el mejor cumplimiento de los objetivos de la Asociación;
- i) Aceptar la adhesión de nuevos países miembros;
- j) Acordar enmiendas y adiciones al Tratado en los términos del artículo 61;
- k) Designar al Secretario General; y
- l) Establecer su propio Reglamento.

Artículo 31. El Consejo estará constituido por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros. Sin embargo, cuando en algunos de éstos la competencia de los asuntos de integración estuviera asignada a un Ministro o Secretario de Estado distinto al de Relaciones Exteriores, los países miembros podrán estar representados en el Consejo, con plenos poderes, por el Ministro o el Secretario respectivo.

Artículo 32. El Consejo sesionará y tomará

decisiones con la presencia de la totalidad de los países miembros.

El Consejo se reunirá por convocatoria del Comité.

Artículo 33. La Conferencia tendrá las siguientes atribuciones:

- a) Examinar el funcionamiento del proceso de integración en todos sus aspectos, y la convergencia de los acuerdos de alcance parcial, a través de su multilateralización progresiva, así como recomendar al Consejo la adopción de medidas correctivas de alcance multilateral;
- b) Promover acciones de mayor alcance en materia de integración económica;
- c) Efectuar revisiones periódicas de la aplicación de los tratamientos diferenciales, que tengan en cuenta no sólo la evolución de la estructura económica de los países y consecuentemente su grado de desarrollo, sino también el aprovechamiento efectivo que hayan realizado los países beneficiarios del tratamiento diferencial aplicado, así como de los procedimientos que busquen el perfeccionamiento en la aplicación de dichos tratamientos;
- d) Evaluar los resultados del sistema de apoyo a los países de menor desarrollo económico relativo y adoptar medidas para su aplicación más efectiva;
- e) Realizar las negociaciones multilaterales para la fijación y profundización de la preferencia arancelaria regional;
- f) Propiciar la negociación y concertación de acuerdos de alcance regional en los que participen todos los países miembros y que se refieran a cualquier materia objeto del presente Tratado, conforme a lo dispuesto en el artículo 6;
- g) Cumplir con las tareas que le encomiende el Consejo;
- h) Encargar a la Secretaría los estudios que estime convenientes; y
- i) Aprobar su propio Reglamento.

Artículo 34. La Conferencia estará integrada por Plenipotenciarios de los países miembros.

La Conferencia se reunirá cada tres años en sesión ordinaria por convocatoria del Comité, y en las demás oportunidades en que éste la convoque en forma extraordinaria para tratar asuntos específicos de su competencia.

La Conferencia sesionará y tomará decisiones con la presencia de todos los países miembros.

Artículo 35. El Comité es el órgano permanente de la Asociación y tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones:

- a) Promover la concertación de acuerdos de alcance regional, en los términos del artículo 6 del presente Tratado y, con ese fin, convocar reuniones gubernamentales por lo menos anualmente, con el objeto de:
 - (i) Dar continuidad a las actividades del nuevo proceso de integración;
 - (ii) Evaluar y orientar el funcionamiento del proceso;
 - (iii) Analizar y promover medidas para lograr mecanismos más avanzados de integración; y
 - (iv) Empezar negociaciones sectoriales o multisectoriales con la participación de todos los países miembros, para concertar acuerdos de alcance regional, referidos básicamente a desgravaciones arancelarias;

- b) Adoptar las medidas necesarias para la ejecución del presente Tratado y de todas sus normas complementarias;
- c) Reglamentar el presente Tratado;
- d) Cumplir con las tareas que le encomienden el Consejo y la Conferencia;
- e) Aprobar el programa anual de trabajos de la Asociación y su presupuesto anual;
- f) Fijar las contribuciones de los países miembros al presupuesto de la Asociación;
- g) Aprobar, a propuesta del Secretario General, la estructura de la Secretaría;
- h) Convocar al Consejo y a la Conferencia;
- i) Representar a la Asociación ante terceros países;
- j) Encomendar estudios a la Secretaría;
- k) Formular recomendaciones al Consejo y a la Conferencia;
- l) Presentar informes al Consejo acerca de sus actividades;
- m) Proponer fórmulas para resolver las cuestiones planteadas por los países miembros, cuando fuera alegada la inobservancia de algunas de las normas o principios del presente Tratado;
- n) Apremiar multilateralmente los acuerdos parciales que celebren los países en los términos del artículo 25 del presente Tratado;
- ñ) Declarar la compatibilidad de los acuerdos parciales que celebren los países miembros en los términos del artículo 27 del presente Tratado;
- o) Crear órganos auxiliares;
- p) Aprobar su propio Reglamento; y
- q) Atender los asuntos de interés común que no sean de la competencia de los otros órganos de la Asociación.

Artículo 36. El Comité estará constituido por un Representante Permanente de cada país miembro con derecho a un voto.

Cada Representante Permanente tendrá un Alterno.

Artículo 37. El Comité sesionará y adoptará resoluciones con la presencia de Representantes de dos tercios de los países miembros.

Artículo 38. La Secretaría será dirigida por un Secretario General y estará compuesta por personal técnico y administrativo.

El Secretario General ejercerá su cargo por un período de tres años y podrá ser reelegido por otro período igual.

El Secretario General se desempeñará en tal carácter con relación a todos los órganos políticos de la Asociación.

La Secretaría tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Formular propuestas a los órganos de la Asociación que corresponda, a través del Comité, orientados a la mejor consecución de los objetivos y el cumplimiento de las funciones de la Asociación;
- b) Realizar los estudios necesarios para cumplir sus funciones técnicas y los que le fueren encomendados por el Consejo, la Conferencia y el Comité, y desarrollar las demás actividades previstas en el programa anual de trabajos;
- c) Realizar estudios y gestiones encaminadas a proponer a los países miembros, a través de sus Representaciones Permanentes, la concertación de acuerdos previstos por el presente Tratado dentro de las orientaciones fijadas por el Consejo y la

Conferencia;

d) Representar a la Asociación ante organismos y entidades internacionales de carácter económico con el objeto de tratar asuntos de interés común;

e) Administrar el patrimonio de la Asociación y representarla, a ese efecto, en actos y contratos de derecho público y privado;

f) Solicitar el asesoramiento técnico y la colaboración de personas y de organismos nacionales e internacionales;

g) Proponer al Comité la creación de órganos auxiliares;

h) Procesar y suministrar, en forma sistemática y actualizada, a los países miembros, las informaciones estadísticas y sobre regímenes de regulación del comercio exterior de los países miembros que faciliten la preparación y realización de negociaciones en los diversos mecanismos de la Asociación y el posterior aprovechamiento de las respectivas concesiones;

i) Analizar por iniciativa propia, para todos los países, o a pedido del Comité, el cumplimiento de los compromisos convenidos y evaluar las disposiciones legales de los países miembros que alteren directa o indirectamente las concesiones pactadas;

j) Convocar las reuniones de los órganos auxiliares no gubernamentales y coordinar su funcionamiento;

k) Realizar evaluaciones periódicas de la marcha del proceso de integración y mantener un seguimiento permanente de las actividades emprendidas por la Asociación y de los compromisos de los acuerdos logrados en el marco de la misma;

l) Organizar y poner en funcionamiento una Unidad de Promoción Económica para los países de menor desarrollo económico relativo y realizar gestiones para la obtención de recursos técnicos y financieros así como estudios y proyectos para el cumplimiento del programa de promoción. Elaborar, asimismo, un informe anual sobre el aprovechamiento efectuado del sistema de apoyo a los países de menor desarrollo económico relativo;

m) Preparar el presupuesto de gastos de la Asociación, para su aprobación por el Comité, así como las ulteriores reformas que fueren necesarias;

n) Preparar y presentar al Comité los proyectos de programas anuales de trabajo;

ñ) Contratar, admitir y prescindir del personal técnico y administrativo, de acuerdo con las normas que reglamenten su estructura;

o) Cumplir con lo solicitado por cualquiera de los órganos políticos de la Asociación; y

p) Presentar anualmente al Comité un informe de los resultados de la aplicación del presente Tratado y de las disposiciones jurídicas que de él se deriven.

Artículo 39. El Secretario General será designado por el Consejo.

Artículo 40. En el desempeño de sus funciones, el titular del órgano técnico, así como el personal técnico y administrativo, no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún Gobierno ni de entidades nacionales o internacionales. Se abstendrán de cualquier actitud incompatible con su calidad de funcionarios internacionales.

Artículo 41. Los países miembros se comprometen a respetar el carácter internacional de las funciones del Secretario General y del personal de la Secretaría o de sus expertos y consultores contratados, y a abstenerse de ejercer sobre ellos cualquier influencia en el desempeño de sus funciones.

Artículo 42. Se establecerán órganos auxiliares de consulta, asesoramiento y apoyo técnico. En particular, uno integrado por funcionarios responsables de la política de integración de los países miembros.

Se establecerán, asimismo, órganos auxiliares de carácter consultivo, integrados por representantes de los diversos sectores de la actividad económica de cada uno de los países miembros.

Artículo 43. El Consejo, la Conferencia y el Comité adoptarán sus decisiones con el voto afirmativo de dos tercios de los países miembros.

Se exceptúan de esta norma general las decisiones sobre las siguientes materias, las cuales se aprobarán con los dos tercios de votos afirmativos y sin que haya voto negativo:

- a) Enmiendas o adiciones al presente Tratado;
 - b) Adopción de las decisiones que correspondan a la conducción política superior del proceso de integración;
 - c) Adopción de las decisiones que formalicen el resultado de las negociaciones multilaterales para la fijación y profundización de la preferencia arancelaria regional;
 - d) Adopción de las decisiones encaminadas a multilateralizar a nivel regional los acuerdos de alcance parcial;
 - e) Aceptación de la adhesión de nuevos países miembros;
 - f) Reglamentación de las normas del Tratado;
 - g) Determinación de los porcentajes de contribuciones de los países miembros al presupuesto de la Asociación;
 - h) Adopción de medidas correctivas que surjan de las evaluaciones de la marcha del proceso de integración;
 - i) Autorización de un plazo menor de cinco años, respecto de obligaciones, en caso de denuncia del Tratado;
 - j) Adopción de las directivas a las cuales deberán ajustar sus labores los órganos de la Asociación; y
 - k) Fijación de las normas básicas que regulen las relaciones de la Asociación con otras asociaciones regionales, organismos o entidades internacionales.
- La abstención no significará voto negativo. La ausencia en el momento de la votación se interpretará como abstención.

El Consejo podrá eliminar temas de esta lista de excepciones, con la aprobación de dos tercios de votos afirmativos y sin que haya voto negativo.

CAPÍTULO VII

Disposiciones generales

Artículo 44. Las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios que los países miembros apliquen a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el presente Tratado o en el Acuerdo de Cartagena, serán inmediata o incondicionalmente extendidos a

los restantes países miembros.

Artículo 45. Las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios ya concedidos o que se concedieren en virtud de convenios entre países miembros o entre éstos y terceros países, a fin de facilitar el tráfico fronterizo, regirán exclusivamente para los países que los suscriban o los hayan suscrito.

Artículo 46. En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un país miembro gozarán en el territorio de los demás países miembros de un tratamiento no menos favorable al que se aplique a productos similares nacionales.

Los países miembros adoptarán las providencias que, de conformidad con sus respectivas Constituciones Nacionales, sean necesarias para dar cumplimiento a la disposición precedente.

Artículo 47. En el caso de productos incluidos en la preferencia arancelaria regional o en acuerdos de alcance regional o parcial, que no sean producidos o no se produzcan en cantidades sustanciales en su territorio, cada país miembro tratará de evitar que los tributos u otras medidas internas que se apliquen deriven en la anulación o reducción de cualquier concesión o ventaja obtenida por cualquier país miembro como resultado de las negociaciones respectivas.

Si un país miembro se considera perjudicado por las medidas mencionadas en el párrafo anterior, podrá recurrir al Comité con el fin de que se examine la situación planteada y se formulen las recomendaciones que correspondan.

Artículo 48. Los capitales procedentes de los países miembros de la Asociación gozarán en el territorio de los otros países miembros de un tratamiento no menos favorable que aquel que se concede a los capitales provenientes de cualquier otro país no miembro, sin perjuicio de las previsiones de los acuerdos que puedan celebrar en esta materia los países miembros, en los términos del presente Tratado.

Artículo 49. Los países miembros podrán establecer normas complementarias de política comercial que regulen, entre otras materias, la aplicación de restricciones no arancelarias, el régimen de origen, la adopción de cláusulas de salvaguardia, los regímenes de fomento a las exportaciones y el tráfico fronterizo.

Artículo 50. Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;
- b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
- c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares;
- d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
- e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;
- f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y
- g) Exportación, utilización y consumo de materiales

nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

Artículo 51. Los productos importados o exportados por un país miembro gozarán de libertad de tránsito dentro del territorio de los demás países miembros y estarán sujetos exclusivamente al pago de las tasas normalmente aplicables a las prestaciones de servicios.

CAPÍTULO VIII

Personalidad jurídica, inmunidades y privilegios

Artículo 52. La Asociación gozará de completa personalidad jurídica y especialmente de capacidad para:

- a) Contratar;
- b) Adquirir los bienes muebles e inmuebles indispensables para la realización de sus objetivos y disponer de ellos;
- c) Demandar en juicio; y
- d) Conservar fondos en cualquier moneda y hacer las transferencias necesarias.

Artículo 53. Los Representantes y demás funcionarios diplomáticos de los países miembros acreditados ante la Asociación, así como los funcionarios y asesores internacionales de la Asociación, gozarán en el territorio de los países miembros de las inmunidades y privilegios diplomáticos y demás, necesarios para el ejercicio de sus funciones.

Los países miembros se comprometen a celebrar en el plazo más breve posible un acuerdo destinado a reglamentar lo dispuesto en el párrafo anterior, en el cual se definirán dichos privilegios e inmunidades.

La Asociación celebrará un acuerdo con el Gobierno de la República Oriental del Uruguay a efectos de precisar los privilegios e inmunidades de que gozarán dicha Asociación, sus órganos y sus funcionarios y asesores internacionales.

Artículo 54. La personalidad jurídica de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, establecida por el Tratado de Montevideo suscrito el 18 de febrero de 1960 continuará, para todos sus efectos, en la Asociación Latinoamericana de Integración. Por lo tanto, desde el momento en que entre en vigencia el presente Tratado, los derechos y obligaciones de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio corresponderán a la Asociación Latinoamericana de Integración.

CAPÍTULO IX

Disposiciones finales

Artículo 55. El presente Tratado no podrá ser firmado con reservas ni éstas podrán ser recibidas en ocasión de su ratificación o adhesión.

Artículo 56. El presente Tratado será ratificado por los países signatarios en el más breve plazo posible.

Artículo 57. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después del depósito del tercer instrumento de ratificación con relación a los tres primeros países que lo ratifiquen. Para los demás signatarios, entrará en vigor el trigésimo día posterior al depósito del respectivo instrumento de ratificación, y en el orden en que fueran depositadas las ratificaciones.

Los instrumentos de ratificación serán depositados

ante el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, el cual comunicará la fecha de depósito a los Gobiernos de los Estados que hayan firmado el presente Tratado y a los que en su caso hayan adherido.

El Gobierno de la República Oriental del Uruguay notificará al Gobierno de cada uno de los Estados signatarios la fecha de la entrada en vigor del presente Tratado.

Artículo 58. Después de su entrada en vigor el presente Tratado quedará abierto a la adhesión de aquellos países latinoamericanos que así lo soliciten. La aceptación de la adhesión será adoptada por el Consejo.

El Tratado entrará en vigor para el país adherente treinta días después de la fecha de su admisión.

Los países adherentes deberán poner en vigencia en esa fecha los compromisos derivados de la preferencia arancelaria regional y de los acuerdos de alcance regional que se hubieran celebrado a la fecha de la adhesión.

Artículo 59. Las disposiciones del presente Tratado no afectarán los derechos y obligaciones resultantes de convenios suscritos por cualquiera de los países signatarios con anterioridad a su entrada en vigor.

Artículo 60. Las disposiciones del presente Tratado no afectarán los derechos y obligaciones resultantes de convenios suscritos por cualquiera de los países signatarios entre su firma y el momento en que la ratifique. Para los países que adhieran con posterioridad como miembros de la Asociación, las disposiciones de este artículo se refieren a los convenios suscritos con anterioridad a su incorporación.

Cada país miembro tomará, sin embargo, las providencias necesarias para armonizar las disposiciones de los convenios vigentes con los objetivos del presente Tratado.

Artículo 61. Los países miembros podrán introducir enmiendas o adiciones al presente Tratado, las que deberán ser formalizadas en protocolos que entrarán en vigor cuando hayan sido ratificados por todos los países miembros y depositados los respectivos instrumentos, salvo que en ellos se estableciere otro criterio.

Artículo 62. El presente Tratado tendrá duración indefinida.

Artículo 63. El país miembro que desee desligarse del presente Tratado deberá comunicar tal intención a los demás países miembros en una de las sesiones del Comité, efectuando la entrega formal del documento de la denuncia ante dicho órgano un año después de realizada la referida comunicación. Formalizada la denuncia cesarán automáticamente, para el Gobierno denunciante, los derechos y obligaciones que correspondan a su condición de país miembro.

Sin perjuicio de lo anterior, los derechos y obligaciones emergentes de la preferencia arancelaria regional mantendrán su vigencia por cinco años más, salvo que en oportunidad de la denuncia los países miembros acuerden lo contrario. Este plazo se contará a partir de la fecha de la formalización de la denuncia.

En lo referente a los derechos y obligaciones

emergentes de acuerdos de alcance regional y parcial, la situación del país miembro denunciante deberá ajustarse a las normas específicas que se hubieren fijado en cada acuerdo. De no existir estas previsiones se aplicará la disposición general del párrafo anterior del presente artículo.

Artículo 64. El presente Tratado se denominará Tratado de Montevideo 1980.

CAPÍTULO X

Disposiciones transitorias

Artículo 65. Hasta tanto todos los países signatarios hubieran ratificado el presente Tratado, a partir de su entrada en vigor por la ratificación de los primeros tres, se aplicarán a los países signatarios que no lo hubieran hecho aún, tanto en sus relaciones recíprocas como en las relaciones con los países signatarios ratificantes, las disposiciones de la estructura jurídica del Tratado de Montevideo de 18 de febrero de 1960, en lo que corresponda, y en particular las resoluciones adoptadas en la Reunión del Consejo de Ministros de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio celebrada el 12 de agosto de 1980.

Estas disposiciones no se continuarán aplicando a las relaciones entre los países signatarios que hubieran ratificado el presente Tratado y los que aún no lo hubieran hecho, a partir de un año de su entrada en vigor.

Artículo 66. Los órganos de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, esta-blecidos por el Tratado de Montevideo de 18 de febrero de 1960, dejarán de existir a partir de la entrada en vigor del presente Tratado.

Artículo 67. Los países signatarios no ratificantes podrán participar en los órganos de la Asociación con voz y voto, si les fuera posible o fuese de su interés, hasta tanto se opere la ratificación o se venza el plazo establecido en el segundo párrafo del artículo 65.

Artículo 68. A los países signatarios que ratifiquen el presente Tratado después que éste haya entrado en vigor, les serán aplicables todas las disposiciones que hubieran aprobado hasta ese momento los órganos de la Asociación.

Artículo 69. Las resoluciones aprobadas por el Consejo de Ministros de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio en su Reunión del 12 de agosto de 1980 se incorporarán al ordenamiento jurídico del presente Tratado una vez que éste entre en vigor.

HECHO en la ciudad de Montevideo a los doce días del mes de agosto del año mil novecientos ochenta, en un original en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente válidos. El Gobierno de la República Oriental del Uruguay será el depositario del presente Tratado y enviará copia debidamente autenticada del mismo a los Gobiernos de los demás países signatarios y adherentes.

MERCOSUR – TRATADO DE ASUNCIÓN

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, en adelante denominados "Estados Partes";

CONSIDERANDO que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social;

ENTENDIENDO que ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio;

TENIENDO en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países;

EXPRESANDO que este proceso de integración constituye una respuesta adecuada a tales acontecimientos;

CONCIENTES de que el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980;

CONVENCIDOS de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes;

REAFIRMANDO su voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos, con la finalidad de alcanzar los objetivos arriba mencionados,

ACUERDAN:

TRATADO DE ASUNCION

CAPÍTULO I

PROPOSITOS, PRINCIPIOS E INSTRUMENTOS

Artículo 1

Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deber estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará "Mercado Común del Sur" (MERCOSUR).

Este Mercado Común implica

- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

- El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de

posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;

- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;

- El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Artículo 2

El Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes.

Artículo 3

Durante el período de transición, que se extenderá desde la entrada en vigor del presente Tratado hasta el 31 de diciembre de 1994, y a fin de facilitar la constitución del Mercado Común, los Estados Partes adoptan un Régimen General de Origen, un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia.

Artículo 4

En las relaciones con terceros países, los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio. A tal efecto, aplicarán sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal. Paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.

Artículo 5

Durante el período de transición, los principales instrumentos para la constitución del Mercado Común serán:

a) Un Programa de Liberación Comercial, que consistirá en rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados Partes, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario;

b) La coordinación de políticas macroeconómicas que se realizará gradualmente y en forma convergente con los programas de desgravación arancelaria y de eliminación de restricciones no arancelarias indicados en el literal anterior;

c) Un arancel externo común, que incentive la competitividad externa de los Estados Partes;

d) La adopción de acuerdos sectoriales, con el fin de optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes.

Artículo 6

Los Estados Partes reconocen diferencias puntuales de ritmo para la República del Paraguay

y para la República Oriental del Uruguay, las que constan en el Programa de Liberación Comercial.

Artículo 7

En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional.

Artículo 8

Los Estados Partes se comprometen a preservar los compromisos asumidos hasta la fecha de la celebración del presente Tratado, inclusive los acuerdos firmados en el ámbito de la Asociación Latinoamericana de Integración, y a coordinar sus posiciones en las negociaciones comerciales externas que emprendan durante el período de transición. Para ello:

a) Evitarán afectar los intereses de los Estados Partes en las negociaciones comerciales que realicen entre sí hasta el 31 de diciembre de 1994;

b) Evitarán afectar los intereses de los demás Estados Partes o los objetivos del Mercado Común en los acuerdos que celebraren con otros países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración durante el período de transición;

c) Celebrarán consultas entre sí siempre que negocien esquemas amplios de desgravación arancelaria tendientes a la formación de zonas de libre comercio con los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración;

d) Extenderán automáticamente a los demás Estados Partes cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración.

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA ORGANICA

Artículo 9

La Administración y ejecución del presente Tratado y de los acuerdos específicos y decisiones que se adopten en el marco jurídico que el mismo establece durante el período de transición, estará a cargo de los siguientes órganos:

a) Consejo del Mercado Común

b) Grupo Mercado Común.

Artículo 10

El Consejo es el órgano superior del Mercado Común, correspondiéndole la conducción política del mismo y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del Mercado Común.

Artículo 11

El Consejo estará integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía de los Estados Partes.

Se reunirá las veces que estime oportuno, y por lo menos una vez al año lo hará con la participación de los Presidentes de los Estados Partes.

Artículo 12

La Presidencia del Consejo se ejercerá por rotación de los Estados Partes y en orden alfabético, por períodos de seis meses.

Las reuniones del Consejo serán coordinadas por los Ministros de Relaciones Exteriores y podrán ser invitados a participar en ellas otros Ministros o autoridades de nivel ministerial.

Artículo 13

El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercado Común y será coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores.

El Grupo Mercado Común tendrá facultad de iniciativa. Sus funciones serán las siguientes:

- velar por el cumplimiento del Tratado;
- tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo;
- proponer medidas concretas tendientes a la aplicación del Programa de Liberación Comercial, a la coordinación de políticas macroeconómicas y a la negociación de acuerdos frente a terceros;
- fijar el programa de trabajo que asegure el avance hacia la constitución del Mercado Común.

El Grupo Mercado Común podrá construir los Sub-grupos de Trabajo que fueren necesarios para el cumplimiento de sus cometidos. Inicialmente contará con los Sub-grupos mencionados en el Anexo V. El Grupo Mercado Común establecerá su Reglamento interno en el plazo de 60 días a partir de su instalación.

Artículo 14

El Grupo Mercado Común estará integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, que representen a los siguientes organismos públicos:

- Ministerio de Relaciones Exteriores;
- Ministerio de Economía o sus equivalentes (áreas de Industria, Comercio Exterior y/o Coordinación Económica);
- Banco Central.

Al elaborar y proponer medidas concretas en el desarrollo de sus trabajos, hasta el 31 de diciembre 1994, el Grupo Mercado Común podrá convocar, cuando así lo juzgue conveniente, a representantes de otros organismos de la Administración Pública y del Sector Privado.

Artículo 15

El Grupo Mercado Común contará con una Secretaría Administrativa, cuyas principales funciones consistirán en la guarda de documentos y comunicación de actividades del mismo. Tendrá su sede en la ciudad de Montevideo.

Artículo 16

Durante el período de transición las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes.

Artículo 17

Los idiomas oficiales del Mercado Común serán el español y el portugués y la versión oficial de los documentos de trabajo será la del idioma del país sede de cada reunión.

Artículo 18

Antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el

objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones.

CAPITULO III

VIGENCIA

Artículo 19

El presente Tratado tendrá duración indefinida y entrará en vigor 30 días después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación. Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Gobierno de la República del Paraguay que comunicará la fecha de depósito a los gobiernos de los demás Estados Partes. El Gobierno de la República del Paraguay notificará al Gobierno de cada uno de los demás Estados Partes la fecha de entrada en vigor del presente Tratado.

CAPITULO IV

ADHESION

Artículo 20

El presente Tratado estará abierto a la adhesión, mediante negociación, de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyas solicitudes podrán ser examinadas por los Estados Partes después de cinco años de vigencia de este Tratado. No obstante, podrán ser consideradas antes del referido plazo las solicitudes presentadas por países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración que no formen parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extraregional. La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados Partes.

CAPITULO V

DENUNCIA

Artículo 21

El Estado Parte que desee desvincularse del presente Tratado deberá comunicar esa intención a los demás Estados Partes de manera expresa y formal, efectuando dentro de los sesenta (60) días la entrega del documento de denuncia al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay que lo distribuirá a los demás Estados Partes.

Artículo 22

Formalizada la denuncia, cesarán para el Estado denunciante los derechos y obligaciones que correspondan a su condición de Estado Parte, manteniéndose los referentes al programa de liberación del presente Tratado y otros aspectos que los Estados Partes, junto con el Estado denunciante, acuerden dentro de los sesenta (60) días posteriores a la formalización de la denuncia. Esos derechos y obligaciones del Estado denunciante continuarán en vigor por un período de dos (2) años a partir de la fecha de la mencionada formalización.

CAPITULO VI

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 23

El presente Tratado se denominará "Tratado de Asunción".

Artículo 24

Con el objeto de facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común se establecerá una Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR. Los Poderes Ejecutivos de los Estados Partes mantendrán informados a los respectivos Poderes Legislativos sobre la evolución del Mercado Común objeto del presente Tratado.

HECHO en la ciudad de Asunción, a los veintiséis días del mes de marzo del año mil novecientos noventa y uno, en un original en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos. El Gobierno de la República el Paraguay será el depositario del presente Tratado y enviará copia debidamente autenticada del mismo a los Gobiernos de los demás Estados Partes signatarios y adherentes.

POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Carlos Saúl Menem; Guido di Tella

POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

Fernando Collor; Francisco Rezek

POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY

Andrés Rodríguez; Alexis Frutos Vaesken

POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Luis Alberto Lacalle Herrera; Héctor Gros Espiell.

PROTOCOLO DE OURO PRETO

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, en adelante denominadas "Estados Parte";

En cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 18 del Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991;

Conscientes de la importancia de los avances alcanzados y de la puesta en funcionamiento de la unión aduanera como etapa para la construcción del mercado común;

Reafirmando los principios y objetivos del Tratado de Asunción y atentos a la necesidad de una consideración especial para los países y regiones menos desarrollados del MERCOSUR;

Atentos a la dinámica implícita en todo el proceso de integración y a la consecuente necesidad de adaptar la estructura institucional del MERCOSUR a las transformaciones ocurridas;

Reconociendo el destacado trabajo desarrollado por los órganos existentes durante el período de transición,

ACUERDAN:

CAPITULO I

ESTRUCTURA DEL MERCOSUR

Artículo 1. La estructura institucional del MERCOSUR contará con los siguientes órganos:

I - El Consejo del Mercado Común (CMC);

II - El Grupo Mercado Común (GMC);

III - La Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM);

IV - La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC);

V - El Foro Consultivo Económico- Social (FCES);

VI - La Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM).

Parágrafo único. Podrán ser creados, en los términos del presente Protocolo, los órganos auxiliares que fueren necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración.

Artículo 2. Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

SECCION I

DEL CONSEJO DEL MERCADO COMUN

Artículo 3. El Consejo del Mercado Común es el órgano superior del MERCOSUR al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento

de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común.

Artículo 4. El Consejo del Mercado Común estará integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores; y por los Ministros de Economía, o sus equivalentes de los Estados Parte.

Artículo 5. La Presidencia del Consejo del Mercado Común será ejercida por rotación de los Estados Parte, en orden alfabético, por un período de seis meses.

Artículo 6. El Consejo del Mercado Común se reunirá todas las veces que lo estime oportuno, debiendo hacerlo por lo menos una vez por semestre con la participación de los Presidentes de los Estados Parte.

Artículo 7. Las reuniones del Consejo del Mercado Común serán coordinadas por los Ministerios de Relaciones Exteriores y podrán ser invitados a participar de ellas otros ministros o autoridades de nivel ministerial.

Artículo 8. Son funciones y atribuciones del Consejo del Mercado Común:

I - Velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco;

II - Formular políticas y promover las acciones necesarias para la conformación del mercado común;

III - Ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del MERCOSUR;

IV - Negociar y firmar acuerdos, en nombre del MERCOSUR, con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. Dichas funciones podrán ser delegadas por mandato expreso al Grupo Mercado Común en las condiciones establecidas en el inciso VII del Artículo 14;

V - Pronunciarse sobre las propuestas que le sean elevadas por el Grupo Mercado Común;

VI - Crear reuniones de ministros y pronunciarse sobre los acuerdos que le sean remitidos por las mismas;

VII - Crear los órganos que estime pertinentes, así como modificarlos o suprimirlos;

VIII - Aclarar, cuando lo estime necesario, el contenido y alcance de sus Decisiones;

IX - Designar al Director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;

X - Adoptar Decisiones en materia financiera y presupuestaria;

XI - Homologar el Reglamento Interno del Grupo Mercado Común.

Artículo 9. El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Parte.

SECCION II

DEL GRUPO MERCADO COMUN

Artículo 10. El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del MERCOSUR.

Artículo 11. El Grupo Mercado Común estará integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designados por los respectivos gobiernos, entre los cuales deben constar obligatoriamente representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de los Ministerios de Economía (o equivalentes) y de los Bancos Centrales. El Grupo Mercado Común será coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores.

Artículo 12. Al elaborar y proponer medidas concretas en el desarrollo de sus trabajos, el Grupo Mercado Común podrá convocar, cuando lo juzgue conveniente, a representantes de otros órganos de la administración pública o de la estructura institucional del MERCOSUR.

Artículo 13. El Grupo Mercado Común se reunirá de manera ordinaria o extraordinaria, tantas veces como fuere necesario, en las condiciones establecidas en su reglamento interno.

Artículo 14. Son funciones y atribuciones del Grupo Mercado Común:

I - Velar, dentro de los límites de su competencia, por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco;

II - Proponer proyectos de Decisión al Consejo del Mercado Común;

III - Tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las Decisiones adoptadas por el Consejo del Mercado Común;

IV - Fijar programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento del mercado común;

V - Crear, modificar o suprimir órganos tales como subgrupos de trabajo y reuniones especializadas, para el cumplimiento de sus objetivos;

VI - Manifestarse sobre las propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del MERCOSUR en el ámbito de sus competencias;

VII - Negociar, con la participación de representantes de todos los Estados Parte, por delegación expresa del Consejo del Mercado Común y dentro de los límites establecidos en mandatos específicos concedidos con esa finalidad, acuerdos en nombre del MERCOSUR con terceros países, grupos de países y organismos

internacionales. El Grupo Mercado Común, cuando disponga de mandato para tal fin, procederá a la firma de los mencionados acuerdos. El Grupo Mercado Común, cuando sea autorizado por el Consejo del Mercado Común, podrá delegar los referidos poderes a la Comisión de Comercio del MERCOSUR;

VIII - Aprobar el presupuesto y la rendición de cuentas anual presentada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;

IX - Adoptar Resoluciones en materia financiera y presupuestaria, basado en las orientaciones emanadas del Consejo;

X - Someter al Consejo del Mercado Común su Reglamento Interno;

XI - Organizar las reuniones del Consejo del Mercado Común y preparar los informes y estudios que éste le solicite;

XII - Elegir al director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;

XIII - Supervisar las actividades de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;

XIV - Homologar los reglamentos internos de la Comisión de Comercio y del Foro Consultivo Económico Social.

Artículo 15. El Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Parte.

SECCION III

DE LA COMISION DE COMERCIO DEL MERCOSUR

Artículo 16. A la Comisión de Comercio del MERCOSUR, órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, compete velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Parte para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-MERCOSUR y con terceros países.

Artículo 17. La Comisión de Comercio del MERCOSUR estará integrada por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por Estado Parte y será coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores.

Artículo 18. La Comisión de Comercio del MERCOSUR se reunirá por lo menos una vez al mes o siempre que le fuera solicitado por el Grupo Mercado Común o por cualquiera de los Estados Parte.

Artículo 19. Son funciones y atribuciones de la Comisión de Comercio del MERCOSUR:

I - Velar por la aplicación de los instrumentos

comunes de política comercial intra-MERCOSUR y con terceros países, organismos internacionales y acuerdos de comercio;

II- Considerar y pronunciarse sobre las solicitudes presentadas por los Estados Parte con respecto a la aplicación y al cumplimiento del arancel externo común y de los demás instrumentos de política comercial común;

III - Efectuar el seguimiento de la aplicación de los instrumentos de política comercial común en los Estados Parte;

IV - Analizar la evolución de los instrumentos de política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera y formular propuestas a este respecto al Grupo Mercado Común;

V - Tomar las decisiones vinculadas a la administración y a la aplicación del arancel externo común y de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Parte;

VI - Informar al Grupo Mercado Común sobre la evolución y la aplicación de los instrumentos de política comercial común, sobre la tramitación de las solicitudes recibidas y sobre las decisiones adoptadas respecto de las mismas;

VII - Proponer al Grupo Mercado Común nuevas normas o modificaciones a las normas existentes en materia comercial y aduanera del MERCOSUR;

VIII - Proponer la revisión de las alícuotas arancelarias de ítem específicos del arancel externo común, incluso para contemplar casos referentes a nuevas actividades productivas en el ámbito del MERCOSUR;

IX - Establecer los comités técnicos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones, así como dirigir y supervisar las actividades de los mismos;

X - Desempeñar las tareas vinculadas a la política comercial común que le solicite el Grupo Mercado Común;

XI - Adoptar el reglamento interno, que someterá al Grupo Mercado Común para su homologación.

Artículo 20. La Comisión de Comercio del MERCOSUR se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. Las Directivas serán obligatorias para los Estados Parte.

Artículo 21. Además de las funciones y atribuciones establecidas en los Artículos 16 y 19 del presente Protocolo, corresponderá a la Comisión de Comercio del MERCOSUR la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, originadas por los Estados Parte o en demandas de particulares - personas físicas o jurídicas-, relacionadas con las situaciones previstas en los Artículos 1 o 25 del Protocolo de Brasilia, cuando estuvieran dentro de

su área de competencia.

Parágrafo primero. El examen de las referidas reclamaciones en el ámbito de la Comisión de Comercio del MERCOSUR no obstará la acción del Estado Parte que efectuó la reclamación, al amparo del Protocolo de Brasilia para Solución de Controversias.

Parágrafo segundo. Las reclamaciones originadas en los casos establecidos en el presente artículo se tramitarán de acuerdo con el procedimiento previsto en el Anexo de este Protocolo.

SECCION IV

DE LA COMISION PARLAMENTARIA CONJUNTA

Artículo 22. La Comisión Parlamentaria Conjunta es el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados Parte en el ámbito del MERCOSUR.

Artículo 23. La Comisión Parlamentaria Conjunta estará integrada por igual número de parlamentarios representantes de los Estados Parte.

Artículo 24. Los integrantes de la Comisión Parlamentaria Conjunta serán designados por los respectivos Parlamentos nacionales, de acuerdo con sus procedimientos internos.

Artículo 25. La Comisión Parlamentaria Conjunta procurará acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados Parte para la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Artículo 2 de este Protocolo. De la misma manera, coadyuvará en la armonización de legislaciones, tal como lo requiera el avance del proceso de integración. Cuando fuere necesario, el Consejo solicitará a la Comisión Parlamentaria Conjunta el examen de temas prioritarios.

Artículo 26. La Comisión Parlamentaria Conjunta remitirá Recomendaciones al Consejo del Mercado Común, por intermedio del Grupo Mercado Común.

Artículo 27. La Comisión Parlamentaria Conjunta adoptará su Reglamento Interno.

SECCION V

DEL FORO CONSULTIVO ECONOMICO-SOCIAL

Artículo 28. El Foro Consultivo Económico-Social es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales y estará integrado por igual número de representantes de cada Estado Parte.

Artículo 29. El Foro Consultivo Económico-Social tendrá función consultiva y se manifestará mediante Recomendaciones al Grupo Mercado Común.

Artículo 30. El Foro Consultivo Económico-Social someterá su Reglamento Interno al Grupo Mercado Común para su homologación.

SECCION VI

DE LA SECRETARIA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR

Artículo 31. El MERCOSUR contará con una Secretaría Administrativa como órgano de apoyo operativo. La Secretaría Administrativa del MERCOSUR será responsable de la prestación de servicios a los demás órganos del MERCOSUR y tendrá sede permanente en la ciudad de Montevideo.

Artículo 32. La Secretaría Administrativa del MERCOSUR desempeñará las siguientes actividades:

I - Servir como archivo oficial de la documentación del MERCOSUR;

II - Realizar la publicación y la difusión de las normas adoptadas en el marco del MERCOSUR. En este contexto, le corresponderá:

i) Realizar, en coordinación con los Estados Parte, las traducciones auténticas para los idiomas español y portugués de todas las decisiones adoptadas por los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR, conforme a lo previsto en el Artículo 39,

ii) Editar el Boletín Oficial del MERCOSUR;

III - Organizar los aspectos logísticos de las reuniones del Consejo del Mercado Común, del Grupo Mercado Común y de la Comisión de Comercio del MERCOSUR y, dentro de sus posibilidades, de los demás órganos del MERCOSUR, cuando las mismas se celebren en su sede permanente. En lo que se refiere a las reuniones realizadas fuera de su sede permanente, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR proporcionará apoyo al Estado en el que se realice la reunión;

IV - Informar regularmente a los Estados Parte sobre las medidas implementadas por cada país para incorporar en su ordenamiento jurídico las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstas en el Artículo 2 de este Protocolo;

V - Registrar las listas nacionales de los árbitros y expertos, así como desempeñar otras tareas determinadas por el Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de 1991;

VI - Desempeñar las tareas que le sean solicitadas por el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR;

VII - Elaborar su proyecto de presupuesto y, una vez que éste sea aprobado por el Grupo Mercado Común, practicar todos los actos necesarios para su correcta ejecución;

VIII - Presentar anualmente su rendición de cuentas al Grupo Mercado Común, así como un informe sobre sus actividades.

Artículo 33. La Secretaría Administrativa del

MERCOSUR estará a cargo de un director, quien tendrá la nacionalidad de uno de los Estados Parte. Será electo por el Grupo Mercado Común, en forma rotativa, previa consulta a los Estados Parte y será designado por el Consejo del Mercado Común. Tendrá mandato de dos años, estando prohibida la reelección.

CAPITULO II

PERSONALIDAD JURÍDICA

Artículo 34. El MERCOSUR tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional.

Artículo 35. El MERCOSUR podrá, en el uso de sus atribuciones, practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias.

Artículo 36. El MERCOSUR celebrará acuerdos de sede.

CAPITULO III

SISTEMA DE TOMA DE DECISIONES

Artículo 37. Las decisiones de los órganos del MERCOSUR serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Parte.

CAPITULO IV

APLICACION INTERNA DE LAS NORMAS EMANADAS DE LOS ORGANOS DEL MERCOSUR

Artículo 38. Los Estados Parte se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Artículo 2 de este Protocolo.

Parágrafo Unico. Los Estados Parte informarán a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR las medidas adoptadas para este fin.

Artículo 39. Serán publicados en el Boletín Oficial del MERCOSUR, íntegramente, en los idiomas español y portugués, el tenor de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR y de los Laudos Arbitrales de solución de controversias, así como cualquier acto al cual el Consejo del Mercado Común o el Grupo Mercado Común entiendan necesario atribuirle publicidad oficial.

Artículo 40. Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Parte de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Artículo 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

i) Una vez aprobada la norma, los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para su

incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;

ii) Cuando todos los Estados Parte hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR comunicará el hecho a cada Estado Parte;

iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Parte 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Parte, dentro del plazo mencionado, darán a publicidad el inicio de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.

CAPITULO V

FUENTES JURÍDICAS DEL MERCOSUR

Artículo 41. Las fuentes jurídicas del MERCOSUR son:

I - El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;

II - Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;

III - Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Artículo 42. Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

CAPITULO VI

SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Artículo 43. Las controversias que surgieran entre los Estados Parte sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991.

Parágrafo único. Quedan también incorporadas a los Artículos. 19 y 25 del Protocolo de Brasilia las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Artículo 44. Antes de culminar el proceso de convergencia del Arancel Externo Común, los

Estados Parte efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción del sistema permanente a que se refieren el ítem 3 del Anexo III del Tratado de Asunción, y el Artículo 34 del Protocolo de Brasilia.

CAPITULO VII

PRESUPUESTO

Artículo 45. La Secretaría Administrativa del MERCOSUR contará con un presupuesto para atender sus gastos de funcionamiento y aquellos que disponga el Grupo Mercado Común. Tal presupuesto será financiado, en partes iguales, por contribuciones de los Estados Parte.

CAPITULO VIII

IDIOMAS

Artículo 46. Los idiomas oficiales del MERCOSUR son el español y el portugués. La versión oficial de los documentos de trabajo será la del idioma del país sede de cada reunión.

CAPITULO IX

REVISION

Artículo 47. Los Estados Parte convocarán, cuando lo juzguen oportuno, a una conferencia diplomática con el objetivo de revisar la estructura institucional del MERCOSUR establecida por el presente Protocolo, así como las atribuciones específicas de cada uno de sus órganos.

CAPITULO X

VIGENCIA

Artículo 48. El presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción, tendrá duración indefinida y entrará en vigor 30 días después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación. El presente Protocolo y sus instrumentos de ratificación serán depositados ante el Gobierno de la República del Paraguay.

Artículo 49. El Gobierno de la República del Paraguay notificará a los Gobiernos de los demás Estados Parte la fecha del depósito de los instrumentos de ratificación y de la entrada en vigor del presente Protocolo.

Artículo 50. En materia de adhesión o denuncia, regirán como un todo, para el presente Protocolo, las normas establecidas por el Tratado de Asunción. La adhesión o denuncia al Tratado de Asunción o al presente Protocolo significan, *ipso jure*, la adhesión o denuncia al presente Protocolo y al Tratado de Asunción.

CAPITULO XI

DISPOSICION TRANSITORIA

Artículo 51. La estructura institucional prevista en el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991,

así como los órganos por ella creados, se mantendrán hasta la fecha de entrada en vigencia del presente Protocolo.

CAPITULO XII

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 52. El presente Protocolo se denominará "Protocolo de Ouro Preto".

Artículo 53. Quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, que estén en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición.

Hecho en la ciudad de Ouro Preto, República Federativa del Brasil, a los diecisiete días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, en un original, en los idiomas portugués y español, siendo ambos textos igualmente auténticos.

El Gobierno de la República del Paraguay enviará copia debidamente autenticada del presente Protocolo a los Gobiernos de los demás Estados Parte.

POR LA REPUBLICA ARGENTINA:

Carlos Saúl Menem, Guido Di Tella.

POR LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL:

Itamar Franco, Celso L. N. Amorim.

POR LA REPUBLICA DEL PARAGUAY:

Juan Carlos Wasmosy, Luis María Ramírez Boettner.

POR LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY:

Luis Alberto Lacalle Herrera, Sergio Abreu