

# La Renovación del Nuevo Derecho\*

Héctor-Hugo Barbagelata\*\*

*“En el presente artículo, el autor nos muestra la evolución del Derecho Laboral, creando un pensamiento jurídico nuevo respecto a su regulación, y vinculándola de forma directa con la protección de los derechos sociales y fundamentales. En este sentido, define primero las condiciones del bloque de constitucionalidad en relación a la protección del trabajo; luego, analiza su aplicación en el Derecho Laboral planteando la idea de que los poderes del Estado respetan obligatoriamente los principios y reglas del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”.*

## Introducción

No obstante el descaecimiento de los últimos decenios del siglo pasado, una mirada sobre las transformaciones operadas en la regulación jurídica del mundo del trabajo, lleva a concordar con quienes consideran que el Derecho Laboral es la rama de este saber que en ese siglo expresó y consagró deliberadamente un pensamiento jurídico nuevo.

Este nuevo derecho, fue producto de una legislación y una interpretación intencionadamente diferenciada de la tradicional, que se agregó a la regulación espontánea producida por la acción sindical, la cual, muchas veces, resultó respaldada (o alterada) por la normativa estatal.

Pero el Derecho del Trabajo, fue también el resultado de una confluencia de factores que operaron con cierta libertad y con diferente intensidad en los diversos países, a partir de la admisión generalizada de la posibilidad y conveniencia de la intervención del Estado, a través de la ley, para tratar de corregir la serie de injusticias y abusos que padecían los trabajadores.

Se trataba de encontrar en el derecho una respuesta diferente a la que tradicionalmente se había dado a los problemas del mundo del trabajo, o sea, respecto de la situación a la que, desde mediados del siglo XIX,

se denominaba cuestión social, (o cuestión obrera, ya que eran los trabajadores manuales de las actividades industriales los que más las sufrían).

La intervención de la ley para corregir ese estado de cosas, (como señalaba JOSÉ ENRIQUE RODÓ en 1908, al informar a la Cámara de Representantes sobre el primer proyecto del Poder Ejecutivo de limitación de la jornada de trabajo), ya estaba definitivamente aceptada incluso en Uruguay, a pesar de que en los círculos académicos continuaba primando el liberalismo económico. Es cierto que para muchos, como el propio Rodó, la intervención de la ley se admitía sin perjuicio de entender que era mejor que ella se redujese al mínimo indispensable para dar efectividad a las soluciones ya acordadas por los interlocutores sociales o para darles alcance general

Además, en la doctrina, se había terminado por reconocer la ineptitud de los instrumentos del derecho tradicional, para dar una explicación satisfactoria sobre la naturaleza de institutos jurídicos que habían surgido espontáneamente, entre los cuales los convenios colectivos eran el ejemplo más notorio.

Como destacó GUSTAVO RADBRUCH en un artículo reiteradamente citado por los laboralistas, que se publicó en 1931 (“Du droit individualiste au droit social”, in Archives de Philosophie du Droit et Sociologie, Cahiers III-IV, p.388), el Nuevo Derecho configuraba la concreción de una nueva orientación de filosofía jurídica, la cual no se agota en la atención de “la seguridad y el

\* Versión corregida y ampliada de la disertación producida en el cierre de las XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo (Minas Uruguay), 12 de agosto de 2006.

\*\* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de Montevideo Universidad de la República- (Uruguay) Doctor de la Universidad de París

bienestar de los económicamente débiles". En efecto, este derecho, afirmaba el filósofo alemán, reposa "sobre una modificación estructural de todo el pensamiento jurídico, [o sea] sobre una nueva concepción del hombre. El derecho social es un derecho que no se dirige al individuo sin individualidad, despojado de su especificidad, y considerado como aislado y disociado, sino al hombre concreto y socializado. Sólo cuando el derecho incorpora ese aspecto del hombre es que aparecen las diferencias entre poder e impotencia sociales, cuyo examen determina la marca evidente del derecho social".

Tal enfoque filosófico fue acompañado por una revisión de los métodos de interpretación que se evidenció en la apertura, (particularmente a partir de LOTMAR y SINZEIMER), de nuevos caminos para entender las nuevas realidades del mundo del trabajo.

En esa línea de rechazo de los métodos tradicionales, GEORGES SCELLE en su manual de 1922, sobre Derecho obrero, puso en claro que este derecho nuevo era inconciliable con el derecho tradicional. Incluso, señalaba que eran esfuerzos infructuosos los que se estaban haciendo en ese momento para tratar de atenuar la injusticia que resultaba de la aceptación del contrato de trabajo, tal como se le concebía por el Derecho Civil. (Esos esfuerzos eran comparados por SCELLE con la pretensión de lograr la cuadratura del círculo).

Además, SCELLE aludía a la "manía de las categorías jurídicas" de las que se servía el derecho tradicional. Sostenía, en efecto, que las figuras jurídicas en las que se pretendía encasillar las relaciones laborales eran causantes de graves injusticias. Citaba como ejemplo demostrativo de esa situación, la respuesta dada por la ley francesa de 1898 sobre accidentes de trabajo, que restringía la protección de los accidentes de trabajo a los casos en que pudiera probarse la existencia de un contrato de trabajo válido, y por tanto dejaba fuera de la protección al trabajo a domicilio y las que llamaríamos ahora formas atípicas, e incluso los casos de contratos nulos.

Armado de su recién estrenado aparato conceptual y metodológico, el Nuevo Derecho, se fue enriqueciendo y afinando a través de una copiosa legislación material y procesal (incluso consolidada en muchos países en Códigos o leyes generales, de ambas clases), así como por dispositivos constitucionales, internacionales y regionales de salvaguardia e inmunidad. Todo lo cual, complementado y profundizado a través de los constantes aportes de la doctrina y la jurisprudencia.

A tal punto se avanzó, que al Nuevo Derecho se le reconoció (a regañadientes) autonomía, en diversos grados, antes de completarse la primera mitad del siglo XX.

A esa misma época corresponde, por un lado la creación de cátedras especializadas en las Universidades, (entre nosotros en 1925), a las que progresivamente no se calificó más como Legislación, sino como Derecho.

Otro frente de progreso, perfeccionamiento y difusión del aparato doctrinario y jurisprudencial del Nuevo Derecho se abrió con la creación de revistas de la materia como Derecho Laboral (en 1948).

En las últimas décadas del siglo pasado se fueron haciendo cada vez más evidentes una serie de cambios de diversa índole y entidad que afectaron (y continúan afectando) las sociedades humanas en casi todos los planos, y en particular, en el de las relaciones de trabajo.

En tales circunstancias el Derecho del Trabajo, quedó sometido, a un intenso revisionismo, al ceder ante la presión neoliberal. En esa dirección, se alinearon también, aunque con reservas, muchos laboristas, empeñados en adecuarse a las nuevas realidades y haciéndose cargo de que eran múltiples las condiciones que habían cambiado o estaban cambiando, respecto de las imperantes en la época del apogeo del Nuevo Derecho.

Por consiguiente, ya entrado el siglo XXI es oportuno preguntarse si este Derecho ha perdido, como algunos aseveran, el impulso que lo había caracterizado, dirigido a crear nuevas y mejores condiciones de trabajo y de vida. Más aún, parece oportuno averiguar si el Derecho Laboral continúa cumpliendo una función útil, o simplemente lucha por su supervivencia en un mundo globalizado, que se regiría por reglas diferentes.

Una primera respuesta a esas interrogantes puede encontrarse y resulta claramente positiva, si se atiende a la demostrada vocación de los cultores del Derecho del Trabajo por permanecer atentos a esas transformaciones, demostrando la voluntad de introducir correcciones en la medida que no se afecten puntos medulares del sistema de protección de la dignidad humana.

Asimismo puede demostrarse que se ha mantenido el empeño de los laboristas aplicado a lograr, con resultados variados, la ampliación del campo de la disciplina en puntos concretos, como la extensión de la protección a todas las formas de trabajo, incluidas las actividades resultantes de nuevas tecnologías, así como a los procesos de descentralización de las empresas y cuestiones conexas, etc.

Sin perjuicio de tales esfuerzos, -cuya entidad no puede desconocerse-, podría pensarse que la cuestión de fondo sobre el futuro Derecho del Trabajo, ante los embates de un revisionismo negante, permanece en pie.

Es aquí que hay que tomar en cuenta una renovación más profunda que es la resultante de la visión de los problemas laborales desde la perspectiva del sistema de los derechos humanos.

Se trata de un gigantesco paso adelante en la protección laboral, que todavía no se ha completado, el cual implica, a título pleno y con plena efectividad, la conjunción de normas constitucionales, internacionales y regionales

que constituyen el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales.

Esta nueva perspectiva es el resultado de un largo proceso que comenzó a materializarse, casi simultáneamente, al final de la segunda década del siglo pasado y que gracias a los nuevos enfoques de la doctrina, puestos en práctica por los Tribunales Constitucionales, o los que hacen sus veces (como, entre otros, y en diversos grados, los de Alemania, Argentina, Colombia, España, Francia, Perú, Portugal, o Sudáfrica), está alcanzando el reconocimiento de su juridicidad.

Algunos de los obstáculos que se han interpuesto en este camino afectan todo el sistema de los derechos humanos y, en particular, a los económicos, sociales y culturales, donde está situado el del trabajo. Otros, son específicos de los derechos humanos laborales.

Entre los primeros obstáculos que hubo que salvar, hay uno que aun tiene fuerza en varios ordenamientos, que consiste en el no reconocimiento de la juridicidad plena de las disposiciones constitucionales, internacionales y regionales sobre derechos humanos, más allá de las que consagran los derechos de libertad del hombre individual.

La forma de salvar esta objeción se ha logrado demostrando la idéntica naturaleza e interrelación de todos los derechos humanos.

Asimismo, desde el último cuarto del siglo XX, ha cobrado cada vez mayor fuerza la doctrina que reconoce la validez jurídica de las disposiciones calificadas como programáticas de los instrumentos internacionales o de la propia Constitución, en el entendido (como enseñaba Justino Jiménez de Aréchaga y otros eminentes constitucionalistas como Bidart Campos), que no sólo "constituirá un deber para el Estado legislar en el sentido de tales disposiciones [sino que además, éstas] ofrecerán un criterio de interpretación del derecho interno vigente y, a falta de disposición de derecho interno en la materia, tendrán un valor supletorio". Sobre ese particular, resulta expresiva la afirmación de García de Enterría quien sostiene que "no existen en la Constitución declaraciones a las que no haya que dar valor normativo" (La Constitución como norma y el TC, Madrid, 1991, p.71).

Estos derechos han alcanzado finalmente su real dimensión, allí donde se ha admitido la virtualidad de los mismos, no solamente en la confrontación con el Estado, sino también en las relaciones entre los particulares.

Por otra parte, se está llegando a aceptar que todas las categorías de instrumentos que tratan de los derechos humanos, -entre los que cuentan los laborales-, no pertenecen solamente a la esfera de los Pactos entre los Estados, sino que han visto reconocida su dimensión de jus cogens o normas de orden público internacional, lo cual los independiza de la necesidad de que hayan sido objeto de ratificación.

Un paso más largo ha habido que dar o empieza a darse, cada vez con más fuerza, para reconocer la superlegalidad y aún la supraconstitucionalidad de los instrumentos internacionales y regionales sobre derechos humanos, entendidos como universales, y dentro de ellos, de los derechos humanos laborales y previsionales, con la consiguiente inmunidad respecto de la legislación interna.

A su vez, entre las restricciones, que aún deben ser superadas, para alcanzar la plena vigencia de las garantías de todos los derechos humanos laborales, hay que considerar la exclusión de su reconocimiento como tales derechos de una amplia lista de éstos, conforme a afirmaciones de algunos laboristas que confunden el elenco de normas mínimas de convivencia entre las naciones, que son las que constan en la Declaración de la OIT de 1998, con la nómina mucho más amplia de los derechos laborales, que integran el sistema de los derechos humanos.

Otro paso adelante que se ha dado o comienza a darse, consiste en la extensión de la protección laboral a los derechos de la ciudadanía en la empresa y a los que han dado en calificarse como derechos laborales no-específicos, o sea, todos aquellos derechos fundamentales, comunes a todas las personas, pero que alcanzan un especial relieve en el ambiente de trabajo, algunos de los cuales ya fueron contemplados por nuestro constituyente como los atinentes a la independencia de la conciencia moral y cívica.

En suma, aun si se limitara la calificación de la posición actual del Derecho del Trabajo a la aceptación de su inserción en el sistema de los derechos humanos, -con todos sus efectos y consecuencias-, a través del bloque de constitucionalidad este único avance, demostraría que esa disciplina, está habilitada para continuar pugando en el siglo XXI por una constante renovación y ampliación del espacio de protección del trabajo, bajo todas sus formas.

## II

### **Condiciones del Bloque de Constitucionalidad en Relación con la Protección del Trabajo y Criterios para su Interpretación**

De acuerdo con lo generalmente entendido por la doctrina y lo consignado por la Corte Constitucional de Colombia en reiteradas sentencias, el bloque de constitucionalidad está compuesto por todas aquellas disposiciones y principios a los que se les reconoce valor constitucional. A lo que habría que agregar que dicho reconocimiento, -que abarca el contenido de la propia Constitución de cada país, sumado a las normas y principios de fuente internacional, regional o comunitaria-, deriva de su pertenencia al sistema de los derechos humanos fundamentales universalmente aceptados<sup>1</sup>.

Dicho bloque, según consta en la definición, está integrado no sólo por normas o reglas, sino también por principios,

es decir enunciados extraídos del sistema constitucional global por la jurisprudencia y la doctrina; lo cual resulta conforme a lo preceptuado por varios ordenamientos. En el derecho uruguayo, la ley núm. 13.747 de 1969, que reglamentó el procedimiento de inconstitucionalidad (art.8), así como el art. 512 del Código General del Proceso, hacen expresa referencia a los principios constitucionales que se consideren violados.

Las disposiciones de la Constitución uruguaya, incluyen en el sistema de los derechos fundamentales, en forma genérica, los derechos, deberes y garantías que “son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” (Art. 72).

**“La totalidad de los instrumentos que conciernen a la misma familia de derechos y están unidos en torno a la persecución de los mismos objetivos, deben considerarse partes de un todo coherente e interdependiente, aunque procedan de distintos instrumentos.”**

Por tanto, en el Uruguay, la integración de los contenidos de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad resulta paladinamente de la circunstancia de que ellos pueden reputarse como una auténtica fuente de conocimiento de tales derechos, amén de la remisión supletoria del art. 332 “a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”. Todo lo que coincide con lo sostenido por la doctrina de los derechos humanos que caracteriza a los instrumentos internacionales de esta materia, como “la conversión en reglas positivas de los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (R. Cassin, “Declaration Universelle des Droits de l’Homme”, en Enc. Jur. Repertoire de Droit International, t.I, Dalloz, Paris, 1968, numeral 14).

Asimismo, es obvio que la amplísima lista de Estados que han ratificado los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como los principales convenios internacionales del trabajo, autorizan, cuando menos, a considerarlos como configurando las “doctrinas generalmente admitidas” a que se remite, para la aplicación directa de los derechos fundamentales, el citado art. 332 de la Constitución.

El proceso de continuo crecimiento del bloque de constitucionalidad, por la suma de las disposiciones de

fuerza interna, internacional, regional y comunitaria, puede generar diversos problemas interpretativos.

En efecto, en el conjunto de disposiciones puede haber algunas que simplemente reiteran, total o parcialmente, los contenidos de otras normas, así como pueden hallarse regulaciones que tratan los mismos temas bajo diferentes grados de intensidad, o mediante fórmulas no estrictamente equivalentes.

La primera de las situaciones, no es motivo de grandes preocupaciones.

Se suele sostener que no es una buena práctica la acumulación de contenidos similares sobre los mismos temas, en sucesivos instrumentos, pero bien miradas estas reiteraciones pueden operar como refuerzo de la adhesión a los contenidos receptados. Pueden también evitar toda duda sobre la razón de la omisión de referencias a uno o varios derechos o garantías, amén de estar justificadas en circunstancias en que se trata de un instrumento con distinto campo de aplicación.

Para la resolución de los principales problemas que suelen plantearse en la segunda de las hipótesis, la doctrina y la jurisprudencia de varios países ha elaborado distintos criterios que pueden sistematizarse en la forma que sigue a continuación y que son perfectamente aplicables al universo del bloque de constitucionalidad incluidos los derechos humanos laborales.

b) Principio de Complementariedad e Interdependencia de todas las Normas sobre Derechos Humanos.

El contenido de este principio no exige muchas explicaciones. Baste decir, citando a Vogel Polsky, que la totalidad de los instrumentos que conciernen a la misma familia de derechos y están unidos en torno a la persecución de los mismos objetivos, deben considerarse partes de un todo coherente e interdependiente, aunque procedan de distintos instrumentos (En: La Europa Social, Madrid, 1989, pp. 79-80).

Según se desprende de la fundamentación de un fallo, de la justicia argentina -que proporciona argumentos aplicables a todo derecho, tal complementariedad implica también que ninguna norma internacional “hace inaplicable a otra” del ámbito constitucional interno y viceversa”.

**b) Primacía de la Disposición más Favorable a la Persona Humana**

Tampoco requiere muchas aclaraciones este principio que puede reputarse implícito en disposiciones del PIDESC y del PIDCP, (art. 5.2 en ambos pactos), y de otros instrumentos, que acuerdan prioridad sobre las disposiciones de esos tratados, a las leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, vigentes en un país, que reconocieren otros derechos fundamentales o lo hicieren en grado mayor.

El criterio, en cuestión, excluye también, (según ha destacado Rivero Lamas), que puedan derivarse de los instrumentos internacionales sobre tales derechos, límites a los derechos fundamentales reconocidos en las respectivas constituciones.

Cabe señalar, que la primacía de la disposición eventualmente más protectora, resulta también afirmada en los artículos 8.3 y 22.3 respectivamente, de los Pactos Internacionales, a propósito de la libertad sindical y sus garantías, que están reguladas por el Convenio 87 de 1948 de la OIT.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el art. 29 inc. B de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no sólo enunció ese criterio, sino que dejó perfectamente aclarados sus efectos en el Derecho Internacional y en el interno de cada país (Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. 5/85, de 13.11.1985)

En la Declaración Sociolaboral del Mercosur también quedó constancia de que los “principios y derechos en el área del trabajo que pasan a constituir” [dicha Declaración] son “sin perjuicio de otros que la práctica nacional o internacional de los Estados Partes haya instaurado o vaya a instaurar”.

### c) Principio de Progresividad

La progresividad de las normas sobre derechos humanos puede ser interpretada en dos sentidos.

En un primer sentido, la expresión refiere al gradualismo admitido por varios instrumentos internacionales y textos constitucionales para la puesta en aplicación de las medidas adecuadas, como admitía el art. 427 del Tratado de Versalles.

Esa concesión a países insuficientemente desarrollados, fue acotada en el PIDESC donde se aclaró con carácter general, que los Estados Partes quedaban comprometidos a “adoptar medidas” para “la plena efectividad de los derechos [reconocidos en dicho Pacto], hasta el máximo de los recursos de que disponga[n]”.

En un segundo sentido, la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aplicable a los laborales, como ya lo dejaba establecido Emilio Frugoni en el discurso inaugural de la Cátedra de nuestra Facultad en 1926.

Se sostiene a ese respecto, que el orden público internacional “tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de una mayor extensión y protección de los derechos sociales” (Mohamed Bedjanui “Por una Carta Mundial del trabajo humano y de la Justicia Social”, en VV.AA., Pensamientos sobre el porvenir de la Justicia Social, BIT, 75º Aniv., Ginebra, 1994, p.28). En esa dirección Mantero enumera las varias formas en las que “el carácter progresivo de esos

derechos se manifiesta”. (O.Mantero de San Vicente, “Las Cartas de Derechos Sociales y la progresividad...”, en VII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo, FCU, Mont., 1993, p. 268.º)

Asimismo, se ha señalado que este principio de progresividad se integra con el anteriormente examinado de la primacía de la disposición más favorable a la persona humana o cláusula del individuo más favorecido (Fallo del Juez argentino Dr. Zás, en la rev. Der. Lab., t. XLI, págs.843 y ss.).

En suma, la progresividad debe conducir en el área de los derechos humanos laborales, a una aplicación evolutiva y expansiva de las reglas y principios que componen el bloque de constitucionalidad.

### d) Principio de Irreversibilidad

Un complemento del principio de progresividad es la irreversibilidad, o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada, lo cual está reconocido para todos los derechos humanos en el PIDCP y en el PIDESC (art. 4º de ambos).

En esos dispositivos, consta que están condicionadas las leyes que se promulguen a posteriori por los Estados en materia de derechos fundamentales, por la obligación de no contradecir el propósito de “promover el bienestar general en una sociedad democrática”. En esos términos, se coloca en absoluta contradicción con tal principio, cualquier norma que prive a los trabajadores de derechos y garantías fundamentales que ya hubieren sido previamente reconocidos.

Este principio vendría a ser, además, una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador, el cual puede reputarse un principio o regla general en el ámbito del Derecho del Trabajo, desde que ha sido consagrado en el inciso 8º del art. 19 de la Constitución de la OIT. y aceptado universalmente.

### e) Adecuación a los Criterios Sentados por los Órganos Internacionales Competentes

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

Sobre el alcance de este principio, que en lo fundamental tiene plena validez, es necesario formular algunas puntualizaciones.

Por lo pronto, es preciso calibrar previamente la competencia que los órganos internacionales de aplicación o de control de las normas internacionales ostentan en cada caso.

Además, deben tenerse en cuenta las circunstancias concretas de los casos que han motivado los correspondientes dictámenes o decisiones y su sustento normativo.

Por consiguiente, no son asimilables a interpretaciones con el alcance señalado, las meras referencias o menciones por vía de ejemplo, cuando no van acompañadas por una adecuada fundamentación.

#### **f) Presunción de Autoejecución y Autoaplicabilidad**

Existen disposiciones de los instrumentos internacionales y en particular, de las normas internacionales del trabajo, que requieren una implementación por el derecho interno, como es claramente el caso en que deben ser creados y puestos en funcionamiento determinados servicios.

En otras situaciones, se trata de normas cuya juridicidad suele ser puesta en duda, aunque –como se señaló precedentemente– son cada vez más numerosas y autorizadas las opiniones que reconocen su efectividad. Esa nueva convicción, conduce a la adopción en algunas constituciones de mecanismos de presión a los órganos legislativos nacionales para que no incurran en omisión del dictado de las reglamentaciones imprescindibles para que los derechos consignados en el bloque de constitucionalidad no se frustren. Con esa misma intención, están actuando tribunales constitucionales.

Conviene recordar, que en algunos sistemas, como el uruguayo, la autoaplicabilidad y la autoejecución de las normas sobre derechos y garantías fundamentales, están expresamente consagradas por el art. 332 de la Constitución.

#### **g) Corolario**

Lo reseñado precedentemente conduce a afirmar que todos los poderes del Estado deben contribuir a la plena realización de los principios y disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos incluidos los laborales.

Ello supone la obligación de los legisladores y eventualmente de los constituyentes, de adecuarse a los contenidos de dicho bloque, no solamente en el sentido de no contradecir sus disposiciones, sino también en el de favorecer la realización de los objetivos trazados.

Asimismo el bloque de constitucionalidad genera obligación de los gobiernos en todo lo concerniente a la implementación y reglamentación de los servicios necesarios.

También incumbe a los Tribunales de Justicia aplicar las normas y principios resultantes del bloque de constitucionalidad con vistas a su plena realización, así como abstenerse de aplicar las disposiciones que lo vulneran.

### **III**

#### **Aplicaciones del Bloque de Constitucionalidad de los Derechos Humanos Laborales a la Renovación del Nuevo Derecho**

La nueva visión del Derecho del Trabajo, a través del prisma del bloque de constitucionalidad, promueve un cambio fundamental en una muy grande órbita.

La mejor manera de tomar conocimiento de esta renovación del Derecho del Trabajo es presentando casos concretos y actuales y los criterios que reclama el bloque de constitucionalidad, para su solución.

#### **A) Casos que Evidencian Inconstitucionalidad por Omisión de dar a la Protección Laboral la Amplitud que se Deriva del Bloque de Constitucionalidad**

La lista puede ser muy amplia, pero vale la pena referir a situaciones que en el Uruguay han permanecido por largo tiempo fuera de la protección que impone el bloque de constitucionalidad.

A ese respecto, cabe subrayar que los dispositivos que lo integran imponen retomar firmemente el tema del tiempo de trabajo, para plantear, sin más demora, cual debe ser el desarrollo progresivo que deberían tener los respectivos preceptos.

Dicha tarea, requiere empeñarse en dar una solución satisfactoria, por lo menos a los siguientes puntos:

1.- Universalización de la limitación de la jornada de trabajo. Ello implica reconocer sin más dilaciones el límite de ocho horas diarias y 48 semanales para la jornada de los trabajadores rurales y del servicio doméstico, pero también para los taximetristas y otras categorías indebidamente encuadradas como “trabajadores autónomos” o como “empresas”. La concreción de este objetivo puede alcanzarse directamente por la vía judicial.

2.- Efectividad de la limitación estricta de las horas extras a las autorizadas por las normas nacionales e internacionales. (Idem).

3.- Reducción progresiva (por ley) de la jornada de trabajo, sin merma del salario, lo cual supone alcanzar, en una primera etapa y en el más breve lapso, la semana de 44 horas para todas las actividades, -(como ya es casi el minimun absoluto en un número muy grande de países)-, para llegar, lo más pronto posible, a las 40 horas semanales. Es oportuno recordar a este propósito, que en América Latina la jornada máxima de 8 horas y 44 semanales, abierta expresamente a su reducción por la vía de la negociación colectiva alcanzó hace casi veinte años consagración constitucional en el Brasil (apartado XIII del art. 7).

Ese límite figura también en la legislación laboral ordinaria de Ecuador, Honduras, República Dominicana,

Venezuela, etc. Por otra parte, la fórmula del art. 54 de la Constitución uruguaya, al referirse en términos genéricos a la limitación de la jornada y al descanso semanal, se abre a una integración en los derechos, también de naturaleza constitucional, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, al disfrute del tiempo libre y a una limitación razonable de la duración del trabajo (DUDH, arts 23-1 y 24; PIDESC, art. 7. d; DADH, art. XV; CIAGS, arts. 12, 13, 14, 15 y 29; Pacto de San Salvador, art. 7, etc.). Todo lo cual, debe ser examinado en función del estado actual de la cuestión, atendiendo a las condiciones reclamadas o conquistadas en función de los dictados de la conciencia jurídica universal y de los demás factores que justifican la limitación progresiva del tiempo de trabajo.

### **B) Casos en que se ha Retrogradado en la Protección**

La cuestión que se está abordando no es solamente técnica, sino que posee una profunda significación y trascendencia constitucional, puesto que las normas constitucionales relativas al trabajo, además de integrar el sistema de la Constitución como una categoría genérica que goza de cierta inmunidad (art. 7), contienen una idea que implica como ya se señaló, responsabilidades concretas para el legislador.

En efecto, la Constitución postula que “el trabajo está bajo la protección especial de la ley” (art. 53), estableciendo a continuación referencias a algunos de los derechos laborales fundamentales que deben ser resguardados (art. 53 y ss.). En relación con la protección judicial de los derechos humanos laborales, cabe destacar que el art. 8 de la DUDH, y concordantemente el art. 2.3 del PIDCP y también el art. 6 del PIDESC, al reclamar medidas adecuadas para garantizar los derechos, requieren que se disponga de un recurso efectivo de amparo (o sea: real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal) “contra actos que violen...[los] derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por la ley”, “Por tal recurso –aclara Karol Vasak (Les dimensions internationales des droits de l’Homme) el interesado debe poder defender sus derechos humanos no sólo contra los órganos del Estado, sino también contra los particulares”.

La disposición de un procedimiento laboral adecuado a las particularidades de los conflictos de trabajo, ha sido también reclamada por la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (CIAGS) en su art.36.

Respecto de la posible alegación de que un procedimiento especial para los juicios laborales, pudiera afectar el principio de igualdad ante la ley (que en el Uruguay y en todos los países democráticos está consagrado en la Constitución), tanto nuestra SCJ, como el Tribunal Constitucional de Italia y el de España, dejaron aclarado que no se violaba ese principio puesto que por el contrario, de lo que se trataba era de procurar compensar las desigualdades preexistentes.

La inexistencia de un proceso laboral que establezca la protección especial de la ley al trabajo, requerida por la Constitución y en el caso, la protección apropiada, de modo que los medios a disposición sean efectivos y no dudosos, quiméricos o nominales, es un incumplimiento del mandato constitucional que obliga a su reparación. O lo que es lo mismo, un cuerpo normativo, como el CGP que omite otorgar esa protección al trabajo e incluso postula en el art. 4, la igualdad de las partes en el proceso, es francamente contrario a la Constitución y reclama la atención del legislador para su corrección.

Tal exigencia, en relación con un caso análogo en el derecho argentino, ha sido declarada en un fallo de la Suprema Corte de la Nación Argentina de 14 de septiembre de 2004, en el cual se recuerda la protección especial de la ley que reclama para el trabajador el artículo constitucional 14 bis (análogo en esto a la norma uruguaya) y se afirma que de ella derivan “deberes inexcusables del Congreso a fin de “asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables” (10º Considerando, Fallo Vizzoti c/ Amsa S.A., “La Ley, set. 25, 2004).

A mayor abundamiento, cabe señalar que puesto que en el Uruguay existieron, antes del CGP, ciertas reglas procesales especiales, -aunque imperfectas e incompletas-, para la materia laboral, que eran en algunos puntos más ventajosas que las que introdujo el CGP, las de éste representan una “regresión”, que según se señala en la doctrina de los derechos humanos: “una vez que el legislador o la Administración han regulado los diferentes caminos mandados por la Constitución, toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones establecidas, es inconstitucional” (K. Hesse, cit. por Abramovich y Courtis: Los Derechos sociales como Derechos Exigibles, Madrid, 2002, p. 39)

### **c) Inaplicabilidad de Una Norma del Derecho Interno que Contradice Disposiciones del Bloque de Constitucionalidad** (Caso del art. 12 del CIT núm. 35, respecto del art. 29 de la ley núm. 16.906).

Un caso ejemplar en cuanto a la inaplicabilidad de una norma que contradice el sistema del bloque de constitucionalidad, es el del régimen de prescripción o caducidad que pretendió y de hecho instituyó la ley sobre fomento de las inversiones en abierta contradicción con el inciso 2 del art. 12 del CIT núm.95.

Dicho inciso estipula que cuando se termine el contrato de trabajo se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos, de conformidad con la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral, o, en defecto de dicha legislación, contrato o laudo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de los términos del contrato.

En primer lugar, corresponde señalar que la regla básica es el ajuste final de los salarios debidos al término del contrato. Disposición que está tomando en consideración, como corresponde, que el trabajador no

tiene libertad para reclamar por los incumplimientos de su empleador mientras dura la relación. Si la legislación, el convenio colectivo o un laudo establecen otro sistema, éste también debe contemplar que el ajuste se realice en un plazo razonable. El art. 29 de la ley en cuestión, permite solamente reclamar lo que pueda corresponder hasta los últimos dos años y ese lapso no puede considerarse el plazo razonable que el inciso 2° del art. 12 del Convenio núm. 95 reclama que sea respetado al producirse el ajuste final de todos los salarios debidos.

Respecto de normas extranjeras relativamente recientes, es apropiado traer a colación la Constitución brasileña de 1988, en cuyo artículo séptimo, -extremadamente detallista sobre las garantías laborales, se distinguen en el inciso XXIX, dos situaciones: por un lado la del trabajador urbano, respecto del que se limitan las posibilidades de reclamación a cinco años, y por otro, la del trabajador rural, al que no se le establece ningún tope. Lo cual es explicable, pues el peón rural, tiene más dificultades que cualquier otro trabajador para defender sus derechos.

En esos términos, el cotejo con el inciso 2° del art. 12 del Convenio 95, da pie a dos hipótesis:

- a) Incompatibilidad absoluta entre el art. 29 de la ley 16.906 de 1998 y el Convenio 95, y b) Posibilidad de interpretar el referido art. 29, de forma de hacerlo compatible con la norma del Convenio Internacional.

A favor de la primera hipótesis, juegan los mismos argumentos que surgieron en el cotejo del art. 12 del Convenio 95 con el decreto-ley 14.490, (dictado durante el período de facto) que prácticamente tenía análogos efectos que los que produce el referido art. 29 de la ley en cuestión. En efecto, la incompatibilidad absoluta ha sido señalada por Geraldo von Potobsky en el libro de estudios sobre el salario, en homenaje a Plá Rodríguez. Allí puede leerse que la entonces calificada como "ley" 14.490, (que instituía un régimen similar al consagrado actualmente por el art. 29 de la L. 16.906), violaba la disposición relativa al ajuste final de los salarios debidos, puesto que dicha norma era menos favorable para el trabajador, que lo previsto por el CIT núm. 95<sup>2</sup>.

Ocurre, en efecto, que en una situación como la que se está examinando no cabe la aplicación mecánica del principio general conforme al cual la ley posterior deroga la anterior en cuanto sean contradictorias. Y ello es así, por la inmunidad que le garantiza al Convenio núm. 95 su pertenencia al sistema de los derechos humanos.

Es oportuno destacar que el Convenio referido, que establece garantías para los salarios, pertenece indiscutiblemente al bloque de constitucionalidad, puesto que la justa remuneración del trabajo es uno de los derechos humanos fundamentales que está

expresamente reconocido en nuestra Constitución, en la Declaración Universal; en el PIDESC; en el Protocolo de San Salvador y en varios otros instrumentos. Lo cual es válido para cualquier tipo o fracción del salario.

Esta es pues la solución que debe darse al punto examinado en la hipótesis de una imposibilidad de conciliar el art. 29 de la ley de inversiones con el Convenio 95, desde que, hasta tanto no se haya producido el ajuste de cuentas al final de la relación o dentro de un plazo razonable, no puede correr ningún tipo de prescripción.

En cuanto a la segunda hipótesis, encara la posibilidad de interpretar el referido art. 29, de forma de hacerlo compatible con el art. 12 del Convenio núm. 95. ese respecto, Nicolas Valticos sostiene que en caso de aparente conflicto entre estas dos categorías de normas (la internacional y la interna), el intérprete debe esforzarse en buscar la manera de hacerlas compatibles. En este caso, sin embargo, es tan palmaria la contradicción y la incompatibilidad de las normas en juego que todo esfuerzo en el sentido de armonizarlas está, de antemano, condenada al fracaso. En ese entendido, si una cuestión de esta índole es llevada ante los tribunales de justicia, el juez debe dejar de aplicar la ley interna, -como sostuvo exitosamente el Prof. Salmon, para un caso análogo del derecho belga-, o plantear de oficio la cuestión de inconstitucionalidad. De otra manera, se estaría amparando la violación de la legislación, premiando a los presentes y futuros infractores y favoreciendo la competencia desleal y hasta induciendo a los cumplidores a pasarse al otro bando.

#### IV

### La Cuestión de los Conflictos entre el Bloque de Constitucionalidad General y el Particular de los Derechos Humanos Laborales

El sistema de los derechos humanos, como cualquier otro, no puede ser concebido sino como un todo, cuyas partes están íntimamente correlacionadas.

Dentro de él, los derechos humanos laborales específicos, así como los no-específicos, cohabitan con los demás de la misma naturaleza, lo que hace no sólo probable, sino prácticamente inevitable que puedan producirse conflictos entre unos y otros.

Es así que son frecuentes las situaciones generadas, especialmente por el ejercicio de los derechos sindicales, -en particular por las huelgas y fenómenos colaterales o complementarios, como la ocupación de los lugares de trabajo, los piquetes, los peajes, etc., que pueden afectar diversos derechos humanos fundamentales de otras personas, como el derecho a la salud, a la educación, a la propiedad y sus derivados, incluso al trabajo respecto de los no adherentes a las medidas adoptadas.

2 Esa opinión coincidió con la sustentada por el entonces Juez Letrado de 1a. Instancia de Salto, -en la actualidad, Ministro de la Suprema Corte-, Dr. Daniel Gutiérrez-, en sentencia publicada en la revista Der. Lab. Montevideo, (t.XIX, p. 737 y ss.)



En cualquier caso y con carácter previo, es conveniente dejar claramente establecidos diferentes criterios que son válidos tanto respecto de los conflictos entre diversos derechos humanos fundamentales, como de los que están en la órbita de los derechos humanos laborales.

Tales criterios pueden resumirse de la siguiente forma:

Afirmación de que, como consta en la Declaración de Viena de 1993 aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos: "Todos los derechos humanos tienen origen en la dignidad y el valor de la persona humana. Ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales por lo que los seres humanos deben ser los principales beneficiarios de esos derechos y libertades".

Aceptación del valor jurídico de todas las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos, sin perjuicio de que en algunos casos sea preciso contar con normas o infraestructuras complementarias, como cuando se trata de prestaciones de la Seguridad Social, de formación, de salud, de vivienda, etc.

Igualdad de rango jurídico entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos.

Aplicabilidad de las normas constitucionales sobre derechos humanos a las relaciones entre los particulares. (En los considerandos de una reciente sentencia de un TAT actuando como Tribunal de FERIA en un juicio de amparo, se sostuvo expresamente que: "no existen obstáculos dogmáticos para admitir la aplicación directa de las normas constitucionales. Si bien es cierto que históricamente ellas se vinculan a las relaciones verticales entre el Estado y los ciudadanos, no lo es menos que el sistema de garantías constitucionales entiende dar protección a los individuos no sólo contra el gobierno, sino también frente a otras personas o entes privados")<sup>3</sup>.

En la doctrina se han identificado diversas corrientes que se aplican a fundamentar las estrategias o modos de encarar y resolver este tipo de conflictos<sup>4</sup>. Las referidas corrientes pueden ser circunscritas a las siguientes:

A) Las que atienden prioritariamente al objetivo de evitar que tanto uno como otro de los derechos fundamentales en conflicto sean afectados en su contenido esencial.

De allí que, por ejemplo, la legislación uruguaya, como la de muchos otros países, o los convenios colectivos, impongan a la parte de los trabajadores en caso de huelga la obligación de establecer y asegurar, o admitir

que se establezcan y mantengan, servicios en grado de garantizar el mínimo indispensable del goce del derecho afectado.

Como es obvio, la determinación de la esencialidad del servicio y la cuota que debe garantizarse suele ser motivo de amplias controversias entre los protagonistas de las relaciones de trabajo. En efecto, siempre se estará en el límite entre la insuficiencia de las prestaciones que contemplan el legítimo interés de terceros ajenos al conflicto y la demasía del número de los obligados a mantener las prestaciones, o la no esencialidad de los servicios que deben continuar funcionando, todo lo cual puede desvirtuar la eficacia de la medida.

B) Las que apelan a hacer valer el principio de proporcionalidad, lo cual implica un delicado juicio de valor, no sólo sobre la necesidad y utilidad de una medida gremial que afecta derechos de los empresarios, sino también sobre la posibilidad de recurrir a otras acciones menos duras y sobre la razonable relación de la medida con el daño que ocasiona.

Bajo esta serie de consideraciones la mayoría de las medidas gremiales y en especial las de huelga, únicamente podrían ser ejercidas cuando son la única alternativa razonable (ultima ratio) para respaldar una reclamación por medios de esta clase. Tal ha sido desde hace mucho tiempo la doctrina del BAG alemán para la calificación de la legitimidad de una huelga<sup>5</sup> (aunque actualmente superado por haberse corregido la legislación).

Desde luego, en el Uruguay esta doctrina no es aplicable para la solución de conflictos colectivos por dos contundentes razones a saber: a) No existe ningún tribunal de justicia habilitado a entender en este tipo de conflictos, y b) Las huelgas no han sido objeto de ninguna reglamentación legal que habilite para calificarlas.

C) Las que invocan concretamente ciertos principios como el que manda que en todo este tipo de conflictos y fundamentalmente en el caso de contraposición con el derecho de propiedad, se de primacía a la protección del trabajo y los derechos que de él derivan, conforme a lo preceptuado por el art. 57 de la Constitución, que refuerza la prioridad del trabajo sobre la propiedad consignada en el art. 7. También se invoca el llamado principio pro homine, si bien éste no siempre resulta apto para definir en cada caso concreto el lado que debe ser favorecido<sup>6</sup>.

## Conclusiones

1.- A pesar de ciertos revisionismos inspirados por las corrientes neoliberales, el Derecho del Trabajo sigue en

3 Fuente: diario La República, Montevideo, 13.01.2006, p. 4, 5ª col

4 V. i.a.: Ronald de J. Chacín Fuentesmayor, "La doctrina de Interpretación de los Derechos Humanos ...", in rev. Gaceta Laboral, Vol. 10, núm. 2/2004, pp. 165 y ss.

5 B. Ruthers, "La doctrina de la ultima ratio" in Estudios sobre la Negociación Colectiva en Memoria de Francisco De Ferrari, FDCE, Montevideo, 1973, p. 235 y ss.

6 Sobre este principio y sus aplicaciones en los conflictos internos de los derechos humanos laborales, V. infra el numeral 16.

pie y se esfuerza por actualizarse y ampliar la protección de todas las formas o modalidades de trabajo.

- 2.- La renovación que está experimentando y que le permite continuar considerándose sino un Nuevo Derecho, al menos un derecho diferente al tradicional, radica en su plena y efectiva integración al sistema de los Derechos Humanos a través de la conformación del **bloque de constitucionalidad** de los **derechos humanos laborales**.
- 3.- La doctrina universal, así como la Jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales y en particular de varios latinoamericanos, como los de Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú, así como los de Alemania,

España y Portugal en Europa, han consolidado los principios y criterios de interpretación del bloque de constitucionalidad de tales derechos.

- 4.- La Constitución uruguaya está dotada de los medios técnicos para garantizar la plena aplicación de **ese bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales**, lo cual asegura el dinamismo del **Derecho del Trabajo**.
- 5.- Los poderes del Estado, en sus respectivas competencias, están obligados a respetar los principios y reglas del **bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales** y a apoyar la plena realización de sus objetivos 