

Derecho internacional del trabajo y derecho interno

**Manual de formación
para jueces, juristas y
docentes en derecho**

Bajo la dirección de Xavier Beaudonnet

Copyright © Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo
2009

La presente publicación goza de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, a condición de que se mencione la fuente. Las solicitudes para obtener los derechos de reproducción, traducción o adaptación de una parte o de la totalidad de la publicación deben dirigirse al Centro Internacional de Formación de la OIT, Viale Maestri del Lavoro 10, 10127 Turín. El Centro acoge favorablemente tales solicitudes.

Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho

ISBN 978-92-9049-491-1

Primera edición 2009

Droit international du travail et droit interne: Manuel de formation pour juges, juristes et professeurs de droit ISBN 978-92-9049-488-1

International labour law and domestic law: Training manual for judges, lawyers and legal educators ISBN 978-92-9049-489-8

Nota
Deseamos expresar un agradecimiento especial al Proyecto para el fortalecimiento del Diálogo Social en Colombia y a su coordinador Beethoven Herrera Valencia por su contribución financiera que permitió traducir este manual al español.

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras. La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las publicaciones del Centro, así como un catálogo o relación de nuevas publicaciones, pueden obtenerse en la dirección siguiente:

Publicaciones, Centro Internacional de Formación de la OIT
Viale Maestri del Lavoro, 10 - 10127 Turín, Italia
Teléfono: +39 - 011 - 6936693
Fax: +39 - 011 - 6936352
Correo electrónico: publications@itcilo.org

Diseño e impresión: Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín, Italia

Prefacio

Noventa años después de su creación, las normas internacionales del trabajo siguen siendo el principal medio de acción de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y constituyen, con el tripartismo, la principal ventaja comparativa de su labor en favor de la justicia social y el «trabajo decente» para todos.

No obstante, la labor normativa de la OIT no es estática. Al contrario, evoluciona con el tiempo para seguir siendo pertinente, sobre todo en el contexto actual, muy distinto del de los inicios de la Organización.

El Centro Internacional de Formación de la OIT desempeña un papel esencial en la promoción y el fortalecimiento del impacto del derecho internacional del trabajo y contribuye a convertirlo en un instrumento vivo. Sus acciones de formación son indispensables para la mejora de las capacidades nacionales, las cuales permiten un respeto y una aplicación más rigurosos de las normas de la OIT. A ese respecto, se trata de reforzar las capacidades, no sólo de los mandantes tripartitos tradicionales, sino también de jueces y juristas.

Este manual es el fruto de la cooperación concreta entre el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT y el Centro Internacional de Formación de la OIT, que tienen la convicción de que los tribunales de trabajo, los abogados que defienden causas ante ellos, los docentes encargados de formar a los futuros juristas y los consejeros jurídicos de las organizaciones de empleadores y de trabajadores son agentes claves para lograr una aplicación efectiva y profunda del derecho internacional del trabajo, así como para alcanzar el objetivo del «trabajo decente».

En la actualidad dichos operadores jurídicos están constante y sistemáticamente en contacto con otros sistemas que no son aquellos en los que ejercen. Además, los medios tecnológicos y las capacidades técnicas permiten establecer lazos institucionales duraderos y facilitan los intercambios de conocimientos entre los integrantes del mundo judicial. Más allá de las fuentes tradicionales nacionales a las que dichos expertos se refieren, éstos pueden inspirarse e incluso utilizar los instrumentos que la comunidad internacional pone a su disposición.

En ese sentido, los convenios y recomendaciones de la OIT, pero también la labor de los órganos de control de la OIT, como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones o el Comité de Libertad Sindical, pueden constituir, según los países, una fuente directa de derecho, pero también una importante fuente de interpretación y de inspiración en la aplicación del derecho laboral nacional.

Por consiguiente, puede considerarse que las normas de la OIT participan en el fenómeno de globalización del derecho, quedando claro que el derecho internacional del trabajo no persigue el objetivo de reemplazar los sistemas jurídicos nacionales, sino al contrario reforzarlos.

Esperamos que un gran número de instituciones nacionales de formación y de jueces y abogados pueda adoptar y utilizar este manual, contribuyendo así al crecimiento de nuevas generaciones de juristas laborales, mejor equipados para ejercer su profesión al servicio de la justicia social.

François Eyraud
Director Ejecutivo de la OIT
Director del Centro Internacional
de Formación de la OIT

Cleopatra Doumbia-Henry
Directora del Departamento de
Normas Internacionales del
Trabajo de la OIT

Índice

Prefacio.....	iii
Agradecimientos.....	xiii
Introducción	xiv
Presentación general del manual.....	xv

Parte preliminar

Nociones previas al estudio de la utilización judicial del derecho internacional del trabajo	1
Introducción	1

Capítulo 1

El derecho internacional de los derechos humanos y los jueces nacionales	3
---	----------

- I. Los jueces nacionales y el derecho internacional de los
derechos humanos, el derecho internacional de los
derechos humanos y los jueces nacionales, los factores
de un acercamiento recíproco.....3
- II. Algunas aclaraciones sobre las relaciones entre el derecho
internacional y los derechos nacionales del trabajo, así
como sobre la importancia de la acción legislativa en
la puesta en práctica del derecho internacional del
trabajo en el derecho interno5

Capítulo 2

La Organización Internacional del Trabajo	7
--	----------

- I. Origen.....7
 - II. Estructura.....8
- | | |
|----------------|----|
| Recursos | 10 |
|----------------|----|

1ª parte	
Cuándo y cómo los tribunales nacionales pueden utilizar el derecho internacional del trabajo	13
Introducción	13

Capítulo 1

Las diferentes clases de utilización judicial del derecho internacional del trabajo en función al papel atribuido al derecho internacional por los tribunales nacionales	17
--	----

I. La utilización del derecho internacional del trabajo para resolver directamente un litigio

I.A. Diferentes situaciones en que ha podido constatarse la resolución directa de un litigio con base en el derecho internacional del trabajo	17
I.A.1. Para llenar una laguna del derecho nacional	18
I.A.2. Para descartar una disposición del derecho nacional menos favorable para los trabajadores	18
I.A.3. Para invalidar una disposición de derecho interno	19
I.B. La resolución directa del litigio con base en el derecho internacional del trabajo sólo es jurídicamente posible si se cumplen varias condiciones	19
I.B.1. La noción de disposición autoejecutiva o <i>self-executing</i>	20
I.B.2. Disposiciones no <i>self-executing</i> pueden, en ciertas circunstancias, permitir resolver directamente un litigio	24

II. La utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo

II.A. Distintas situaciones donde se constata una utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo	25
II.A.1. Resolución de ambigüedades del derecho interno	26
II.A.2. Interpretación de un texto redactado en términos generales	27
II.A.3. Evaluación de la constitucionalidad de una disposición de derecho nacional	27
II.B. El gran potencial de la utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo	27
II.B.1. La utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo es aplicable tanto en los sistemas monistas como en los dualistas	27
II.B.2. La utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo no se limita únicamente a las disposiciones directamente aplicables	30
II.B.3. La utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo no se limita únicamente a los instrumentos jurídicamente vinculantes	31

III. La utilización del derecho internacional del trabajo como fuente de inspiración en el desarrollo de principios jurisprudenciales

III.A. En caso de laguna de la legislación nacional	32
III.B. Cuando la creación de principios jurisprudenciales es una fuente «habitual» de desarrollo del derecho nacional del trabajo	32

III.C.	En la aplicación de las disposiciones legales específicas que dejan un margen de maniobra a los tribunales nacionales	34
IV.	Referencia al derecho internacional del trabajo para reforzar una decisión basada en el derecho nacional	35

Capítulo 2

Posibles obstáculos en la aplicación judicial del derecho internacional del trabajo

I.	Las partes del litigio no invocaron las normas internacionales del trabajo en sus alegatos.....	37
II.	No se publicó en el diario oficial un tratado ratificado	38
III.	Las disposiciones de un tratado parecen demasiado generales para considerarse directamente aplicables por los tribunales....	39
IV.	El contenido de un tratado ratificado es manifiestamente contrario a una disposición nacional clara y precisa	40
Recursos	42

2ª parte

Las fuentes del derecho internacional del trabajo a disposición de los jueces y operadores jurídicos	45
--	----

Capítulo 1

Las normas internacionales del trabajo adoptadas por la OIT

I.	Introducción.....	45
II.	Prólogo: los principios y derechos fundamentales incluidos en la Constitución de la OIT	45
III.	Naturaleza y características principales de los convenios y recomendaciones de la OIT	46
III.A.	La naturaleza jurídica de los convenios y recomendaciones de la OIT	46
III.A.1.	Los convenios internacionales del trabajo: tratados internacionales de carácter especial.....	46
III.A.2.	Las recomendaciones internacionales del trabajo, instrumentos no vinculantes	48
III.A.3.	Otros tipos de instrumentos adoptados por la OIT.....	49
III.B.	El carácter tripartito y universal de los instrumentos de la OIT	51
III.B.1.	El carácter tripartito y universal de los convenios y de las recomendaciones de la OIT.....	51
III.B.2.	Las consecuencias del tripartismo y de la universalidad respecto de los convenios y recomendaciones de la OIT	52
III.C.	El contenido de los convenios de la OIT: apreciaciones generales	57

IV. La aplicabilidad judicial del contenido de los convenios y recomendaciones de la OIT: algunas vías de reflexión.....	58
IV.A. Los diferentes tipos de disposiciones establecidas en los convenios internacionales del trabajo y su «capacidad» variable para resolver directamente los litigios.....	58
IV.B. La capacidad de las disposiciones de los convenios para resolver directamente una controversia jurídica depende también del objeto del litigio.....	62
IV.C. La utilización de los convenios y las recomendaciones internacionales del trabajo como instrumento de interpretación o fuente de inspiración	64
IV.C.1. La posibilidad de utilizar disposiciones que contengan definiciones útiles para la interpretación o susceptibles de ser fuente de inspiración.....	64
IV.C.2. La posibilidad de utilizar disposiciones que establezcan principios generales o que fijen objetivos programáticos con fines de interpretación o inspiración	65
IV.C.3. La posibilidad de utilizar, con fines de interpretación o de inspiración, disposiciones de recomendaciones de la OIT que proponen métodos de aplicación	66
Recursos	67

Capítulo 2

La labor de los órganos de control de la OIT69

I. Introducción.....69

II. Los mecanismos y los órganos de control de la OIT.....70

II.A. El control regular de la aplicación de las normas internacionales del trabajo	70
II.A.1. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones	71
II.A.1.a. Composición y mandato de la Comisión de Expertos.....	71
II.A.1.b. Los pronunciamientos de la Comisión de Expertos de mayor utilidad para los jueces y operadores jurídicos.....	72
II.A.1.b.i. Los comentarios de la Comisión de Expertos en el marco del control relativo a la aplicación de los convenios ratificados por los Estados Miembros	72
II.A.1.b.ii. Estudios generales de la Comisión de Expertos, efectuados con base en las memorias de los Estados Miembros sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones	76
II.A.2. La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia	79
II.B. Los mecanismos de control especiales	80
II.B.1. Quejas ante el Comité de Libertad Sindical.....	80
II.B.1.a. Origen, composición y mandato del Comité de Libertad Sindical.....	80
II.B.1.b. Procedimiento.....	84
II.B.1.c. La labor del Comité de Libertad Sindical y su relevancia para jueces y operadores jurídicos nacionales	86
II.B.1.c.i. Los informes del Comité de Libertad Sindical, sus recomendaciones y su discusión al interior del Consejo de Administración.....	86

II.B.1.c.ii.	La relevancia de la labor del Comité para los jueces y operadores jurídicos nacionales.....	86
II.B.2.	Reclamaciones en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT	88
II.B.3.	Quejas en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT	89

III. El valor jurídico de los pronunciamientos de los órganos de control internacionales y su posible utilización por los tribunales nacionales92

III.A.	Algunos elementos de reflexión sobre el valor jurídico de la labor de los órganos de control internacionales.....	92
III.B.	Ejemplos del uso judicial de la labor de los órganos de control internacionales	95
Recursos	99

Capítulo 3

Las fuentes del derecho internacional del trabajo que emanan de Naciones Unidas103

I.	Introducción	103
II.	La Carta Internacional de Derechos Humanos	105
II.A.	La Declaración Universal de Derechos Humanos	106
II.B.	El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	108
II.C.	El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	110
III.	Otros instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos relevantes en materia laboral.....	115
III.A.	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	116
III.B.	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	118
Recursos	120

3ª parte

El contenido de las normas internacionales del trabajo relativas a algunos asuntos específicos y su relevancia para los jueces y operadores jurídicos.....121

Capítulo 1

Libertad sindical y negociación colectiva121

I.	Introducción	121
II.	Instrumentos fundamentales de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva	125
II. A.	Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)	125

II.A.1.	Ámbito de aplicación del Convenio	125
II.A.2.	Derecho sindical, autonomía de las organizaciones y no injerencia de las autoridades	126
II.A.2.a.	El derecho a constituir organizaciones sin autorización previa	126
II.A.2.b.	El derecho de los trabajadores y de los empleadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes y a afiliarse a las mismas	127
II.A.3.	El libre funcionamiento de las organizaciones	129
II.A.3.a.	El derecho a redactar los estatutos y reglamentos	129
II.A.3.b.	El derecho a elegir libremente a los representantes	130
II.A.3.c.	El derecho de los sindicatos a organizar su administración	131
II.A.3.d.	Los derecho de las organizaciones a organizar libremente sus actividades y de formular su programa de acción	131
II.A.3.d.i.	El derecho de huelga	131
II.A.4.	Disolución y suspensión de las organizaciones	132
II.A.5.	El derecho de las organizaciones de trabajadores y empleadores a constituir federaciones y confederaciones y a afiliarse a organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores	133
II.B.	Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)	133
II.B.1.	Ámbito de aplicación del Convenio	133
II.B.2.	La protección contra la discriminación antisindical	133
II.B.3.	La protección contra actos de injerencia	135
II.B.4.	La promoción de la negociación colectiva	136
II.B.4.a.	Definición y objeto de la negociación colectiva	137
II.B.4.b.	Los sujetos de la negociación colectiva	138
II.B.4.c.	Reconocimiento de las organizaciones sindicales y derechos preferenciales	139
II.B.4.d.	El principio de la negociación libre y voluntaria	139
II.B.4.e.	La libertad para decidir el nivel de la negociación	140
II.B.4.f.	El principio de la buena fe	140
II.B.4.g.	Procedimientos voluntarios: organismos destinados a facilitar la negociación ..	140
III.	Disposiciones en materia de libertad sindical contenidas en otros instrumentos de la OIT	141
III.A.	Protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores	141
III.B.	Derechos sindicales de las organizaciones de trabajadores rurales	142
III.C.	Derechos sindicales en la administración pública	143
III.D.	Otras categorías de trabajadores	144
Recursos	145
Capítulo 2		
Igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y ocupación		
I. Introducción		149

II. Instrumentos fundamentales de la OIT sobre igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación	152
II.A. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)	152
II.A.1. ¿Cuáles son las obligaciones de los Estados que ratifican este Convenio?	152
II.A.2. Ámbito de aplicación del Convenio	154
II.A.3. ¿Qué es la discriminación?	155
II.A.4. Los criterios de discriminación	158
II.A.5. ¿En qué casos no hay discriminación en el sentido del convenio?	163
II.A.6. La carga de la prueba	168
II.A.7. Compensaciones apropiadas para eliminar de manera efectiva la discriminación.....	170
II.B. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)	172
II.B.1. ¿Cuáles son las obligaciones de los países que ratifican este Convenio?	173
II.B.2. Ámbito de aplicación del Convenio	174
II.B.3. Contenido del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.....	174
II.B.4. La evaluación objetiva de los empleos	178
II.B.5. Diferencias lícitas de remuneración	179
III. Disposiciones relativas a la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación contenidas en otros instrumentos de la OIT	179
III.A. Convenio (núm. 156) y Recomendación (núm. 165) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981	179
III.B. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)	180
III.C. Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159)	180
III.D. Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo: Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT	181
III.E. El VIH/SIDA y el mundo del trabajo: Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT	181
IV. Disposiciones pertinentes de determinados instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos	183
IV.A. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ...	183
IV.B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	183
IV.C. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	183
IV.D. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	184
Recursos	185

Capítulo 3

Terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador...189

I. Introducción189

II. Instrumentos de la OIT relativos al despido.....192

II.A. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)192

II.A.1. Ámbito de aplicación del Convenio192

II.A.2. Protección contra los despidos injustificados194

II.A.3. Procedimiento previo al despido.....198

II.A.4. Derecho al recurso contra el despido y reparación en caso de despido injustificado200

II.A.5. Preaviso e indemnización por despido202

II.A.6. Despidos colectivos.....203

II.B. Recomendación sobre el despido, 1982 (núm. 166)203

II.C. Disposiciones relativas al despido contenidas en otros instrumentos de la OIT204

II.C.1. La prohibición de los motivos de despido considerados como discriminatorios204

II.C.2. La carga de la prueba en caso de la interposición de recurso contra un despido considerado como discriminatorio205

II.C.3. La sanción a los despidos discriminatorios205

II.C.4. El aporte de los instrumentos de la OIT frente a otros aspectos de la protección contra el despido206

III. Disposiciones pertinentes contenidas en algunos instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos206

Recursos209

Sugerencias pedagógicas213

Actividades sugeridas219

Índice de las decisiones judiciales citadas en el manual241

Agradecimientos

La publicación de este manual ha sido posible gracias al compromiso y al talento de Xavier Beaudonnet (ex funcionario del Programa de Normas y de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo del Centro de Turín¹), que redactó varios capítulos y se encargó con gran paciencia de la coordinación y revisión del conjunto de la obra.

En primer lugar, deseamos expresar un agradecimiento especial a Robin Layton y a Pierre Lyon-Caen, miembros de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y a Geraldo Von Potobsky, ex funcionario del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT en Ginebra, que aportaron una importante contribución a la elaboración del manual.

Por otro lado, este manual tampoco hubiera podido realizarse sin el apoyo y la contribución de varias personas a quienes deseamos expresar nuestro más profundo reconocimiento:

- Alessandro Chiarabini
Programa de las Normas y de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, CIF-OIT Turín
- Enrica Demichelis
Consultora, CIF-OIT Turín
- Natan Elkin
Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, OIT Ginebra
- Horacio Guido
Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, OIT Ginebra
- Jane Hodges
Oficina para la Igualdad de Género, OIT Ginebra
- Maura Miraglio
Programa de las Normas y de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, CIF-OIT Turín
- Martin Oelz
Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, OIT Ginebra
- María Marta Travieso
Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, OIT Ginebra
- Beatriz Vacotto
Oficina de Actividades para los Trabajadores, OIT Ginebra
- Valeria Morra, Matteo Montesano, Michele McClure y Paola Bissaca del Centro Internacional de Formación de Turín, por su labor en el diseño gráfico del manual
- Por último, todo el equipo del Programa de las Normas y de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo del Centro Internacional de Formación de Turín, que entre bastidores llevaron a cabo las innumerables gestiones necesarias para la publicación de este manual.

¹ Actualmente Xavier Beaudonnet ocupa el cargo de especialista en normas internacionales del trabajo en la Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos, situada en Lima.

Introducción

Mientras que el derecho internacional del trabajo se entendía tradicionalmente como dirigido sólo a los poderes legislativo y ejecutivo, siendo aquellos los encargados de desarrollar sus disposiciones por medio de la legislación y la reglamentación nacionales, un creciente número de ejemplos jurisprudenciales de muy distintos países destaca que los instrumentos internacionales en materia de trabajo pueden resultar también de gran utilidad en la resolución judicial de los litigios, demostrando así que la aplicación del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales puede contribuir de manera decisiva a su aplicación y respeto efectivos. De hecho, las normas internacionales del trabajo (NIT) adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) así como los pronunciamientos de los órganos de control internacionales que precisan el significado y el alcance de sus disposiciones pueden constituir herramientas particularmente útiles para interpretar o completar los derechos nacionales del trabajo en la resolución de algunos litigios.

No obstante, al mismo tiempo, en una gran cantidad de países, la capacitación de los juristas y jueces del trabajo sólo otorga un lugar muy reducido al análisis del contenido del derecho internacional del trabajo y a su posible utilización en derecho interno. En particular, el estudio de la labor de los órganos de control de la aplicación de las NIT generalmente falta por completo en los cursos de derecho del trabajo a nivel nacional.

Con el fin de remediar este vacío, el Centro Internacional de Formación de la OIT, con sede en Turín, puso en marcha en 1999 un programa de formación en derecho internacional del trabajo para jueces, juristas y docentes en derecho con el fin de permitir a los operadores jurídicos nacionales estar en condiciones de aplicar las fuentes internacionales del derecho del trabajo en derecho interno. Desde entonces, numerosos seminarios se han organizado tanto a escala mundial como nacional. Estas actividades de formación no sólo han contribuido a una más extendida consideración judicial del derecho internacional del trabajo² sino que también han permitido reunir una importante documentación jurídica así como una gran cantidad de análisis y experiencias relativas a la utilización judicial del derecho internacional del trabajo.

El presente manual busca sistematizar los resultados de estas capacitaciones y promover así a una escala más amplia la toma en consideración del derecho internacional del trabajo en la aplicación y la enseñanza de los derechos nacionales del trabajo.

Alessandro Chiarabini

Jefe de Programa

Programa de las Normas y de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo

Centro Internacional de Formación de la OIT

² Véase el estudio independiente de impacto elaborado en 2005 (CIF/OIT: *Evaluación de impacto de los cursos sobre normas internacionales del trabajo destinados a jueces, juristas y docentes en derecho (1999-2003)*, Turín, agosto de 2005).

Presentación general del manual

I. Objetivos y destinatarios del manual

Dos son los objetivos de esta obra:

- ofrecer una *herramienta de referencia* para guiar a los jueces y juristas laboralistas preocupados por explorar las posibilidades de utilizar el derecho internacional del trabajo en derecho interno;
- ofrecer también una *herramienta de capacitación* que permita a profesores y docentes realizar, por una parte, actividades de formación referidas a la utilización del derecho internacional del trabajo en derecho interno específicamente y, por otra parte, incluir mejor el contenido del derecho internacional en sus cursos sobre el Derecho nacional del trabajo.

En este sentido, el manual está dirigido tanto a jueces, abogados laboralistas y juristas de las organizaciones de trabajadores y empleadores, como a los profesores de derecho del trabajo.

II. Estructura y contenido del manual

El manual está compuesto por una parte preliminar y por tres partes principales que siguen de manera cronológica la estructura de los seminarios para jueces y juristas realizados por el Centro internacional de formación de la OIT.

Parte preliminar

Nociones previas al estudio de la utilización judicial del derecho internacional del trabajo

Esta parte tiene el doble objetivo de exponer las nociones cuyo dominio constituye presupuesto indispensable para el estudio de la utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales y de precisar los objetivos de la obra. En este sentido, la parte preliminar analiza en primer lugar los factores que conducen al acercamiento recíproco del derecho internacional de los derechos humanos por una parte y de los tribunales nacionales por la otra parte. A continuación, la parte preliminar precisa las finalidades del manual con el objetivo de aclarar que el estudio de la utilización judicial del derecho internacional del trabajo no tiene por objeto ni dejar a un lado los derechos nacionales del trabajo, ni poner en entredicho la importancia de la acción legislativa como medio para incorporar y aplicar el derecho internacional del trabajo en derecho interno. La parte preliminar traza, finalmente, a una visión de conjunto de la OIT, principal institución creadora de instrumentos jurídicos internacionales en materia de trabajo.

1a. Parte

Cuándo y cómo los tribunales nacionales pueden utilizar el derecho internacional del trabajo

A partir del estudio de numerosos ejemplos jurisprudenciales, la primera parte analiza en qué medida es jurídicamente posible la utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales tanto en los sistemas monistas como en los dualistas. Para ello, en primer lugar el manual distingue los distintos tipos de utilización judicial del derecho internacional del trabajo en función del papel desempeñado por el derecho internacional del trabajo en la resolución del litigio. En cada caso, se analizan las condiciones jurídicas que permiten tal utilización. En un segundo momento, el manual examina los factores jurídicos que se presentan generalmente como impeditivos frente al recurso del derecho internacional del trabajo por los tribunales

nacionales. Para cada factor, el manual evalúa la dimensión de los obstáculos que realmente se interponen frente a la utilización judicial del derecho internacional, así como los posibles medios para remediarlos.

2ª Parte

Las fuentes del derecho internacional del trabajo a disposición de los jueces y operadores jurídicos

La segunda parte presenta las características de las distintas fuentes del derecho internacional del trabajo destacando en qué medida pueden resultar útiles desde el punto de vista judicial. Para cada fuente analizada, las observaciones se ilustran con ejemplos de decisiones judiciales nacionales. El manual se concentra principalmente en las fuentes de la OIT pero describe también las de Naciones Unidas que resultan pertinentes en materia laboral. Finalmente, se otorga un lugar importante a la labor de los órganos de control internacionales, fuentes útiles para los jueces y operadores jurídicos nacionales en la medida en que los comentarios y decisiones de estos órganos permiten precisar el significado y alcance de las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales.

3ª Parte

El contenido de las normas internacionales del trabajo relativas a algunos asuntos específicos y su relevancia para los jueces y operadores jurídicos

Desde la creación de la OIT en 1919, se han adoptado un gran número de NIT, siendo así la mayoría de los asuntos laborales abordados por el derecho internacional. Esto explica que no es posible analizar el contenido del conjunto de las NIT en el marco de este manual. Con el fin de ilustrar la utilidad del derecho internacional del trabajo en la resolución de los litigios a nivel nacional, para la primera edición de esta obra se eligieron tres temas que presentan un interés particular para los jueces del trabajo. Se trata de la libertad sindical y la negociación colectiva, de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión y de la terminación de la relación de trabajo. Para cada tema, se otorga un lugar importante a las decisiones y comentarios de los órganos de control de la OIT que permiten precisar el significado y el alcance de las NIT en la materia. Además, cada capítulo es ilustrado por ejemplos jurisprudenciales de utilización de los instrumentos internacionales analizados.

III. Sugerencias pedagógicas y actividades

Con el fin de facilitar la utilización del manual en el marco de las actividades de formación, al final de esta publicación figuran distintas sugerencias pedagógicas:

- definición de los objetivos pedagógicos de cada parte o capítulo;
- métodos de formación sugeridos y tiempo requerido para cada parte o capítulo;
- actividades y ejercicios propuestos para ilustrar y complementar los conceptos expuestos en cada parte o capítulo

IV. Recopilación de decisiones judiciales que acompañan el manual

La gran mayoría de las referencias jurisprudenciales citadas en el manual se reúne en una recopilación de decisiones de tribunales nacionales que hacen referencia al derecho internacional. Esta recopilación que incluye a la vez un resumen y la versión íntegra de cada decisión está disponible en un CD-ROM entregado con este manual.

Parte preliminar

Nociones previas al estudio de la utilización judicial del derecho internacional del trabajo

Introducción

Como se explicó al comienzo de la obra, este manual tiene por objeto brindar a los jueces y a los operadores jurídicos en general, herramientas y elementos de reflexión relativos a la aplicación del derecho internacional del trabajo en el derecho nacional, haciendo énfasis en la posibilidad de la utilización del derecho internacional en la resolución judicial de los litigios laborales.

Como se ha indicado, la orientación adoptada por este manual se aparta de una visión tradicional del derecho internacional entendida ésta como circunscrita a la regulación de las relaciones entre Estados o, a lo máximo, como dirigida únicamente a los gobiernos y a los parlamentos, los cuales estarían encargados de trasladar su contenido al derecho nacional.

Ya que el acento en la aplicación del derecho internacional del trabajo por los tribunales presenta cierta novedad, es necesario, a modo de premisa, analizar y aclarar varios elementos importantes antes de poder concentrarse en el estudio de la utilización judicial del derecho internacional del trabajo.

En primer lugar, se deben comprender los factores que contribuyen en la actualidad al acercamiento de los poderes judiciales nacionales al derecho internacional de los derechos humanos. Por otra parte, la importancia que en el marco de esta obra se le da a la utilización judicial del derecho internacional del trabajo precisa de algunas aclaraciones con el fin de evitar posibles confusiones sobre el papel atribuido a los respectivos derechos nacionales del trabajo y sobre la importancia de la acción legislativa como medio para incorporar el derecho internacional del trabajo en el derecho interno. Finalmente, antes de empezar el estudio de los mencionados instrumentos y de su aplicación en el derecho nacional es preciso tener una visión general de los principales rasgos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), principal institución creadora de instrumentos jurídicos internacionales en materia laboral.

Capítulo 1

El derecho internacional de los derechos humanos y los jueces nacionales

I. Los jueces nacionales y el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos y los jueces nacionales, los factores de un acercamiento recíproco

Este manual se publica en el contexto de una creciente utilización del derecho internacional de los derechos humanos en general, y del derecho internacional del trabajo en particular, por parte de los tribunales de numerosos países¹. Resulta útil entonces ocuparnos por un momento de los factores que permiten comprender dicha evolución², la cual, de hecho, explica en buena parte la existencia de esta obra.

- Con la creación de la OIT en 1919 y de las Naciones Unidas en 1945, el contenido del derecho internacional evolucionó ostensiblemente³. Éste va rigiendo, cada vez más, las relaciones entre los individuos, cuestión otrora sujeta al monopolio exclusivo de los derechos nacionales. De tal manera que el derecho internacional parece estar en condiciones de ser empleado en la resolución de litigios a nivel nacional.
- Los ordenamientos jurídicos nacionales, por su parte, se abren cada vez más al derecho internacional de los derechos humanos. Así, varias constituciones recientes reconocen a los tratados internacionales ratificados en la materia un valor constitucional⁴. En otros casos, a estos mismos tratados las constituciones les conceden una función de interpretación del derecho nacional. Una ubicación tal en el ordenamiento jurídico nacional, facilita el recurso judicial a estos instrumentos haciendo necesario su conocimiento por los jueces y operadores jurídicos.

¹ Los países donde, en una búsqueda no exhaustiva, se pudo constatar dicha utilización son los siguientes: Alemania, Argentina, Australia, Azerbaiyán, Bélgica, Benin, Botswana, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Chile, Colombia, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Eslovenia, España, Etiopía, Estonia, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Francia, Fiji, Gran Bretaña, Guatemala, Honduras, India, Israel, Italia, Japón, Kenia, Lesotho, Lituania, Madagascar, Malawi, Mali, Marruecos, México, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Paraguay, Perú, Filipinas, Región administrativa especial de Hong Kong, República Dominicana, Rumania, Rwanda, Senegal, Sudáfrica, Suiza, Taiwán, Trinidad y Tabago, Túnez, Ucrania, Uruguay, Venezuela, Zambia, Zimbabue.

² A este respecto, véase X. Beaudonnet: «L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes», *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, Bordeaux, 2005. Para una versión en español del artículo, véase X. Beaudonnet: «La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales», *Revista Derecho del trabajo*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, julio de 2006.

³ Véase A. Cassese: *International Law*, Oxford University Press, 2005, pp. 376 y siguientes (disponible únicamente en inglés).

⁴ A este respecto, véase V. Vereshchetin: «New Constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law», *European Journal of International Law*, vol. 7, núm. 1, 1996 (disponible únicamente en inglés). Concerniente a algunos países de América latina, véase O. Ermida Uriarte: «La Declaración sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica», en *Eficacia jurídica de la Declaración sociolaboral del Mercosur*, OIT, Buenos Aires, 2002.

- Por otra parte, es creciente la toma de conciencia, promovida, entre otras cosas, por la labor de los órganos internacionales de control⁵, de que los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos están dirigidos al Estado en su conjunto, incluyendo al poder judicial. Así, la acción de los tribunales puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado y, al mismo tiempo, el poder judicial puede contribuir a un mayor respeto del derecho internacional. Tal evolución se ha visto también facilitada por la consolidación del papel y de la autonomía de los tribunales en el marco del desarrollo del Estado de derecho que se está dando en numerosos países. Los mismos miembros de la magistratura, por medio de importantes coloquios judiciales internacionales, han contribuido decididamente a esta nueva comprensión de los lazos entre el derecho internacional y el poder judicial⁶.
- El papel de los tribunales nacionales en la aplicación efectiva del derecho internacional es tanto más importante que los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos que, aunque jurídicamente obligatorios, generalmente no son objeto de decisiones coercitivas a nivel internacional. Es entonces fundamental que los tribunales internos puedan utilizar su poder sancionatorio a nivel nacional con el fin de garantizar el respeto efectivo de estas reglas.
- Sin embargo, el uso judicial más frecuente del derecho internacional de los derechos humanos no emana únicamente de la mejor comprensión de la obligación que incumbe a los tribunales de contribuir al respeto de las obligaciones internacionales del Estado. Cada vez más jueces y operadores jurídicos del derecho nacional toman conciencia también de que el derecho internacional puede constituir un recurso útil para resolver mejor los litigios que son puestos en su conocimiento. Muchos entienden también que el análisis de los pronunciamientos de los órganos internacionales de control puede constituir tanto un apoyo importante en la interpretación del derecho interno como una fuente de inspiración.
- El fenómeno de la globalización económica probablemente constituye, en este respecto, un contexto propicio para una mayor consideración judicial del derecho internacional del trabajo. Desde el punto de vista jurídico, el hecho de que las relaciones económicas y, por consiguiente, ciertas relaciones de trabajo, se internacionalicen, no influye en la capacidad de los tribunales nacionales de referirse a los instrumentos internacionales analizados en este manual para resolver los litigios laborales. Las diferentes normas de la OIT y de las Naciones Unidas tienen, en efecto, vocación de ser aplicadas al conjunto de las relaciones de trabajo, sea que éstas contengan o no un elemento de internacionalidad⁷. No obstante, en la práctica, el desarrollo de los intercambios económicos internacionales pone en evidencia la similitud de los problemas y asuntos suscitados por el trabajo en los diferentes países del mundo y contribuye a aumentar el interés de los jueces nacionales frente a las respuestas jurídicas aportadas por la comunidad internacional en la materia. Por otro lado, el aumento de la competencia inducido por la globalización comercial es, a veces, percibido como causa que hace necesaria la flexibilización, e incluso el desmantelamiento, de la protección concedida a los trabajadores por los derechos nacionales. En este contexto, ciertos tribunales pueden encontrar útil apoyarse en el derecho internacional del trabajo con el fin de reforzar la legitimidad de la regulación de las relaciones de trabajo y señalar

⁵ Véanse a este respecto la observación general 3 (1990) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre «La índole de las obligaciones de los Estados Partes» (Documento de las Naciones Unidas E/1991/23) así como la observación general 9 (1998) sobre «La aplicación interna del Pacto» (Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1998/24).

⁶ Véanse los principios de Bangalore de 1988 y 1998, o la Declaración de Arusha de 2003.

⁷ Se trata entonces de no confundir el derecho internacional del trabajo analizado en este manual con el derecho internacional privado del trabajo que consiste en determinar las leyes y reglas aplicables a las relaciones de trabajo que presentan un elemento de internacionalidad.

que el fenómeno de la globalización se expresa también en el reconocimiento internacional de los derechos humanos en el trabajo.

- Finalmente, las diferentes ideas brevemente descritas aquí, circulan más ágilmente en tanto los progresos de la tecnología y de los transportes, y el aprendizaje de idiomas, han permitido a los jueces y operadores jurídicos nacionales acceder mucho más fácilmente a las fuentes del derecho internacional así como llevar a cabo intercambios intelectuales y jurídicos con sus colegas en el mundo.

II. Algunas aclaraciones sobre las relaciones entre el derecho internacional y los derechos nacionales del trabajo, así como sobre la importancia de la acción legislativa en la puesta en práctica del derecho internacional del trabajo en el derecho interno

- La importancia concedida a la utilización judicial del derecho internacional del trabajo evidentemente no tiene como fin sugerir a los jueces y operadores jurídicos poner de lado su derecho nacional en provecho del solo derecho internacional del trabajo. Tal sustitución no sería viable, ya que los derechos laborales nacionales son, por naturaleza, más precisos y detallados que los instrumentos internacionales. Además y sobre todo, tal no es la finalidad del derecho internacional del trabajo⁸ que, por el contrario, tiene como objetivo contribuir al fortalecimiento de los derechos nacionales estableciendo principios generales y lineamientos directivos útiles para su desarrollo. Así, por el contrario, este manual busca poner en evidencia la complementariedad entre las fuentes de derecho nacional y derecho internacional del trabajo.
- La obra no pretende preconizar un tipo específico de incorporación del derecho internacional en el derecho nacional, ni tampoco un modelo de utilización judicial del derecho internacional en el nivel nacional. Desde el punto de vista del derecho internacional en general y desde el punto de vista de la OIT en particular, cada Estado es libre de escoger las vías por las cuales cumple, en el derecho y en la práctica, con las obligaciones internacionales en las cuales consintió.
- El énfasis puesto en la utilización judicial del derecho internacional del trabajo no busca tampoco poner en tela de juicio la importancia que la OIT ha reconocido siempre a la incorporación legislativa de las disposiciones de los convenios internacionales del trabajo ratificados por los Estados Miembros⁹. Dicha incorporación constituye la principal garantía jurídica de la correcta aplicación de los convenios, permitiendo derogar las disposiciones nacionales que les son contrarias, así como reforzar la visibilidad y accesibilidad del contenido de los convenios para los ciudadanos. Además, el desarrollo legislativo y reglamentario del contenido de los convenios de la OIT constituye una necesidad y una obligación para los Estados parte, frente a las muy numerosas disposiciones de los convenios que establecen principios generales o que requieren poner en práctica una política y programas de acción. Este manual da entonces por sentado que existe una

⁸ Véase N. Valticos y G. Von Potobsky, *Internacional Labranza Law*, segunda edición (revisada), Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer - Boston, 1995, pp. 20 y siguientes (disponible únicamente en inglés).

⁹ A este respecto, véase OIT: *Informe del la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(IV), Conferencia Internacional del Trabajo, 47.a reunión, Ginebra, 1963. Para un comentario concerniente a esta postura de la comisión de expertos, véase G. Von Potobsky, «Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional», en *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, OIT, Ginebra, 2004, pp. 287-305.

necesaria complementariedad de la acción legislativa con la actividad reglamentaria por una parte, así como con la jurisdiccional por otra parte, en la efectiva puesta en práctica de las normas internacionales del trabajo.

- Finalmente, antes de empezar el estudio del derecho internacional del trabajo y de su posible utilización por los tribunales, es probablemente superfluo recordar a los jueces y operadores jurídicos que toda aplicación de una regla jurídica presupone su análisis detenido. Tal rigor resulta aún más importante frente a fuentes de derecho que se pueden calificar como «nuevas» para los lectores de este manual, en la medida en que raramente son objeto de un estudio detallado en los cursos universitarios tradicionales.

Capítulo 2

La Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo es una agencia especializada de las Naciones Unidas cuya misión es promover la justicia social y los derechos humanos en el trabajo. Se trata de la única institución multilateral del mundo dotada de una estructura tripartita, lo que implica una representación de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores.

La función principal de la OIT consiste en elaborar normas internacionales del trabajo bajo la forma de convenios y recomendaciones que fijan las condiciones mínimas de protección en el mundo del trabajo, así como velar por su aplicación¹⁰. La Organización interviene ante sus 183 Estados Miembros para asegurarse de que las normas del trabajo sean adecuadamente respetadas, tanto en el derecho como en la práctica. La actividad normativa de la OIT es reforzada por un vasto programa de cooperación técnica cuyo objetivo general es poner en práctica la Agenda para el trabajo decente.

La acción de la Organización se extiende también a todo un abanico de iniciativas, particularmente la puesta a disposición de una asistencia técnica a los Estados Miembros, la difusión de las mejores prácticas, la realización de programas de formación y de campañas de comunicación así como la publicación de numerosas obras y documentos.

Hoy, los diferentes campos de acción de la OIT se articulan alrededor de cuatro objetivos estratégicos:

- promover y poner en ejecución las normas y los principios y derechos fundamentales del trabajo;
- aumentar las posibilidades para las mujeres y para los hombres de obtener un empleo y unos ingresos decentes;
- aumentar la extensión y la eficacia de la protección social para todos ellos;
- reforzar el tripartismo y el diálogo social.

No obstante, no podríamos comprender a cabalidad las normas internacionales del trabajo, objeto de estudio de este manual, sin evocar primero, a grandes rasgos, el origen y la estructura de la OIT¹¹.

I. Origen

La OIT fue fundada en 1919 bajo la égida del Tratado de Versalles, que dio fin a la Primera Guerra Mundial¹². La creación de la Organización se basó en la toma de conciencia de que no puede haber paz universal y duradera sin justicia social.

La creación de la OIT constituyó la respuesta de la comunidad internacional a varias preocupaciones referentes a la seguridad pública, humanitaria, política y económica. Así, en los términos del Preámbulo de la Constitución de la OIT, las Altas Partes contratantes se declaran «movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo».

¹⁰ Para una presentación de las normas internacionales del trabajo, véase *infra*, parte 2, capítulo 1.

¹¹ Para más precisiones sobre la OIT, remitimos al portal web de la Organización (www.ilo.org).

¹² La Constitución de la OIT constituye la parte XIII del Tratado de Versalles.

Teniendo que los trabajadores fueron duramente explotados en las economías industrializadas de la época, las partes del Tratado de Versalles supieron sopesar la importancia de la justicia social para asegurar la paz. Por otra parte, frente a la interdependencia creciente de las economías nacionales, las grandes naciones industriales entendieron que era de su interés cooperar para que los trabajadores no se vieran sometidos a condiciones de trabajo inhumanas y así poder evitar ciertas formas negativas de competencia internacional. Todas estas ideas figuran en el Preámbulo de la Constitución de la OIT, que se inicia afirmando:

«Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones;

Considerando 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...».

II. Estructura

La OIT, cuya sede se sitúa en Ginebra (Suiza), dispone de tres órganos principales: una asamblea general - la Conferencia Internacional del Trabajo; un consejo ejecutivo - el Consejo de Administración; y una secretaría permanente - la Oficina Internacional del Trabajo. Los dos primeros órganos mencionados están compuestos por representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores.

La Conferencia Internacional del Trabajo

La Conferencia Internacional del Trabajo (en adelante la Conferencia) se reúne en junio de cada año en Ginebra. Cada Estado Miembro es representado por una delegación constituida por dos delegados del gobierno, un delegado de los empleadores y un delegado de los trabajadores acompañados, de ser necesario, por asesores técnicos. Los delegados de los empleadores y de los trabajadores son nombrados en acuerdo con las organizaciones nacionales más representativas de empleadores y trabajadores. En la Conferencia, cada delegado dispone de iguales derechos y de total libertad de voto, sea cual sea el de los demás miembros de su delegación nacional.

La Conferencia está a cargo de varias tareas esenciales: adopta las normas internacionales del trabajo y desempeña un papel importante en el control de su aplicación¹³; sirve de foro en el cual se puede discutir libremente cuestiones sociales y relativas al trabajo que sean importantes para todo el mundo; adopta resoluciones que sirven de principios directivos para la política general y las actividades de la Organización; adopta el programa de la OIT y vota el presupuesto; elige a los miembros del Consejo de Administración; y, último, decide la admisión de nuevos Estados Miembros (a menos que se trate de la admisión automática, en caso de petición formal de su parte, de Estados Miembros de las Naciones Unidas).

¹³ Véase *infra*, parte 2, capítulos 1 y 2.

El Consejo de Administración

El Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo (en adelante el Consejo de Administración) se reúne tres veces al año en marzo, junio y noviembre, en Ginebra. Se compone de 56 miembros titulares: 28 representantes de los gobiernos, 14 representantes de los empleadores y 14 representantes de los trabajadores. Diez de los puestos gubernamentales son ocupados sin interrupción por los Estados considerados de mayor importancia industrial¹⁴. Los otros miembros gubernamentales (además de los países que presentan la importancia antes mencionada), son elegidos por los delegados de los gobiernos en la Conferencia cada tres años teniendo en cuenta la distribución geográfica. Los representantes de los empleadores y de los trabajadores son elegidos por sus respectivos delegados en la Conferencia y son escogidos con arreglo a su capacidad de representar a los empleadores y a los trabajadores de la Organización en su conjunto.

El Consejo de Administración toma las decisiones relativas a la política de la OIT; decide el orden del día de la Conferencia; establece el programa y el presupuesto de la Organización que son después sometidos a la adopción de la Conferencia; elige al Director general de la Oficina Internacional del Trabajo y dirige las actividades de la Oficina. También desempeña un papel importante relacionado con el control de la aplicación de las normas internacionales del trabajo¹⁵.

La Oficina Internacional del Trabajo

La Oficina Internacional del Trabajo (en adelante la Oficina) en Ginebra, es la secretaría permanente de la Organización. Representa el punto focal del conjunto de las actividades, que prepara bajo la atenta supervisión del Consejo de Administración y bajo la dirección de un Director general elegido por el Consejo de Administración para un periodo renovable de cinco años. La Oficina prepara los documentos y los informes que constituyen el material base para las conferencias y las reuniones de la OIT y administra programas de cooperación técnica en el mundo entero particularmente en apoyo a las actividades de la Organización relativas a las normas.

Así mismo, contiene un centro de investigación y de documentación que publica toda una serie de obras y revistas especializadas que versan sobre asuntos sociales y relativos al trabajo.

La estructura de la Oficina comprende también un cierto número de oficinas exteriores situadas en diversos continentes. Gracias a estas oficinas, la OIT puede mantener contacto directo con los gobiernos, los trabajadores y los empleadores.

¹⁴ Hasta el momento se trata de los siguientes países: Alemania, Brasil, China, los Estados Unidos, Federación de Rusia, Francia, la India, Italia, Japón y el Reino Unido.

¹⁵ Véase *infra*, parte 2, capítulo 1.

Referencias bibliográficas

Beaudonnet, X.: «La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales», *Revista derecho del trabajo*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, Julio de 2006

-: «L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes», *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, Bordeaux, 2005

Cassese, A.: *International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2005) [disponible únicamente en inglés]

Ermida Uriarte, O.: «La Declaración sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica», en *Eficacia jurídica de la Declaración sociolaboral del Mercosur*, (OIT, Buenos Aires, 2002)

L'Heureux-Dubé, C.: «Les défis de la magistrature à l'ère de la globalisation: le rôle du juge en tant que citoyen du monde», artículo escrito en 2002 [disponible únicamente en francés]

OIT: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 47.^a reunión, Ginebra, 1963

Thomas, C.; Oelz, M; Beaudonnet, X.: «The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications», en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Ginebra, 2004) [disponible únicamente en inglés]

Valticos, N.; Von Potobsky, G.: *International Labour Law*, segunda edición (revisada) (Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer - Boston, 1995) [disponible únicamente en inglés]

Vereshchetin, V.: «New Constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law», en *European Journal of International Law*, vol. 7, núm. 1, 1996 [disponible únicamente en inglés]

Von Potobsky, G.: «Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional», en *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Ginebra, 2004)

Documentos

■ OIT

Constitución de la OIT, 1919

■ Naciones Unidas

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 3 (1990) sobre «La índole de las obligaciones de los Estados Partes»

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 9 (1998) sobre «La aplicación interna del Pacto»

■ Otro

Principios de Bangalore sobre la aplicación en derecho interno del derecho internacional de los derechos humanos, 1988

Declaración de principios de Arusha sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en derecho interno, 2003

Enlaces Internet

■ OIT

Portal web de la OIT: www.ilo.org

Lista por orden alfabético de los Estados Miembros de la OIT:

<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>

Reuniones y documentos de la Conferencia Internacional del Trabajo:

http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/lang--es/index.htm

Reuniones y documentos del Consejo de Administración:

http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/gb/lang--es/index.htm

Lista de los departamentos y oficinas de la Oficina Internacional del Trabajo:

http://www.ilo.org/global/Departments___Offices/lang--es/index.htm

1ª parte

Cuándo y cómo los tribunales nacionales pueden utilizar el derecho internacional del trabajo¹

Introducción

Antes de ocuparnos de las diferentes fuentes del derecho internacional del trabajo así como de su contenido, es importante considerar en qué medida y de qué manera es posible para los tribunales nacionales utilizar el derecho internacional en la resolución de un litigio².

El análisis de esta cuestión constituye una condición necesaria para sacar provecho de las etapas subsiguientes del manual.

Este módulo no pretende aportar, por supuesto, una respuesta general a este asunto ya que cada sistema jurídico nacional puede regular de manera diferente las relaciones entre derecho internacional y derecho nacional, así como atribuir competencias más o menos amplias al poder judicial.

A través de ejemplos recogidos en diferentes países y sin pretender su transposición a otros ordenamientos jurídicos, el módulo tiene por objeto destacar la diversidad de situaciones y técnicas que permiten a los tribunales de numerosos países referirse al derecho internacional del trabajo antes de vislumbrar y evaluar las diversas dificultades, reales o hipotéticas, que podrían impedir o limitar la utilización judicial del derecho internacional del trabajo.

Antes de empezar estos desarrollos, debemos recordar primero que las posibilidades de utilización judicial del derecho internacional dependen en parte del sistema nacional de incorporación del derecho internacional en el derecho interno. A este respecto, generalmente se distinguen los países denominados monistas de los llamados dualistas.

¹ Véase X. Beaudonnet: «L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes», *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, Bordeaux, 2005 (disponible únicamente en francés); X. Beaudonnet: «La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales», *Revista Derecho del trabajo*, Ediciones La Ley, 2006; C. Thomás, M. Oelz y X. Beaudonnet: «The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications», en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, OIT, Ginebra, 2004 (disponible únicamente en inglés); R. Layton: «When and how can domestic judges and lawyers use international law in dualist systems», artículo escrito en 2005 para el CIF-OIT de Turín (disponible únicamente en inglés); G.W. Von Potobsky: «Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional», en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, op. cit.; M. Kirby: «The road from Bangalore: The first ten years of the Bangalore principles on the domestic application of international human rights norms», discurso pronunciado en 1998 (disponible únicamente en inglés).

² Debemos poner de presente que lo esencial de este módulo concierne a la utilización por las cortes y tribunales nacionales de las fuentes «codificadas» del derecho internacional del trabajo. Mientras que, debido a la escasez de jurisprudencia y de escritos sobre la materia, la utilización judicial del derecho internacional consuetudinario en materia de trabajo sólo será descrita brevemente. Sobre el derecho internacional consuetudinario del trabajo, véase V. Marleau: «Réflexion sur l'idée d'un droit international coutumier du travail», en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, op. cit. (disponible únicamente en francés).

A grandes rasgos, se consideran monistas los países en los cuales el derecho interno y el derecho internacional se tienen como integrantes de la misma esfera jurídica, y donde, como consecuencia, los tratados ratificados³ son parte integral del derecho nacional⁴.

A diferencia de éstos, se consideran dualistas los países en los que derecho nacional y derecho internacional son concebidos como dos esferas herméticas y separadas, no bastando la ratificación de los tratados internacionales para integrarlos al derecho interno. La aplicabilidad de las disposiciones de los tratados ratificados en el plano nacional depende entonces de su transposición en el ordenamiento jurídico del país a través de una ley posterior a la ratificación⁵.

En este sentido, en teoría no es posible para las cortes y tribunales de países dualistas resolver directamente un litigio con base en las disposiciones de los tratados internacionales ratificados en la medida en que éstos no hacen parte del derecho nacional⁶.

Como se constatará, este último aspecto (la utilización de los tratados ratificados para resolver directamente un litigio) constituye la única diferencia de orden general entre países monistas y dualistas frente a la posibilidad de utilización del derecho internacional por los tribunales nacionales.

De hecho, es importante destacar que los sistemas monistas y dualistas pueden presentar similitudes en lo que se refiere al papel atribuido al derecho internacional en el derecho interno. Asimismo, señalaremos como las Constituciones de varios países⁷, siendo monistas o dualistas, reconocen a los tratados internacionales ratificados una función de interpretación del derecho nacional.

Conviene además destacar que ciertas evoluciones o prácticas contribuyen a atenuar la distinción entre los dos sistemas. En primer lugar, existen unos países que se podrían calificar como mixtos⁸, tomando expresamente elementos de ambos sistemas de incorporación. Es el caso de Sudáfrica, país tradicionalmente dualista del cual la reciente Constitución indica que las disposiciones «directamente aplicables» de los tratados aprobados por el Parlamento hacen parte del ordenamiento jurídico nacional siempre que no contradigan la Constitución o una ley del Parlamento⁹.

La práctica legislativa de ciertos países formalmente dualistas arroja en los hechos, resultados cercanos o idénticos al monismo. Es el caso de Belice, país dualista de tradición anglosajona

³ En muchos países, la ratificación de un tratado debe ir acompañada de su publicación en el periódico oficial antes de que el instrumento internacional se integre al ordenamiento jurídico nacional.

⁴ Sin ánimo de ser exhaustivos, pertenecen al sistema monista los países europeos de tradición romano germánica, Rusia, los países de Europa oriental, los países del África francófona y los países de América Latina. Además, se considera que el Japón, Namibia y las Filipinas también forman parte de la familia monista.

⁵ Pertenecen al sistema dualista la mayoría de los países de tradición jurídica inglesa (con excepción de Namibia), así como los países escandinavos. La República Popular China parece también seguir la teoría dualista. Por último, destacaremos como algunos países como Sudáfrica presentan características propias de ambos sistemas.

⁶ Es diferente lo que sucede con el derecho internacional consuetudinario que puede dar lugar a una aplicación directa en los países dualistas siempre que no entre en conflicto con una disposición de la legislación nacional.

⁷ Cfr. en particular las Constituciones de Argentina, de Azerbaiyán, de Colombia, de España, de Etiopía, de las Fiji, de Perú o de Rumania o de Sudáfrica. Véase también, en el mismo sentido, los Códigos laborales de Albania, Marruecos o de Lesotho.

⁸ Los casos de Austria y de los Estados Unidos, recogiendo elementos de los sistemas dualista y monista, serán también mencionados en este módulo.

⁹ Véase el artículo 231, párrafo 4, de la Constitución de Sudáfrica.

que a través de una ley incorporó íntegramente al derecho nacional el contenido del conjunto de los convenios de la OIT ratificados por el país¹⁰.

También se puede referir el caso de Indonesia. En este país, donde ni la Constitución ni la legislación indican expresamente el estatus de los tratados ratificados frente al derecho nacional¹¹, el parlamento tiene por costumbre confirmar la ratificación de los convenios de la OIT realizada por el Presidente de la República por medio de una ley que retoma *in extenso* el contenido del instrumento ratificado. Así, aunque ha podido considerarse desde un punto de vista formal que los convenios internacionales ratificados no forman parte directa del derecho interno indonesio, ello no impide desde el punto de vista sustancial, su eventual aplicación directa en la medida en que la integridad del contenido del convenio ha sido incorporada, tal cual, al derecho nacional.

Así, estos dos últimos ejemplos muestran que la manera en que son incorporados los tratados ratificados en el derecho nacional, puede facilitar en mayor o menor medida a las cortes y tribunales de países dualistas referirse al derecho internacional, particularmente con el fin de interpretar el derecho interno conforme al convenio ratificado. A este respecto, se advierte que en los países dualistas, los métodos de incorporación de los tratados ratificados pueden tener diversas formas¹², tal como se indica a continuación.

**Países dualistas:
diferentes modos de incorporación de los tratados ratificados en el derecho nacional**

- Incorporación integral a través de una ley que se limita a reproducir totalmente el texto del tratado con el fin de transformarlo en ley nacional.
- Adopción de una ley que indica en su preámbulo o al principio de un capítulo que ella tiene por objeto incorporar al derecho interno las disposiciones de un tratado ratificado.
- Incorporación implícita de todo o parte de un tratado por la vía de una ley que se inspira estrechamente en el contenido del instrumento internacional.
- Incorporación por la vía de disposiciones legislativas que otorgan a los tribunales el poder de poner en práctica el contenido de un tratado.

Los países de sistema monista presentan también diferencias en su interior que conciernen esencialmente, como se indica en el siguiente cuadro, a la posición atribuida a los tratados ratificados dentro de la jerarquía de las normas.

¹⁰ En el mismo sentido, véase la incorporación integral del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el derecho interno en el Reino Unido.

¹¹ El ordenamiento jurídico indonesio no indica expresamente si el país pertenece al sistema monista o dualista, silencio que da lugar a discusión sobre la pertenencia de Indonesia a uno u otro sistema.

¹² Estas diferentes formas de incorporación pueden coexistir al interior de un mismo país.

Países monistas:

Ubicación diferente atribuida a los tratados ratificados en la jerarquía de las normas

- Algunos países monistas le conceden al conjunto de los tratados ratificados un valor igual al de las leyes ordinarias¹³.
- Concediendo valor de ley ordinaria a los tratados ratificados, ciertos países otorgan un estatus constitucional a los tratados ratificados en materia de derechos fundamentales de la persona¹⁴.
- Numerosos países monistas reconocen un valor supra legal pero infra constitucional a los tratados ratificados, éstos prevalecen sobre las leyes ordinarias en su contra, siempre que sean conformes al contenido de la Constitución nacional¹⁵.
- Reconociendo un valor supra legal a los tratados ratificados, ciertos países le conceden, explícita o implícitamente, un estatus constitucional al conjunto o a una parte de los tratados ratificados en materia de derechos fundamentales de la persona¹⁶.
- Finalmente, algunos países conceden bajo ciertas condiciones, un valor supra constitucional a los tratados internacionales ratificados¹⁷.

La posición dentro la jerarquía de las normas resulta, la mayoría de las veces, de disposiciones expresas contenidas en las Constituciones nacionales, aunque también a veces, de la jurisprudencia de las cortes supremas o constitucionales en caso de silencio o de imprecisión de los textos¹⁸.

¹³ Véase el caso de Ucrania y de las Filipinas.

¹⁴ Véase el caso de Panamá, Colombia o Brasil.

¹⁵ Es el caso de Francia y de varios países del África francófona, aunque a veces puedan existir debates sobre el sentido que hay que dar a las disposiciones constitucionales que reconocen la superioridad de los tratados ratificados con relación a la ley.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Argentina.

¹⁷ Véase, por ejemplo, los Países Bajos.

¹⁸ Véase, por ejemplo, los casos de Argentina antes de la reforma constitucional de 1994, de México, de Italia, de Bélgica o Luxemburgo.

Capítulo 1

Las diferentes clases de utilización judicial del derecho internacional del trabajo en función al papel atribuido al derecho internacional por los tribunales nacionales¹⁹

El análisis de un número sustancial de decisiones judiciales nacionales que utilizan el derecho internacional, permite comprobar que el papel de las fuentes internacionales en la resolución del litigio puede variar ostensiblemente de un caso a otro. Al respecto, es factible considerar que el derecho internacional puede ser utilizado por los tribunales nacionales en las cuatro formas siguientes:

- I. para resolver directamente el litigio;
- II. para interpretar disposiciones de derecho interno;
- III. como fuente de inspiración para el reconocimiento de un principio jurisprudencial;
- IV. para reforzar una solución fundada en el derecho nacional.

Las cuatro clases de utilización que presentamos a continuación no pretenden ser de una precisión absoluta. De hecho, frente a ciertos fallos, las fronteras entre ellas pueden ser difíciles de trazar. Sin embargo, teniendo los objetivos pedagógicos de este manual, esta clasificación nos parece útil a fin de resaltar mejor los diferentes papeles que el derecho internacional del trabajo puede ser llamado a cumplir en lo contencioso a nivel nacional.

I. La utilización del derecho internacional del trabajo para resolver directamente un litigio

En este caso, los tribunales nacionales aplican una disposición internacional cuyo contenido permite resolver directamente el litigio sin que sea necesario *a priori* recurrir a otras fuentes complementarias de derecho. Los tribunales utilizan, entonces, la disposición internacional tal y como lo harían con un artículo de una ley nacional, constituyendo así la fuente internacional el fundamento principal de la resolución del litigio.

I.A. Diferentes situaciones en que ha podido constatarse la resolución directa de un litigio con base en el derecho internacional del trabajo

Se ha constatado la utilización de disposiciones de derecho internacional del trabajo para resolver directamente un litigio, con miras a responder a tres tipos de situaciones: a) para llenar una laguna del derecho nacional, b) para apartar una disposición nacional menos protectora, o, por último, c) para invalidar una disposición nacional contraria a las disposiciones de un tratado ratificado.

¹⁹ Véase X. Beaudonnet: «La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales», *op. cit.*

I.A.1. Para llenar una laguna del derecho nacional

La utilización de disposiciones de derecho internacional del trabajo para resolver directamente un litigio ha sido constatada, en primer lugar, en situaciones donde, en ausencia de reglas precisas de derecho interno que permitan zanjar un asunto, los tribunales se refirieron directamente al contenido de los instrumentos internacionales ratificados para colmar este vacío.

País: Italia

AMSA c. Miglio, Tribunal de Primera Instancia de Milán, 28 de marzo de 1990

Frente a la ausencia de disposiciones precisas de la legislación nacional que permitieran saber si las horas suplementarias efectuadas de manera regular debían ser tenidas en consideración en el monto del salario asignado en el momento de las vacaciones remuneradas, el Juzgado de Primera Instancia de Milán recurrió al Convenio núm. 132 de la OIT sobre las vacaciones pagadas²⁰, ratificado por Italia. El Convenio indica en su artículo 7 1) que la remuneración percibida durante el período de vacaciones no será inferior a la remuneración normal o media recibida por el trabajador. Con base en esto, el tribunal concluyó que las horas extras debían ser incluidas en el cálculo cuando ellas fueren ejecutadas ordinariamente.

I.A.2. Para descartar una disposición del derecho nacional menos favorable para los trabajadores

La segunda serie de situaciones muestra que el uso del contenido de los convenios internacionales del trabajo sirve para obtener una solución más favorable para el trabajador que la que resultaría si se aplicara el derecho interno. Dicha hipótesis, en conformidad con la regla de la norma más favorable o el principio de favorabilidad, no implica la invalidación de la disposición nacional por parte del tribunal; en realidad, le basta con descartar su aplicación y optar por utilizar la fuente de derecho más favorable. Esta precisión es importante, pues permite a los tribunales sin competencia constitucional referirse al derecho internacional en las citadas circunstancias.

País: Francia

Castanié c. Señora viuda de Hurtado, Corte de Casación, 27 de febrero de 1934

Frente a un litigio que concernía el derecho de un asalariado extranjero víctima de un accidente de trabajo a obtener una indemnización idéntica a la de un trabajador francés, la Corte de Casación no dudó en apartarse de la ley de 1898 sobre la reparación de los accidentes de trabajo, para aplicar directamente el artículo 1 1) del Convenio núm. 19 de la OIT sobre la igualdad de trato en materia de indemnización por accidentes del trabajo²¹. Este artículo estipula que los Estados que ratifican el Convenio, se comprometen a conceder a las víctimas de un accidente de trabajo residentes de un país que también es parte del Convenio, un tratamiento idéntico al concedido a los nacionales.

País: Brasil

En el mismo sentido y en lo que se refiere a las vacaciones pagadas, los tribunales del trabajo brasileños supeditan el derecho nacional a la aplicación directa de los artículos 5 y 11 del Convenio núm. 132 de la OIT²² con el objetivo de conceder a los trabajadores cuyo contrato finalice en un plazo inferior a un año, una indemnización de vacaciones pagadas²³.

²⁰ Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (núm. 132).

²¹ Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19).

²² Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (núm. 132).

²³ Véase, por ejemplo, *Lacir Vicente Nunes c. Sandoval Alves da Rocha y otros*, Tribunal Regional del Trabajo, 7 de mayo de 2003, TRT-RO-3951/03.

I.A.3. Para invalidar una disposición de derecho interno

En los países monistas que conceden a los tratados internacionales un valor superior al de las leyes nacionales, se dan casos en los cuales los tribunales competentes basan directamente la invalidez o la inconstitucionalidad de una ley o un reglamento en la violación de un convenio internacional ratificado. En esta hipótesis, la discordancia con el derecho internacional puede, bien cohabitar con otros motivos de inconstitucionalidad, o bien constituir la única fuente de invalidación de la disposición interna.

País: Costa Rica

Antonio Blanco Rodríguez y otros c. el Presidente de la República, la Ministra de Gobernación y Policía, el Instituto de Desarrollo Agrario y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, 11 de agosto de 1999, resolución núm. 06229-aa, expediente núm. 96-007361-007-CO-C

Sobre el único fundamento de la violación del artículo 11 del Convenio núm. 107 de la OIT²⁴, la Corte Suprema de Costa Rica invalidó un decreto que reducía el tamaño de una reserva indígena.

País: Colombia

Corte Constitucional, 5 de febrero de 2000, sentencia C-385

La Corte Constitucional de Colombia declaró la inconstitucionalidad de un artículo de ley que reducía el acceso de los trabajadores extranjeros a los puestos de dirección de los sindicatos apoyándose principalmente en la vulneración del artículo 3 del Convenio núm. 87 de la OIT²⁵ que reconoce a los sindicatos, entre otras cosas, el derecho a elegir libremente sus representantes.

I.B. La resolución directa del litigio con base en el derecho internacional del trabajo sólo es jurídicamente posible si se cumplen varias condiciones

En primer lugar, la utilización del derecho internacional del trabajo para resolver directamente un litigio requiere que la fuente internacional utilizada sea reconocida como jurídicamente vinculante en el derecho interno. Este es el caso de las disposiciones de los tratados ratificados en los países monistas así como, bajo ciertas condiciones, de reglas de derecho internacional consuetudinario en países de ambos sistemas²⁶.

En segundo lugar, la resolución directa sólo es factible si la disposición internacional aplicada presenta una claridad y una precisión suficientes como para permitirle al tribunal resolver el litigio sobre su único fundamento. En materia de derecho internacional del trabajo, tal apreciación es particularmente importante visto el carácter a menudo general o programático del contenido de los convenios y los tratados internacionales en la materia.

Al respecto, la mayoría de los debates se concentran generalmente en la determinación del carácter directamente aplicable (también autoejecutivo) o *self-executing* de las disposiciones de los tratados internacionales²⁷. Debemos precisar aquí lo que se entiende por estos términos, y luego analizar si las posibilidades de resolución directa de los litigios sobre el fundamento del derecho internacional del trabajo se limitan sólo a las disposiciones *self-executing*.

²⁴ Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107).

²⁵ Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).

²⁶ Para los países dualistas, resulta posible que los tribunales nacionales puedan resolver directamente un litigio con base en el derecho internacional consuetudinario, a condición de que éste no sea directamente contrario al contenido del derecho escrito del país.

²⁷ En este manual, ambos términos serán considerados sinónimos y utilizados de manera indistinta.

I.B.1. La noción de disposición autoejecutiva o *self-executing*

La determinación del carácter autoejecutivo de una disposición de un tratado internacional constituye un asunto complejo que da lugar a numerosas discusiones. Su apreciación puede variar considerablemente de un país a otro²⁸ o de una jurisdicción a otra y puede dar lugar también a importantes evoluciones jurisprudenciales con el curso del tiempo²⁹. El manual no pretende analizar exhaustivamente este tema sino únicamente proponer algunos puntos de referencia, en particular terminológicos en la medida en que esta noción puede ser abordada desde diferentes puntos de vista y dar lugar, de allí, a definiciones que varían ostensiblemente entre ellas.

Para la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, las disposiciones *self-executing* son, «en derecho internacional, aquellas que surten efecto por sí mismas, el Estado pertinente queda dispensado de adoptar una legislación para que cobren eficacia».

Como resulta de los términos utilizados, desde el punto de vista de la OIT, la noción no concierne, en primera instancia, la aplicabilidad judicial de los tratados, sino el saber si sus disposiciones requieren de una acción legislativa o reglamentaria por parte del Estado para concretar el contenido o alcanzar los objetivos en ellos establecidos³⁰.

Con la visión internacional de la noción planteada, constatamos que el término de disposición *self-executing* o directamente aplicable puede ser utilizado a nivel nacional en dos contextos cercanos pero diferentes³¹.

En primer lugar, en países que, como los Estados Unidos o Sudáfrica³², toman elementos tanto de los sistemas monistas como de los dualistas, la noción es utilizada cuando se trata de determinar si un tratado ratificado se integra directamente al derecho nacional o si requiere previamente de una ley de incorporación destinada a desarrollar sus disposiciones. En esta primera acepción, la calificación de *self-executing* permite determinar, primero, cómo un tratado será incorporado al derecho interno, para luego, consecuentemente, saber si los tribunales pueden aplicar directamente sus disposiciones.

²⁸ Véase el análisis de Virginia Leary que especifica las diferencias de enfoque entre los tribunales de los Estados Unidos, Países Bajos, Suiza e Italia (V. Leary: *International Labour Conventions and National Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Boston-Londres, 1982 (disponible únicamente en inglés)).

²⁹ Véase *infra*, por ejemplo, la evolución de la jurisprudencia de la Corte suprema de Argentina a partir de 1992. Aunque la Corte hasta ese entonces se había mostrado reticente al reconocimiento del carácter autoejecutivo de las disposiciones de los tratados ratificados, modificó completamente su jurisprudencia en el fallo Ekmekdjian.

³⁰ Véase OIT: *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.^a reunión, Ginebra, 1996, párrafo 212, nota 3. En este caso, la Comisión de Expertos consideró que el Convenio núm. 111 de la OIT no contenía disposiciones *self-executing*. La Comisión de Expertos no tenía por objeto pronunciarse aquí sobre la aplicabilidad judicial del Convenio sino procuraba más bien indicar que sus disposiciones requieren, para ser plenamente implementadas, la adopción de textos nacionales desarrollando su contenido.

³¹ Véase en este sentido C. Thomás, M. Oelz y X. Beaudonnet: «The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications», *op. cit.*; I. Brownlie: *Principles of Public International Law*, 4a edición, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 52 (disponible únicamente en inglés).

³² Véase *supra*, *introducción*. Aquí, Austria constituye otro ejemplo. Aunque Austria sea un país monista, el Parlamento tiene la potestad de indicar en el acto de ratificación de un tratado internacional si el instrumento debe ser puesto en práctica a través de leyes (artículo 50, párrafo 2, de la Constitución austríaca). Se deduce de ello que los tribunales no pueden aplicar directamente las disposiciones del tratado en cuestión para este caso.

En este primer contexto, generalmente se tienen en consideración tres criterios para determinar el carácter *self-executing* de un tratado³³:

- 1) la intención de las partes de adoptar disposiciones que no requieren legislación previa para su puesta en práctica;
- 2) la precisión y el detalle de los términos utilizados por el tratado;
- 3) la competencia de los tribunales frente a los sujetos cubiertos por el tratado en el respeto de la separación de poderes.

En países puramente monistas, el término *self-executing* es también utilizado en un segundo sentido, que concierne más directamente la materia de nuestro manual. Es calificada de *self-executing* una disposición internacional considerada lo suficientemente clara y precisa como para reconocer derechos directamente exigibles ante los tribunales, incluso en ausencia de legislación nacional que desarrolle su contenido.

En esta segunda acepción, entonces, el acento es directamente puesto sobre la exigibilidad del contenido de los tratados ante los tribunales; en este contexto, el reconocimiento de derechos subjetivos aparece como el criterio clave para determinar el carácter autoejecutivo de las disposiciones de un instrumento internacional.

País: Alemania

Tribunal Administrativo Federal, 8 de mayo de 1991

En esta decisión, el Tribunal Administrativo Federal de Alemania consideró que la redacción, la finalidad y el contenido del artículo 8 1) del Convenio núm. 97 de la OIT³⁴ eran lo suficientemente claros como para reconocerles directamente derechos individuales a los trabajadores inmigrantes, pudiendo estos reclamar su aplicación ante los tribunales³⁵.

No obstante, en la práctica constatamos que los métodos utilizados para valorar si la disposición de un tratado reconoce o no derechos directamente exigibles ante los tribunales, pueden variar considerablemente de una jurisdicción a otra y arribar así a resultados muy diferentes.

No hace parte del objetivo de este manual determinar de manera uniforme qué criterios deberían ser tenidos en cuenta aquí. Sin embargo, es posible concretar algunas observaciones generales que pueden resultar particularmente útiles cuando se trata de apreciar el carácter autoejecutivo de disposiciones de tratados internacionales en materia de trabajo y de derechos fundamentales de la persona.

³³ Véase al respecto V. Leary: *International Labour Conventions and National Law*, *op. cit.*

³⁴ Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97). Artículo 8 1) del Convenio núm. 97: «El trabajador migrante que haya sido admitido a título permanente y los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlo o a reunirse con él no podrán ser devueltos a su territorio de origen o al territorio del que emigraron, a menos que la persona interesada lo desee o que así lo establezca un acuerdo internacional en el que sea parte el Miembro, siempre que la enfermedad o el accidente hubieren sobrevenido después de su llegada».

³⁵ Señalaremos también un fallo reciente de la sala social de la Corte de Casación francesa del 26 de marzo de 2006. En esta decisión, la Corte de Casación consideró directamente aplicable el artículo 11 del Convenio núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, reconociendo a los asalariados despedidos el derecho a un preaviso de plazo razonable. Para otros ejemplos y reflexiones sobre las evoluciones en la apreciación judicial del carácter autoejecutivo de las disposiciones de los convenios de la OIT, véase G.W. Von Potobsky: «Los convenios de la OIT: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?», en *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, Fundación de cultura universitaria, 1997.

- **El criterio de la intención de las partes del tratado no parece aplicable a las disposiciones de tratados multilaterales adoptados en un marco institucional tales como aquellas de las Naciones Unidas o de la OIT**

Debido a la diversidad de los sistemas de incorporación del derecho internacional en el derecho interno de los países miembros de estas organizaciones, por definición, no hace parte de la intención de las asambleas que han adoptado los instrumentos de las Naciones Unidas y de la OIT pronunciarse sobre el carácter autoejecutivo de sus disposiciones en los diferentes países que los ratificaren³⁶.

A este respecto, es interesante anotar las afirmaciones subsiguientes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de vigilar la correcta aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁷.

Extracto de la observación general 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre «La aplicación interna del Pacto»:

El Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene en sistemas en que se prevé tal opción. Es más, en el momento de su redacción se rechazaron con firmeza los intentos de incluir en el Pacto una disposición específica en el sentido de que no tenía aplicación inmediata. En la mayoría de los Estados, la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al poder ejecutivo ni al legislativo. (...)

Es especialmente importante evitar cualquier suposición *a priori* de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo me nos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata.

Fuente: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: observación general 9, La aplicación interna del Pacto, 1998, párrafo 11

- **No es posible determinar *a priori* el carácter autoejecutivo del conjunto de un tratado internacional**

En un mismo instrumento, es posible encontrar disposiciones que presentan un contenido y un carácter muy diferentes. Cada disposición requiere entonces un análisis específico e individualizado con el fin de determinar si presenta o no un carácter autoejecutivo.

Además, como acabamos de constatar, desde el punto de vista del derecho internacional del trabajo, no es tampoco posible un análisis global por instrumento ya que los convenios de la OIT y los pactos de las Naciones Unidas no contienen disposiciones generales que expresen la intención de las partes en cuanto a la aplicabilidad directa o no de su contenido.

³⁶ Para un análisis concerniente al conjunto de los tratados multilaterales, Véase V. Leary: *International Labour Conventions and National Law*, *op. cit.*, p. 58.

³⁷ Para un análisis que llega a una conclusión similar concerniente a los convenios de lo OIT, véase G.W. Von Potobsky, «Eficacia jurídica de los convenios del OIT en el plano nacional», *op. cit.*

Compare la naturaleza de las dos disposiciones a continuación, ambas incluidas en el Convenio núm. 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981.

Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

C.156, artículo 3(1)

La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.

C.156, artículo 8

- ***Una disposición internacional que requiere un desarrollo legislativo por parte del Estado puede, pese a ello, crear derechos directamente aplicables a los individuos***

Esta constatación pone de relieve las posibles confusiones que puede suscitar la noción de disposición *self-executing* según sea ésta abordada desde el punto de vista de la obligación del Estado de desarrollar y precisar el contenido de un tratado en derecho nacional, o desde el punto de vista de la exigibilidad de sus disposiciones ante los tribunales. En efecto, existen unas disposiciones de tratados internacionales que reconocen a los individuos derechos subjetivos y que son, entonces, directamente exigibles por estos ante los tribunales, pero suponen, al mismo tiempo, que el Estado desarrolle y reglamente su contenido.

País: Argentina

Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros, Corte Suprema de Argentina, 7 de julio de 1992

En esta decisión, la Corte Suprema de Argentina reconoció el carácter autoejecutivo del artículo 14 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce a toda persona un derecho de rectificación o de respuesta en las condiciones previstas por la ley. La Corte consideró que el artículo de la Convención les reconocía directamente un derecho subjetivo a los individuos cuya aplicación podía ser exigida por estos inclusive en ausencia de ley nacional que reglamente las condiciones de aplicación. A este respecto, la Corte consideró que «Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. (...) En el supuesto del art. 14.1 su redacción es clara y terminante en cuanto otorga, en las situaciones que allí se describen, el derecho de rectificación o respuesta, aunque remitiendo a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación. La interpretación textual según la cual toda persona ‘tiene derecho a...’ despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad. No sucede lo mismo en otros artículos en los que se establece que ‘la ley debe reconocer’ (art. 17) o ‘estará prohibido por la ley’ (art. 13, 5)».

En conclusión, la noción de disposición autoejecutiva tiene que manejarse con mucha prudencia, puesto que su significado y sus criterios de calificación pueden variar según el contexto en el cual ésta es aplicada. Es particularmente importante distinguir si la noción es utilizada con el fin de determinar si el Estado tiene la obligación de desarrollar el contenido de un tratado en el derecho nacional, o si se trata más bien de valorar si una de sus disposiciones crea derechos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales.

En todo caso, constatamos que las disposiciones calificadas como *self-executing* son consideradas por los tribunales como aptas para resolver litigios sobre su único fundamento. Dicho esto, disposiciones internacionales que no presentan tal carácter pueden igualmente, en

ciertas circunstancias, constituir fundamento jurídico suficiente para resolver directamente un litigio en derecho interno.

I.B.2. Disposiciones no *self-executing* pueden, en ciertas circunstancias, permitir resolver directamente un litigio

El análisis de la jurisprudencia de varios países³⁸ permite señalar que disposiciones de tratados internacionales que no tienen por objeto reconocer directamente derechos subjetivos a los individuos, pese a ello pueden permitir a los tribunales resolver directamente el asunto de ciertos litigios. De hecho, determinar si la disposición de un tratado está en situación de resolver por sí sola un litigio no depende únicamente del contenido de la disposición en juego sino también del objeto del litigio mismo.

Así, aunque un artículo de un convenio internacional pueda resultar insuficientemente preciso para resolver por sí solo un litigio que supone determinar detalladamente los derechos de un individuo, el mismo artículo podrá ser lo suficientemente claro como para declarar la invalidez o la inconstitucionalidad de una disposición de derecho nacional o de una decisión administrativa que lo contradiga.

En este sentido, incluso disposiciones de carácter «programático» que obligan a los Estados a poner en práctica una política general requiriendo la adopción de medidas legislativas y reglamentarias, son susceptibles de constituir un fundamento jurídico suficiente para resolver un litigio que ponga en duda la validez de una norma de derecho nacional que sea directamente contrario a las orientaciones de la política general requerida por el instrumento internacional³⁹.

País: Costa Rica

José Manuel Paniagua Vargas y otros funcionarios de la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas c. el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes y la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas (CONAI), Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, 16 de enero de 1998, resolución núm. 0241-98, expediente núm. 5325-V-97

Basándose en el artículo 4 del Convenio núm. 169 de la OIT⁴⁰ en virtud del cual los Estados se comprometen a adoptar medidas especiales de protección en beneficio de los pueblos indígenas y tribales, el Tribunal Supremo de Costa Rica invalidó la decisión de disminuir el 85% del presupuesto de la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas.

«Desde el momento en que Costa Rica aprobó este instrumento internacional, el Estado costarricense se comprometió, según el citado Artículo 4, a establecer medidas especiales, lo que debe entenderse como un constante activismo para salvaguardar a estos grupos étnicos minoritarios, sus instituciones, sus bienes, su trabajo, su medio ambiente, entre otras cosas, de la influencia de nuestra población y cultura. Estas medidas especiales deben significar para el Estado una prohibición de abandonar o dejar a la deriva una institución pública que tiene por objeto establecerse como foro de discusión e iniciativas de los asuntos indígenas en el país».

³⁸ Véase, por ejemplo, *José Manuel Paniagua Vargas y otros funcionarios de la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas c. el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes y la Comisión Nacional para Asuntos Indígenas (CONAI)*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, 16 de enero de 1998, resolución núm. 0241-98, expediente núm. 5325-V-97. Analizado *infra*; *Dugain y otros c. Compagnie Air Madagascar*, Tribunal Supremo de Madagascar, 5 de septiembre de 2003, sentencia núm. 231 o aún *El-Al Airlines c. Edna Hazin*, Tribunal Nacional del Trabajo de Israel, 1973.

³⁹ Más allá del ejemplo abajo presentado, también se señalan numerosos casos de aplicación directa del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), a menudo descrito como un convenio «programático». Véase, sobre este asunto, de nuevo G.W. Von Potobsky: «Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional», *op. cit.*

⁴⁰ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169).

Tal raciocinio es también válido frente a disposiciones internacionales que plantean principios generales encaminados a orientar la acción de los poderes públicos. Aunque estas disposiciones requieren por naturaleza ser desarrolladas por el derecho interno, pueden resultar lo suficientemente claras como para invalidar un acto o una decisión que iría en contra de sus fines.

País: Francia

Sra. Cinar, Consejo de Estado, 22 de septiembre de 1997, núm. 161364

«Del análisis de lo establecido en el artículo 3, 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño de 26 de enero de 1990, publicado por decreto de 8 de octubre de 1990, se desprende cuanto sigue: En todas las decisiones que conciernan a la infancia, ya provengan de instituciones públicas o privadas de protección social, de tribunales, de autoridades administrativas o de órganos legislativos, debe prevalecer el interés superior del niño. Las autoridades administrativas deben conceder una atención primordial al interés superior de la infancia en todas sus decisiones, tanto las que deriven del tipo de estipulaciones mencionadas, que se pueden invocar como fundamento en un recurso por exceso de poder, como las que procedan del ejercicio de su libertad de apreciación (...).

Teniendo en consideración que del expediente se desprende que ni el padre del niño, al que no conoce y que nunca le procuró ningún tipo de ayuda para su educación, y que ninguna otra persona de su familia podía recibir al niño en Turquía, la decisión del Prefecto de expulsar al joven Tolga de Francia y de separarlo provisionalmente de su madre perjudica el interés superior del niño y se debe considerar contraria al artículo 3, 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño».

Nota bene: más detalles acerca de las diferentes clases de disposiciones que pueden encontrarse en los convenios de la OIT y su capacidad para resolver directamente un litigio pueden hallarse en el, *capítulo 1* de la *parte 2* de este manual, dedicado a los instrumentos de la OIT.

II. La utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo⁴¹

En esta segunda categoría, los tribunales nacionales se refieren al derecho internacional del trabajo, no para resolver directamente el litigio que les es sometido, sino con el fin de precisar el significado y el alcance de las disposiciones nacionales aplicables al mismo. Formalmente, la decisión judicial se dicta, entonces, sobre el fundamento del derecho interno. Sólo indirectamente el derecho internacional influye en la dirección de la decisión aclarando el significado que debe darse a las disposiciones del derecho nacional.

II.A. Distintas situaciones donde se constata una utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo

A grandes rasgos, la utilización del derecho internacional para la interpretación del derecho interno puede permitir dilucidar una ambigüedad del derecho nacional, delimitar más claramente el alcance de un texto redactado en términos generales, o evaluar la constitucionalidad de una disposición de derecho nacional.

⁴¹ Véase C. Thomas, M. Oelz y X. Beaudonnet: «The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications», *op. cit.*

II.A.1. Resolución de ambigüedades del derecho interno

País: Chile

Víctor Améstida Stuardo y otro c. Santa Isabel S.A., Corte Suprema de Justicia de Chile, 19 de octubre de 2000, expediente núm. 10.695

La jurisdicción debía determinar si el fuero sindical abarcaba a los trabajadores que eran candidatos a representantes sindicales aun antes del registro oficial del sindicato. Constatando la contradicción existente entre dos artículos de la legislación laboral referentes al momento en que el fuero sindical comenzaba a tener pleno efecto, la Corte Suprema de Chile recurrió a los convenios de la OIT ratificados por el país con el fin de dirimir cuál de las dos soluciones debía prevalecer finalmente. La Corte se refirió puntualmente al artículo 3 del Convenio núm. 87 de la OIT⁴², que reconoce a los sindicatos el derecho de elegir libremente a sus representantes, y a los Convenios núms. 98⁴³ y 135⁴⁴, que obligan a los Estados a garantizar una protección eficaz y adecuada contra la discriminación de los trabajadores por razón de su afiliación sindical o de sus actividades sindicales.

Con dicho fundamento, la Corte Suprema sentenció que la legislación nacional debía interpretarse de tal modo que protegiera efectivamente a los candidatos a representantes sindicales contra todo acto de discriminación, aun cuando presentasen su candidatura antes de la constitución oficial del sindicato.

En lo que se refiere a la utilización del derecho internacional para la interpretación del derecho interno, la Corte Suprema se pronunció de la siguiente manera: «(...) Los Convenios Internacionales del Trabajo núms. 87, 98 y 135, por lo que es de toda evidencia que frente a eventuales dudas que pudiere ofrecer nuestro derecho interno, se deben considerar los preceptos de la normativa internacional, especialmente teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo 5 de la Constitución Política de la República

(...) Que el artículo 3 del Convenio núm. 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación se refiere a la autonomía de estas organizaciones, uno de cuyos aspectos es el de elegir libremente a sus representantes. Obvio aparece que si con motivo de la constitución de un sindicato y de la elección de su directiva, se despide a los dirigentes por necesidad de la empresa, las que no se acreditan, nuestra legislación no se amoldaría a la preceptiva internacional».

⁴² Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).

⁴³ Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

⁴⁴ Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135).

II.A.2. Interpretación de un texto redactado en términos generales

Pays: India

Visbaka y otros c. el Estado de Rajastán y otros, Tribunal Supremo de India, 13 de agosto de 1997

Dada la carencia de una legislación específica que definiera y prohibiera el acoso sexual en el marco de las relaciones laborales, el Tribunal Supremo se remitió a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas, así como a las observaciones del órgano de control de la Convención. Con esta base, el Tribunal decidió que la prohibición general de la discriminación por motivos de sexo recogida en la Constitución debía interpretarse igualmente como una prohibición de los casos de acoso sexual, tal como han sido definidos internacionalmente.

En lo que se refiere a la utilización interpretativa del derecho internacional, la Corte se pronunció de la siguiente manera: «Es una regla de interpretación jurídica ya aceptada el hecho de que deben tomarse en consideración los convenios y normas internacionales para interpretar el derecho interno cuando no hay contradicción entre ambos y existe una laguna en la legislación nacional. (...) No existe motivo alguno para no utilizar dichos convenios y normas internacionales para interpretar los derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución de la India, los cuales incluyen el concepto básico de igualdad de género en todos los ámbitos de la actividad humana».

II.A.3. Evaluación de la constitucionalidad de una disposición de derecho nacional

País: Canadá

Dunmore c. Ontario (Fiscal general), Tribunal Supremo del Canadá, 20 de diciembre de 2001, núm. 2001 CSC 94

El Tribunal Supremo del Canadá, al interpretar la Carta canadiense de los derechos y las libertades a la luz del artículo 2 del Convenio núm. 87 de la OIT⁴⁵, invalidó una ley provincial que excluía a los trabajadores agrícolas de las garantías de los demás asalariados en lo que toca a libertad sindical.

II.B. El gran potencial de la utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo

Mientras que la resolución directa del litigio sobre el fundamento del derecho internacional parecía reservada sólo a los países monistas y restringida, además, a disposiciones suficientemente claras y precisas de los convenios y tratados ratificados⁴⁶, *a priori*, la utilización interpretativa no está sometida a ninguna de estas tres limitaciones.

II.B.1. La utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo es aplicable tanto en los sistemas monistas como en los dualistas

En la medida en que no se trata de solucionar directamente el litigio con la aplicación de una disposición internacional, el uso interpretativo es jurídicamente posible tanto en países monistas como dualistas. En los países monistas, el fundamento jurídico que permite a los

⁴⁵ Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).

⁴⁶ Debemos recordar aquí de nuevo que el derecho internacional consuetudinario podría ser usado igualmente para resolver directamente un litigio tanto en países monistas como dualistas (bajo ciertas condiciones).

tribunales conferir una función interpretativa a los tratados y convenios ratificados se deriva directamente de la pertenencia del instrumento ratificado al derecho interno. Es entonces el deber de los tribunales dar una correcta interpretación a la legislación interna teniendo en cuenta, de acuerdo con el principio de la interpretación sistemática, las distintas fuentes de derecho que componen el ordenamiento jurídico interno.

En cuanto a los países dualistas, aunque los tratados ratificados no hacen parte del derecho interno, su uso interpretativo dispone de un innegable fundamento jurídico en las siguientes situaciones:

- cuando la Constitución del país contiene una disposición que otorga genéricamente una función interpretativa a los tratados ratificados en materia de derechos fundamentales de la persona;
- cada vez que hay indicios que demuestran que el legislador tenía como intención ajustarse al contenido de un instrumento internacional. Ocurre lo mismo cuando una ley indica que tiene por objeto incorporar la totalidad o parte de un tratado ratificado, o también cuando los términos utilizados por un texto de ley demuestran que, implícitamente, este incorpora en derecho interno el contenido de un tratado ratificado.

En lo que se refiere a tratados ratificados pero no incorporados en derecho interno, numerosos casos jurisprudenciales demuestran que, bajo ciertas condiciones, éstos pueden constituir fuente válida de interpretación del derecho nacional para los tribunales de países dualistas. Tal posición se adopta claramente en los principios de Bangalore, redactados en 1988 por jueces de 10 cortes supremas de países de *common law* con ocasión de un coloquio sobre la aplicación en derecho interno del derecho internacional de los derechos humanos.

Extracto de los principios de Bangalore⁴⁷

7. En la naturaleza misma del procedimiento judicial y de las funciones de los tribunales nacionales está el tomar en consideración las obligaciones internacionales del Estado, estén o no incorporadas al derecho interno, con el fin de solucionar ambigüedades o incertidumbres procedentes de la Constitución, la legislación o el *common law*.

La referencia a un tratado ratificado pero no incorporado aún, podrá resultar especialmente útil cuando una disposición de derecho interno sea susceptible de dos interpretaciones, ajustándose una más que otra al contenido del tratado ratificado. En este caso, ciertos tribunales eligen la interpretación que más se ajusta al tratado considerando que existe entonces la presunción de que el Parlamento no quiso incumplir los compromisos internacionales del Estado.

⁴⁷ Los Principios de Bangalore se redactaron con el fin de compendiar los debates sostenidos durante el coloquio judicial sobre la aplicación en derecho interno del derecho internacional de los derechos humanos, realizado en Bangalore (India), del 24 al 26 de febrero de 1988.

País: Australia

Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos c. Teob, Tribunal Supremo de Australia, 7 de abril de 1995, (1994) 128 A.L.R. 353

«Es bien sabido que las disposiciones de un tratado internacional ratificado por Australia no entran a formar parte del derecho australiano hasta que no han sido debidamente incorporadas a nuestra legislación interna mediante un decreto. (...) Sin embargo, el hecho de que aún no se hayan incorporado las disposiciones de la Convención al derecho australiano no significa que su ratificación no tenga consecuencias para éste. En caso de ambigüedad de un decreto o de una ley subordinada, el Tribunal debe favorecer la interpretación que más se ajuste a las obligaciones contraídas por Australia en virtud de los tratados y convenios internacionales de los que forma parte, al menos en aquellos casos en los que la normativa se promulgue como consecuencia o después de la entrada en vigor o ratificación del pertinente instrumento internacional. Ello es debido a que el Parlamento pretende, *prima facie*, llevar a efecto las obligaciones contraídas por Australia en virtud del derecho internacional. (...) Si los términos de las leyes internas son susceptibles de una interpretación coherente con lo dispuesto en los instrumentos internacionales y con las obligaciones que éstos imponen a Australia, entonces debe prevalecer tal interpretación».

Esta línea jurisprudencial es conforme a la posición del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el papel de las cortes y tribunales nacionales acerca de la puesta en práctica del Pacto que lleva ese mismo nombre.

Extracto de la observación general 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre «La aplicación interna del Pacto»

Generalmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última.

Fuente: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: observación general 9, La aplicación interna del Pacto, 1998, párrafo 15

Finalmente, en lo que se refiere a litigios que comprometen a la Administración pública, numerosos tribunales de países dualistas han aceptado que la existencia de un tratado ratificado pero no incorporado puede generar una «expectativa legítima» («*legitimate expectation*») de que el contenido del instrumento ratificado será tomado en cuenta por la Administración pública en sus decisiones⁴⁸.

⁴⁸ Hasta el momento, tal noción parece haber sido utilizada básicamente en litigios relativos a los derechos del niño en relación con la expulsión de personas en situación irregular. Sobre este tema, véase S. Fatima: *Using international law in domestic courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005, págs. 371 y siguientes (disponible únicamente en inglés).

País: Australia

Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos c. Teob, Tribunal Supremo de Australia, 7 de abril de 1995, (1994) 128 A.L.R. 353

«La ratificación por el poder ejecutivo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño constituye una afirmación, dirigida a la comunidad nacional e internacional, de que el Commonwealth reconoce y acepta los principios de la Convención. El artículo 3 1) de la Convención prevé que «En todas las medidas concernientes a los niños (...) el interés superior del niño debe ser una consideración primordial». Teniendo que esta Convención no fue incorporada al derecho australiano, esta ratificación creó en los padres y niños cuyos intereses podrían afectarse por las acciones del *Commonwealth* concernientes a los niños, una expectativa legítima de que dichas acciones se realizarán conforme a los principios de la Convención.

En el contexto del litigio, eso significa que los padres y niños, que pudiendo ser afectados por una decisión del *Commonwealth*, alimentaban la expectativa legítima de que la administración actuaría sobre el fundamento prioritario del 'interés superior del niño'.

II.B.2. La utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo no se limita únicamente a las disposiciones directamente aplicables

En segundo lugar, la lógica misma de la utilización interpretativa hace posible la utilización de disposiciones internacionales cuyo contenido no resulta lo suficientemente claro y preciso como para solucionar directamente un litigio, sin el apoyo de una fuente complementaria de derecho. En este sentido, las disposiciones de instrumentos internacionales que establecen principios u objetivos generales o de otros que brindan definición de conceptos, se utilizan por tribunales nacionales con el fin de aclarar el significado de su legislación nacional o consolidar su interpretación⁴⁹.

Extracto de la observación general 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre «La aplicación interna del Pacto»

El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. (...)A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad.

Fuente: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: observación general 9, La aplicación interna del Pacto, 1998, párrafo 10

⁴⁹ Para obtener ejemplos de disposiciones generales de convenios de la OIT que pueden prestarse a un uso interpretativo, véase el *capítulo 1 de la parte 1* del manual.

País: Sudáfrica

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

El artículo 2 del Convenio núm. 111 de la OIT⁵⁰ establece como obligación de los Estados parte, poner en práctica una política nacional encaminada a eliminar toda discriminación en materia de empleo y ocupación. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica utilizó esta disposición 'programática' para consolidar su interpretación de la constitución nacional según la cual, la discriminación en la contratación sufrida por una persona seropositiva debía implicar la eliminación de la situación discriminatoria y, en consecuencia, la contratación de la persona.

Tanto el ejemplo judicial anotado como las explicaciones otorgadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indican claramente que la aplicabilidad judicial del derecho internacional del trabajo va más allá de la sola utilización por los tribunales de las disposiciones internacionales consideradas autoejecutivas o *self-executing*.

II.B.3. La utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo no se limita únicamente a los instrumentos jurídicamente vinculantes

Finalmente, en la medida en que la utilización interpretativa no implica la resolución directa del litigio sobre la base del derecho internacional, muchos tribunales no dudan en remitirse a fuentes jurídicas sin valor vinculante en el derecho nacional, trátense de tratados no ratificados, de recomendaciones internacionales del trabajo o también, más allá de los debates que puedan darse sobre su valor jurídico en derecho interno, de pronunciamientos de órganos de control internacionales.. Esta observación es particularmente útil si se toma en cuenta la importancia tanto cuantitativa como cualitativa de las fuentes del derecho internacional del trabajo que no presentan un carácter jurídicamente vinculante en derecho interno.

País: España

Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo, 23 de noviembre de 1981, 38/1981

«De acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución, los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que recoge la Constitución (...) En cuanto a las recomendaciones de la OIT, son textos orientativos que, sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los convenios».

País: Alemania

Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 18 de noviembre 2003, 1 BvR 302/96

En este asunto, relativo a la validez de un sistema de licencia de maternidad en donde le correspondía al empleador pagar directamente parte de las prestaciones de maternidad a su empleada, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania declaró inconstitucional este modo de financiación en la medida en que podría fomentar en la práctica discriminación contra las mujeres. En esta decisión, el Tribunal no sólo reforzó sus razonamientos refiriéndose a los objetivos establecidos en el Convenio núm. 111 de la OIT⁵¹ sino que también se refirió al artículo 6 8) del Convenio núm. 183 de la OIT⁵² no ratificado por Alemania.

⁵⁰ Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

III. La utilización del derecho internacional del trabajo como fuente de inspiración en el desarrollo de principios jurisprudenciales⁵¹

En ejercicio de su poder creador, siempre que la legislación permita a los tribunales un margen de maniobra en la aplicación de sus disposiciones, los jueces pueden decidir desarrollar su jurisprudencia inspirándose en el contenido del derecho internacional. Al igual que frente a la utilización interpretativa, el derecho internacional del trabajo contribuye entonces de manera indirecta a la resolución del litigio en la medida en que, formalmente, la decisión del tribunal se basa en el principio jurisprudencial por él establecido y no en la disposición internacional que pudo inspirar el reconocimiento.

En este sentido, como hemos indicado anteriormente, en lo que refiere al uso interpretativo del derecho internacional, incluso disposiciones internacionales que no presentan el carácter *self-executing* o que no tienen valor jurídico vinculante en el país en cuestión, cuando proceda pueden utilizarse por los tribunales como fuente de inspiración.

III.A. En caso de laguna de la legislación nacional

Tanto en los países monistas como en los dualistas, los tribunales pueden verse obligados, en mayor o menor medida dependiendo del sistema jurídico, a llenar las lagunas del derecho escrito nacional con el reconocimiento de principios jurisprudenciales. La puesta en práctica de dicha función que en los países de tradición romano germánica se traduce a menudo en la creación de «principios generales del derecho», puede constituir una defensa importante contra la denegación de justicia.

En el ejercicio de este poder creador, ciertos tribunales nacionales se inspiran en las disposiciones y orientaciones del derecho internacional del trabajo para reconocer un principio jurisprudencial que permita solucionar el litigio.

País: Zimbabue

Frederick Mwenye c. Textile Investment Company, Tribunal de Relaciones Laborales, 8 de mayo de 2001, núm. LRT/MT/11/01

Constatando la laguna de la legislación nacional en materia de acoso sexual, el Tribunal de Primera Instancia se basó directamente en la recomendación general 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁵² para calificar el comportamiento del demandante como acoso sexual y confirmar así la validez de su despido.

III.B. Cuando la creación de principios jurisprudenciales es una fuente «habitual» de desarrollo del derecho nacional del trabajo

En los países de *common law*, el poder creador del que disponen los tribunales puede ir más allá de simplemente subsanar los vacíos específicos dejados por la legislación laboral, para cobrar un papel más sistemático en el desarrollo del derecho del trabajo. Particularmente ocurre así en los países donde la legislación laboral reconoce a los tribunales un papel importante en la determinación de las normas con miras a solucionar los litigios laborales, bien

⁵¹ Véase X. Beaudonnet: «La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales», *op. cit.*

⁵² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: recomendación general 19, La violencia contra la mujer, 1992.

porque tienen la competencia de juzgar en equidad, o bien porque la ley les confiere la función de hacer respetar las «prácticas justas de empleo» cuyo contenido deben determinar⁵³.

En estos casos, las disposiciones y orientaciones del derecho internacional del trabajo son utilizadas por ciertos tribunales como uno de los fundamentos jurídicos de los principios que ellos contribuyen a concretar, o como prueba de la existencia de dichos principios.

País: Botswana

Joel Sebonego c. News Paper Editorial and Management Services Ltd., Tribunal Laboral de Botswana, 23 de abril de 1999, núm. IC 64/98

«Dado que el Tribunal Laboral no es sólo un tribunal de derecho, sino también de equidad, puede aplicar las normas de justicia natural y de equidad, como en ocasiones se denominan, para resolver los litigios laborales. Estas normas de equidad emanan del *common law* y de los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los requisitos básicos para un despido sustantivamente justificado, lo que incluye el despido por incapacidad debido a enfermedad, se exponen de forma sucinta en el artículo 4 del Convenio núm. 158 de la OIT, de 1982, que establece lo siguiente (...).

País: Trinidad y Tabago

Bank and General Workers Union c. Home Mortgage Bank, Tribunal Laboral de Trinidad y Tabago, 3 de marzo de 1998, núm. 140 de 1997

«Los principios de las buenas prácticas de las relaciones laborales prohíben terminar la relación de trabajo sin una causa justificada relacionada con la capacidad del trabajador para realizar el trabajo para el que fue contratado o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa del empleador. Estos principios están reconocidos en el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, en el que se ponen por escrito principios de buenas prácticas de las relaciones laborales ya asentados, sin que tenga influencia el hecho de que el Convenio no haya sido ratificado por Trinidad y Tabago. El Convenio no es aplicable como elemento integrante del derecho interno de Trinidad y Tabago, pero sí como prueba de la existencia de principios de buenas prácticas de las relaciones laborales internacionalmente aceptadas.»

Finalmente, cada vez es de mayor aceptación que el derecho internacional, incluso cuando se trata de tratados ratificados pero todavía no incorporados, pueda constituir, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales de la persona, una guía en el desarrollo del *common law*. Pese a que ningún ejemplo judicial nos es por el momento dado en materia contenciosa laboral, algunos autores y operadores jurídicos⁵⁴ consideran que puede tratarse, en el futuro, de un terreno fértil.

⁵³ Como ejemplo, podemos citar las jurisprudencias de Botswana, Sudáfrica y Trinidad y Tabago, así como ciertas decisiones de Fiji y Malawi.

⁵⁴ Véase R. Layton: «When and how can domestic judges and lawyers use international law in dualist systems», *op. cit.*

País: Australia

Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos c. Teob, Tribunal Supremo de Australia, 7 de abril de 1995, (1994) 128 A.L.R. 353

«Los tribunales podrán utilizar las disposiciones de un convenio internacional del que Australia sea parte, especialmente si establece derechos fundamentales universales, como guía para el desarrollo del *common law*. No obstante, éstos deberán mostrar la debida cautela cuando el Parlamento no considere oportuno incorporar las disposiciones de un instrumento internacional a nuestro derecho interno. El desarrollo judicial del *common law* no debe contemplarse como una puerta trasera para la incorporación de un convenio al derecho australiano».

País: Reino Unido

Reynold c. Times Newspaper Ltd (2001), 2 AC 127 (HL), 223B-D

«El derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto resulte pertinente, debe tener un papel fundamental en el desarrollo del *common law*».

País: Reino Unido

R. c. G (2003) UKHL 50 (2004), 1 AC 1034

«Ignorar la situación particular de los niños en el sistema de justicia penal no es aceptable en una sociedad civil moderna. Es contrario al artículo 40 (1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño no tener en cuenta los derechos del niño, en lo que refiere a crímenes susceptibles de cadena perpetua, (...) la edad del niño para establecer si el criterio mental se cumple (...) La Cámara de los Lores no puede ignorar la norma creada por la Convención. Este factor por sí solo justificaba una reconsideración de la jurisprudencia R c. Caldwell».

III.C. En la aplicación de las disposiciones legales específicas que dejan un margen de maniobra a los tribunales nacionales

Tanto en los países monistas como en los dualistas, algunos artículos de ley pueden dejar a los tribunales un determinado margen de maniobra en la aplicación de sus disposiciones. Es, por ejemplo, frecuentemente el caso de la sanción aplicada a los despidos injustificados. En algunos países, los tribunales pueden estar en condición de decidir el reintegro del trabajador. Generalmente, los tribunales de varios países tienen la posibilidad de modular el monto de los daños y perjuicios asignados al asalariado despedido ilícitamente. En la puesta en práctica de estas facultades reconocidas por la ley a los tribunales, éstos pueden utilizar como fuente de inspiración las disposiciones y orientaciones del derecho internacional.

País: Burkina Faso

Karama, Katénin y Bakouan, Bayomboué c. Sociedad industrial del Faso, Corte de apelaciones de Bobo-Dioulaso, 5 de julio de 2006

Unos trabajadores fueron despedidos por haber participado en una huelga. Dado que la Corte calificó la huelga como legal, consideró ilícitos los despidos. Inspirándose en el Convenio núm. 98 de la OIT⁵⁵ y en las decisiones del Comité de Libertad Sindical, la Corte de apelación decidió reforzar las sanciones aplicables a los despidos sucesivos a la participación en una huelga legal, con el fin de tomar plenamente en cuenta el carácter fundamental del derecho violado: «El despido por el hecho de una huelga legal constituye un abuso y una discriminación en el empleo; Teniendo ello y por aplicación del párrafo 2 del artículo 33 del Código del trabajo antiguo, cuyas disposiciones se refuerzan por las previsiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT contenidas en su Recopilación arriba a los párrafos 590, 591 y 593, los apelantes deben ser reinstalados por el requerido si así ellos lo desean; En su defecto, teniendo en cuenta la violación de un derecho fundamental consagrado por el artículo 22 de la Constitución y la antigüedad de los trabajadores, se asignará a cada uno de los apelantes en reparación de sus perjuicios la suma de quince millones de francos por concepto de daños y perjuicios.»

IV. Referencia al derecho internacional del trabajo para reforzar una decisión basada en el derecho nacional

En esta cuarta y última categoría, la referencia al derecho internacional no modifica el sentido de la decisión judicial en la medida en que la solución del litigio podría obtenerse con el único fundamento del derecho interno. No obstante, la referencia subsidiaria al derecho internacional puede permitir, bien consolidar un razonamiento basado principalmente en elementos de derecho nacional, o bien resaltar el carácter fundamental de un principio o de un derecho. La utilización del derecho internacional como recurso que no direcciona directamente el sentido de la decisión se ha constado tanto en países dualistas como monistas.

⁵⁵ Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

País: Burkina-Faso

Zongo y otros c. Gerente de la Station Mobile Bataille du Rail, Tribunal Laboral de Ouagadougou, 17 de junio de 2003, núm. 090

Para consolidar el principio de la inderogabilidad de los salarios mínimos previsto por el Código del trabajo nacional, el Tribunal Laboral de Ouagadougou se refirió a los Convenios núms. 26 y 131 de la OIT⁵⁶ ratificados por Burkina Faso. El tribunal recordó además que, en virtud de estos Convenios, cuando dichas tasas mínimas no se respetan la víctima de tal vulneración tiene derecho a pedir la compensación de las sumas adeudadas y el empleador debe pagar los derechos adquiridos resultantes de tal vulneración.

País: Paraguay

Acción de inconstitucionalidad planteada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y la Central Nacional de Trabajadores (CNT) c.el Decreto núm. 16769 dictado por el Ejecutivo, Corte Suprema de Justicia, 23 de septiembre de 2000, núm. 35

En una acción de inconstitucionalidad contra un decreto dictado por el Ejecutivo, a través del cual se establecían normas para la elección de la dirección de las organizaciones sindicales, los demandantes alegaron que el decreto violaba la Constitución en lo referente a los principios de libertad sindical. Con el fin de determinar si las disposiciones decretadas por el Ejecutivo para regular la elección de la dirección sindical eran inconstitucionales, la Corte Suprema analizó la Constitución Nacional y se refirió al Convenio núm. 87 de la OIT.⁵⁷

«Con el Decreto del Ejecutivo, no se pretende dar cumplimiento al precepto constitucional, sino eliminar derechos consagrados en la propia Constitución y en los convenios internacionales suscritos por el Paraguay (Artículo 97 y concordantes de la Constitución Nacional y Convenio núm. 87 de la OIT, Artículos 3, 4, 7). Además de violar la Constitución Nacional, el Decreto en cuestión también contradice disposiciones del Convenio núm. 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación.»

⁵⁶ Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26); Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131).

⁵⁷ Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).

Capítulo 2

Posibles obstáculos en la aplicación judicial del derecho internacional del trabajo

El objetivo de esta segunda parte consiste en contemplar algunas situaciones que pueden constituir un obstáculo o un límite en la utilización judicial del derecho internacional del trabajo. En cada caso proponemos analizar y evaluar en qué medida los elementos señalados impiden o reducen efectivamente la posibilidad de los tribunales de referirse al derecho internacional, y cómo algunas de las dificultades mencionadas podrían superarse.

I. Las partes del litigio no invocaron las normas internacionales del trabajo en sus alegatos

Las normas internacionales del trabajo, constituyendo fuentes de derecho a menudo desconocidas por los sujetos de derecho, se plantea frecuentemente la pregunta de si los tribunales pueden aplicar de oficio disposiciones de derecho internacional del trabajo cuando éstas no han sido invocadas por las partes.

El interrogante puede resultar pertinente especialmente en los países que conceden una amplia autonomía a las partes en el impulso de los procesos civiles. La respuesta a esta cuestión depende, por supuesto, de las normas de procedimiento civil de cada país. Con ello, no obstante, es posible destacar los siguientes puntos.

En los países de tradición romano germánica, varios elementos contribuyen a reconocer de manera clara la capacidad de los tribunales de aplicar de oficio las disposiciones de derecho internacional del trabajo. En el sistema de derecho romano germánico, los jueces tienen la obligación de resolver el litigio en virtud de las normas de derecho que son aplicables así como de asignar a los hechos su exacta calificación jurídica⁵⁸.

En cuanto la remisión a las fuentes internacionales aplicables al caso permita influir sobre el sentido de la decisión, corresponde a los tribunales hacer uso de ellas. Por demás, es preciso destacar también que las normas internacionales del trabajo se refieren a ámbitos que presentan, frecuentemente, en derecho interno un carácter de orden público, elemento que contribuye también a su aplicación de oficio por los tribunales. Sin embargo, con el fin de respetar el principio de contradicción, es indispensable que el juez permita a las partes tener

⁵⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 12 del nuevo Código de procedimiento civil francés:

«El tribunal ha de resolver el litigio conforme a las normas jurídicas que resulten aplicables.

Deberá dar o restituir a los hechos y actos litigiosos su calificación exacta, sin atenerse a la denominación que las partes hubieran propuesto.

Sin embargo, no podrá alterar la denominación o la fundamentación jurídica cuando las partes, en virtud de acuerdo expreso y respecto de derechos de los que tengan la libre disposición, le hayan vinculado en cuanto a las calificaciones y cuestiones jurídicas a las que hayan querido limitar la controversia».

conocimiento y pronunciarse sobre los elementos de derecho que se propone aplicar en el litigio⁵⁹.

En aquellos países de tradición anglosajona que concedan a las partes el completo dominio de los elementos de derecho del pleito, el juez dispone de la posibilidad de informarles sobre la legislación aplicable y, así, darles la posibilidad de referirse en sus alegatos a las fuentes internacionales pertinentes⁶⁰.

II. No se publicó en el diario oficial un tratado ratificado

Esta situación constituye cuestión de particular interés en los países monistas cuya Constitución indica que los Tratados se integran una vez éstos «se ratifican y publican» en forma regular. Con base en una disposición de este tipo⁶¹, el Tribunal supremo de Senegal, en 1975, rechazó la aplicación del Convenio núm. 87 de la OIT, ratificado pero no publicado para la época, en un litigio relativo a la disolución administrativa de una organización sindical contrariando el artículo 4 de dicho Convenio⁶².

Con el fin de determinar en qué medida la ausencia de publicación podría impedir la utilización judicial del instrumento en cuestión, varios elementos deben tenerse en cuenta.

Antes de entrar en el meollo del asunto, es pertinente recordar preliminarmente que, desde el punto de vista del derecho internacional, el Tratado ratificado pero no publicado es plenamente aplicable y que el Estado debe entonces respetar jurídicamente las obligaciones subsiguientes a la ratificación del instrumento.

Desde el punto de vista del derecho interno, es necesario determinar si la publicación constituye una condición de la entrada en vigor o, simplemente, de la oponibilidad del instrumento internacional.

A este respecto, un análisis teleológico⁶³ permite considerar que, tal como ocurre con las leyes adoptadas por el Parlamento, la publicación de los Tratados ratificados tiene por objeto dar a conocer el nuevo texto a los sujetos destinatarios de la norma así como a las autoridades encargadas de aplicarla. Es entonces posible calificar la publicación como condición de oponibilidad del Tratado ratificado a las personas justiciables. En este sentido, no es posible solucionar directamente⁶⁴ un litigio entre particulares con fundamento principal en un Tratado

⁵⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 16 del nuevo Código de procedimiento civil francés:

«El tribunal deberá observar y hacer observar en todo caso el principio de contradicción.

Para fundar su decisión sólo podrá atender a los medios de prueba, a las explicaciones y a los documentos invocados o aportados por una parte en caso de que la contraria haya estado en condiciones de contradecirlos.

No podrá fundar su decisión en fundamentos jurídicos que él mismo haya apreciado de oficio sin haber ofrecido previamente a las partes la oportunidad de pronunciarse al respecto».

⁶⁰ Con el fin de interpretar y aplicar correctamente las disposiciones de derecho interno en las que las partes sustentan sus pretensiones, nos podemos preguntar si el juez, no obstante, tiene la posibilidad – o incluso el deber - de referirse a los instrumentos internacionales pertinentes. Para obtener un ejemplo de decisión judicial de un país dualista que se inspira en el Convenio (núm. 158) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, para reconocer un principio general cuando dicho fundamento jurídico no es invocado por las partes, véase, *Modise y otros c. Steve's Spar*, Tribunal de Apelación Laboral de Sudáfrica, 15 de marzo de 2000, núm. JA 29/99.

⁶¹ Artículo 98 de la Constitución de Senegal.

⁶² Caso núm. 39/73, Tribunal Supremo de Senegal, 29 de enero de 1975.

⁶³ Por análisis teleológico, entendemos la búsqueda del objetivo de un texto jurídico.

⁶⁴ Sin embargo, podemos preguntarnos si la falta de publicación supone un obstáculo a una utilización interpretativa del derecho internacional encaminada a precisar el sentido y alcance de una disposición de derecho nacional.

no publicado, dado que las personas justiciables no están en condición de poder respetar el texto en cuestión.

No obstante, constatamos que el argumento de la no publicación de un Tratado ratificado para descartar su aplicación podría ser cuestionado en el marco de litigios entre el Gobierno o la Administración pública y un(a) particular. Si la publicación se considera como una medida de publicidad que permite hacer oponible un texto poniéndolo en conocimiento de todos, su ausencia parece poder ser difícilmente alegada por un Gobierno.

Este, en primer lugar, no puede negar conocer la existencia y el contenido del Tratado que contribuyó a ratificar y con respecto del cual, regularmente, debe rendir cuentas a nivel internacional. Por otro lado, puede parecer paradójico que, en el marco de un litigio, un Gobierno pueda obtener beneficio de su propia negligencia en no publicar en el Diario Oficial un Tratado ratificado.

III. Las disposiciones de un tratado parecen demasiado generales para considerarse directamente aplicables por los tribunales

No hay duda de que muchas disposiciones de los tratados internacionales relativos a las cuestiones laborales difícilmente permiten a los tribunales, sobre su único fundamento, resolver un litigio directamente. Ocurre así especialmente con las disposiciones de los convenios de la OIT llamadas programáticas o promocionales que obligan a los Gobiernos y a los parlamentos de los países que los ratifican a poner en práctica una política general destinada a lograr los objetivos del convenio. Estamos aquí, entonces, ante un límite objetivo para la utilización judicial del derecho internacional del trabajo. En realidad, un límite así sólo incumbe a los países monistas puesto que, por definición, en los sistemas dualistas no es posible solucionar directamente un litigio con fundamento en los Tratados ratificados.

Al mismo tiempo, la extensión de este obstáculo debe delimitarse con cuidado.

Como se ha ilustrado en este módulo, en primer lugar es pertinente analizar atentamente el carácter autoejecutivo o no de la disposición internacional en juego, teniendo en cuenta los siguientes puntos:

- no existe presunción general de no aplicabilidad directa de las disposiciones de los convenios y tratados internacionales en materia de derechos de la persona y derecho laboral;
- la aplicabilidad directa debe ser analizada disposición por disposición y no frente a un instrumento internacional en su conjunto.

En segundo lugar, se ha ilustrado que, frente a cierta clase de litigios⁶⁵, disposiciones que no presentan un carácter self-executing o autoejecutivo pueden resultar, a veces, lo suficientemente claras como para solucionar directamente el problema jurídico planteado al tribunal.

Finalmente, se debe recordar que las disposiciones internacionales que no presentan un carácter autoejecutivo pueden, no obstante, contribuir indirecta pero decisivamente en la resolución del litigio, permitiendo, por ejemplo, interpretar las disposiciones de derecho interno aplicables al pleito.

⁶⁵ Esencialmente se trata de litigios referentes a la validez de disposiciones de derecho nacional.

IV. El contenido de un tratado ratificado es manifiestamente contrario a una disposición nacional clara y precisa

En los países dualistas, de existir una incompatibilidad manifiesta entre el derecho internacional y la legislación nacional no susceptible de ajuste por vía interpretativa, el contenido de los tratados ratificados, que no pueden ser aplicados directamente por los jueces, no podrá ser utilizado por los tribunales ordinarios para resolver el litigio.

Sin embargo, ello no significa que los tribunales se vean privados de toda iniciativa para contribuir a armonizar el derecho interno con las obligaciones internacionales del Estado. Dos vías pueden explorarse aquí. Si la incompatibilidad manifiesta se refiere a derechos fundamentales reconocidos por la Constitución del país, la contradicción con un Tratado ratificado puede constituir un indicio importante de la inconstitucionalidad de la legislación en cuestión. Cuando el sistema jurídico lo prevé, los tribunales ordinarios podrán suspender el análisis del caso y plantear a la jurisdicción competente la inconstitucionalidad correspondiente⁶⁶.

En segundo lugar, para los tribunales existe siempre la posibilidad de llamar la atención en su decisión al legislador sobre la necesidad de armonizar la legislación nacional con las obligaciones internacionales del país. A este respecto, es interesante tener en cuenta las conclusiones de dos reuniones de jueces de alto nivel relativas al papel de los tribunales nacionales en la aplicación de los tratados internacionales en cuanto a derechos fundamentales de la persona⁶⁷.

Extracto de los Principios de Bangalore⁶⁸

8. Sin embargo, cuando la ley nacional es manifiestamente contraria a la obligación internacional del respectivo Estado, en los países de *common law* el tribunal nacional tiene la obligación de aplicar la ley interna.

En dichos casos, el tribunal debe informar a las autoridades competentes sobre la existencia de tal contradicción. En efecto la supremacía del derecho interno en el plano nacional no morigerará en lo absoluto la violación de la obligación internacional que el Estado se comprometió a respetar. [Puesto en evidencia por los autores del manual]

⁶⁶ El tribunal constitucional competente podrá entonces inspirarse provechosamente en el derecho internacional con el fin de interpretar sus propias disposiciones constitucionales. Véase, por ejemplo, *Dunmore c. Ontario (Fiscal General)*, Tribunal Supremo del Canadá, 20 de diciembre de 2001, núm. 2001 CSC 94.

⁶⁷ Estas conclusiones no tienen, por supuesto, ningún contenido normativo. A este respecto, véase también el M. Kirby: «The road from Bangalore: The first ten years of the Bangalore principles on the domestic aplicación de internacional human rights normas», *op. cit.*

⁶⁸ Véase, nota 47.

Extractos de la Declaración de principios de Arusha⁶⁹

Convencidos que (...) 2. Los funcionarios judiciales de los sistemas monistas y dualistas tienen la oportunidad de recomendar reformas de las leyes y programas de acción a los órganos gubernamentales competentes. (...) En consecuencia, hagamos la declaración siguiente y demandemos a los funcionarios judiciales hacer lo mismo: (...) 3. Cada vez que sea apropiado hacer recomendaciones en los juicios nacionales sobre la forma en la que el derecho nacional y las políticas nacionales podrían ser reformados para estar conformes a las obligaciones del Estado en virtud del Convenio.

En los países monistas, la solución a esta situación dependerá del contenido de la disposición internacional contradicha por la legislación nacional. Si la disposición del Tratado ratificado es suficientemente clara y precisa para solucionar por sí sola el litigio, los tribunales ordinarios podrán descartar la disposición interna contraria sin tener que invalidarla y aplicarán, entonces, directamente el contenido del instrumento internacional. Sin embargo, si la disposición del tratado infringida es demasiado general para resolver el litigio sobre su solo fundamento, conviene a los tribunales ordinarios, de no ser competentes para invalidar las disposiciones legales contrarias a las normas de valor superior, recurrir a la jurisdicción competente para declarar inválida o inconstitucional la disposición legal en cuestión⁷⁰.

⁶⁹ La Declaración de principios de Arusha sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en derecho interno se adoptó en el coloquio jurídico sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a nivel nacional, realizado en Arusha (Tanzania) del 9 al 11 de septiembre de 2003.

⁷⁰ Por supuesto, para ello es preciso que la legislación permita tal consulta.

Referencias bibliográficas

- Beaudonnet, X.: «La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales», *Revista derecho del trabajo*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, Julio de 2006
- : «L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes», *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, Bordeaux, 2005
- Brownlie, I.: *Principles of Public International Law*, 4a edición (Oxford University Press, Oxford, 1994) [disponible únicamente en inglés]
- Ermida Uriarte, O.: «Constituzionalización del derecho laboral», en *Asesoría laboral*, núm. 26, Febrero de 1993
- Fatima, S.: *Using international law in domestic courts* (Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005)
- Kirby, M.: «The road from Bangalore: The first ten years of the Bangalore principles on the domestic application of international human rights norms», discurso pronunciado en 1998 [disponible únicamente en inglés]
- L'Heureux-Dubé, C.: «Les défis de la magistrature à l'ère de la globalisation: le rôle du juge en tant que citoyen du monde», artículo escrito en 2002 [disponible únicamente en francés]
- Layton, R.: «When and how can domestic judges and lawyers use international law in dualist systems», artículo escrito en 2005 para el CIF-OIT de Turín [disponible únicamente en inglés]
- Leary, V.: *International Labour Conventions and National Law* (Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Boston-Londres, 1982) [disponible únicamente en inglés]
- Marleau, V.: «Réflexion sur l'idée d'un droit international coutumier du travail», en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Ginebra, 2004) [disponible únicamente en francés]
- OIT: *The Role of International Labour Standards in the Work of Southern African Labour Courts*, Background Paper (Southern Africa Multidisciplinary Advisory Team of the ILO, Harare, 1999) [disponible únicamente en inglés]
- : *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.ª reunión, Ginebra, 1996
- Thomas, C.; Oelz, M; Beaudonnet, X.: «The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications», en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Ginebra, 2004) [disponible únicamente en inglés]
- Von Potobsky, G.: «Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional», en *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Ginebra, 2004)

-: «Los convenios de la OIT: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?», en *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata* (Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1997)

Documentos

■ Naciones Unidas

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 9 (1998) sobre «La aplicación interna del Pacto»

■ Otro

Principios de Bangalore sobre la aplicación en derecho interno del derecho internacional de los derechos humanos, 1988

Declaración de principios de Arusha sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en derecho interno, 2003

2ª parte

Las fuentes del derecho internacional del trabajo a disposición de los jueces y operadores jurídicos

Capítulo 1

Las normas internacionales del trabajo adoptadas por la OIT

I. Introducción

El objetivo inicial de este capítulo es el de describir las características de los diferentes tipos de instrumentos normativos adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En segundo lugar, el capítulo propone algunos ejes de reflexión sobre la naturaleza de las disposiciones contenidas en las normas internacionales del trabajo (NIT), a fin de determinar en qué medida pueden estas dar lugar a un uso judicial.

El capítulo estará dedicado principalmente a los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, creadores de obligaciones a cargo de los Estados Miembros de la OIT y constituyendo lo que en stricto sensu se denomina NIT. No obstante, existen otros instrumentos de la OIT, ya sean de carácter general (Constitución de la OIT, declaraciones) o de carácter específico (resoluciones, repertorios de recomendaciones prácticas), que pueden representar una fuente para los jueces y los operadores jurídicos nacionales y que, por lo tanto, también serán brevemente descritos a lo largo de este capítulo. En cuanto a las labores de los órganos de control de la OIT, particularmente importantes para precisar el significado y alcance de las disposiciones de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, serán abordadas detenidamente en el capítulo siguiente.

II. Prólogo: los principios y derechos fundamentales incluidos en la Constitución de la OIT

La Constitución de la OIT constituye el texto fundador que da pie a la existencia de todas las normas adoptadas por la Organización.

La mayor parte de las disposiciones de la Constitución definen las competencias, la composición y el funcionamiento de los principales órganos que componen la OIT. Sin embargo, la Constitución también es fuente de derecho sustancial. El Preámbulo así como la Declaración de Filadelfia, introducida en 1946 al texto constitucional, establecen un determinado número de principios y derechos fundamentales del trabajo. Entre estos,

destacaremos el reconocimiento de la libertad de asociación¹, el principio de la no discriminación², así como la afirmación de que el trabajo no es una mercancía³.

Basándose en que todos los Estados Miembros han aceptado aplicar el contenido de su Constitución⁴, varios órganos de la OIT han conseguido, en diversas oportunidades, extraer consecuencias jurídicas del reconocimiento constitucional de estos principios. De esta forma, se ha logrado que el sistema especial de control en materia de libertad sindical se aplique a todos los países miembros, inclusive a aquellos que no hayan ratificado los convenios relacionados con el tema. En el mismo sentido, se destaca la adopción por parte de la Conferencia Internacional del Trabajo (a partir de ahora, la Conferencia), en 1964, de la declaración condenando la política de apartheid de la República de Sudáfrica sin que, para la época, este país hubiese ratificado el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Finalmente, basándose de nuevo en los principios reconocidos por la Constitución de la OIT, la Conferencia adoptó, en 1998, la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en virtud de la cual todos los Estados Miembros de la Organización, hayan o no ratificado los convenios pertinentes, se comprometen a «respetar, promover y hacer realidad» los derechos y principios en materia de libertad sindical y negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.⁵

III. Naturaleza y características principales de los convenios y recomendaciones de la OIT

III.A. La naturaleza jurídica de los convenios y recomendaciones de la OIT

III.A.1. Los convenios internacionales del trabajo: tratados internacionales de carácter especial

Los convenios de la OIT son tratados internacionales que, una vez adoptados por la Conferencia, pueden ser ratificados por los Estados Miembros⁶. Los Estados que hayan ratificado un convenio de la OIT, están entonces jurídicamente obligados por el contenido de dicho instrumento, por lo cual, según los términos del artículo 19, párrafo 5 d) de la Constitución de la OIT, deben adoptar «las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio». Para comprender cabalmente el contenido de esta disposición, resulta útil leerla a la luz de los artículos pertinentes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969⁷.

¹ Véase Constitución de la OIT, Anexo, I(b)

² Véase Constitución de la OIT, Anexo, II(a)

³ Véase Constitución de la OIT, Anexo, I(a)

⁴ Véase artículo 1 párrafo 3, de la Constitución de la OIT donde se hace referencia a «la aceptación formal de las obligaciones que emanan de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo».

⁵ Véase Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, artículo 2.

⁶ Véase Constitución de la OIT, artículos 19 y 20.

⁷ El artículo 5 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados confirma que dicha Convención es aplicable a los convenios de la OIT «sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización».

Fragmentos de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados

Artículo 26. *Pacta sunt servanda*

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46⁸.

Elaborados⁹ y adoptados de manera tripartita¹⁰ en el seno de la Conferencia¹¹, los convenios de la OIT son, sin embargo, tratados internacionales de un tipo particular. Aparte del tripartismo, que será estudiado en la sección siguiente, el régimen jurídico de los convenios de la OIT resulta tener distintas características que los diferencian de los tratados internacionales clásicos y que, en cierta medida, responden a la naturaleza legislativa que se pretendía conferirles al momento de la creación de la OIT. En este sentido, destacamos los siguientes elementos, que subrayan el carácter institucional de los convenios de la OIT.

- La adopción de convenios internacionales del trabajo por parte de la Conferencia, no requiere la firma de los representantes de los Estados Miembros de la OIT.
- Al ratificar un convenio de la OIT, un Estado se compromete, ante todo, frente a la Organización Internacional del Trabajo, y solo consecuentemente frente a los otros Estados Miembros de la Organización.
- Desde el punto de vista del derecho interno, esto implica que la aplicabilidad de los convenios internacionales del trabajo ratificados por un país, no se puede subordinar al principio de reciprocidad¹². Este principio muchas veces contemplado por las Constituciones nacionales, no adquiere sentido sino cuando un Estado se compromete a respetar obligaciones con respecto a otro Estado y no con respecto a una organización internacional.
- En virtud de la Constitución de la OIT, los convenios internacionales del trabajo crean obligaciones jurídicas específicas a los Estados Miembros, independientemente de que medie o no ratificación. Es el caso de la obligación de sumisión¹³, en virtud de la cual cada Estado debe, en un plazo de doce meses, o dieciocho meses máximo, presentar los convenios y recomendaciones adoptados por la Conferencia, a la autoridad encargada de legislar sobre los temas tratados por el instrumento respectivo. Con respecto a los convenios, la obligación de sumisión tiene como objetivo permitir un debate nacional sobre

⁸ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 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».

⁹ Para el proceso de elaboración de normas internacionales del trabajo, véase OIT: Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, Ginebra, 2006, párrafos 1-4.

¹⁰ Sobre el aspecto tripartito de los convenios internacionales del trabajo, véase *infra*, sección B.2.

¹¹ Véase los artículos 19, párrafo 2, y 21, párrafo 1, de la Constitución de la OIT.

¹² Al respecto, se debe tener en cuenta que algunos convenios de la OIT en material de seguridad social subordinan su aplicación a la ratificación recíproca de los Estados. Véase para el caso, los Convenios núm. 19 y 118 sobre igualdad de trato a los trabajadores nacionales y extranjeros

¹³ Véanse, para el caso de los convenios, Constitución de la OIT, artículo 19, párrafo 5, y para el caso de las recomendaciones, Constitución de la OIT, artículo 19 párrafo 6.

su eventual ratificación. Asimismo, los Estados Miembros que no hayan ratificado un convenio, están no obstante, en la obligación de rendir una memoria sobre el estado de su legislación y la práctica interna relativa al contenido de dicho convenio, así como sobre las perspectivas de ratificación si así lo decide el Consejo de Administración de la OIT (en adelante Consejo de Administración)¹⁴.

Los elementos aquí descritos, reflejan la voluntad de los fundadores de la OIT de dotar los convenios internacionales del trabajo de una eficacia calificada. De la misma forma, evidencian que el contenido y las finalidades que persiguen los convenios de la OIT difieren de los de los tratados internacionales tradicionales.

Ya no se trata de regular las relaciones entre los Estados sino de establecer un marco para las relaciones laborales y la política social de los países miembros, creando o propiciando el surgimiento de derechos y obligaciones aplicables a los sujetos de derecho. Esto último tiene una trascendencia poco despreciable en la posibilidad de que los tribunales nacionales apliquen las normas de la OIT.

Para terminar, conviene señalar que la Conferencia está en la capacidad de adoptar protocolos que busquen revisar o modificar parcialmente los convenios ya existentes. Jurídicamente, los protocolos gozan de la misma naturaleza y valor que los convenios, por lo tanto, obligan únicamente a los Estados que ya los hayan ratificado¹⁵.

III.A.2. Las recomendaciones internacionales del trabajo, instrumentos no vinculantes¹⁶

No obstante ser elaboradas y adoptadas por la Conferencia bajo las mismas reglas implementadas para los convenios, las recomendaciones internacionales del trabajo no constituyen instrumentos jurídicos obligatorios¹⁷ y, por lo tanto, no son objeto de ratificación. Al aprobar una recomendación, la Conferencia no pretende obligar a los Estados miembros a que respeten su contenido sino más bien proponer directrices que les pueda guiar en la regulación de las relaciones laborales y en el desarrollo de su política social.

Dependiendo del caso, las recomendaciones son utilizadas por la Conferencia bien para acompañar la adopción de un convenio y complementar sus disposiciones, o bien, con un carácter autónomo¹⁸, para abordar un tema que no haya sido objeto de convenio alguno.

¹⁴ Constitución de la OIT, artículo 19, párrafo 5(e). En la práctica, estas memorias son utilizadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones a fin de elaborar cada año un estudio general sobre el tema escogido por el Consejo de Administración. Véase *infra, parte 2, capítulo 2* del manual.

¹⁵ Los protocolos adoptados hasta el momento son los siguientes: Protocolo de 1995 relativo al Convenio (núm. 81) sobre la inspección del trabajo; Protocolo de 1990 relativo al Convenio (núm. 89) sobre el trabajo nocturno (mujeres); Protocolo de 1982 relativo al Convenio (núm. 110) sobre las plantaciones; Protocolo de 1996 relativo al Convenio (núm. 147) sobre la marina mercante (normas mínimas); Protocolo de 2002 relativo al Convenio (núm. 155) sobre seguridad y salud de los trabajadores.

¹⁶ Es muy importante evitar cualquier confusión entre las recomendaciones internacionales del trabajo adoptadas por la Conferencia internacional del trabajo que son normas no vinculantes de carácter universal y las recomendaciones dirigidas por los órganos de control de la OIT a un país determinado en caso de que éste no cumpla con sus obligaciones en materia de NIT. Los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT y su valor jurídico se analizarán en el siguiente capítulo del manual.

¹⁷ Si bien el contenido de las recomendaciones no obliga a los Estados Miembros, los dos tipos de obligaciones específicas establecidas para el caso de convenios no ratificados también las afectan: estas son, la obligación de someter la recomendación a la autoridad legislativa interna dentro de un plazo de 18 meses, y la presentación de una memoria de seguimiento del estado de la legislación y de la puesta en práctica del contenido de la misma a solicitud del Consejo de Administración.

¹⁸ Véase, por ejemplo, la recomendación sobre las comunicaciones dentro de la empresa, 1967 (núm. 129), o la recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002 (núm. 194).

En caso de la adopción conjunta de un convenio y de una recomendación, la recomendación podrá, por ejemplo, proponer medidas que permitan poner en práctica los principios planteados en el convenio¹⁹. En determinadas circunstancias, la recomendación también puede proponer que se amplíe o se fortalezca la protección prevista para los trabajadores en el convenio correspondiente²⁰.

Como será analizado en la segunda parte de este capítulo, la ausencia de carácter vinculante en las recomendaciones internacionales del trabajo no significa que no se les pueda dar un uso judicial. En determinados casos, pueden servir como referencia para interpretar las disposiciones del derecho interno o pueden obrar como fuente de inspiración para subsanar las lagunas de la legislación nacional.

III.A.3. Otros tipos de instrumentos adoptados por la OIT

Las declaraciones

Pese a que la Constitución de la OIT no hace referencia a este tipo de instrumentos dentro de sus disposiciones, tanto la Conferencia como el Consejo de Administración acogieron la figura de las declaraciones²¹. Al no estar sometida a ratificación, el peso de una declaración depende en gran parte del objetivo que persiga y del órgano que la expida. Al respecto, se destacan especialmente las declaraciones adoptadas por la Conferencia²². El órgano máximo de la OIT recurrió en muy contadas ocasiones a este tipo de instrumentos y siempre con la finalidad de reafirmar los principios fundamentales de la Organización, lo cual confiere a las Declaraciones de la Conferencia una gran solemnidad. Por este carácter y pese a que técnicamente no son vinculantes, las Declaraciones de la Conferencia pueden ser percibidas como una expresión del derecho consuetudinario internacional o del *jus cogens*, es decir, del orden público internacional.

¹⁹ Por ejemplo, en materia de protección a los representantes de los trabajadores, la Recomendación núm. 143 complementa el Convenio núm. 135. Mientras el Convenio declara que los representantes de los trabajadores deberán ser protegidos de manera eficaz contra toda discriminación motivada por la naturaleza de sus funciones, y que deberán ser beneficiados con las facilidades apropiadas que les permita llevar a buen término su mandato, la recomendación propone una lista de medidas que posibilita hacer efectivos estos dos principios. A propósito de la protección eficaz contra la discriminación, son de destacar las siguientes medidas: consulta o acuerdo con un organismo independiente previo al despido, reintegro por despido sin justa causa, inversión de la carga de la prueba en caso de proceso judicial debido al despido, etc.

²⁰ En materia de despido puede verse un ejemplo. La Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), propone agregar a la lista de motivos de despido prohibidos por el Convenio núm. 158, causales como la edad y el cumplimiento de obligaciones ciudadanas tales como el servicio militar. En el mismo sentido, la recomendación pide fortalecer las garantías previstas en el proceso previo al despido, otorgándole la posibilidad al asalariado de recibir la asistencia de un representante.

²¹ Debe anotarse que el Consejo de Administración ha adoptado una declaración en una única ocasión. Se trata de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (1977).

²² Las declaraciones siguientes han sido proferidas por la Conferencia: Declaración de Filadelfia de 1944; Declaración sobre el apartheid en Sudáfrica (1964); Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975); Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo (1998).

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo

La Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, refiriéndose a la Constitución de la OIT, identifica cuatro categorías de principios y derechos considerados como fundamentales, contenidos en ocho convenios de la OIT igualmente calificados como fundamentales²³. Con base en la aceptación del contenido de la Constitución, fruto a su vez de la adhesión a la Organización, el conjunto de los Estados Miembros se comprometen a respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, hayan o no ratificado los convenios concernientes.

La Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo comporta un mecanismo de seguimiento concebido con la idea de apoyar a los Estados Miembros para lograr un mayor respeto de estos principios y derechos fundamentales.

La Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo podría tener cierto impacto en los sistemas jurídicos de países que no han ratificado el conjunto de los ocho convenios fundamentales. En este sentido, resulta interesante el siguiente fragmento, extraído del Preámbulo del Código del Trabajo de Marruecos (2004), país que todavía no ha ratificado el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).

Extracto del Preámbulo del Código del Trabajo del Reino de Marruecos

Los derechos protegidos y cuyo ejercicio, tanto al interior como al exterior de la empresa, es garantizado por la presente ley, comprenden los derechos contenidos en los convenios internacionales del trabajo que han sido ratificados, y los derechos previstos por los convenios principales de la Organización Internacional del Trabajo, que incluyen particularmente:

- la libertad sindical y la adopción efectiva del derecho de organización y de negociación colectiva;
- la prohibición de toda forma de trabajo forzado;
- la eliminación efectiva del trabajo infantil;
- la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación;
- la igualdad de remuneración.

Las resoluciones

También adoptados por la Conferencia, estos instrumentos no vinculantes permiten a la Conferencia manifestar su punto de vista sobre una variedad importante de asuntos. Cuando se refieren a temas cobijados por convenios, las resoluciones pueden constituir una herramienta interpretativa de sus contenidos. De hecho, varias resoluciones son utilizadas por los órganos de control de la OIT como apoyo para evaluar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Miembros en materia de libertad sindical o de igualdad en el empleo y la ocupación²⁴.

²³ Las cuatro categorías de principios y derechos así como los convenios involucrados, son los siguientes:
• libertad de asociación y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva (Convenios núms. 87 y 98);
• eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio (Convenios núms. 29 y 105);
• abolición efectiva del trabajo infantil (Convenios núms. 138 y 182);
• eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenios núms. 100 y 111).

²⁴ Resolución de 1952 relativa a la independencia del movimiento sindical; resolución de 1970 sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles; resolución de 1985 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el empleo.

Asimismo, en época reciente se han adoptado conjuntamente resoluciones y convenios con el fin de orientar a los Estados en la aplicación de estos últimos²⁵.

Los repertorios de recomendaciones prácticas

Se trata de instrumentos técnicos, en un principio producto de la labor conjunta de peritos designados por los trabajadores, empleadores y gobiernos, y luego avalados por el Consejo de Administración. Si bien la mayor parte de los repertorios versan sobre temas de seguridad y salud ocupacional, es de destacar también la existencia de un importante repertorio en materia de VIH-SIDA²⁶.

Aunque no son vinculantes ni gozan de la solemnidad de los instrumentos adoptados por la Conferencia, los repertorios son manuales prácticos cuya elaboración y adopción por medio del consentimiento tripartito antes mencionado, le confieren gran legitimidad. Es por ello que de ninguna forma se les puede descartar, como fuente inspiradora de las jurisdicciones nacionales.

País: Sudáfrica

PFG Building Glass (pty) ltd c. Chemical Engineering Pulp Paper Word and Allied Workers Union (CEPPAWU) y otro, Tribunal Laboral, 28 de marzo de 2003, núm. J90-2003

En esta sentencia, el repertorio de recomendaciones prácticas de la Oficina Internacional del Trabajo sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo, fue utilizado por el Tribunal como sustento de sus consideraciones respecto a la validez de pruebas médicas efectuadas en una empresa de manera anónima y con el consentimiento de los empleados.

III.B. El carácter tripartito y universal de los instrumentos de la OIT

Más allá de las distinciones que deben hacerse respecto de su naturaleza jurídica, los convenios y las recomendaciones internacionales del trabajo, así como los otros instrumentos adoptados por la OIT, comparten dos características fundamentales: el tripartismo y la universalidad. De estas dos propiedades no solo se desprenden varios elementos específicos del régimen jurídico de los convenios y las recomendaciones, sino que además, estos dos rasgos adquieren particular relevancia con respecto de la posible utilización de las NIT por parte de los tribunales nacionales.

III.B.1. El carácter tripartito y universal de los convenios y de las recomendaciones de la OIT

El tripartismo

La lógica que rige el funcionamiento de la OIT, donde se les da cabida tanto a gobiernos como a organizaciones de empleadores y trabajadores, entiende que los instrumentos adoptados por la organización no pueden ser el resultado exclusivo de una labor intergubernamental. Por el contrario, son fruto de un constante diálogo tripartito, en particular en el caso de los convenios y las recomendaciones. Representantes de los empleadores, trabajadores y gobiernos, toman parte en todas las etapas que conducen de la elaboración de la norma hasta el seguimiento que

²⁵ Véase las resoluciones adoptadas en 2006 junto al Convenio sobre el trabajo marítimo y el Convenio (núm. 187) sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo.

²⁶ OIT: Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo, Ginebra, 2001; OIT: Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre la gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo, OIT: Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre la protección de los datos personales de los trabajadores, Ginebra, 1997.

se le hace a su aplicación. Sin detenernos en los detalles de dicho proceso²⁷, revisaremos a continuación algunos elementos que evidencian hasta qué grado las NIT son resultado del diálogo tripartito:

- en el marco del Consejo de Administración, los representantes de empleadores y de trabajadores participan en la elección de los temas que serán objeto del establecimiento de normas en el seno de la Conferencia.
- en la elaboración y redacción del contenido de la norma, las organizaciones de empleadores y de trabajadores se involucran en un doble nivel: primero a escala nacional, dando respuesta a los cuestionarios, enviados por la Oficina Internacional del Trabajo, con el objeto de determinar la estructura y el contenido que debería tener la norma; luego, al interior de la Conferencia, dentro de las comisiones técnicas encargadas de redactar el proyecto de convenio o de recomendación.
- en el trámite de la adopción de la norma, los delegados de los empleadores y de los trabajadores ante la Conferencia participan de una votación que requiere la mayoría de dos tercios de los sufragios de los delegados presentes²⁸.
- las organizaciones de empleadores y de trabajadores participan en los varios órganos tripartitos que controlan la aplicación de las normas. Estos órganos son: Comisión de aplicación de normas de la Conferencia, Comité de Libertad Sindical, comités tripartitos encargados de las reclamaciones presentadas por las organizaciones de empleadores o de trabajadores en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT.

Vale destacar la regla de mayoría necesaria para la aprobación de las NIT en la Conferencia. Que se exijan dos tercios de los votos de los delegados presentes demuestra que la creación de la gran mayoría de las NIT existentes es el resultado de un consenso tripartito. De hecho, en la práctica, el rechazo de una norma por uno de los tres participantes²⁹ de la Conferencia disminuye sustancialmente la posibilidad de lograr la mayoría calificada requerida para adoptar el convenio o la recomendación.

La universalidad

Los instrumentos de la OIT son de aplicación universal. Conforme a la filosofía y a los objetivos de la OIT establecidos en su Constitución, los diferentes órganos de la Organización siempre han descartado la posibilidad de que existan normas de aplicación meramente regional. Como lo enuncia el artículo 19, párrafo 3, de la Constitución, el principio de universalidad supone que el proceso de elaboración de las NIT debe tener en cuenta las circunstancias particulares de los Estados Miembros.

III.B.2. Las consecuencias del tripartismo y de la universalidad respecto de los convenios y recomendaciones de la OIT

Las NIT establecen niveles mínimos de protección

Fruto de un compromiso entre los representantes de los empleadores, trabajadores y gobiernos de 183 países diferentes, el contenido de las NIT solo puede establecer niveles mínimos de protección para los trabajadores que pueden ser luego ampliados y mejorados por las

²⁷ Véase OIT: Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, *op. cit.*

²⁸ Véase Constitución de la OIT, artículo 19, párrafo 2.

²⁹ Al respecto, debe anotarse que en la votación, los delegados empleadores y trabajadores, reunidos en grupos profesionales, se pronuncian de manera unitaria.

legislaciones nacionales³⁰. De acuerdo con el principio de la norma más favorable, cuando la ley de un país resulta más favorable a los trabajadores que las disposiciones de un convenio internacional ratificado, debe prevalecer la disposición más garantista. Este principio aparece en el artículo 19, párrafo 8, de la Constitución de la OIT.

Fragmento de la Constitución de la OIT

Artículo 19, párrafo 8

En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.

La imposibilidad de efectuar reservas es compensada por la flexibilidad prevista por ciertos convenios³¹

Contrario a las reglas generales de ratificación de los tratados internacionales, la ratificación de los convenios internacionales del trabajo no puede ser acompañada de reservas. En efecto, en el marco de la OIT, un Estado no puede decidir discrecionalmente cuáles obligaciones de un convenio acepta y cuáles en cambio descarta. Debe anotarse, que la no admisión de las reservas no está expresamente contemplada en la Constitución de la OIT, sino que es el resultado de una práctica constante desde la creación de la Organización. Dicha práctica se explica principal y directamente por el carácter tripartito de los convenios internacionales del trabajo. Al ser los convenios el resultado de un complejo proceso de elaboración conjunta entre empleadores, trabajadores y gobiernos, la naturaleza misma de estas normas impide que se le dé a una de las tres partes (en concreto, el Estado ratificante) la posibilidad de cercenar unilateralmente su contenido y quebrar así el equilibrio de un instrumento negociado y adoptado de manera tripartita.

Sin embargo, la inadmisibilidad de las reservas no significa que los convenios de la OIT carezcan del todo de mecanismos que otorguen a los Estados un margen de maniobra frente a las obligaciones originadas por la ratificación. En efecto, ciertos convenios incluyen cláusulas de «flexibilidad» en virtud de las cuales a los Estados se les puede conceder, entre otras, las siguientes posibilidades: no ratificar partes del instrumento; excluir ciertas esferas de la economía, categorías de trabajadores o sectores de la actividad del ámbito de aplicación del convenio; escoger entre varios niveles de protección. Las cláusulas de flexibilidad deben considerarse como un presupuesto necesario para que el principio de universalidad de los convenios pueda operar. Sin ellas, sería imposible la aplicación de las NIT en países de

³⁰ Para ser más precisos las NIT determinan los niveles mínimos de protección deseables. N. Valticos y G. Von Potobsky: *International Labour Law*, segunda edición revisada, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer – Boston, 1995, párrafo 95 (disponible únicamente en inglés).

³¹ Corte Internacional de Justicia: *Indicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo en virtud del artículo 34 del Estatuto de la Corte, Reservas al convenio para la prevención y la represión del genocidio. Memorando de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la práctica de reservas en materia de convenios multilaterales*, (31 de diciembre de 1951), *Boletín oficial*, vol. XXXIV, núm. 3, págs. 275-315; G. Raimondi: «Réserves et conventions internationales du travail», en *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, OIT, Ginebra, 2004.

condiciones económicas sociales y culturales tan diferentes³². Dicho esto, existe una diferencia sustancial entre las cláusulas de flexibilidad y el mecanismo de reservas ya que, en el marco de la OIT, el Estado dispone de la facultad de modular el contenido de sus obligaciones tan solo cuando dicha posibilidad está expresamente prevista por el texto mismo del convenio y dentro de los límites fijados por el propio texto del instrumento³³.

Ejemplos de cláusulas de flexibilidad.

Cláusula que permite ratificar solamente una parte del convenio
Extracto del Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de
insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173)

1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá aceptar, ya sea las obligaciones de su parte II, relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, ya sea las obligaciones de la parte III, relativa a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía, o bien las obligaciones de las partes II y III. Su elección deberá consignarse en una declaración que acompañará la ratificación.
2. Todo miembro que solo haya aceptado inicialmente las obligaciones de la parte II o de la parte III del presente Convenio podrá extender ulteriormente su aceptación a la otra parte, mediante una declaración comunicada al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

C.173, artículo 3

Cláusulas que avalan la aceptación de un nivel de protección menor para
países con un desarrollo económico insuficiente
Extractos del Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138)

3. 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 quince años.
4. No obstante las disposiciones del párrafo 3 de este artículo, el Miembro cuya economía y medio de educación estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesados, si tales organizaciones existen, especificar inicialmente una edad mínima de catorce años.

C.138, artículo 2

³² Sobre el impacto de la flexibilidad de ciertas disposiciones de los convenios de la OIT acerca del control de la aplicación de las normas, véase Nicolas Valticos y GERALDO VON POTOBSKY según los cuales «La mayoría de los Miembros de la Comisión de aplicación de normas han considerado que, tal como lo exige la Constitución de la OIT, las condiciones tan diversas de las naciones involucradas, son un factor que debe tenerse en cuenta al elaborarse las normas, impregnando el proceso de cierta flexibilidad. En cambio, una vez que ha sido ratificado el convenio, no debe haber lugar a flexibilidad más allá de lo que esté expresamente permitido. La evaluación del cumplimiento de los convenios debe efectuarse aplicando criterios idénticos a todos los países. De no respetarse esto, cada Estado podría interpretar el alcance de las obligaciones a su libre albedrío». (N. Valticos y G. Von Potobsky: *International Labour Law*, op. cit., párrafo 705).

³³ N. Valticos y G. Von Potobsky: *International Labour Law*, op. cit., párrafo 96-105; C.W. Jenks: «Flexibility in International Labour Conventions», abril 1960 (disponible únicamente en inglés); N. Valticos: «Diversidad de situaciones nacionales y unidad del derecho internacional del trabajo», en *In Memoriam Zvi Bar-Niv. Collection of Essays on Labour Law*, Ramot Publishing Co., Tel Aviv, 1987; G.P. Politakis: «Deconstructing flexibility in international labour conventions», en *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, op. cit. (disponible únicamente en inglés).

Como se mencionó anteriormente, otra forma de flexibilidad se materializa con la posibilidad de que el Estado que ratifique, pueda excluir del campo de aplicación del instrumento sectores de la economía, categorías de trabajadores o áreas de la actividad afectada.

Cláusula que permite la exclusión de ciertas categorías de trabajadores del ámbito de aplicación del convenio

Extracto del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)

5. En la medida en que sea necesario, y previa consulta en las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, la autoridad competente o el organismo apropiado de cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación del presente Convenio o de algunas de sus disposiciones a otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesado o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea.

C.158, artículo 2

Al abordar convenios que hayan previsto esta opción, será entonces indispensable que los jueces y operadores jurídicos nacionales tengan conocimiento de si el Estado se acogió o no a la posibilidad de restringir el ámbito de aplicación del instrumento. Dicho esto, es importante precisar que los convenios que contemplan una facultad de esta naturaleza, siempre condicionan su ejercicio al estricto respeto por parte del Estado de múltiples requisitos y limitantes. Tal y como aparece en el ejemplo inmediatamente anterior, toda utilización de este derecho debe ser previamente consultada a las organizaciones que representen a empleadores y a trabajadores. Y como lo veremos en el ejemplo siguiente, se exige que la exclusión del ámbito de aplicación del convenio quede consignada en la primera memoria que el Estado debe presentar informando acerca de la aplicación del instrumento, esto según lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución de la OIT. No se acepta que se pretenda presentar una nueva exclusión posterior a dicha memoria.

Cláusula por la cual se obliga a comunicar las exclusiones del ámbito de aplicación del convenio en la primera memoria sobre la aplicación del mismo

Extracto del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)

6. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá enumerar, en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que someta en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las categorías que hubieren sido excluidas en virtud de los párrafos 4 y 5 del presente artículo, explicando los motivos de dicha exclusión, y deberá indicar en las memorias subsiguientes el estado de su legislación y práctica respecto de las categorías excluidas y la medida en que aplica o se propone aplicar el Convenio a tales categorías.

C.158, artículo 2

Las NIT, expresión de los principios generales del derecho laboral y de la protección social

Como se ha visto, la adopción de convenios y recomendaciones exige que al interior de la Conferencia se dé un extenso consenso a la vez profesional y geográfico. Esto tiene grandes implicaciones en la naturaleza de las NIT, y resulta determinante en el rol que algunos ordenamientos internos les otorgan. El hecho de que se basen en un acuerdo tripartito internacional confiere a los convenios y recomendaciones de la OIT una fuerte autoridad y legitimidad. Al respecto, es razonable pensar que consensos tan amplios no pueden

conseguirse sino alrededor de principios juzgados como esenciales por los distintos estamentos de la Conferencia. En este sentido, se puede considerar que los convenios y recomendaciones expresan principios generales del derecho laboral y de la protección social que podrían tomarse como fuente de inspiración o herramienta interpretativa en la resolución de litigios laborales en el ámbito interno de los países.

A continuación, se citan ejemplos de códigos laborales en los cuales se señala el rol de los convenios (ratificados o no) y de las recomendaciones como elementos para la interpretación de la legislación nacional y de aplicación en la resolución de litigios.

Extracto del Código Laboral de Lesotho

Artículo 4. Principios para la interpretación y aplicación del Código

Los siguientes principios deben ser utilizados en la interpretación y aplicación del Código: (...) c) En caso de ambigüedad, el conjunto de las disposiciones del Código debe ser interpretado de conformidad con las disposiciones de los convenios y recomendaciones adoptadas por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo.

Extracto del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia

Artículo 19. Normas de aplicación supletoria. Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad.

Ejemplos jurisprudenciales en los cuales se consideran los convenios y recomendaciones de la OIT como expresión de principios generales.

País: Botswana

Joel Sebonego c. News Paper Editorial and Management Services (PTY) ltd, Tribunal Laboral de Botswana, 23 de abril de 1999, núm. IC 64/98

«El Tribunal Laboral no juzga únicamente en derecho, también lo hace en equidad, aplica las reglas del derecho natural, llamadas igualmente reglas de equidad cuando su aplicación se efectúa en materia laboral. Estas reglas de equidad provienen del *common law*, de los convenios y las recomendaciones de la OIT. Los requisitos esenciales de un despido conforme a los preceptos de equidad, incluido el despido por incapacidad por enfermedad, son brevemente reseñados en el artículo 4 del Convenio núm. 158 de 1982, que prevé lo siguiente: (...)».

País: Trinidad y Tabago

Bank and General Workers Union c. Home Mortgage Bank, Tribunal Laboral de Trinidad y Tabago, 3 de marzo de 1998, núm. 140 de 1997

«Los principios que exigen buenas prácticas en las relaciones laborales impiden dar por terminado un contrato de trabajo, a menos que exista un motivo válido, ligado a la falta de idoneidad del empleado para cumplir con sus labores o a las necesidades del funcionamiento de la empresa del empleador. Estos principios están consagrados por escrito en el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Poco importa que este Convenio no haya sido ratificado por Trinidad y Tobago, no es aplicable como ley interna pero sí se le reconoce como prueba de la existencia de estos principios, aceptados a nivel internacional».

III.C. El contenido de los convenios de la OIT: apreciaciones generales

Desde 1919, la Conferencia ha adoptado un gran número de convenios y recomendaciones que abarcan la mayor parte de los temas que tienen que ver con las relaciones laborales y la política social³⁴. Antes de analizar en detalle su eventual utilidad para los tribunales, conviene anotar que la naturaleza del contenido de los convenios de la OIT puede variar de manera importante según la materia tratada y según el objetivo que se persiga. En efecto, la doctrina suele distinguir entre los convenios que reconocen principios y derechos fundamentales, los llamados programáticos o promocionales y aquellos técnicos³⁵.

Si bien las disposiciones de los convenios que reconocen principios y derechos fundamentales están, en la mayoría de los casos, redactadas de forma general, suelen estarlo de manera suficientemente clara para reconocer directamente derechos subjetivos a los particulares, lo cual facilita su aplicación por los tribunales. El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (núm. 87) constituye un ejemplo muy claro de este tipo de instrumentos.

Los llamados convenios programáticos, plantean objetivos generales que los países que los ratifican se comprometen a intentar alcanzar, implementando, principalmente, políticas a largo plazo. Las disposiciones de este tipo de instrumentos suelen dejar a los Estados amplia libertad a la hora de elegir las medidas que consideren procedentes. Para alcanzar los objetivos fijados. El Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), ilustra perfectamente esta especie de convenios.

Finalmente, se entiende por convenio técnico el instrumento que regula de manera precisa temas muy específicos. En este caso, no es raro encontrar que la redacción de las disposiciones alcanza un nivel de detalle muy similar al que podría hallarse en la legislación nacional. Los abundantes convenios en materia de salud y seguridad laboral constituyen un buen ejemplo de esta categoría.

Esta distinción de tres categorías tiene un valor puramente explicativo. Puede servir como referencia para comprender la naturaleza de las disposiciones de los convenios de la OIT y como punto de partida para empezar a reflexionar sobre la posible utilización de estos instrumentos por parte de los tribunales nacionales. No obstante, debe reconocerse que se trata de una clasificación muy esquemática que debe ser tomada con cierta reserva. En primer lugar, sería muy difícil ubicar todos los convenios de la OIT en una de las tres categorías mencionadas. En segundo lugar, es muy frecuente que un mismo convenio contenga disposiciones de naturaleza diferente, por ejemplo, unas definiendo los objetivos generales que los Estados deben alcanzar y otras estableciendo derechos y principios generales de aplicación directa a los ciudadanos. Finalmente, veremos que para definir la aplicabilidad judicial de una disposición internacional se deben tener en cuenta criterios y elementos suplementarios a los ya mencionados.

³⁴ Para una lista de los temas que han sido objeto hasta el momento de las normas internacionales del trabajo, véase: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/subjectS.htm>. De hecho, con el paso del tiempo, debido a los cambios económicos y sociales, la pertinencia de algunas de estas normas se ha perdido completamente o en parte. Debido a ello, en 1995 el Consejo de Administración emprendió la tarea de evaluar el nivel de actualización de los convenios y las recomendaciones.

³⁵ J.-M. Servais: *Normes internationales du travail*, LGDJ, Paris, 2004, párrafos 48-50 y 1110 (disponible únicamente en francés).

IV. La aplicabilidad judicial del contenido de los convenios y recomendaciones de la OIT: algunas vías de reflexión

¿Más allá de las reglas de aplicación del derecho internacional que puedan establecer los sistemas jurídicos nacionales³⁶, las disposiciones de los convenios y recomendaciones de la OIT se prestan realmente para su aplicación judicial?

Concebidas principalmente para orientar el contenido del derecho y de la política social de países con condiciones bien distintas, y no con el objeto de sustituirse a los derechos internos o lograr uniformidad entre ellos, se podría asumir legítimamente que las normas de la OIT estarían destinadas principalmente a los parlamentos y gobiernos de cada país y que, por ello, sus disposiciones serían demasiado generales para que los tribunales puedan resolver directamente los litigios basándose en ellas.

Empezar a aportar elementos de respuesta a esta pregunta y reflexión muy pertinentes requiere de tres observaciones complementarias.

- 1) Todas las disposiciones contenidas en las NIT no son idénticas. Dependiendo de su naturaleza, algunas permiten solucionar directamente litigios más fácilmente que otras.
- 2) Determinar si una disposición internacional es lo suficientemente clara y precisa para resolver una controversia judicial depende tanto del contenido de la disposición como de las particularidades del litigio. En este sentido, la misma disposición podría resultar muy general para ofrecer una respuesta a un litigio A, pero lo suficientemente clara para ofrecer una respuesta a un litigio B.
- 3) Disposiciones internacionales que no resultan lo suficientemente precisas para resolver por sí solas un litigio, pueden no obstante ser utilizadas por los tribunales para interpretar el derecho interno, o como fuente de inspiración para reconocer principios jurisprudenciales.

Se desarrollarán estos tres puntos acerca de la capacidad de las NIT para ser aplicadas judicialmente, sin perder de vista que cada sistema judicial interno define libremente en qué medida les está permitido a los tribunales nacionales, acudir al derecho internacional.

IV.A. Los diferentes tipos de disposiciones establecidas en los convenios internacionales del trabajo y su «capacidad» variable para resolver directamente los litigios

La resolución directa de un litigio judicial con base en el derecho internacional, supone la aplicación de fuentes de derecho vinculantes, de ahí que éste análisis se concentre estrictamente en las disposiciones de los convenios internacionales del trabajo.

La idea de que el contenido de las NIT no es uniforme, ya fue presentada al evocar en el acápite anterior la clasificación esquemática entre disposiciones programáticas, técnicas y las que reconocen derechos y principios fundamentales. Se trata ahora de ir más lejos en el análisis, distinguiendo los diferentes tipos de disposiciones contenidas en los convenios de la OIT en función de su capacidad para resolver directamente las controversias desplegadas en los tribunales internos. Para ello, inspirándose en el trabajo de Geraldo Von Potobsky³⁷, podría tomarse como criterio de clasificación el tipo de obligaciones que las disposiciones de los

³⁶ Véase *supra*, primera parte.

³⁷ Véase en particular, G. Von Potobsky: «Los convenios de la OIT: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?», en *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, así como G. Von Potobsky: «Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional», en *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, op cit.

convenios imponen a los Estados, su grado de precisión y su capacidad para crear o no derechos subjetivos con los cuales el sujeto de derecho pueda ir ante los tribunales a reclamar directamente su aplicación. Con base en estos criterios pueden identificarse cuatro categorías de disposiciones, partiendo de aquellas en las que de manera incondicional se establecen derechos subjetivos claramente destinados a los respectivos sujetos de derecho, hasta aquellas que imponen a los Estados una obligación general de aplicar una política que persiga un objetivo determinado.

Estas cuatro categorías serían las siguientes:

- 1) disposiciones que reconocen de manera incondicional derechos subjetivos claramente determinados;
- 2) disposiciones que reconocen derechos subjetivos cuyo contenido presenta un grado sustancial de indeterminación;
- 3) disposiciones que establecen directivas en virtud de las cuales el Estado tiene la obligación de tomar medidas legislativas específicas para incorporar en el derecho interno los derechos y principios reconocidos en el convenio;
- 4) disposiciones de carácter programático por las cuales un Estado se compromete a desarrollar una política general.

Aunque la clasificación propuesta no pretende ser totalmente exhaustiva ni logra una precisión absoluta, debe reconocérsele que contribuye a la reflexión sobre la capacidad de las disposiciones de los convenios de la OIT de suministrar suficiente fundamento jurídico para resolver ciertos litigios sometidos ante los tribunales internos.

Primera categoría: disposiciones que reconocen de manera incondicional derechos subjetivos claramente determinados³⁸

Se pueden citar varios tipos de disposiciones pertenecientes a esta categoría:

- disposiciones que otorgan a los sujetos de derecho una libertad o una facultad

Extractos del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho sindical, 1948 (núm. 87)

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.

C.87, artículo 2

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen 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.

C.87, artículo 3(1)

³⁸ Aparte de los ejemplos que son citados a continuación y sin pretender ser exhaustivo, Geraldo Von Potobsky ha identificado disposiciones que reconocen de manera incondicional derechos subjetivos claros y precisos a los sujetos de derecho en los Convenios núms. 1, 95, 108, 120, 132, 136, 138, 170, 171, y 183.

- disposiciones que imponen prohibiciones estrictas en beneficio de los sujetos de derecho

Extracto del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho sindical, 1948 (núm. 87)

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

C.87, artículo 4

Extracto del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)

Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

- 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;
- d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;
- e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

C.158, artículo 5

- disposiciones que reconocen beneficios específicos a los sujetos de derecho

Extracto del Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)

Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.

C.183, artículo 4(1)

Extracto del Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (núm. 132)

Las vacaciones no serán en ningún caso inferiores a tres semanas laborables por un año de servicios.

C.132, artículo 3(3)

Segunda categoría: disposiciones que reconocen derechos subjetivos cuyo contenido presenta un grado sustancial de indeterminación

Extracto del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)

Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

C.98, artículo 1(1)

Tercera categoría: disposiciones que establecen directivas en virtud de las cuales el Estado tiene la obligación de tomar medidas legislativas específicas para incorporar en el derecho interno los derechos y principios reconocidos en el convenio³⁹.

Extracto del Convenio sobre el benceno, 1971 (núm. 136)

Deberá prohibirse el empleo de benceno o de productos que contengan benceno en ciertos trabajos que la legislación nacional habrá de determinar.

C.136, artículo 4(1)

Cuarta categoría: disposiciones de carácter programático por las cuales un Estado se compromete a desarrollar una política general

Extracto del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga 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.

C.111, artículo 2

Nota bene: Como fue señalado en la primera parte del manual, es necesario que el análisis de cada uno de los artículos y párrafos de los convenios de la OIT sea individual, un mismo convenio puede contener disposiciones de naturaleza diametralmente distinta.

Comparemos la naturaleza de estas dos disposiciones, incluidas ambas en el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 158).

Extractos del Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156)

Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

C.156, artículo 3(1)

La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.

C.156, artículo 8

Acudiendo a un término estudiado en la *parte 1*, la primera categoría corresponde indudablemente a disposiciones de carácter *self executing* o de aplicación directa. En los llamados países monistas, la facultad que tiene un tribunal de basar sus fallos en disposiciones de esta naturaleza resultará difícilmente objetable.

³⁹ Respecto a esta categoría, Geraldo Von Potobsky cita, sin pretender ser exhaustivo, los textos siguientes: disposiciones relativas a la higiene y a la seguridad contenidas en los Convenios núms. 115, 119 y 139; disposiciones sobre las prestaciones médicas contenidas en el Convenio núm. 183; disposiciones respecto a la protección de los trabajadores contra la insolvencia de las agencias de empleo privadas contenidas en el Convenio núm. 181.

A continuación, un ejemplo de resolución directa de un litigio con base en una disposición perteneciendo a la primera categoría.

País: Francia

Castanié c. Señora viuda de Hurtado, Corte de Casación, 27 de febrero de 1934

La Corte de Casación francesa aplicó directamente el artículo 1 del Convenio núm. 19 de la OIT sobre la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo⁴⁰, para otorgarle a un trabajador de nacionalidad española los beneficios de la legislación francesa en materia de accidentes de trabajo y derogar el artículo de ley que previera una solución contraria.

¿Qué ocurre con las otras categorías señaladas? ¿Tienen también capacidad para fundamentar por sí solas la resolución de un litigio? Pese a que esta posibilidad va disminuyendo a medida que se desciende en la escala de categorías, esta nunca desaparece del todo. Al respecto, es importante resaltar que la posibilidad de que una disposición internacional pueda resolver directamente un determinado litigio no depende solo de la naturaleza de dicha disposición sino también de las características del litigio mismo.

IV.B. La capacidad de las disposiciones de los convenios para resolver directamente una controversia jurídica depende también del objeto del litigio

Aunque esta afirmación suena evidente, es raramente evocada por la doctrina al momento de estudiar la aplicabilidad judicial de las NIT. Mientras un artículo de un convenio internacional puede carecer de la suficiente precisión para resolver por sí solo un litigio en el cual se deban determinar en detalle los derechos de un trabajador, este mismo artículo puede, en cambio, ser adecuado para determinar la invalidez o inconstitucionalidad de una disposición interna o de una decisión administrativa que lo contradigan. Existen entonces ciertos tipos de litigios, en los cuales disposiciones internacionales que pertenecen a categorías que requieren de un desarrollo legislativo interno para ser plenamente operacionales (por lo tanto categorías distintas a la primera), pueden, no obstante, ser lo suficientemente claras para dirimir la controversia. Esto puede darse principalmente, en dos tipos de situaciones: en caso de ausencia de una norma interna que defina el contenido de un derecho reconocido por un instrumento internacional y en caso de contradicción entre el derecho nacional y el derecho internacional.

En caso de ausencia de una norma interna que regule el ejercicio de un derecho reconocido por un instrumento internacional, son varias las categorías de disposiciones internas antes señaladas que podrían, en ciertas circunstancias, permitirles a los tribunales solucionar una controversia relacionada con el mencionado derecho. Es el caso de las medidas de segunda o tercera categoría que reconocen derechos a los trabajadores o empleadores pero cuyo contenido necesita ser especificado por el derecho interno. ¿Si el correspondiente desarrollo legislativo o reglamentario no ha sido efectuado, debe considerarse que el derecho reconocido por el instrumento internacional no puede producir efectos en el derecho interno? Según la jerarquía o competencia del tribunal correspondiente y según las reglas del ordenamiento

⁴⁰ Convenio sobre la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (núm. 19). El artículo 1, párrafo 1 del Convenio contempla lo siguiente: Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga 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 aquel, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo.

jurídico nacional podría contemplarse la utilización de la disposición internacional para que el derecho opere directamente en beneficio de su titular potencial⁴¹.

País: Costa Rica

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, 8 de octubre de 1993, resolución núm. 93-5000, expediente núm. 1214-S-93

Con base principalmente en los artículos 1 de los Convenios núms. 98⁴² y 135⁴³, que exigen a los Estados garantizar una protección eficaz y adecuada contra la discriminación antisindical, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, ante la ausencia de una disposición expresa del Código Laboral⁴⁴, reconoció directamente la existencia de un fuero de protección calificada a favor de los representantes de los trabajadores, lo cual implicaba, entre otras cosas, el derecho de reintegro en caso de despido injustificado.

En caso de contradicción entre derecho interno y derecho internacional, dependiendo de la competencia del tribunal y del nivel jerárquico que les otorgue el sistema jurídico, las normas internacionales, indistintamente de su categoría, pueden invalidar la disposición interna que las contraríen. Bajo este supuesto, disposiciones meramente programáticas son susceptibles de tener la claridad necesaria para resolver un litigio sometido ante el tribunal⁴⁵.

⁴¹ Con respecto a las disposiciones de la cuarta categoría, ante la falta de una norma nacional que ponga en marcha las medidas previstas por un convenio de la OIT, Geraldo Von Potobsky plantea la posibilidad de alegar frente a los tribunales competentes la responsabilidad «vertical» del Estado por omisión en la aplicación del convenio internacional. Este razonamiento se inspira en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el proceso *Franovich c. República Italiana*, el Tribunal consideró que la responsabilidad del Estado italiano estaba comprometida por la omisión en la aplicación de las medidas previstas por la directiva del Consejo 80/987/CEE, del 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empleador.

⁴² Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

⁴³ Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135).

⁴⁴ El artículo 70 del Código Laboral de Costa Rica disponía únicamente que le estaba prohibido al empleador obligar a sus trabajadores a abandonar el sindicato.

⁴⁵ Un ejemplo claro de este caso es el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Por un lado, el artículo 2 establece una obligación programática de puesta en marcha de una política general contra la discriminación. Por otro lado, el artículo 3 c), dicta la derogación inmediata de todos los textos y prácticas que resulten contrarias a los objetivos de esa política. Esta última disposición es entonces suficiente para declarar la invalidez de disposiciones internas que entran en conflicto con principios generales incorporados en el Convenio núm. 111.

País: Costa Rica

José Manuel Paniagua Vargas y otros funcionarios de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas c. el Ministerio de la Cultura, de la Juventud y Deportes y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAD), Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, 16 de enero de 1998, resolución núm. 0241-98, expediente núm. 5325-V-97

Con base en el artículo 4 del Convenio núm. 169⁴⁶, en virtud del cual los Estados se comprometen a tomar medidas especiales en salvaguarda de los pueblos indígenas y tribales, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica anuló la decisión de reducir en un 85% el presupuesto de la Comisión Nacional para los Asuntos Indígenas.

«Desde el momento en que Costa Rica aprobó este instrumento internacional, el Estado costarricense se comprometió, según el citado Artículo 4, a establecer medidas especiales, lo que debe entenderse como un constante activismo para salvaguardar a estos grupos étnicos minoritarios, sus instituciones, sus bienes, su trabajo, su medio ambiente, entre otras cosas, de la influencia de nuestra población y cultura. Estas medidas especiales deben significar para el Estado una prohibición de abandonar o dejar a la deriva una institución pública que tiene por objeto establecerse como foro de discusión e iniciativas de los asuntos indígenas en el país.»

IV.C. La utilización de los convenios y las recomendaciones internacionales del trabajo como instrumento de interpretación o fuente de inspiración

Como se vio en la primera parte de este manual, los tribunales nacionales también pueden utilizar el derecho internacional del trabajo de forma indirecta para la resolución de los litigios, sea para interpretar y precisar el significado y alcance de una disposición de la legislación laboral o como fuente de inspiración para reconocer principios jurisprudenciales.

Igualmente, se explicó que este tipo de uso no solo es posible en cualquier sistema jurídico, sea monista o dualista, sino que las situaciones que dan pie para su ocurrencia son probablemente más frecuentes que aquellas que permiten una resolución directa del litigio con base en el derecho internacional. En efecto, para que se den los supuestos necesarios de una utilización indirecta, basta con que la disposición internacional permita esclarecer o reforzar la argumentación del tribunal, que, en todo caso, toma una decisión con otra fuente del derecho como fundamento principal. No es entonces necesario que la disposición sea «directamente operacional», es decir, que tenga un contenido lo suficientemente preciso para resolver el litigio por sí sola. En este sentido, las cuatro categorías de disposiciones antes mencionadas pueden ser utilizadas con fines de interpretación o como fuente de inspiración. Asimismo, no es imperioso que la disposición pertenezca a un instrumento jurídico internacional de obligatorio cumplimiento porque, como ya se dijo, su rol no va a ser el de fundamento jurídico directo de la decisión. Por ello, tanto los artículos de los convenios, ratificados o no, como las disposiciones de las recomendaciones o recopilaciones de directrices prácticas podrían *a priori* ser utilizados.

A título de ilustración, a continuación se presentan algunos ejemplos de los diferentes tipos de disposiciones de convenios o recomendaciones que podrían contribuir de forma indirecta a la resolución de litigios de cortes y tribunales nacionales.

IV.C.1. La posibilidad de utilizar disposiciones que contengan definiciones útiles para la interpretación o susceptibles de ser fuente de inspiración

No son pocas las disposiciones de convenios y recomendaciones de la OIT que contienen definiciones de nociones jurídicas y que pueden ser utilizadas con el fin de determinar el significado o el alcance de esas mismas nociones cuando son utilizadas por la legislación nacional.

⁴⁶ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989 (núm. 169).

A continuación algunos ejemplos de estas disposiciones:

Extracto del Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)

A los efectos del presente Convenio:

a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último;

C.100, artículo 1(a)

Extractos del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) 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;

C.111, artículo 1(1)(a)

Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

C.111, artículo 1(2)

Nota bene: El conjunto de definiciones incorporadas en los convenios y recomendaciones de la OIT está disponible en la página de Internet de la Organización⁴⁷.

Enseguida, algunos ejemplos de uso jurisprudencial de artículos que contienen definiciones:

País: Australia

El Commonwealth de Australia c. Comisión de derechos de la persona e igualdad de oportunidades, Tribunal Constitucional de Australia, 15 de diciembre de 2000, [2000] FCA 1854

En este fallo, la Corte Federal australiana se apoyó en la definición de la noción de discriminación del artículo 1(a) del Convenio núm. 111⁴⁸ y en la lectura que de esta hicieron los órganos de control de la OIT para sostener que los casos de discriminación indirecta estaban prohibidos por la legislación australiana.

IV.C.2. La posibilidad de utilizar disposiciones que establezcan principios generales o que fijen objetivos programáticos con fines de interpretación o inspiración

Aunque las disposiciones de convenios y recomendaciones de la OIT que establecen principios generales o fijan objetivos programáticos a los Estados son consideradas como no directamente operacionales por sí mismas, sí resultan hojas de ruta útiles para la interpretación de una ambigüedad en derecho interno o como apoyo para evaluar la constitucionalidad de una disposición nacional.

Ejemplo de utilización interpretativa de disposiciones que contemplan principios generales o fijan objetivos programáticos:

⁴⁷ Véase: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/defF.htm>

⁴⁸ Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

País: Alemania

Corte Constitucional Federal de Alemania, 18 de noviembre de 2003, 1 BvR 302/96

En un proceso donde se discutía la validez de un sistema de licencia de maternidad en donde le correspondía al empleador pagar directamente parte de las prestaciones de maternidad a su empleada, la Corte Constitucional Federal de Alemaniaa declaró este modo de financiamiento inconstitucional, en la medida en que podía generar prácticas discriminatorias en contra de la mujer. En el considerando, la Corte hizo referencia a los objetivos perseguidos por el Convenio núm. 111 de la OIT, por el cual el Estado se compromete a implementar una política que busque garantizar la igualdad en el empleo y la profesión, no solo de derecho sino también en la práctica.

IV.C.3. La posibilidad de utilizar, con fines de interpretación o de inspiración, disposiciones de recomendaciones de la OIT que proponen métodos de aplicación

Finalmente, cuando las recomendaciones de la OIT plantean métodos con el fin de garantizar el respeto efectivo de los principios y derechos contenidos en los respectivos convenios, pueden de nuevo considerarse como guías que le permiten a las jurisdicciones nacionales definir el régimen jurídico de estos mismos principios y derechos en el ámbito interno.

País: España

Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo, 23 de noviembre de 1981, núm. 38/1981

En un proceso en el que se discutía el despido de candidatas a ser representantes de los trabajadores, el Tribunal Constitucional de España debía determinar si la protección constitucional de la libertad sindical obligaba a invertir la carga de la prueba cuando se alegara la ocurrencia de discriminación antisindical. Para responder afirmativamente a este interrogante, el Tribunal se basó principalmente en el párrafo 6(2)(e) de la Recomendación núm.143 de la OIT⁴⁹.

El Tribunal consideró que las recomendaciones de la OIT, pese a no ser vinculantes, constituían fuente de interpretación de los convenios internacionales del trabajo y, por lo tanto, podían ser utilizadas indirectamente para interpretar las disposiciones equivalentes de la Constitución.

⁴⁹ Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143).

Recursos

Referencias bibliográficas

- Beaudonnet, X.: «La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales», *Revista derecho del trabajo*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, Julio de 2006
- : «L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes», *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, Bordeaux, 2005
- Cairola, E.; Chiarabini, A.: Guía de formación sindical sobre las normas internacionales del trabajo (CIF-OIT, Turín, 1999)
- CIF-OIT: *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, Turín, diciembre de 2007
- : *Guía sobre las normas internacionales del trabajo* (Turín, 2006)
- Jackson, J.H.: «Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis», en *American Journal of International Law*, abril de 1992 [disponible únicamente en inglés]
- Jenks, C.W.: «Flexibility in International Labour Conventions», abril de 1960 [disponible únicamente en inglés]
- Leary, V.: *International Labour Conventions and National Law* (Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Boston-Londres, 1982) [disponible únicamente en inglés]
- Molina, C.E.: *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano* (Temis, Bogotá, 2005)
- OIT: Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo (Ginebra, rev. 2006)
- : *The Role of International labour Standards in the Work of Southern African Labour Courts*, Background Paper (Southern Africa Multidisciplinary Advisory Team of the ILO, Harare, 1999) [disponible únicamente en inglés]
- : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 78.ª reunión, Ginebra, 1991
- : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 77.ª reunión, Ginebra, 1990
- *Memorando de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la práctica de reservas en materia de convenios multilaterales*, (31 de diciembre de 1951), *Boletín oficial*, vol. XXXIV, núm. 3
- Politakis, G.P.: «Deconstructing flexibility in international labour conventions», en *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, (OIT, Ginebra, 2004) [disponible únicamente en inglés]
- Raimondi, G.: «Réserves et conventions internationales du travail», en *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Ginebra, 2004) [disponible únicamente en francés]
- Servais, J.M.: *Normes internationales du travail* (LGDJ, Paris, 2004) [disponible únicamente en francés]

Thomas, C.; Oelz, M; Beaudonnet, X.: «The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications», en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Ginebra, 2004) [disponible únicamente en inglés]

Valticos, N.: *Les sources du droit international du travail* (Daloz, Paris, 1992) [disponible únicamente en francés]

-: « Diversité des situations nationales et unité du droit international du travail », en *In Memoriam Zvi Bar-Niv. Collection of Essays on Labour Law* (Ramot Publishing Co., Tel Aviv, 1987) [disponible únicamente en francés]

Valticos, N.; Rossillion, C.: *Différentes normes établies par l'OIT* (Daloz, Paris, 1992) [disponible únicamente en francés]

Valticos, N.; Von Potobsky, G.: *International Labour Law*, segunda edición revisada (Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer - Boston, 1995) [disponible únicamente en inglés]

Von Potobsky, G.: «Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional», en *Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Ginebra, 2004)

-: «Los convenios de la OIT: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?», en *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata* (Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1997)

Von Potobsky, G., Bartolomei de la Cruz, H.G.: *Las normas internacionales del trabajo, naturaleza jurídica, características e interpretación* (Astrea, Buenos Aires, 1990)

Documentos

■ OIT

Constitución de la OIT, 1919

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998

■ Otro

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969

Enlaces Internet

■ OIT

Portal web de la OIT: www.ilo.org

Convenios y protocolos de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>

Recomendaciones de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>

Informes generales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/ceacrrepsq.htm>

Estudios generales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones : <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>

ILOLEX, base de datos que contiene los Convenios y Recomendaciones de la OIT, ratificaciones, comentarios de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical, reclamaciones, quejas, interpretaciones, estudios generales, y numerosos documentos vinculados: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/>

Capítulo 2

La labor de los órganos de control de la OIT

I. Introducción

Una característica fundamental de las normas adoptadas por la OIT consiste en que cuentan con mecanismos dirigidos a controlar su aplicación. De hecho, la OIT no se limita a elaborar y adoptar convenios y recomendaciones sino que verifica también su puesta en práctica mediante varios órganos de control. La labor de estos órganos se basa más en la lógica del diálogo y la presión pacífica que en métodos coercitivos y sancionatorios. De hecho, no existe en el seno de la OIT un tribunal internacional que emita sentencias judiciales vinculantes con respecto de la aplicación de las normas internacionales del trabajo por parte de los Estados Miembros⁵⁰. En cambio, los pronunciamientos de los órganos de control sí constituyen una herramienta jurídica de vital importancia para permitir que los tribunales nacionales puedan utilizar las normas internacionales del trabajo (NIT) y asegurar que el derecho interno cumpla con el derecho internacional del trabajo.

Teniendo en cuenta que este manual está destinado al área judicial, este capítulo se concentrará más en los resultados de la labor de los órganos de control que en los procedimientos que rigen su funcionamiento. Dentro de la misma lógica, el manual se enfocará esencialmente en aquellos órganos cuyos pronunciamientos puedan constituir, con más frecuencia, una referencia en la resolución de litigios laborales a nivel nacional. En este sentido, el capítulo se referirá principalmente al accionar de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical, los otros órganos establecidos en la Organización dando lugar a un análisis más sucinto. El carácter jurídico de las funciones de la Comisión de Expertos, la naturaleza cuasi-judicial del Comité de Libertad Sindical, y la continuidad en el tiempo de estos dos órganos, les ha permitido construir un corpus de principios, completo y coherente, de gran utilidad para los jueces y operadores jurídicos que actúan en el ámbito del derecho interno.

La utilidad de la labor de los órganos de control de la OIT para comprender mejor el significado y el alcance de las disposiciones de los convenios y recomendaciones

Vigilar que los Estados Miembros respeten el contenido de las NIT implica que los órganos de control deban precisar el significado y el alcance de las disposiciones de las mismas. De esta forma, se crea una importante fuente de inspiración e interpretación para la comprensión de los instrumentos de la OIT y la aplicación del derecho interno.

La utilidad de la labor de los órganos de control de la OIT para evaluar la compatibilidad del derecho interno con el derecho internacional del trabajo

Con base en los comentarios y recomendaciones efectuados por los órganos de control a los Estados Miembros, los jueces y operadores jurídicos nacionales pueden identificar los elementos de su derecho interno que no se adecuen a los instrumentos internacionales aplicables a su país y contemplar de qué manera podrían efectuar una interpretación de su derecho nacional conforme a los compromisos internacionales suscritos por su Estado.

⁵⁰ El artículo 37, párrafo 2, de la Constitución de la OIT, prevé la posibilidad de crear un tribunal que resolvería las cuestiones de interpretación de los convenios internacionales del trabajo y de la Constitución de la OIT. Este tribunal no ha sido constituido hasta el momento.

II. Los mecanismos y los órganos de control de la OIT

La OIT dispone de dos grandes tipos de mecanismos para controlar la aplicación de las NIT por sus Estados Miembros. Se trata primero del llamado mecanismo regular consistiendo en el análisis de las memorias que los Estados deben entregar periódicamente a la OIT y que versan principalmente sobre los convenios que han sido ratificados⁵¹. A este mecanismo regular se añaden los, llamados mecanismos especiales basados en la presentación de reclamaciones o de quejas sometidas a la OIT contra un Estado Miembro.

II.A. El control regular de la aplicación de las normas internacionales del trabajo

La obligación de presentar memorias periódicas sobre los convenios que han sido ratificados

El control regular de la aplicación de las NIT se basa esencialmente en la presentación de memorias periódicas sobre los convenios ratificados por los Estados Miembros. En virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT⁵², los Estados deben indicar cómo aplican no solo en derecho, sino también en la práctica, las obligaciones de los convenios a los cuales han adherido. Desde 1993, a raíz de una decisión del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo (de ahora en adelante, Consejo de Administración), la frecuencia de las memorias acerca de doce convenios considerados como fundamentales y prioritarios⁵³ es de cada dos años y la del resto de cinco años. En la práctica, son los gobiernos, en su condición de representantes del Estado ante los organismos internacionales, los que presentan a la OIT las mencionadas memorias. Al respecto, es importante señalar que los Estados deben incluir las decisiones judiciales pertinentes con las cuales los tribunales hayan hecho respetar el contenido de los convenios ratificados.

De otra parte, en virtud del artículo 23, párrafo 2, de la Constitución de la OIT⁵⁴, las organizaciones de empleadores y de trabajadores tienen el derecho de pronunciarse sobre las memorias de los gobiernos y tienen la posibilidad de enviar directamente a la Organización sus observaciones sobre la aplicación de convenios ratificados.

⁵¹ En virtud del artículo 19, párrafo 5 e) de la Constitución de la OIT, el Consejo de Administración puede igualmente exigirles a los Estados presentar una memoria sobre los convenios que no han ratificado y sobre las recomendaciones. Como se verá más tarde, esta disposición constituye el fundamento jurídico del Estudio general elaborado cada año por la Comisión de Expertos sobre un tema distinto.

⁵² Constitución de la OIT, artículo 22: «Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que éste solicite.»

⁵³ Convenios fundamentales que deben ser objeto de una memoria bianual: Convenios núms. 87 y 98 (libertad sindical y negociación colectiva); Convenios núms. 29 y 105 (trabajo forzoso), Convenios núms. 138 y 182 (trabajo infantil); Convenios núms. 100 y 111 (igualdad de oportunidades y de trato). Convenios considerados como prioritarios y que exigen igualmente una memoria cada dos años: Convenio núm. 122 (política del empleo); Convenio núm. 144 (consultas tripartitas); Convenios núms. 81 y 129 (inspección del trabajo).

⁵⁴ Constitución de la OIT, artículo 23, párrafo 2: «Todo Miembro comunicará a las organizaciones representativas reconocidas, a los efectos del artículo 3, copia de las informaciones y memorias que haya enviado al Director General en cumplimiento de los artículos 19 y 22.»

La obligación de presentar memorias sobre determinados convenios no ratificados y recomendaciones

Aparte de la obligación de presentar regularmente las memorias sobre cada uno de los convenios ratificados, el artículo 19, párrafo 5, de la Constitución de la OIT⁵⁵, permite al Consejo de Administración solicitar a los Estados Miembros una memoria sobre convenios que no han ratificado y sobre recomendaciones internacionales del trabajo. Cada año, el Consejo de Administración elige un convenio o un grupo de convenios y recomendaciones sobre un tema específico. Los Estados Miembros que no hayan ratificado los convenios seleccionados deben explicar cómo implementan, en derecho y en la práctica, el contenido de estas normas y exponer los obstáculos que han impedido su ratificación⁵⁶.

Los dos tipos de memorias descritos (convenios ratificados/convenios no ratificados y recomendaciones) son sometidos a dos controles sucesivos, uno de carácter jurídico efectuado por la Comisión de Expertos, el otro, basado en el diálogo tripartito, llevado a cabo por la Comisión de la Aplicación de Normas de la Conferencia. Como se indicó previamente, el manual se concentrará principalmente en el control efectuado por la Comisión de Expertos.

II.A.1. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

Como ya se señaló, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones constituye un órgano potencialmente muy útil para los jueces y operadores jurídicos nacionales. Desde su creación, hace más de 80 años, la Comisión ha desarrollado una «jurisprudencia» muy completa y detallada sobre el contenido de los convenios y recomendaciones de la OIT. Después de una breve presentación de la composición y de los métodos de trabajo de este órgano, el capítulo centrará su atención sobre los principales pronunciamientos de la Comisión que pueden ser utilizados por los jueces y operadores jurídicos.

II.A.1.a. Composición y mandato de la Comisión de Expertos

Creada en 1926 por el Consejo de Administración, en cumplimiento de una resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo, la Comisión de Expertos está compuesta por veinte juristas independientes de muy alto nivel, tales como actuales o antiguos jueces de la Corte Internacional de Justicia, magistrados de Cortes Supremas o eminentes profesores. Elegidos por su competencia técnica y por su completa independencia e imparcialidad, los expertos son designados por el Consejo de Administración previa proposición del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. Los expertos tienen un mandato renovable de tres años⁵⁷. Para garantizar que la Comisión sea tan universal como lo son las normas cuya aplicación debe controlar, se hace de tal modo que los diferentes sistemas jurídicos, económicos, sociales y culturales presentes en el mundo estén representados en el seno de la Comisión.

⁵⁵ Constitución de la OIT, artículo 19, párrafo 5 e): «si el Miembro no obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, no recaerá sobre dicho Miembro ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio.»

⁵⁶ Como desarrollaremos más adelante, estas memorias dan pie cada año a un análisis de la Comisión de Expertos en el marco de un Estudio general.

⁵⁷ En la práctica, el mandato es renovado varias veces, lo que le garantiza a la Comisión de Expertos experiencia y estabilidad. Al mismo tiempo, a fin de evitar riesgos de estancamiento, recientemente, los expertos han decidido, de forma voluntaria limitar a quince años la duración total de su participación en la Comisión.

La Comisión de Expertos se reúne una vez al año durante alrededor de tres semanas, para analizar las memorias de los gobiernos y las observaciones presentadas por los interlocutores sociales, tanto con respecto de los convenios ratificados (artículos 22 y 23 de la Constitución) como de los no ratificados o de las recomendaciones, escogidos por el Consejo de Administración para ser objeto de una memoria (artículo 19, párrafo 5, de la Constitución de la OIT)⁵⁸. Esta labor es apoyada por los funcionarios de la Oficina Internacional del Trabajo, que realizan un primer estudio de las memorias y facilitan a los expertos fuentes de información complementarias⁵⁹.

Conviene destacar que los métodos de trabajo con los que funciona la Comisión de Expertos se inspiran en los principios generales del derecho procesal, tal como el principio de contradicción. De esta forma, cuando la Comisión recibe una observación de una organización de empleadores o de trabajadores respecto a la aplicación de un convenio ratificado, no se pronuncia sin antes darle la oportunidad al gobierno de que se manifieste al respecto. Asimismo, los expertos nunca participan en las deliberaciones que conciernen a su país de origen.

II.A.1.b. Los pronunciamientos de la Comisión de Expertos de mayor utilidad para los jueces y operadores jurídicos

II.A.1.b.i. Los comentarios de la Comisión de Expertos en el marco del control relativo a la aplicación de los convenios ratificados por los Estados Miembros

Como resultado del análisis de las memorias de los gobiernos y observaciones de los interlocutores sociales sobre los convenios ratificados, la Comisión de Expertos puede enviar a los gobiernos dos tipos de comentarios: observaciones o solicitudes directas.

Las observaciones de la Comisión de Expertos

Las observaciones son publicadas en el informe anual de la Comisión de Expertos⁶⁰. En la mayoría de los casos, la Comisión de Expertos utiliza las observaciones para señalar al Estado Miembro la existencia de dificultades serias o persistentes para cumplir con lo dictado por un convenio ratificado. Esto no obsta para que la observación pueda igualmente indicar progresos realizados por un país en el respeto de las obligaciones contenidas en un convenio.

⁵⁸ En virtud del mandato del que fue investida, la Comisión de Expertos debe examinar también las informaciones respecto a la sumisión de los convenios y recomendaciones ante las autoridades nacionales competentes conforme al artículo 19 de la Constitución de la OIT.

⁵⁹ Tales como los comentarios de otros órganos de control de la OIT y de Naciones Unidas o la información recopilada por las oficinas descentralizadas de la Organización.

⁶⁰ El informe anual de la Comisión de Expertos está compuesto por tres partes: la Parte 1 o Informe General, es un resumen del trabajo de la Comisión y llama la atención del Consejo de Administración, de la Conferencia Internacional del Trabajo y de los Estados Miembros sobre problemas de interés general o de índole particular; la Parte 2 contiene las observaciones sobre la aplicación de las NIT por los Estados Miembros y sobre la sumisión de las NIT ante las autoridades competentes (Informe II [Parte 1A]); la parte III, publicada por separado, contiene un Estudio general sobre la legislación y la práctica nacional relativos a los convenios y recomendaciones objeto del informe en virtud del artículo 19 de la Constitución de la OIT (Informe III [Parte 1B]). El informe anual de la Comisión de Expertos es publicado en el mes de marzo y puede ser consultado en el portal web de la OIT.

Observación de la Comisión de Expertos indicando que la legislación nacional no cumple con el contenido de un convenio ratificado

Extracto de la observación de 2005 de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 100 por parte de Filipinas

Artículo 1, b), del Convenio. Trabajo de igual valor. Desde hace varios años, la Comisión ha venido tomando nota de que el artículo 5, a) del Reglamento de 1990 en aplicación de la ley de la República número 6725, de 12 de mayo de 1989, que definía el trabajo de igual valor como las «actividades, trabajos, tareas, funciones o servicios [...] que son idénticos o sustancialmente idénticos», pareciera limitar la aplicación del principio de igualdad de remuneraciones para los trabajadores, hombres y mujeres, en trabajos que son esencialmente los mismos, un concepto más restrictivo que el exigido por el Convenio. En este sentido, la Comisión recordaba que un proyecto de reforma del artículo 135, a), del Código del Trabajo, preveía la igualdad de remuneración para hombres y mujeres «por un trabajo de igual valor si el trabajo o las tareas son las mismas o de naturaleza diferente». Al tomar nota de que el Gobierno se limita a indicar en su respuesta que ha tomado nota de la observación de la Comisión, la Comisión subraya que, si bien no existe la obligación general de promulgar una legislación, las disposiciones legislativas existentes que no se encuentran en plena conformidad con las disposiciones del Convenio deberían enmendarse para ponerlas en conformidad con el sentido establecido en el Convenio. Por consiguiente, como espera que el Gobierno no escatimará esfuerzos para adoptar la enmienda del Código del Trabajo propuesta o modificar su reglamento, para que se ajuste a lo dispuesto en el artículo 1, b), del Convenio.

Fuente: OIT: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 93.ª reunión, Ginebra, 2005

Observación de la Comisión de Expertos indicando que ciertas prácticas no cumplen con el contenido de un convenio ratificado

Extracto de la observación de 2005 de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 29 por parte de Guatemala

A efectos del Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio 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. La Comisión observa que en los casos de los trabajadores del sector público, la negativa de realizar trabajo adicional a la jornada ordinaria de trabajo es causal de pérdida del empleo. En el sector privado, casos de las empresas que pactan el pago fijando metas de rendimiento, la obligación de trabajar más allá de la jornada ordinaria de trabajo se deriva de la necesidad de hacerlo para poder alcanzar el salario mínimo. En ambos casos, el común denominador es la imposición de un trabajo o servicio, y el trabajador tiene la posibilidad de «liberarse» de la imposición únicamente dejando el empleo o por el despido que sanciona su negativa. La Comisión observó en su observación del año pasado sobre estas cuestiones, que hipotéticamente el trabajador tendría la posibilidad de liberarse de la imposición de trabajar más allá de la jornada ordinaria de trabajo, pero que prácticamente no tiene una real opción, obligado por la necesidad de alcanzar al menos el salario mínimo y de conservar su empleo, o por ambas razones. La Comisión considera que en estos casos, el trabajo o servicio se impone bajo la amenaza de una pena, el despido o una remuneración inferior al salario mínimo. La Comisión espera que el Gobierno informará acerca de las medidas tomadas o previstas para asegurar el respeto del Convenio.

Fuente: OIT: Informe de 2005 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*

Las observaciones de la Comisión de Expertos y la jurisprudencia de los Estados Miembros

La jurisprudencia nacional es un elemento importante que permite a la Comisión de Expertos determinar si el derecho positivo de un país se adecúa o no al contenido de los convenios internacionales ratificados. En este sentido, las observaciones de la Comisión de Expertos pueden, según las circunstancias, destacar el papel activo que desempeña la jurisprudencia en el cumplimiento de un convenio o, por el contrario, indicar que el contenido de ciertas decisiones judiciales no parecen ajustarse a las obligaciones establecidas en los convenios ratificados.

Observaciones de la Comisión de Expertos indicando el papel activo desempeñado por los tribunales nacionales en el respeto de los convenios ratificados

Extracto de la observación de 2005 de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 87 por parte de México

En lo que respecta al punto iii), relativo a la prohibición de reelección dentro de los sindicatos, la Comisión toma nota de que el Gobierno informa que el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje aplica la jurisprudencia número CXVII/2000 de la Corte Suprema de Justicia, la cual establece que el artículo 75 de la ley federal de los trabajadores al servicio del Estado que prohíbe la reelección de sus dirigentes, contraviene la libertad sindical establecida en el artículo 123 de la Constitución, y que se ha tomado nota de la reelección dentro de 20 sindicatos. A este respecto, la Comisión pide al Gobierno que sea modificado el artículo 74 en el sentido de la jurisprudencia, a efectos de ponerla en conformidad con el Convenio y la actual práctica.

Extracto de la observación de 2005 de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 100 por parte de Madagascar

Artículos 1 y 2 del Convenio. Disposición discriminatoria en el convenio colectivo. La Comisión recuerda las observaciones formuladas por el Sindicato del Personal Navegante Comercial (PNC) de Air Madagascar, relativas a la desigualdad de remuneración derivada de la diferencia en la edad de jubilación entre los hombres y las mujeres del personal de navegación, que el convenio colectivo aplicable establece en 50 años para los hombres y en 45 años para las mujeres. La Comisión tomaba nota de que el Consejo de Arbitraje del Tribunal de Primera Instancia de Antananarivo se había pronunciado, el 18 de noviembre de 1997, sobre la cuestión, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones pertinentes del convenio colectivo, fundándose en que se establezca una discriminación basada en motivos de sexo. La Comisión compartía esta conclusión y alentaba al Gobierno a que no escatimara esfuerzos en resolver la situación, de conformidad con los principios de igualdad. Al respecto, la Comisión toma nota de la indicación del Gobierno, según la cual su observación se había llevado a la atención de Air Madagascar. La Comisión toma nota también de que, entre tanto, el Tribunal Supremo de la República de Madagascar se había pronunciado, en su sentencia de 15 de septiembre de 2003, en el caso de *Dugain y otros frente a Air Madagascar*, en el sentido de que los tribunales pueden anular disposiciones del convenio colectivo cuando exista una contravención del orden público o de los convenios internacionales que protegen los derechos de la mujer, incluido el Convenio núm. 111. El caso se remitió a un tribunal inferior. La Comisión muestra su satisfacción ante esta decisión y solicita al Gobierno que incluya, en su próxima memoria, información sobre los resultados de estos procedimientos, incluidas las resoluciones judiciales pertinentes y el impacto en la situación del empleo y de la remuneración del personal masculino y femenino pertinente.

Fuente: OIT: Informe de 2005 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*

Observación de la Comisión de Expertos indicando las dificultades en la aplicación de un convenio ratificado, surgidas tras determinadas decisiones judiciales

Extracto de la observación de 2004 de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 98 por parte de Costa Rica

La Comisión había tomado nota, en su anterior observación, de que según el informe de misión de asistencia técnica que tuvo lugar en septiembre de 2001, hay razones de mucho peso – entre ellas, el punto de vista mantenido por el presidente de la Sala Constitucional – para pensar que las sentencias de la Sala Constitucional, números 2000-04453, de 24 de mayo de 2000 y 2000-7730, de 30 de agosto de 2000, así como el voto aclaratorio de la Sala (número 2000-09690), de 1 de noviembre de 2000, excluyen en bloque, de la negociación colectiva, a todos aquellos empleados del sector público que tengan una relación estatutaria, incluso si trabajan en empresas públicas o comerciales o en instituciones públicas autónomas. La Comisión había tomado nota en este contexto jurisprudencial, del reciente decreto número 29576-MTSS, de 31 de mayo de 2001 (reglamento para la negociación de las convenciones colectivas en el sector público) que solo excluye de este derecho a los funcionarios de mayor jerarquía del sector público, reglamento este que a petición de la asistencia técnica prestada por la OIT incluye ciertas mejoras sustanciales en relación con el reglamento de 1993 (por ejemplo, la supresión de la comisión de homologación, ámbito subjetivo suficientemente amplio, instrucciones sobre la negociación solo de los entes públicos a sus representantes) y que fue objeto de ciertos comentarios, por parte de la misión de asistencia técnica realizada en septiembre de 2001 con miras a una futura legislación, en los que se señalan varios problemas e interrogantes.

Fuente: OIT: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, Ginebra, 2004

Las solicitudes directas de la Comisión de Expertos

Formuladas directamente al gobierno interesado, las solicitudes directas no son publicadas en el informe anual de la Comisión de Expertos⁶¹. A través de estas solicitudes, la Comisión de Expertos puede pedir a los gobiernos información complementaria para determinar si se cumplen efectivamente las obligaciones de los convenios. Igualmente, permiten llamar la atención del Estado Miembro sobre las dificultades de aplicación de un convenio que podrían ser objeto de una observación en el futuro.

⁶¹ Las solicitudes directas se pueden consultar en el portal web de la OIT a partir del momento en que son remitidas a los gobiernos.

Solicitud directa indicando una dificultad en la aplicación de un convenio ratificado

Extracto de la solicitud directa de 2005 de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 98 por parte de Burundi

Artículos 1, 2 y 3 del Convenio. La Comisión había tomado nota que las sanciones previstas en el Código de Trabajo, en caso de violación de los artículos 1 (protección de los trabajadores contra los actos de discriminación antisindical) y 2 (protección de las organizaciones de empleadores y de trabajadores contra los actos de injerencia de unas respecto de las otras) del Convenio, no eran suficientemente disuasorias para asegurar su aplicación. La Comisión había tomado nota que, según el Gobierno, las disposiciones en consideración serían modificadas con la colaboración de los interlocutores sociales. Los comentarios de la COSYBU, indicaban ausencia de mecanismos eficaces de protección contra los actos de discriminación sindical, y comentarios más recientes de esta organización, se referían a un número de actos de discriminación antisindical. La Comisión espera que el Gobierno pueda introducir en su legislación, en un futuro próximo, las modificaciones necesarias y pide al Gobierno que la mantenga informada de todo progreso realizado al respecto.

Tanto las observaciones como las solicitudes directas ilustran que el diálogo constituye una importante característica de los mecanismos de control de la OIT. De hecho, la función de la Comisión de Expertos no es la de condenar a los Estados que violen los convenios ratificados sino que se encarga, más bien, de ponerles de presente el contenido de sus obligaciones y de sugerirles las iniciativas adecuadas para cumplir a cabalidad con ellas.

En conclusión, las observaciones y solicitudes directas de la Comisión de Expertos son de gran utilidad para los jueces y operadores jurídicos nacionales en la medida en que:

- permiten determinar qué aspectos del derecho interno no concuerdan con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado;
- para poder verificar si se respeta o no un convenio, la Comisión tiene que pronunciarse sobre el significado y alcance de sus disposiciones,. De esta forma, los comentarios de la Comisión de Expertos constituyen una referencia fundamental para que los tribunales nacionales puedan aplicar su derecho interno de conformidad con los convenios internacionales ratificados.

II.A.1.b.ii. Estudios generales de la Comisión de Expertos, efectuados con base en las memorias de los Estados Miembros sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones

Como se indicó previamente, el artículo 19, párrafo 5 e), de la Constitución de la OIT permite a la Organización solicitar a los Estados memorias sobre la aplicación de convenios no ratificados así como sobre recomendaciones. En ese sentido, el Consejo de Administración elige anualmente una o varias recomendaciones o convenios relativos a un tema concreto. Cuando se trata de un convenio, únicamente los Estados que no lo hayan ratificado deben presentar una memoria sobre su legislación y práctica en la materia específica, sobre las medidas adoptadas para dar efecto al convenio y los obstáculos que enfrentan para ratificar dicho instrumento⁶². Con base en estas memorias y en aquellas enviadas regularmente por los Estados Miembros que sí ratificaron previamente el o los instrumentos en cuestión (en virtud del artículo 22 de la Constitución), la Comisión de Expertos elabora cada año un Estudio general sobre el tema escogido por el Consejo de Administración⁶³.

⁶² Igual que en el caso de los convenios que han sido ratificados, los interlocutores sociales tienen la posibilidad de enviar sus observaciones de forma independiente.

⁶³ Las versiones electrónicas de los Estudios generales elaborados a partir de 1985, están disponibles en el portal web de la OIT y anexas a la versión electrónica de este manual.

Los Estudios generales permiten a la Comisión de Expertos llevar a cabo un estudio pormenorizado del contenido de las normas analizadas así como realizar un balance sobre su puesta en práctica en los varios países miembros, destacando las dificultades que han surgido para su aplicación y, al mismo tiempo, revisando las soluciones que se han encontrado para solventarlas. Los Estudios constituyen una herramienta esencial para la comprensión e interpretación del contenido de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo⁶⁴. De hecho, en cada Estudio general, se pueden encontrar los varios elementos mencionados a continuación:

En cada Estudio, la Comisión se detiene en los varios artículos de los instrumentos analizados para precisar su significado y alcance. Cuando el Estudio general trata de convenio(s) ratificado(s) en un país determinado, la lectura de estas aclaraciones puede resultar muy útil para determinar si la jurisprudencia aplica el derecho interno de forma acorde con las obligaciones internacionales del Estado. Aún cuando un Estudio general trate de un convenio no ratificado en un país determinado, el análisis por parte de la Comisión de Expertos de los conceptos contenidos en el Convenio, puede constituir una fuente de inspiración para los jueces y operadores jurídicos nacionales a la hora de interpretar su propio derecho interno.

Estudio general, definición del significado y alcance de un artículo de un convenio

Definición de discriminación:

Los instrumentos de 1958 abarcan todos los tipos de discriminaciones, tanto las que se ejercen en el derecho y en la práctica, sean directas o indirectas. La adopción de disposiciones generales por las que se establezcan distinciones fundadas en criterios prohibidos constituye una discriminación en el derecho. El comportamiento regular de una autoridad pública o una persona privada que trate de manera desigual a individuos o a miembros de un grupo basándose en algún criterio prohibido que podrían gozar de los mismos derechos u obtener las mismas ventajas constituye una discriminación en la práctica.

Las discriminaciones indirectas son las relacionadas con situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características. Tales situaciones surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo.

Fuente: OIT: *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.^a reunión, Ginebra, 1996, párrafos 25 y 26

En el marco de los Estudios generales, la Comisión de Expertos también analiza las distintas medidas tomadas por los Estados Miembros respecto del contenido de las normas analizadas. Este ejercicio permite a la Comisión pronunciarse sobre la conformidad de ciertas legislaciones y prácticas nacionales frente a los convenios analizados, así como sugerir los mecanismos de implementación más apropiados.

⁶⁴ Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 37 de la Constitución de la OIT, por el cual solo la Corte Internacional de Justicia está facultada para dar una interpretación definitiva de los convenios internacionales del trabajo.

Análisis de la conformidad de ciertas prácticas y legislaciones nacionales con el contenido del convenio analizado en el Estudio general

Sanciones

Una legislación que permita, en la práctica, que el empleador ponga término al empleo de un trabajador a condición de pagar la indemnización prevista por la ley para todos los casos de despido injustificado, cuando el motivo real es su afiliación o sus actividades sindicales, es insuficiente, habida cuenta del artículo 1 del Convenio. La legislación deberá prever asimismo un mecanismo eficaz en materia de medios de reparación. El reintegro del trabajador despedido, con el pago de indemnizaciones retroactivas, constituye el medio más apropiado para remediar los actos de discriminación antisindical.

Fuente: OIT: *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª reunión, Ginebra, 1994, párrafo 224

Análisis de la jurisprudencia de determinados Estados Miembros contenida en un Estudio general

Interpretación del principio [igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor] por los tribunales:

En algunos países, la jurisprudencia de los tribunales ha contribuido, más que la acción legislativa, al progreso de la aplicación del principio de igualdad de remuneración. A partir de disposiciones constitucionales o legales, que consisten en declaraciones de carácter o, en otros casos, en normas de carácter relativamente restringido, los tribunales de algunos países han desarrollado el concepto de «igualdad de remuneración» y definiciones de «remuneración» que corresponden a los términos del Convenio. Se ha aludido ya a la situación existente en la República Federal de Alemania y en Italia (...), países en los cuales la jurisprudencia de los tribunales constitucionales ha precisado la aplicación del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor basándose en disposiciones constitucionales de carácter, mucho antes de que se hubiera promulgado las leyes que garantizan el goce del derecho a la igualdad de remuneración.

Fuente: OIT: *Igualdad de remuneración. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 72.ª reunión, Ginebra, 1986, párrafo 119

Finalmente, los Estudios generales pueden también permitir que la Comisión de Expertos se exprese sobre ciertas prácticas o situaciones de reciente aparición que no pudieron ser consideradas al momento de elaborar el convenio, pero que podrían tener vocación a incorporarse a su ámbito de aplicación. De esta forma, los Estudios generales propician una lectura y aplicación dinámica de los convenios internacionales del trabajo.

Análisis de prácticas o de situaciones de reciente aparición que podrían incorporarse en el ámbito de aplicación de un convenio

Estado de salud [NDR: motivo de discriminación no expresamente previsto por el Convenio núm. 111]

Por lo general, el estado de salud se considera, aún a priori, como un elemento esencial de la relación de trabajo. En realidad, no se le debería tener en cuenta en forma automática, sino tan solo en la medida en que lo requieran las exigencias específicas de un empleo determinado cuando afecte el derecho de acceder a un empleo, o a las condiciones de trabajo en la relación laboral. La consideración del estado de salud física o psíquica, pasada o presente, de una persona, puede entorpecer mucho la aplicación del principio de igualdad en la admisión en el empleo. La invocación del estado de salud como motivo del rechazo de un empleo o de despido, cuando no existe una relación muy estricta entre el estado de salud presente del trabajador y las exigencias profesionales normales que requiere el ejercicio de las funciones correspondientes a un empleo determinado, contradice el espíritu del Convenio.

Fuente: OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 255.

II.A.2. La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia

Se trata de un órgano tripartito de la Conferencia Internacional del Trabajo, compuesto por varios centenares de delegados, que constituye el segundo nivel del sistema de control regular de la aplicación de las NIT. Complementa el examen técnico e independiente de la Comisión de Expertos, siendo el mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores, empleadores y gobiernos tienen la posibilidad de estudiar conjuntamente la manera con la cual los Estados cumplen las obligaciones que proceden de los convenios y recomendaciones de la OIT.

En este sentido, la Comisión de la Conferencia analiza y discute los distintos elementos del informe de la Comisión de Expertos, en particular las observaciones emitidas sobre el respeto de los convenios ratificados por los Estados Miembros. A partir de dichas observaciones, la Comisión establece una lista de los casos de incumplimiento que considera como los más serios⁶⁵. En un primer momento, los gobiernos incluidos en esta lista tienen la posibilidad de dar respuesta por escrito a la Comisión. A continuación, la Comisión de la Conferencia puede solicitar a los gobiernos que proporcionen oralmente informaciones complementarias. Los representantes de dichos gobiernos tienen entonces que someter estas informaciones ante el pleno de los miembros de la Comisión de la Conferencia y dar respuesta a las muchas preguntas y comentarios de los delegados de los empleadores, trabajadores y gobiernos. Al final del proceso, la Comisión adopta conclusiones en las que manifiesta su punto de vista sobre el respeto o no del convenio ratificado por el Estado Miembro y sobre las acciones que éste debería emprender. Puede en particular, sugerir que el Estado Miembro acuda a la asistencia técnica de la Oficina Internacional del Trabajo para que ésta la apoye en la implementación del convenio.

Es así como la labor de la Comisión de Aplicación de Normas ilustra el espíritu y los métodos que caracterizan los mecanismos de control de la OIT, otorgando un papel importante tanto al diálogo como a la presión pacífica en el caso de los Estados Miembros que tienen que explicarse ante un foro mundial, tal como lo es la Conferencia Internacional del Trabajo.

Debido al tinte más «político» de su funcionamiento, es claro que la Comisión de Aplicación de Normas no representa, para los jueces y operadores jurídicos, la misma utilidad que la

⁶⁵ De hecho, son solo los delegados de los empleadores y los trabajadores, miembros de la Comisión de la Conferencia, los que establecen esta lista, y no los delegados gubernamentales, que no podrían posar de juez y parte al mismo tiempo. Cada año, se selecciona una veintena de estos casos.

Comisión de Expertos. No obstante, es importante que el poder judicial, en su calidad de órgano del Estado sometido al respeto de las obligaciones internacionales del país, sea informado de la eventual inclusión del Estado en la lista de la Comisión. Si ese llega a ser el caso, es valioso que los jueces y operadores jurídicos conozcan las medidas propuestas por el gobierno para superar los incumplimientos denunciados y aplicar plenamente el convenio.

II.B. Los mecanismos de control especiales

Basados en la presentación de recursos ante la OIT por la violación de las NIT, los mecanismos de control especiales se caracterizan por un carácter cuasi-jurisdiccional más marcado que el del mecanismo regular. Existen tres clases diferentes de recursos o de quejas. Dos son de conocimiento de comisiones *ad hoc* mientras que uno, el mecanismo especial de queja en materia de libertad sindical, es tramitado ante un órgano específico instituido en el seno del Consejo de Administración. Se trata del Comité de Libertad Sindical, el cual, gracias a su continuidad en el tiempo, ha podido desarrollar una valiosa «jurisprudencia» en la materia. Esto explica que nos concentremos esencialmente en este órgano.

II.B.1. Quejas ante el Comité de Libertad Sindical

Como fue mencionado en la introducción de este capítulo, el Comité de Libertad Sindical constituye, junto a la Comisión de Expertos, uno de los dos órganos de control de la OIT que representa potencialmente el mayor interés para los jueces y operadores jurídicos nacionales. Antes de entrar a analizar en detalle la labor que lleva a cabo, se describirán brevemente sus principales características y las reglas que rigen su procedimiento.

II.B.1.a. Origen, composición y mandato del Comité de Libertad Sindical

Creación

La creación en 1951 del Comité de Libertad Sindical por el Consejo de Administración, es el resultado de un acuerdo entre la OIT y las Naciones Unidas para establecer un procedimiento de control especial, encargado de verificar el respeto por los Estados Miembros de los principios de la libertad sindical. La existencia de un procedimiento de esta naturaleza, refleja la importancia que la OIT otorga a un principio que, consagrado expresamente por su Constitución, se alza como uno de los presupuestos necesarios para la búsqueda de la justicia social y como base fundamental del funcionamiento tripartito de la Organización.

Originalmente, su función se limitó a la admisión de las quejas dirigidas a la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical⁶⁶. Esta tarea se extendió rápidamente al análisis de fondo de los expedientes al tiempo que la intervención de la Comisión de Investigación y Conciliación se limitaba a situaciones excepcionales.

⁶⁶ La Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical fue creada por el Consejo de Administración en junio de 1949, y empezó a operar el año siguiente. Órgano *ad hoc*, está compuesta por nueve miembros independientes elegidos entre candidatos presentados por el Director General, en razón a sus calidades e imparcialidad. Su misión consiste en investigar las quejas presentadas por el Consejo de Administración, después de haber obtenido el consentimiento del Estado involucrado. La Comisión ha asumido un número limitado de casos a lo largo de su historia: Japón en 1964, Grecia en 1965-1966, Lesotho en 1973-1975, Chile en 1974-1975, Estados Unidos/Puerto Rico en 1978-1981 y Sudáfrica en 1992. Esta cifra tan baja se explica básicamente por la exigencia de obtener el consentimiento del Estado y por los altos costos en los que hay que incurrir.

Composición

A diferencia de la Comisión de Expertos, el Comité de Libertad Sindical tiene una estructura tripartita. Emanación del Consejo de Administración, está compuesto por nueve miembros titulares e igual número de suplentes, escogidos entre los miembros del Consejo con representación igual de los grupos de trabajadores, empleadores y gobiernos. Por último, desde 1978, el Comité está presidido por una personalidad independiente, de reconocida imparcialidad y alta competencia en materia de derecho internacional y derecho laboral.

La naturaleza tripartita del Comité⁶⁷, garantiza un examen equilibrado de las quejas y permite adoptar posiciones susceptibles de ser ampliamente aceptadas⁶⁸. La gran legitimidad que el tripartismo otorga a las decisiones del Comité se ve ampliamente fortalecida por el hecho de que todas las decisiones del Comité se adoptan por consenso sin que se haya recurrido nunca al derecho de voto.

El Comité se reúne tres veces al año (en marzo, mayo-junio y noviembre), circunstancia que juega a favor de la rapidez con que son estudiadas las quejas.

Mandato y competencia

El Comité es competente aún frente a Estados que no hayan ratificado los convenios sobre libertad sindical, en la medida en que el procedimiento de queja en materia de libertad sindical es fruto de la Constitución de la OIT, aceptada por todos los Estados Miembros, y en la cual se reconoce el principio de libertad sindical.

La función del Comité consiste en garantizar y promover el derecho de asociación de los trabajadores y empleadores, y no en adelantar acusaciones ni dictar condenas contra los distintos gobiernos⁶⁹. Se limita en cambio, a efectuar un examen de la situación de cada país desde el punto de vista de la libertad sindical y de verificar si el Estado Miembro ha tomado las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de actos provenientes de autoridades públicas o particulares en contra de la libertad sindical. En efecto, el Comité ha sostenido que «los hechos imputables a particulares responsabilizan a los Estados a causa de la obligación de diligencia y de intervención de los Estados para prevenir las violaciones de los derechos humanos»⁷⁰.

El Comité ha determinado claramente que su competencia se limita al examen de quejas por hechos que atenten contra la libertad sindical, cuidándose constantemente de no asumir los casos que excedan estos parámetros. En este sentido, ha manifestado que las

⁶⁷ El Comité ha sido descrito como un órgano técnico donde sus miembros sesionan a título personal sin recibir instrucciones de nadie, sin desconocer no obstante el interés general y las posiciones del sector que representan en el Consejo de Administración en su condición de miembros gubernamentales, empleadores o trabajadores. Cf. B. Gernigon, A. Odero y H. Guido: « Principios de la OIT sobre el derecho de huelga», *Revista internacional del trabajo*, vol. 137, núm. 4, 1998, p. 511.

⁶⁸ Véase N. Valticos: «Droit, politique, diplomatie et administration: les éléments du contrôle international (à propos de l'expérience de l'OIT)», en *Mélanges André Grisel*, Ediciones Ides et Calendes, Neuchâtel, 1983, p. 847 (disponible únicamente en francés).

⁶⁹ Véase OIT: *Procedimiento vigente para el examen de quejas por violaciones al ejercicio de la libertad sindical*, Ginebra, junio de 1985, párrafo 23.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cuarta edición (revisada), Ginebra, 1996, párrafos 19 y 754.

quejas relativas a las condiciones laborales, a la legislación sobre seguridad social, al ejercicio de la profesión y a derechos de propiedad sobre la tierra, no son de su resorte⁷¹.

Sin embargo, el Comité ha declarado que las quejas que, según las observaciones del gobierno, se refieran a cuestiones políticas, deberían ser examinadas para resolver los posibles temas que afecten directamente el ejercicio de derechos sindicales⁷². Igualmente, el Comité se considera competente para analizar proyectos de ley, en la medida en que tanto al gobierno como a la organización denunciante les interesa conocer el punto de vista del Comité de Libertad Sindical antes de adoptar la ley considerada⁷³.

El Comité de Libertad Sindical y el poder judicial

Las quejas en materia de libertad sindical son formalmente presentadas contra los gobiernos, por su calidad de representantes internacionales de los Estados. Por ello, el gobierno se convierte en el interlocutor del Comité ante el cual tiene que rendir cuentas en nombre del Estado. Esto explica que, a su vez, el Comité dirija la mayor parte de sus recomendaciones al gobierno.

No obstante, el Comité considera que el conjunto de los poderes del Estado, incluido el poder judicial⁷⁴, está sometido al respeto de los principios de la libertad sindical.

Aún si el Comité no es un tribunal internacional ante el cual pueda acudir para impugnar una decisión judicial nacional, si está dentro de sus funciones, analizar la actuación del poder judicial cuando sea necesario para evaluar el respeto a los principios de libertad sindical en un país determinado. De esta forma, el Comité puede pronunciarse directamente sobre las consecuencias de ciertas decisiones de los tribunales nacionales.

⁷¹ Véase, *Procedimientos especiales de la Organización Internacional del Trabajo para el examen de quejas por violaciones al ejercicio de la libertad sindical*, párrafos 20-23 (disponible en Anexo en OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006.

⁷² *Ibidem*, párrafo 25.

⁷³ *Ibidem*, párrafo 27.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, Venezuela, caso núm. 1952, 313º informe del Comité de Libertad Sindical (Boletín Oficial, vol. LXXXII, 1999, serie B, núm. 1). También disponible en la base de datos de casos examinados por el Comité de Libertad Sindical, LibSynd:

<http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?Lang=ES&hdroff=1>

País: Estados Unidos

Caso núm. 2227

Queja presentada por: Federación Estadounidense del Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales (AFLCIO) y Confederación de Trabajadores de México (CTM)

«El Comité hace hincapié en que no le incumbe examinar los actos específicos de la empresa Hoffman Plastic Compounds, Inc., ni tampoco cuestionar los efectos que la decisión del Tribunal Supremo tiene para la empresa Hoffman. Asimismo, el Comité desea dejar claramente establecido que su cometido no es apreciar la validez de la opinión mayoritaria del Tribunal con respecto al caso Hoffman, la que se fundamenta en cuestiones jurídicas y precedentes internos de gran complejidad, sino, más bien, examinar las consecuencias de esta decisión para determinar si las mismas redundan en la denegación del derecho fundamental de los trabajadores a la libertad sindical. (...) Habida cuenta de todas las consideraciones que anteceden, el Comité concluye que las medidas de reparación de que aún dispone la NLRB para actuar en casos de despido ilegal de trabajadores indocumentados, son inadecuadas para garantizar una protección efectiva contra los actos de discriminación sindical⁷⁵».

Como se verá más adelante, la competencia del Comité no está subordinada a que se agote la vías internas de recurso. Por ello, cuando el objeto de la queja es tramitado judicialmente al mismo tiempo a nivel nacional, el Comité puede optar por exponer los principios que serían aplicables para el caso, con miras a que los tribunales competentes puedan tomarlos en cuenta.

⁷⁵ Véase OIT: Informe del Comité de Libertad Sindical, caso núm. 2227, 332º informe, Boletín Oficial, vol. LXXXVL, 2003, serie B, núm. 3, párrafo 603, 610. Para acceder al informe a través de Internet véase nota 74.

País: República de Corea

Caso núm. 1865

Queja presentada por: Confederación de Sindicatos de Corea (KCTU), Federación Sindical de la Industria Automotriz de Corea (KAWF), Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y Federación Coreana de Trabajadores del Metal (KMWF)

«El Comité pide al Gobierno que le comunique la decisión que se adopte sobre el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del tribunal que entiende que los convenios colectivos firmados en 2004 no se aplicaban a los trabajadores contratados por los subcontratistas; y confía en que el tribunal de apelaciones tenga debidamente en cuenta los principios de la libertad sindical mencionados en las conclusiones del Comité⁷⁶».

País: Burundi

Caso: núm. 2276

Queja presentada por: La Confederación de Sindicatos de Burundi (COSYBU)

« El Comité confía en que el Dr. Hajayandi será reintegrado en sus funciones sin pérdida de salario; si el tribunal competente concluyera, sin embargo, que el reintegro no es posible, en vista de las circunstancias específicas del caso, en particular en razón del largo tiempo transcurrido desde el despido del Dr. Hajayandi, el Comité espera que el tribunal ordenará una indemnización apropiada, teniendo en cuenta tanto el perjuicio sufrido por el representante sindical como la necesidad de prevenir la repetición de tales situaciones en el futuro, por medio de una indemnización adecuada. El Comité pide al Gobierno que lo mantenga informado de la evolución de la situación y que le transmita copia de la sentencia que se dicte al respecto⁷⁷».

II.B.1.b. Procedimiento

Con el diálogo y la persuasión como ejes centrales de su mandato, el Comité de Libertad Sindical no es un tribunal internacional. Sin embargo, muchos consideran que las normas de procedimiento que lo rigen y que buscan garantizar su completa imparcialidad, sí le otorgan la calidad de un órgano cuasi-judicial. Al respecto, conviene hacer mención del respeto del principio de contradicción, de la confidencialidad de los documentos, del desarrollo de las reuniones a puerta cerrada, de la no participación en el análisis del caso de los miembros del Comité procedentes del país objeto de la queja y de los que ocupan un cargo oficial en la organización querellante

Aparte de las reglas que estableció el Consejo de Administración al crear el Comité de Libertad Sindical, fue el mismo Comité el que posteriormente definió sus propias normas de procedimiento, prestando especial atención a que estas tuvieran la capacidad de adaptarse a las necesidades que el paso del tiempo fuera imponiendo y evitar que su eficacia se viera menguada.

El procedimiento prevé, por ejemplo, que en determinadas circunstancias se acepte una audición de las partes, o misiones que permitan el contacto directo como una visita a sus países.

⁷⁶ Véase OIT: Informe del Comité de Libertad Sindical, caso núm. 1865, 340º informe, Boletín Oficial, vol. LXXXVIX, 2006, serie B, núm. 1, párrafo 781. Para acceder al informe a través de Internet ver nota 74.

⁷⁷ Véase Oficina Internacional del Trabajo: Informe del Comité de Libertad Sindical, caso núm. 2276, 335º informe, Boletín Oficial, vol. LXXXVII, 2004, serie B, núm. 3, párrafo 411. Para acceder al informe a través de Internet véase nota 74.

Admisibilidad de las quejas

Admisibilidad respecto de quien interpone la queja

Las quejas pueden provenir de organizaciones de trabajadores y empleadores o de los mismos gobiernos. En cambio, las quejas interpuestas por particulares no son admisibles.

Las organizaciones habilitadas son:

- una organización nacional que tenga interés directo en el asunto;
- una organización internacional que tenga estatuto consultivo ante la OIT⁷⁸;
- cualquier otra organización internacional, cuando el alegato atañe directamente a alguna de sus organizaciones afiliadas⁷⁹.

Adicionalmente, debe señalarse que «El Comité goza de entera libertad para decidir si una organización puede ser considerada como organización profesional desde el punto de vista de la Constitución de la OIT, y no se considera ligado por ninguna definición nacional de este término.⁸⁰»

Admisibilidad en cuanto a los requisitos formales de la queja

Las quejas deben presentarse por escrito, firmadas por el representante de una organización autorizada para hacerlo y acompañadas, en la medida de lo posible, por pruebas que sustenten el alegato de violación a los derechos sindicales.

La no exigencia del agotamiento de las vías de recurso internas

El agotamiento de los recursos internos no es una condición de la admisibilidad de la queja. No obstante, el Comité tiene en cuenta las instancias judiciales nacionales que puedan eventualmente estar en curso. De esta forma, cuando se admite una queja que está siendo adelantada ante una jurisdicción nacional, y se considera que la decisión que ésta tome puede aportar elementos adicionales importantes al caso, el Comité difiere su examen durante un periodo razonable a la espera de poder conocer el fallo siempre y cuando la suspensión del caso no perjudique los derechos de la parte que, alegadamente, sufrió una violación de sus derechos.

Alegatos sobre el respeto de la libertad sindical por parte de las empresas

Es importante destacar que cuando el alegato se refiere a la comisión de violaciones de derechos sindicales por parte de una empresa determinada, ésta no podrá dar respuesta directamente a las acusaciones. Deberá hacerlo, en cambio, a través de las observaciones que los gobiernos tienen derecho a presentar.

⁷⁸ Por el momento, gozan de este estatus: la Organización Internacional de Empleadores; la Confederación Sindical Internacional; la Organización de la Unidad Sindical Africana y la Federación Sindical Mundial

⁷⁹ Véase, *Procedimientos especiales de la Organización Internacional del Trabajo para el examen de quejas por violaciones al ejercicio de la libertad sindical*, op. cit., párrafo 31.

⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 32 y siguientes. El hecho de que una organización haya sido disuelta, se encuentre en la clandestinidad o que las personas que la representen estén refugiadas en el extranjero, no causa la inadmisibilidad de la queja. Esto es de gran importancia dado que en ciertos contextos políticos los sindicatos no gozan de libertad de acción. El Comité tampoco rechaza ninguna queja por el hecho de que un sindicato no haya presentado sus estatutos como pudiera requerirlo la ley nacional, actuando conforme a la premisa que indica que «los principios de libertad sindical exigen justamente que los trabajadores puedan, sin autorización previa, constituir las organizaciones profesionales que estimen convenientes.» Asimismo, se sostiene que «la ausencia de reconocimiento oficial de una organización no puede justificar el rechazo de los alegatos cuando se desprende de la queja que dicha organización tiene por lo menos una existencia de hecho.»

Sin embargo, en la última revisión que el Comité hizo a sus reglas de procedimiento, se determinó que, a fin de garantizar plenamente el derecho de defensa, la empresa pueda enviar la información que estime pertinente por intermedio de su gobierno⁸¹.

II.B.1.c. La labor del Comité de Libertad Sindical y su relevancia para jueces y operadores jurídicos nacionales

II.B.1.c.i. Los informes del Comité de Libertad Sindical, sus recomendaciones y su discusión al interior del Consejo de Administración

A partir del examen de las quejas, el Comité puede adoptar tres tipos de informes⁸²:

- Informe definitivo en el cual el Comité puede considerar dos opciones. La primera, decidir no adelantar un examen más a fondo ya sea porque los hechos alegados no atentan contra la libertad sindical, porque los alegatos formulados son de carácter eminentemente político o porque son demasiado vagos. La segunda, exigir al gobierno la toma de medidas necesarias para remediar anomalías que se hayan constatado o recordarle la importancia del respeto a ciertos principios.
- Un informe provisional, en el cual el Comité puede solicitar información adicional al gobierno y a la organización querellante, o pedirle al Estado que tome las medidas necesarias para remediar la situación y lo mantenga informado. El informe provisional puede entonces contener al mismo tiempo conclusiones definitivas y conclusiones provisionales.
- Un informe de seguimiento («*follow-up*»), por el cual solicite se le mantenga informado de la evolución del caso y de las medidas adoptadas por el Estado Miembro en pro del respeto a los principios de libertad sindical. Lo solicitado puede referirse a cuestiones de hecho, como el estado de determinados recursos o la situación de ciertas personas, o a cuestiones de derecho, como la adopción o derogación de leyes.

Todos los informes son sometidos a la aprobación del Consejo de Administración que está facultado para introducirles modificaciones, algo que no ha ocurrido hasta el momento.

Cuando el país objeto de la queja ha ratificado los convenios de libertad sindical y cuando el problema del que se trata se refiere a cuestiones legislativas, el Comité informa a la Comisión de Expertos para que sea ella quien haga el seguimiento de la implementación de las recomendaciones presentadas. Esto no implica necesariamente que el Comité se desentienda del caso.

II.B.1.c.ii. La relevancia de la labor del Comité para los jueces y operadores jurídicos nacionales

- La aplicación de los convenios sobre libertad sindical a casos específicos

Teniendo que pronunciarse sobre el respeto de la libertad sindical en los casos concretos que dan lugar a las quejas, el Comité, mediante sus decisiones contribuye a precisar el significado y el alcance de las disposiciones de los convenios de la OIT en materia de libertad sindical

A continuación, ejemplo de un caso en el cual el Comité se pronuncia sobre la aplicabilidad de los principios de libertad sindical a trabajadores extranjeros «en situación irregular».

⁸¹ *Ibidem*, párrafo 53.

⁸² En determinados casos, el Comité puede recomendar que el caso sea enviado a la Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical. Si la recomendación es aprobada por el Consejo de Administración, y el gobierno a quien concierne no ha ratificado los convenios sobre libertad sindical, el consentimiento de dicho gobierno es necesario para que la Comisión de Investigación conozca del caso.

País: España

Caso núm. 2121

Queja presentada por: Unión General de Trabajadores de España (UGT)

Esta queja se refiere a una ley que condiciona el ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores extranjeros a la obtención de un permiso de estancia o residencia en el país. Con base en el artículo 2 del Convenio núm. 87, el Comité considera que no está permitido excluir a los trabajadores extranjeros en situación irregular del goce de la libertad sindical.

«A la luz de los elementos que anteceden, el Comité observa que el problema que se plantea en este caso consiste en determinar si resulta conveniente dar, como lo solicita la organización querellante, una interpretación extensiva al concepto de «trabajadores» utilizado en los Convenios de la OIT sobre la libertad sindical. En estas condiciones, el Comité recuerda que el artículo 2 del Convenio núm. 87 reconoce el derecho de los trabajadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes. La única excepción autorizada por el Convenio núm. 87 está prevista en el artículo 9 de dicho instrumento y se refiere a las fuerzas armadas y a la policía. Por tanto, a juicio del Comité, todos los trabajadores, salvo los contemplados en esta única excepción, están amparados por el Convenio núm. 87. En consecuencia, en lo que respecta a la legislación en cuestión, el Comité pide al gobierno que tenga en cuenta el tenor del artículo 2 del Convenio núm. 87. Asimismo, subraya que los sindicatos deben gozar, pues, del derecho de representar y de asistir a los trabajadores así cubiertos por el Convenio, a fin de defender y promover los intereses de los mismos. (...) El Comité pide al Gobierno en lo que respecta a la legislación en cuestión que tenga en cuenta el artículo 2 del Convenio núm. 87, en virtud del cual los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen el derecho de afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes⁸³».

- El reconocimiento de principios generales en materia de libertad sindical

Desde su creación en 1951, el Comité ha tenido con frecuencia la oportunidad de pronunciarse sobre series de casos que presentan hechos muy similares o análogos. De esta forma, ha podido establecer principios generales que le han permitido mantener una unidad de criterio en sus decisiones y con los cuales ha ido construyendo una «jurisprudencia» muy elaborada, al punto de que se puede considerar, que han venido conformando un verdadero derecho común internacional en la materia.

Nota bene: Estos principios son recopilados periódicamente en un compendio que constituye una herramienta de gran utilidad para que los jueces y operadores jurídicos nacionales puedan ir aplicando su derecho interno acorde con el desarrollo del derecho internacional⁸⁴.

Situaciones en las que puede limitarse o prohibirse el derecho de huelga

El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: 1) en la función pública, solo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o 2) en los servicios esenciales, en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población).

Fuente: OIT: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 2006, *op. cit.*, párrafo 576

⁸³ Véase Oficina Internacional del Trabajo: Informe del Comité de Libertad Sindical, caso 2121, 327º informe, Boletín Oficial, vol. LXXXV, 2002, serie B, núm. 1, párrafo 561. Para acceder al informe a través de Internet véase nota 74.

⁸⁴ Véase Oficina Internacional del Trabajo: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 2006, *op. cit.*

Protección contra el despido antisindical

Partiendo de lo estipulado en el artículo 1 del Convenio núm. 98, en el sentido de que los trabajadores deben «gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo», el Comité de Libertad Sindical ha establecido los siguientes principios en materia de despido:

- Nadie debería ser objeto de discriminación antisindical por la realización de actividades sindicales legítimas, y la posibilidad del reintegro en el puesto de trabajo debería estar a disposición de los interesados en tales casos de discriminación antisindical.
- Si el reintegro de los trabajadores despedidos en violación de los principios de libertad sindical no fuese posible en la práctica, dado el largo lapso de tiempo transcurrido desde el despido, el Comité pidió al Gobierno que adoptara medidas para que los trabajadores reciban sin demora indemnización completa.
- Las indemnizaciones impuestas a título de reparación deberán ser apropiadas, teniendo en cuenta que por ese medio se tratará de impedir que tales situaciones se reproduzcan en el futuro.

Fuente: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 2006, *op. cit.*, párrafos 837, 841 y 844

II.B.2. Reclamaciones en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT

En virtud de los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT⁸⁵, las organizaciones profesionales de empleadores o de trabajadores, sean locales, nacionales o internacionales, pueden acudir ante la OIT para denunciar el incumplimiento de un convenio ratificado por un Estado Miembro. Si se reúnen las condiciones de admisibilidad⁸⁶, el Consejo de Administración nombra entre sus miembros un Comité *ad hoc* compuesto de un miembro de cada uno de los tres grupos representados en la Organización.

Con base principalmente en los documentos escritos suministrados por la parte querellante y por el gobierno⁸⁷, el Comité se pronuncia sobre la existencia de la violación y sobre las medidas que el Estado debería implementar para solventarla. Las conclusiones y recomendaciones del comité tripartito son sometidas a la aprobación del Consejo de Administración que puede decidir publicar la reclamación.

Como ya se ha indicado, existe una estrecha relación entre los distintos mecanismos de control de la OIT, la cual contribuye a fortalecer la eficacia del sistema de control en su conjunto. De ahí que si se tramita una reclamación respecto a un convenio sobre la libertad sindical, el Consejo de Administración tiene la posibilidad de transferir el caso al Comité de Libertad Sindical. Asimismo, al efectuar el análisis de la reclamación, los comités tripartitos *ad hoc* se apoyan en los pronunciamientos de la Comisión de Expertos relativos al convenio que se considere violado. Igualmente, por lo general, las recomendaciones de los comités tripartitos encargan a la Comisión de Expertos el seguimiento que se le haga a las acciones emprendidas por los gobiernos en cumplimiento de lo dispuesto por el Comité. Finalmente, la inobservancia

⁸⁵ Véase igualmente el reglamento relativo al procedimiento a seguir para el examen de reclamaciones en virtud de los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT, revisado durante la reunión de noviembre de 2004 del Consejo de Administración (Doc. GB.291/9 [rev.]).

⁸⁶ Requisitos de admisibilidad: la reclamación debe ser comunicada por escrito a la Oficina Internacional del Trabajo; ser presentada por una organización profesional de empleadores o trabajadores; referirse expresamente al artículo 24 de la Constitución de la OIT; involucrar a un miembro de la OIT; versar sobre un convenio ratificado por el Estado involucrado; indicar en qué aspecto el Estado no ha garantizado la aplicación efectiva del convenio.

⁸⁷ En virtud del reglamento mencionado anteriormente, tanto la organización querellante como su contraparte pueden ser escuchadas por el Comité.

de tales recomendaciones, que dicho sea de paso, son aprobadas por el Consejo de Administración, puede provocar que el mismo Consejo nombre una comisión de encuesta en virtud de los artículos 26 y siguientes de la Constitución de la OIT⁸⁸.

En la misma línea de lo afirmado respecto a la labor de otros órganos de control, resulta de gran utilidad la consulta que puedan hacer los jueces y operadores jurídicos nacionales, de los informes adoptados a raíz de una reclamación. Por un lado, los juristas del país que es objeto de la reclamación, pueden conocer de esta forma, la posición del Consejo de Administración sobre la compatibilidad entre su derecho y práctica jurídica interna y el respectivo convenio. Por otro lado, los jueces y operadores jurídicos de otros países pueden encontrar en el informe del comité tripartita *ad hoc*, importantes detalles y análisis sobre el contenido de las obligaciones consagradas en el convenio, y los medios para cumplirlas cabalmente.

II.B.3. Quejas en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT⁸⁹

Procedimiento

Los artículos 26 a 29 y 31 a 33 de la Constitución de la OIT, contemplan un tipo adicional de recurso contra un Estado que no respete plenamente el contenido de un convenio que haya ratificado. Si bien el objeto de la queja con base en el artículo 26 es idéntico al de la reclamación, tanto sus reglas de presentación y de procedimiento como sus posibles consecuencias, difieren. De hecho, esta vía de recurso, raramente utilizada en la historia de la OIT, es generalmente considerada como el mecanismo de control de aplicación de las NIT más grave y solemne. Se trata igualmente, del recurso que presenta el carácter judicial más marcado.

Son aptos para presentar esta queja ante la OIT, los siguientes actores: un Estado Miembro, si ha ratificado, a su vez, el convenio cuyo incumplimiento alega; cualquier delegado ante la Conferencia Internacional del Trabajo; adicionalmente, como mencionado anteriormente, el Consejo de Administración puede decidir iniciar de oficio el procedimiento de control plasmado en los artículos 26 y siguientes de la Constitución,

Una vez presentada la queja, es tarea del Consejo de Administración determinar o no su admisión. En este punto, el procedimiento difiere de manera importante frente a las reglas establecidas para la reclamación ya que los criterios sobre los que el Consejo de Administración basa su decisión, no son únicamente jurídicos sino también de oportunidad. En efecto, el Consejo puede discrecionalmente considerar que el procedimiento de la queja no constituye la vía más apropiada para resolver el problema que se esté planteando⁹⁰.

⁸⁸ Tal fue el caso en contra de Alemania en 1983, respecto a la aplicación del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

⁸⁹ Véase N. Valticos: «Les commissions d'enquête de l'Organisation internationale du Travail», *Revue Générale de Droit International Public*, Pedone, Paris, 1987 (disponible únicamente en francés).

⁹⁰ De esta forma, no son pocas las oportunidades en las que quejas basadas en el artículo 26 y concernientes a la violación de convenios sobre libertad sindical, han sido transferidas al Comité de Libertad Sindical. En sentido inverso, el Comité de la Libertad Sindical sugirió en una de sus recomendaciones sobre una queja interpuesta contra el gobierno de Belarús, que el caso fuera asumido por una comisión de encuesta en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT: «j) en estas circunstancias, teniendo en consideración la queja en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT presentada por algunos delegados trabajadores a la 91.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2003, el Comité recomienda que el Consejo de Administración remita a una comisión de encuesta el examen de todos los alegatos pendientes en este caso, junto con la queja presentada en junio de 2003». Véase OIT: Informe del Comité de Libertad Sindical, caso núm. 2090, 332º informe, Boletín Oficial, vol. LXXXVI, 2003, serie B, núm. 3, párrafo 561. Para acceder al informe a través de Internet, véase nota 74.

Si el Consejo de Administración decide admitir la queja, nombra una comisión de encuesta. A diferencia de los comités tripartitos encargados de analizar las reclamaciones, la comisión de encuesta está constituida por miembros independientes. Las tres personalidades de altísimo nivel que la integran, deben demostrar la más alta imparcialidad así como una gran experiencia en materia de derecho internacional y derecho laboral⁹¹.

Dado que la Constitución de la OIT no contiene disposiciones específicas sobre el tema, la práctica ha establecido que son los propios miembros de la comisión de encuesta quienes fijan en cada caso las reglas del procedimiento y se las comunican a las partes. Es así como varias comisiones de encuesta resaltaron la naturaleza judicial del mecanismo de control de los artículos 26 y siguientes a la hora de definir las reglas procesales que iban a enmarcar su acción⁹².

En la práctica, las comisiones de encuesta no se limitaron a estudiar las conclusiones escritas presentadas por las partes. Por el contrario, solicitaron su comparecencia directa en Ginebra, y, en numerosos casos previeron una misión de la comisión al país objeto de la queja⁹³.

En virtud del artículo 28 de la Constitución de la OIT, al final del procedimiento la comisión de encuesta debe elaborar un informe donde se establezcan los hechos objeto de la queja, se determine la existencia o no de la violación al convenio ratificado y, de ser necesario, se formulen recomendaciones para que el Estado tome las medidas necesarias encaminadas a subsanar su incumplimiento. Dicho informe es enviado al Consejo de Administración, pero su aprobación no es necesaria para que tenga efectos.

⁹¹ Este sistema es similar a la elección de los miembros de la Comisión de Expertos en la medida en que el Director general somete al Consejo de Administración una lista de nombres. De hecho, es bastante frecuente que las comisiones de encuesta incluyan miembros de la Comisión de Expertos.

⁹² Véase, por ejemplo, la comisión de encuesta constituida para analizar la queja presentada contra Belarús: «40. Al establecer su procedimiento, la comisión evocó ciertos elementos característicos de la naturaleza de su misión: como otras comisiones de encuesta lo han destacado en el pasado, el procedimiento establecido para los artículos 26 a 29 y 31 a 34 de la Constitución, es de naturaleza judicial. Por consiguiente, las reglas de procedimiento a aplicar en un caso tal deben preservar el derecho de las partes a un proceso equitativo, en el sentido previsto por el derecho internacional». De hecho, conviene resaltar que en 1961, el mismo Consejo de Administración recalcó el carácter judicial del procedimiento de queja.

⁹³ La misión puede efectuarse a condición de que el país la acepte. Polonia en 1983 y Myanmar en 1998 rechazaron misiones de comisiones de encuesta que quisieron visitar su territorio.

El peso específico de las conclusiones y recomendaciones de las comisiones de encuesta

Tres elementos previstos en la Constitución de la OIT conceden a las decisiones de las comisiones de encuesta un peso específico, permitiendo, según Nicolas Valticos⁹⁴, considerarlas como jurídicamente obligatorias para los Estados concernientes.

1. El artículo 28 indica que la comisión de encuesta deberá especificar en su informe los plazos dentro de los cuales sus recomendaciones deben ser aplicadas por el Estado Miembro.
2. El artículo 29 párrafo 2, prevé que en caso de que no las acepte, el Estado dispone de un término de tres meses para impugnar las recomendaciones de la Comisión ante la Corte Internacional de Justicia. Los artículos 31 y 32 indican que la Corte Internacional de Justicia podrá confirmar, modificar o anular las conclusiones y recomendaciones, y que contra su decisión no caben recursos.
3. El artículo 33 dispone que si el Estado no acata oportunamente las recomendaciones o conclusiones de la comisión de encuesta, el Consejo de Administración podrá recomendar a la Conferencia Internacional del Trabajo que tome las medidas que estime necesarias para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones.

Al respecto, Nicolas Valticos indica que la posibilidad de que la Corte Internacional de Justicia sea la que tenga la última palabra, es prueba palpable de que las recomendaciones de las Comisiones de Encuesta son decisiones que producen efectos jurídicos y no simples sugerencias. El autor recalca sobretodo, que la existencia del artículo 33 demuestra que los Estados tienen la obligación de respetar las decisiones de las Comisiones de Encuesta ya que la OIT está facultada para exigir su aplicación al poder tomar las medidas necesarias para obtener su cumplimiento⁹⁵.

El artículo 33 de la Constitución de la OIT fue utilizado por primera vez por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2000, en un caso frente al Estado de Myanmar. Dos años antes, el informe de la comisión de encuesta declaraba que dicho Estado violaba de manera sistemática el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) y le reclamaba poner en marcha inmediatamente todas las medidas necesarias para corregir la situación. Al constatar la apatía del gobierno frente a las recomendaciones expuestas, la Conferencia solicitó a todos los Estados Miembros revisar sus relaciones bilaterales con Myanmar a fin de obtener la plena aplicación de las recomendaciones de la comisión de encuesta⁹⁶.

Aparte de los jueces y operadores jurídicos de los países directamente involucrados por las comisiones de encuesta, los informes por ellas adoptados pueden constituir una referencia jurídica de uso general para interpretar el contenido de los convenios y comprender mejor el alcance de las obligaciones que asumen los Estados parte.

A continuación, un ejemplo del informe de una comisión de encuesta, donde se determina el alcance de las obligaciones de un Estado tras la ratificación de un convenio internacional del trabajo.

⁹⁴ Director del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo (1964-1976), juez de la Corte Europea de Derechos Humanos y juez *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia, autor de numerosas obras y artículos sobre las normas internacionales del trabajo, Nicolas Valticos es considerado como la principal referencia doctrinal en la materia.

⁹⁵ Véase N. Valticos: «Les commissions d'enquête de l'Organisation internationale du Travail», *op. cit.* <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc88/pdf/pr-6-4.pdf>

⁹⁶ Véase la resolución relativa a las medidas recomendadas por el Consejo de Administración en virtud del artículo 33 de la Constitución de la OIT con respecto a Myanmar adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2000 (<http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc88/resolutions.htm#1>).

Extracto del informe de la comisión de encuesta establecida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la queja respecto de la observancia por Rumania del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

La obligación prevista en el artículo 19, párrafo 5, d), de la Constitución, es una obligación de hacer efectivas las disposiciones del Convenio, «de facto» y «de iura». Por lo tanto, es necesario, pero no suficiente, que las disposiciones legislativas en vigor sean plenamente conformes a las exigencias del Convenio. Resulta indispensable que la legislación conforme a las exigencias del Convenio sea aplicada entera y estrictamente. Esto implica que existan servicios administrativos eficaces que aseguren el respeto de la ley, en particular con medidas que incluyan una inspección profunda, por parte de funcionarios absolutamente independientes. Las disposiciones deben ser también conocidas por todos los interesados, que deben ser informados por todos los medios, incluso mediante carteles en el lugar de trabajo o campañas nacionales informativas, sobre cuáles son sus derechos y obligaciones. También deben existir procedimientos eficaces de recurso, que garanticen esos derechos en condiciones de independencia e imparcialidad, a los trabajadores que deseen someter sus quejas contra violaciones de la ley, sin temores de ninguna clase a represalias de cualquier tipo, y además deben estar previstas penas adecuadas, para sancionar las infracciones, y ser aplicadas estrictamente con absoluta seguridad.

Cuando se cumplen estas condiciones, no se puede considerar que un gobierno incumple sus obligaciones respecto a un convenio, por el hecho de que se produzcan violaciones de las disposiciones de éste por parte de un funcionario o un responsable de una empresa, que serán sometidos a procedimientos disciplinarios o judiciales adecuados.

Si no se cumplen plenamente estas condiciones, un gobierno no puede liberarse de su responsabilidad por las acciones u omisiones de sus agentes, o el comportamiento de responsables de empresas, e incluso de personas privadas.

Teniendo en cuenta la naturaleza del sistema económico dominante en Rumania, el Gobierno era y es todavía en gran medida responsable directamente de las medidas que puedan ser adoptadas en las empresas o en el ámbito de la formación, en contra o a favor de una determinada persona, en virtud de los criterios previstos en el artículo 1, párrafo 1, a), del Convenio. En el caso específico del Convenio cuya aplicación es objeto del presente examen, la Comisión recuerda también que el Gobierno debe tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y el cumplimiento de la política de igualdad de oportunidades y de trato, que tiene la obligación de formular y llevar a cabo. La búsqueda de esta colaboración exige que estas organizaciones puedan progresar, y en particular que se encuentre una solución equitativa a la cuestión del reparto del patrimonio de la antigua Unión General de los Sindicatos de Rumania. Además, existe la obligación de asegurar las condiciones de ejercicio de las libertades de expresión y de asociación necesarias para que cada uno pueda defender sus derechos sin riesgos de sufrir represalias al presentar recursos relacionados con la aplicación de las disposiciones del Convenio.

Fuente: OIT: Boletín Oficial, suplemento 3, vol. LXXIV, 1991, serie B, párrafos 576 a 578

III. El valor jurídico de los pronunciamientos de los órganos de control internacionales y su posible utilización por los tribunales nacionales

III.A. Algunos elementos de reflexión sobre el valor jurídico de la labor de los órganos de control internacionales

La primera parte de este capítulo ha permitido ilustrar la importancia de los mecanismos de control de la OIT para aclarar el significado y el alcance de las NIT. De ahí se concluye que es

difícil utilizar judicialmente los convenios y recomendaciones, sin antes haber estudiado los comentarios y pronunciamientos correspondientes de los órganos de control.

Esta constatación conduce a preguntarse si existe la posibilidad de que las cortes y tribunales nacionales puedan mencionar directamente en sus decisiones los informes y pronunciamientos de unos órganos de control que no son tribunales internacionales. Sin perjuicio de la diversidad de cada sistema jurídico nacional, el manual pretende mencionar brevemente algunas vías de reflexión resultantes del análisis del derecho internacional, de la práctica de los órganos de control y de la jurisprudencia comparada. Si bien es cierto que hasta este momento se ha hecho únicamente referencia a los órganos de control de la OIT, las consideraciones que se propone exponer ahora parecen igualmente aplicables a los órganos de control de pactos y convenciones de las Naciones Unidas en materia de derechos de la persona.

Evaluar el posible uso judicial de la labor de los órganos de control internacionales supone determinar previamente su valor jurídico, análisis que a su vez requiere varias etapas.

Primera etapa: ¿Los comentarios y recomendaciones de los órganos de control son obligatorios y ofrecen una interpretación definitiva de las NIT?

A excepción de los informes de las Comisiones de Encuesta⁹⁷, la fuerza vinculante de comentarios y recomendaciones de los órganos de control no se desprende directamente de la Constitución de la OIT ni de cualquier otro texto de la Organización. Asimismo, no está dentro de las funciones de los órganos de control, el dar una interpretación definitiva a los tratados cuyo cumplimiento deben fiscalizar. De hecho, el único ente facultado por la Constitución de la OIT para llevar a cabo esta tarea, es la Corte Internacional de Justicia⁹⁸.

Segunda etapa: ¿Los pronunciamientos de los órganos de control están entonces desprovistos de valor jurídico?

Al menos tres elementos demuestran el valor jurídico e institucional de los pronunciamientos de los órganos de control y los diferencian de simples recomendaciones de carácter moral o meros estudios doctrinales.

- Primer elemento: la labor de los órganos de control constituye una lectura particularmente autorizada de los convenios internacionales del trabajo

Resulta oportuno revisar el mandato conferido a estos órganos por los propios mandantes de la OIT, por el cual se les encarga la verificación del respeto de las obligaciones establecidas para el cumplimiento de los Estados Miembros, función que necesariamente exige que se pronuncien sobre el contenido y alcance de las NIT pertinentes⁹⁹. Por ello, en la práctica, los órganos de control deben efectuar un trabajo interpretativo para ejercer eficazmente sus funciones¹⁰⁰.

⁹⁷ Véase *supra*.

⁹⁸ Véase artículo 37, párrafo 1, de la Constitución de la OIT. Conviene destacar, que la posibilidad de crear un tribunal especial encargado de resolver problemas de interpretación no ha sido nunca implementada (párrafo 2, artículo 37).

⁹⁹ Véase la posición de la Comisión de Expertos al respecto, en OIT: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 77.ª reunión, Ginebra, 1990, párrafo 7.

¹⁰⁰ Al respecto, se puede tomar nota de la relativa similitud que existe entre la situación de los órganos de control de la OIT y de las Naciones Unidas y la de los tribunales nacionales. Pese a que en la mayoría de los países el poder judicial no tiene el mandato formal de interpretar de manera auténtica las leyes adoptadas por el parlamento, en la práctica la interpretación de la legislación nacional es un elemento esencial de su trabajo sin el cual no podría resolver los litigios que le son sometidos.

Para cumplir a cabalidad su tarea, estos órganos presentan varias características que les otorgan una importancia y legitimidad únicas: alto nivel de especialización, tanto de los órganos como del secretariado de la OIT que los apoya; naturaleza internacional; imparcialidad y alto nivel jurídico de los miembros de la Comisión de Expertos y de las Comisiones de Encuesta; tripartismo del Comité de Libertad Sindical y de los comités *ad hoc*.

De esta forma, tanto su mandato como su naturaleza particular permiten a los órganos de control realizar una lectura particularmente calificada de los instrumentos cuyo cumplimiento tienen que vigilar.

- Segundo elemento: Una lectura válida hasta que se pruebe lo contrario

En caso de que un Estado Miembro no acepte la posición de los órganos de control sobre el significado conferido a un convenio internacional del trabajo, la Constitución de la OIT contempla la posibilidad de acudir a la Corte Internacional de Justicia a fin de obtener una interpretación definitiva.

Si los Estados no utilizan esta facultad, parece lógico asumir que la lectura que los órganos de control hacen de los convenios es aceptada tácitamente por los Estados Miembros, y por lo tanto considerada como válida internacionalmente¹⁰¹.

La Comisión de Expertos se ha pronunciado claramente en este sentido:

La Comisión ha examinado las opiniones expresadas en la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, en su 76.a reunión (1989), por miembros empleadores y ciertos miembros gubernamentales con respecto a la interpretación de los convenios y al papel de la Corte Internacional de Justicia en la materia. En diversas oportunidades la Comisión ha podido precisar que, según los términos de su mandato, no le incumbe dar una interpretación definitiva de los convenios, cometido que según el artículo 37 de la Constitución de la OIT corresponde a la Corte Internacional de Justicia. Empero, para poder desempeñar su función de evaluar si se da cumplimiento a las disposiciones de los convenios, **la Comisión debe examinar el significado de ciertos artículos de los mismos, determinar su alcance jurídico, y, si hubiese lugar, expresar su parecer al respecto. En consecuencia, mientras la Corte Internacional de Justicia no contradiga los puntos de vista de la Comisión, estos siguen siendo válidos y generalmente reconocidos.** La situación es idéntica en lo relativo a las conclusiones o recomendaciones de las comisiones de encuesta que la Corte Internacional de Justicia, según el artículo 32 de la Constitución, puede confirmar, enmendar o anular no pudiendo las partes rechazar legítimamente la validez de tales conclusiones o recomendaciones fuera del procedimiento previsto en el párrafo 2 del artículo 29 de la Constitución. **La Comisión estima que la aceptación de estas consideraciones es indispensable a la propia existencia del principio de la legalidad y, por consiguiente, de la seguridad jurídica necesaria al buen funcionamiento de la Organización Internacional del Trabajo.** [Puesto en evidencia por los autores del manual]

Fuente: OIT: Informe de 1990 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 7

- Tercer elemento: la aplicación de buena fe de los tratados internacionales

Tal como lo dispone el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, al ratificar un convenio internacional el Estado se compromete a respetarlo y aplicarlo de buena fe. Visto que la ratificación de los convenios de la OIT supone la aceptación por parte del Estado de la supervisión de los órganos de control, parece razonable considerar que la aplicación de

¹⁰¹ La posibilidad contemplada en el artículo 37, párrafo 1, de la Constitución de la OIT no ha sido utilizada más que una vez. En 1932, la Corte Permanente de Justicia Internacional fue consultada acerca de un convenio sobre el trabajo nocturno de mujeres.

buena fe de estos instrumentos requiere que el Estado, incluido su poder judicial, tome en cuenta las observaciones y recomendaciones de los órganos de control de la OIT. Al respecto, aunque no versen sobre un órgano de control de la OIT, es interesante recoger las palabras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos respecto a las conclusiones del Comité de derechos económicos, sociales y culturales¹⁰².

(...) Aunque las observaciones finales del Comité, en particular sus sugerencias y recomendaciones, no son de carácter legalmente vinculante, revelan la opinión del único órgano de expertos encargado de hacer esas declaraciones y capaz de hacerlas. **En consecuencia, los Estados que hicieran caso omiso de esas opiniones o que no las acataran, en la práctica estarían demostrando mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Pacto.** [Puesto en evidencia por los autores del manual]

Fuente: OACDH: *Folleto informativo núm. 16 (rev. 1) relativo al Comité de derechos económicos, sociales y culturales*, Ginebra, agosto de 1996, parte 6

En otras palabras, aún si el carácter formalmente vinculante de los comentarios y recomendaciones de los órganos de control puede ser objeto de debates y discusiones¹⁰³, no cabe duda de que dichos pronunciamientos están dotados de un valor jurídico muy importante al fijar pautas fundamentales para que los Estados cumplan efectivamente con los convenios y tratados ratificados. En este sentido, los pronunciamientos de los órganos de control se distinguen claramente de meras opiniones doctrinales u simples orientaciones de carácter moral

Finalmente, desde una perspectiva práctica, es importante recordar que el primer bloque de este capítulo permitió revelar que la labor de los órganos de control constituye un elemento indispensable para la comprensión y aplicación de las NIT y una importante fuente de inspiración para la interpretación del derecho interno.

De hecho, estos motivos tanto jurídicos como prácticos explican que un número creciente de tribunales nacionales utilicen los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT y de Naciones Unidas, como una herramienta interpretativa para respaldar sus decisiones. Al respecto, resulta interesante anotar que dichas jurisdicciones provienen de países con sistemas jurídicos tan diversos como Sudáfrica, Argentina, Australia, Colombia, Chile, España, India, Perú o Zimbabwe.

III.B. Ejemplos del uso judicial de la labor de los órganos de control internacionales

Se presentan brevemente ejemplos en los que cortes y tribunales, nacionales o internacionales, fundamentaron expresamente sus decisiones en la labor de los órganos de control de la OIT o de las Naciones Unidas.

¹⁰² Órgano encargado de controlar la aplicación del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Véase *infra*, parte 2, capítulo 3, sobre los instrumentos de las Naciones Unidas.

¹⁰³ A excepción de las recomendaciones de las Comisiones de Encuesta. Por otro lado, es interesante destacar un fallo de la Corte Constitucional colombiana en el cual se le reconoció a las decisiones del Comité de Libertad Sindical, no solamente poder vinculante, sino la calidad de ser parte del bloque de constitucionalidad. Véase *Sindicato de los Trabajadores de las Empresas Varias de Medellín c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín E.S.P.*, Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 10 de agosto de 1999, expediente núm. 206.360. Esta sentencia fue confirmada por dos decisiones posteriores de la misma Corte Constitucional. Véase igualmente sentencia T -1211/2000 (Sintrava-Avianca, 18 de septiembre de 2000) y sentencia T-603/2003 (23 de julio de 2003).

Utilización de la labor de los órganos de control de la OIT y de las Naciones Unidas por tribunales nacionales

País: Australia

El *Commonwealth de Australia c. Comisión de derechos humanos e igualdad de oportunidades*, Tribunal Federal de Australia, 15 de diciembre de 2000, [2000] FCA 1854

En esta sentencia, la Corte basa su decisión en la definición de la noción de discriminación contemplada en el artículo 1 a) del Convenio núm. 111 de la OIT¹⁰⁴ y en la lectura que de ella hacen los órganos de control de la OIT. De esta forma, concluye que la discriminación indirecta está prohibida por la ley australiana.

Afirma la Corte:

«La definición del término ‘discriminación’ de la Ley debe interpretarse, por tanto, de conformidad con la interpretación *que se le atribuye en el derecho internacional en el Convenio núm. 111 de la OIT*. (...) En consecuencia, existe a mi juicio una sólida base, no sólo en virtud de las diversas opiniones expresadas por la Comisión de Expertos (incluidas las de 1996¹⁰⁵), [5] sino también en el Informe de la comisión de encuesta relativa a Rumania, que permite concluir que el término ‘discriminación’ del Convenio núm. 111 de la OIT y, por consiguiente, del Artículo 3, 1) de la Ley, comprende la discriminación indirecta.»

País: Sudáfrica

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

En esta sentencia sobre el derecho de acción de los sindicatos minoritarios, la Corte Constitucional de Sudáfrica se inspira en los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical de la OIT, reconociendo expresamente la importancia de sus pronunciamientos:

«Sus decisiones son, por tanto, un desarrollo autorizado de los principios de libertad sindical establecidos en los convenios de la OIT. La jurisprudencia de estos comités constituirá también un importante recurso para el desarrollo de los derechos laborales recogidos en nuestra Constitución. (...) Estos principios derivados de la jurisprudencia de estos dos comités de la OIT son directamente aplicables a la interpretación tanto de las disposiciones correspondientes de la Ley como de la Constitución.»

¹⁰⁴ Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm 111)

¹⁰⁵ En este punto, la Corte hace referencia al Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos relativo a la igualdad en el empleo y la ocupación. Específicamente a los párrafos 25 y 26 (véase: OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*).

País: Argentina

Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688, Corte Suprema de Argentina, 21 de septiembre de 2004¹⁰⁶

En esta sentencia, la Corte Suprema de Argentina declara la inconstitucionalidad de un artículo de ley que imponía límites a la indemnización de las víctimas de accidentes de trabajo.

Al analizar el problema jurídico del caso, la Corte se refirió repetidamente a la labor del Comité de derechos económicos, sociales y culturales, órgano encargado de controlar la aplicación del Pacto de Naciones Unidas del mismo nombre:

«En este orden de ideas, *cuadra* poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, **por cuanto constituye el intérprete autorizado del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en el plano internacional** y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.» [Puesto en evidencia por los autores del manual]

País: Perú

Sindicato de Trabajadores Toquepala y otros, Tribunal Constitucional, 17 de abril de 2006, expediente núm. 4635-2004-AA/TC

En esta decisión, el Tribunal Constitucional del Perú, declaró la invalidez de los horarios laborales fijados por la convención colectiva de una empresa minera. Para el efecto, el Tribunal reseñó distintos instrumentos internacionales como el Convenio núm. 1 de la OIT¹⁰⁷, así como observaciones respecto de este mismo Convenio efectuadas por la Comisión de Expertos al Perú.

«Al respecto, cabe mencionar que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo, en su Observación Individual sobre el Convenio Número 1 – Horas de Trabajo (Industria) 1919 (Ratificación 1945), Documento N.º 062002PER001, del año 2002, estimó que el sistema de trabajo 14 x 7 aplicable en el Perú no cumple con lo que dispone el artículo 2.º del Convenio N.º 1 de la OIT, ya que la media de horas de trabajo semanales por un período de tres semanas llega a 56 horas por semana y excede el límite prescrito por el artículo 2, c) (48 horas a la semana).»

¹⁰⁶ Para un análisis de este fallo, ver G. Von Potobsky: «La jurisprudencia de los órganos de control de los instrumentos internacionales – el caso del Convenio núm. 87 de la OIT sobre la libertad sindical», *Revista de Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006

¹⁰⁷ Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1).

Utilización de la labor de los órganos de control de la OIT por tribunales internacionales

Baena Ricardo y otros, Corte Interamericana de derechos humanos, 2 de febrero de 2001¹⁰⁸

En este fallo respecto de Panamá, la Corte consideró que el despido, con base en una ley especialmente promulgada para este efecto, de 270 trabajadores de la función pública que habían participado en una huelga,, era contrario al principio de libertad sindical reconocido por el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conforme al principio de reparación integral reconocido por el derecho internacional, los empleados despedidos debían entonces ser reintegrados y restituida le remuneración dejada de recibir durante el tiempo transcurrido. Para darle mayor peso a su argumentación, la Corte se apoyó tanto en las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT que se había pronunciado sobre este caso en concreto como en las observaciones de la Comisión de Expertos de la OIT.

Demandas núms. 5548/00 y 59330 sobre las restricciones de empleo para antiguos agentes de la KGB, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de julio de 2004¹⁰⁹

En esta sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que era discriminatorio el articulado de una ley de Lituania que restringía el acceso a ciertos empleos del sector privado, a personas que en el pasado hubiesen trabajado para la KGB. La Corte consideró que las medidas, de carácter muy general en su formulación y aplicación, no eran proporcionales al objetivo que perseguían, así este fuera legítimo. Para respaldar su afirmación, la Corte se refirió a instrumentos de la OIT y en particular a las observaciones de la Comisión de Expertos de la OIT respecto a la aplicación que Letonia hiciera del Convenio núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), país que en su momento adoptó una legislación similar a la que fue objeto de estudio en este caso.

¹⁰⁸ Sentencia disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf

¹⁰⁹ Sentencia disponible en: <http://www.echr.coe.int/Fr/press/2004/juillet/Arr%C3%AAtdechambreSidabresetDziautasclituanie27704.htm>

Recursos

Referencias bibliográficas

- ACNUDH: *Folleto informativo* núm. 16 (Rev.1): *Comité de derechos económicos, sociales y culturales*
- Gernigon, B.; Otero, A.; Guido, H.: « Principios de la OIT sobre el derecho de huelga », *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 137, núm. 4, 1998
- Gravel, E.; Charbonneau-Jobin, C.: *La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: dinámica e impacto* (OIT, Ginebra, 2003)
- CIF-OIT: *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, Turín, diciembre de 2007
- : *Guía sobre las normas internacionales del trabajo* (Turín, 2006)
- OIT: *Libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada) (Ginebra, 2006)
- : *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo* (Ginebra, rev. 2006)
- : Informe del Comité de Libertad Sindical, 340º informe, en *Boletín Oficial*, vol. LXXXVIX, 2006, serie B, núm. 1
- : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 93.ª reunión, Ginebra, 2005
- : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, Ginebra, 2004
- : Informe del Comité de Libertad Sindical», 335º informe, en *Boletín Oficial*, vol. LXXXVII, 2004, serie B, núm. 3
- : Informe del Comité de Libertad Sindical, 332º informe, en *Boletín Oficial*, vol. LXXXVI, 2003, serie B, núm. 3
- : Informe del Comité de Libertad Sindical, 327º informe, en *Boletín Oficial*, vol. LXXXV, 2002, serie B, núm1
- : *Resolución relativa a las medidas recomendadas por el Consejo de administración en virtud del artículo 33 de la Constitución de la OIT con respecto a Myanmar*, Conferencia Internacional del Trabajo, 88.a sesión, Ginebra, 2000
- : Informe del Comité de Libertad Sindical, 313º informe, en *Boletín Oficial*, vol. LXXXII, 1999, serie B, núm. 1
- : *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.ª reunión, Ginebra, 1996
- : *Libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cuarta edición (revisada) (Ginebra, 1996)

- : *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª reunión, Ginebra, 1994
- : «Informe de la comisión de encuesta establecida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT para examinar la queja respecto de la observancia por Rumania del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm.111)», en *Boletín Oficial*, suplemento 3, vol. LXXIV, 1991, serie B
- : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 78.º reunión, Ginebra, 1991
- : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 77.º reunión, Ginebra, 1990
- : *Igualdad de remuneración. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 72.ª reunión, Ginebra, 1986
- : *Procedimiento vigente para el examen de quejas por violaciones al ejercicio de la libertad sindical* (Ginebra, junio de 1985)
- : Règlement relatif à la procédure à suivre pour l'examen des réclamations au titre des articles 24 et 25 de la Constitution de l'OIT qui a été révisé lors de la séance de novembre 2004 du Conseil d'administration (Documento GB.291/9 (rev.))

Valticos, N.: «Droit, politique, diplomatie et administration: les éléments du contrôle international (à propos de l'expérience de l'OIT)», en *Mélanges André Grisel* (Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1983) [disponible únicamente en francés]

- : «Les commissions d'enquête de l'Organisation internationale du Travail», *Revue Générale de Droit International Public*, Pedone, Paris, 1987 [disponible únicamente en francés]

Von Potobsky, G.: «La jurisprudencia de los órganos de control de los instrumentos internacionales - el caso del Convenio núm. 87 de la OIT sobre la libertad sindical», *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006

Documentos

■ OIT

Constitución de la OIT, 1919

Enlaces Internet

■ OIT

Portal web de la OIT: www.oit.org

Convenios y protocolos de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>

Recomendaciones de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>

Informes generales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/ceacrrepsq.htm>

Estudios generales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>

ILOLEX, base de datos que contiene los Convenios y Recomendaciones de la OIT, ratificaciones, comentarios de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical,

reclamaciones, quejas, interpretaciones, estudios generales, y numerosos documentos vinculados: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/>

APPLIS, base de datos que contiene informaciones sobre las ratificaciones, los comentarios de la Comisión de expertos y las obligaciones de los Estados en materia de sumisión de memorias: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=es>

LibSynd, base de datos sobre los casos del Comité de Libertad Sindical: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?Lang=ES&hdroff=1>

■ Naciones Unidas

Portal web del ACNUDH: <http://www.ohchr.org/>

Documentos de los órganos de los tratados: <http://tb.ohchr.org/default.aspx>

Capítulo 3

Las fuentes del derecho internacional del trabajo que emanan de Naciones Unidas

I. Introducción

Fuentes del derecho internacional del trabajo diferentes de aquellas adoptadas por la OIT: instrumentos de la ONU e instrumentos regionales

Como se explicó en los capítulos 1 y 2 de esta parte, las principales fuentes del derecho internacional del trabajo están constituidas por las normas adoptadas por la OIT. Sin embargo, existe cierto número de instrumentos adoptados por otras organizaciones – Naciones Unidas y varias organizaciones regionales tales como el Consejo de Europa, la Unión Europea, la Organización de los Estados Americanos y la Organización de la Unidad Africana – relativas a los asuntos laborales.

Aunque la Organización de las Naciones Unidas no trata los problemas del trabajo como tales, y aunque reconozca a la OIT como la institución especializada responsable de las acciones para la realización de los objetivos enunciados en su Constitución¹¹⁰, ciertos instrumentos fundamentales de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos se aplican también, directa o indirectamente, a los temas laborales. Por lo tanto, estos instrumentos pueden constituir útiles referencias para los tribunales nacionales y los operadores jurídicos que se ocupan de cuestiones laborales.

Sin ser exhaustivo, este capítulo describirá sucintamente una selección de instrumentos de las Naciones Unidas en sus aspectos relacionados a lo laboral. En primer lugar se examinarán las disposiciones pertinentes de la Carta Internacional de Derechos Humanos, constituida por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por los dos pactos internacionales relativos a los derechos humanos. En segundo lugar, se analizarán las disposiciones relevantes de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer así como de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Para cada una de estas fuentes, a una breve presentación del instrumento examinado así como de su órgano de control le seguirá un resumen de las disposiciones que presenten particular relevancia para los jueces y los operadores jurídicos especializados en materia laboral. Con el fin de destacar su utilidad para los tribunales y los operadores jurídicos nacionales¹¹¹, serán también presentados extractos de las observaciones y recomendaciones generales publicadas por los órganos de control de estos instrumentos, así como ejemplos de decisiones de tribunales nacionales fundadas sobre estos instrumentos y sobre los pronunciamientos de tales órganos de control.

Pese a su importancia, es de advertir que las diferentes fuentes del derecho internacional del trabajo adoptadas a nivel regional no serán mencionadas en este manual, que tiene como único objeto las fuentes universales del derecho internacional del trabajo.

¹¹⁰ Véase el acuerdo de 1946 entre las Naciones Unidas y la Organización internacional del Trabajo en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/nu.pdf>

¹¹¹ Una compilación de los comentarios generales y las recomendaciones publicadas por los órganos de control de las Naciones Unidas es periódicamente editada y actualizada.

Los vínculos existentes entre los instrumentos de la OIT y los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos

Los instrumentos de la OIT y los de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos deben ser concebidos como interdependientes y complementarios, en la medida en que comparten valores idénticos y pretenden alcanzar objetivos comunes. Esta complementariedad es reconocida expresamente en los dos pactos relativos a los derechos humanos¹¹² y puesta en práctica habitualmente por los órganos de supervisión de ambas instituciones.

A la luz de lo precedente y conforme a los artículos 5, párrafos 2, de ambos pactos de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos, los diferentes instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos – incluyendo allí sus disposiciones relativas a cuestiones laborales – deben ser utilizados bajo una perspectiva «integrada», favoreciendo así la aplicación de las disposiciones que mejor protegen los derechos de la persona y de los trabajadores¹¹³.

Los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos: su relevancia para los jueces y operadores jurídicos especializados en cuestiones laborales

Aunque las normas de la OIT constituyen las fuentes esenciales del derecho internacional del trabajo, los instrumentos de las Naciones Unidas pueden ser de utilidad para los jueces y operadores jurídicos nacionales. De hecho, existen por lo menos dos razones que pueden facilitar la utilización judicial de estas fuentes a nivel nacional.

En primer lugar, algunos de los tratados de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos han sido ampliamente ratificados¹¹⁴. Su contenido tiene entonces fuerza vinculante en un gran número de países y puede resultar útil, particularmente cuando ciertos convenios de la OIT no han sido ratificados todavía. En segundo lugar, observamos, en el curso de los últimos años, una tendencia creciente a incluir en las constituciones nacionales referencias a los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos confiriéndoles, explícita o implícitamente, estatus constitucional en el ordenamiento jurídico nacional. Estas referencias han revestido diversas formas así como lo indican los ejemplos citados a continuación.

a) Disposiciones constitucionales que incluyen un compromiso general de respetar los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos

Extracto del Preámbulo de la Constitución de la República de Mali

El pueblo Soberano de Mali, firme en sus tradiciones de lucha heroica, comprometido a permanecer fiel a los ideales de las víctimas de la represión y de los mártires caídos sobre el campo de honor para el advenimiento de un Estado de derecho y de democracia pluralista, (...) Suscribe la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y a la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos del 27 de junio de 1981 (...)

¹¹² Para una perspectiva general, cfr. los artículos 5, párrafos 2, de ambos pactos. En lo que se refiere más específicamente a la libertad sindical, cfr. el artículo 22, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el párrafo 3 del artículo 8, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹¹³ Los artículos 5, párrafos 2, de estos dos Pactos se expresan del siguiente modo: «No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

¹¹⁴ Es por ejemplo el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (164 ratificaciones al 23 de junio de 2009), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (160 ratificaciones al 23 de junio de 2009) y de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (186 ratificaciones al 23 de junio de 2009).

b) *Disposiciones constitucionales que atribuyen una jerarquía constitucional a los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos*

Extracto del Preámbulo de la Constitución de la República de Benín

(...) Proclamamos nuestra adhesión a los principios de la democracia y a los derechos humanos, tal como se definen en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada en 1981 por la Organización de la Unidad Africana y ratificada por Benín el 20 de enero de 1986, cuyas disposiciones forman parte integrante de esta Constitución y del derecho interno de Benín y prevalecerán sobre la legislación nacional; (...)

Extracto de la Constitución de la Nación argentina

Artículo 75, párrafo 22

(...) Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. (...)

c) *Disposiciones constitucionales que atribuyen un estatus interpretativo a los instrumentos de las Naciones Unidas frente a las disposiciones constitucionales relativas a los principios, derechos y libertades fundamentales*

Extracto de la Constitución de Perú

Cuarta Disposición Final y Transitoria

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Extracto de la Constitución de Rumania

Artículo 20, párrafo 1

Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y a las libertades de los ciudadanos se interpretarán y aplicarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los convenios y los demás tratados de los cuales Rumanía es parte.

II. La Carta Internacional de Derechos Humanos

La expresión «Carta Internacional de Derechos Humanos» es usada como referencia conjunta para tres instrumentos generales relativos a los derechos humanos redactados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y adoptados por el Asamblea General. Estos instrumentos son:

- la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos facultativos¹¹⁵.

La Carta Internacional de Derechos Humanos enuncia un conjunto general de derechos pertenecientes a todos los seres humanos. Aunque su redacción sea en términos generales y sus disposiciones relativas al trabajo sean a menudo menos precisas y menos detalladas que las de los instrumentos de la OIT, la Carta Internacional de Derechos Humanos establece principios fundamentales y normas de naturaleza universal que se aplican a la totalidad de los derechos humanos y que pueden resultar útiles cuando se abordan los problemas del trabajo.

II.A. La Declaración Universal de Derechos Humanos

Adoptada en 1948 después de los horrores de la Segunda Guerra mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos fue el primer intento de los Estados en su conjunto para buscar un consenso, en un documento único, sobre un enunciado exhaustivo de los derechos de la persona humana. Aunque no es jurídicamente vinculante en sí, la Declaración Universal de Derechos Humanos contiene principios que son considerados como jurídicamente vinculantes para los Estados en calidad de derecho internacional consuetudinario¹¹⁶ o de principios generales del derecho¹¹⁷.

Disposiciones de la Declaración relativas al trabajo

La Declaración Universal de Derechos Humanos contiene un cierto número de disposiciones que tratan específicamente temas laborales. Estas son:

- la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (artículo 4);
- el derecho a la seguridad social (artículo 22);
- el derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, y a la protección contra el desempleo (artículo 23, párrafo 1);
- el derecho a un salario igual por un trabajo igual (artículo 23, párrafo 2);
- el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que les asegure a los trabajadores, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana (artículo 23, párrafo 3);
- el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse (artículo 23, párrafo 4);
- el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas (artículo 24).

¹¹⁵ Los orígenes de la denominación «Carta Internacional de Derechos Humanos» se remontan a 1945: en la Conferencia de San Francisco organizada para redactar la Carta de las Naciones Unidas se presentó una propuesta destinada a incorporar una «Declaración sobre los derechos esenciales del hombre»; no pudo examinarse esta propuesta, ya que requería de un análisis más detallado que no cabía en el momento. A principios del año 1946, se estableció la Comisión de Derechos Humanos por parte del Consejo Económico y Social, cuya prioridad era la redacción de una Carta Internacional de Derechos Humanos. En 1947, la Comisión decidió aplicar la denominación «Carta Internacional de Derechos Humanos» a una serie de documentos preparatorios: una declaración y una convención (rebautizada «pacto»). La Asamblea general adoptó la declaración por unanimidad, en Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. Más de una década ha sido necesaria para acabar la preparación de los dos pactos que fueron adoptados por unanimidad por la Asamblea general, en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

¹¹⁶ «El derecho internacional consuetudinario consiste en reglas de derecho provenientes de la práctica constante de los Estados que actúan según la convicción de que el derecho les impone actuar como lo hacen» (cfr. R. Shabtai: *Practice and methods of international law*, Oceana Publications, 1984, pág. 55 (disponible únicamente en inglés).

¹¹⁷ Un sector de la doctrina considera también a la Declaración Universal de Derechos Humanos como la interpretación auténtica de las cláusulas de la Carta de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos.

Disposiciones generales de la Declaración útiles para los jueces y operadores jurídicos especializados en cuestiones laborales

El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el principio de no discriminación en el goce de su contenido, afirmando que «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)».

El artículo 8 reconoce el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes frente a los actos que atenten contra los derechos fundamentales.

Sobre la pertinencia de la Declaración para los jueces y operadores jurídicos especializados en cuestiones laborales: algunos ejemplos

Como lo indica el ejemplo a continuación, la Declaración Universal de Derechos Humanos puede informar sobre la naturaleza fundamental de ciertos derechos laborales reconocidos en la legislación nacional, contribuyendo a que se les confiera un estatus apropiado a su naturaleza en el ordenamiento jurídico nacional.

País: Azerbaiyán

Sobre la conformidad del Artículo 143, 12), 1) del Código de Trabajo de la República de Azerbaiyán con los Artículos 25, 37 y 149, 1) de la Constitución de la República de Azerbaiyán, Tribunal Constitucional de la República de Azerbaiyán, 23 de febrero de 2000

El Código de Trabajo de la República de Azerbaiyán disponía que, en caso de terminación del contrato de trabajo, los trabajadores tenían derecho a los días de vacaciones pagadas no disfrutados. No obstante, esta disposición no era de aplicación en caso de terminación por liquidación de la empresa o incumplimiento, por parte del trabajador, de sus obligaciones o responsabilidades. El Presidente del Tribunal Supremo remitió el asunto al Tribunal Constitucional para que analizara la constitucionalidad de esta disposición.

El Tribunal consideró que esta restricción era contraria a las disposiciones de la Constitución nacional y a varios instrumentos del derecho internacional y se refirió, entre otros, para demostrar la naturaleza fundamental del derecho a las vacaciones pagadas, al artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Adicionalmente, es posible apoyarse más concretamente en la Declaración cuando instrumentos internacionales vinculantes, por ejemplo los dos pactos de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos o los convenios de la OIT, no han sido ratificados todavía.

País: Nueva Zelanda

Van Gorkom c. el Fiscal General y otro, Tribunal Supremo de Nueva Zelanda, 10 de febrero de 1977, [1977] 1 NZLR 535

Las disposiciones de un reglamento administrativo preveían el reembolso de los gastos de traslado únicamente para los hombres casados. El Tribunal Supremo de Nueva Zelanda consideró que, en este caso, el reglamento que establecía una diferencia de trato entre hombres y mujeres no era conforme al derecho interno ni era compatible con el espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos ni de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. De ese modo, el Tribunal Supremo reconoció que estos instrumentos desempeñan un papel interpretativo del derecho nacional. En aquella época, Nueva Zelanda todavía no había ratificado ambos pactos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos.

II.B. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado por la Asamblea General en 1966 y entrado en vigor diez años más tarde¹¹⁸, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos constituye, junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la piedra angular de los instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos que abarcan un muy amplio prisma de derechos y libertades¹¹⁹.

El Comité de Derechos Humanos (CCPR) es el órgano que supervisa la puesta en práctica del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados parte de este Pacto. Creado en 1976, este comité está compuesto por 18 expertos independientes en el campo de los derechos humanos. Todos los Estados parte están obligados a someter regularmente al CCPR los informes sobre la manera en que estos derechos son puestos en práctica¹²⁰. El CCPR examina estos informes y notifica sus preocupaciones y recomendaciones a los Estados parte en forma de observaciones finales. Además del procedimiento de revisión, el artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé el examen por el comité de las quejas inter-Estatales¹²¹. Por otra parte, el primer protocolo facultativo referido al Pacto habilita al Comité a examinar las peticiones de particulares relativas a alegaciones sobre la violación del Pacto por Estados partes del Protocolo

El CCPR publica también, bajo la denominación de «observaciones generales», su interpretación sobre el contenido de las disposiciones del Pacto. Estas observaciones generales pueden ser útiles para los jueces y para los operadores jurídicos, como fuente de inspiración y de interpretación, en la medida en que precisan el significado y el alcance de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹²².

Las disposiciones del Pacto relativas al trabajo

El artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que nadie será sometido a esclavitud o a servidumbre, ni constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.

El artículo 22, párrafo 1, reconoce en términos generales, la libertad de asociación, el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos. El artículo 22, párrafo 2, contiene una cláusula que prevé que este derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

¹¹⁸ En su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General adoptó también el primer Protocolo facultativo que se refería al Pacto, que habilita al CCPR «a recibir y examinar comunicaciones que provengan de particulares que creen ser víctimas de la violación de uno de los derechos enunciados en el Pacto». Al 18 de enero de 2008, este Protocolo facultativo había sido ratificado por 110 Estados. En su Resolución 44/128 del 15 de diciembre de 1989, la Asamblea General adoptó el Segundo Protocolo facultativo que se refería al Pacto, que contempla la abolición de la pena de muerte. Al 25 de enero de 2008, 65 países habían ratificado este protocolo.

¹¹⁹ Para información complementaria acerca del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, véase el folleto informativo núm. 15 (Rev. 1) de la ACNUDH titulado *Derechos civiles y políticos: El Comité de Derechos Humanos*.

¹²⁰ Los Estados deben entregar un informe inicial un año después de haber ratificado el Pacto, y después, a la solicitud del CCPR (generalmente cada cuatro años).

¹²¹ La plena competencia del Comité se extiende al Segundo Protocolo facultativo referido al Pacto, que compromete a los Estados parte a abolir la pena de muerte.

¹²² Las observaciones generales publicadas por el CCPR están disponibles en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

La misma cláusula autoriza a someter a restricciones legales el ejercicio de este derecho por los miembros de las fuerzas armadas y de la policía¹²³.

Las disposiciones generales del Pacto útiles para los jueces y operadores jurídicos especializados en cuestiones laborales

El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos compromete a los Estados parte a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados dispondrá de un recurso efectivo y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial.

Los párrafos 3 de los artículos 12, 18, y 19 autorizan a los Estados parte, bajo ciertas condiciones, a imponer restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales que garanticen. Se trata de:

- el derecho a circular libremente por el territorio de un Estado y a escoger allí su residencia¹²⁴;
- la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias¹²⁵; y
- el derecho a la libertad de expresión¹²⁶.

El artículo 26 enuncia el principio general de igualdad ante la ley y de protección igual de la ley, sin lugar a discriminación alguna. El artículo estipula que «la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición», garantizando así, como lo resalta la observación general 18 del CCPR, una protección contra cualquier clase de discriminación¹²⁷. Esta definición del principio de igualdad permite la protección contra la discriminación debida a motivos diferentes de los explícitamente mencionados, tales como el estado de salud, la orientación sexual, la edad o la invalidez¹²⁸.

¹²³ Artículo 22, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía».

¹²⁴ Artículo 12, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto».

¹²⁵ Artículo 18, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

¹²⁶ Artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: « El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

¹²⁷ Véase observación general 18 (1989), del Comité de los Derechos Humanos sobre la «No discriminación», párrafos 11-12.

¹²⁸ Véase *infra*, parte 3, capítulo 2, sobre la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la profesión.

Sobre la relevancia del Pacto para los jueces y operadores jurídicos especializados en temas laborales: un ejemplo

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos puede permitir abarcar nuevos motivos de discriminación que no son explícitamente mencionados ni en el artículo 1, párrafo 1(a), del Convenio núm. 111 de la OIT, ni en la legislación nacional.

País: Rumania

Tribunal Constitucional de Rumania, 25 de febrero de 1993, decisión núm. 6

En este caso, el Tribunal Constitucional de Rumania, puso de presente que las disposiciones constitucionales relativas a los motivos de discriminación debían ser complementadas por los instrumentos internacionales de derechos humanos, a fin de conferir al principio de igualdad su auténtica dimensión jurídica. A la luz de lo anterior, la Corte se refirió al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como al artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contiene disposiciones semejantes. El Tribunal conceptuó de la siguiente manera: «Los criterios de no discriminación se establecen en el Artículo 4, 2) de la Constitución: raza, nacionalidad, origen étnico, idioma, religión, sexo, opiniones, afiliación política, propiedad y origen social. No obstante se debe advertir que las disposiciones constitucionales deben ser completadas por los instrumentos internacionales de los derechos humanos, debido a que no existe otra manera de conferir al principio de igualdad de derechos una auténtica dimensión jurídica. (...) Por tanto, lo dispuesto en el Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, es de aplicación en este caso».

II.C. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue también adoptado en 1966, luego de cerca de veinte años de debates sobre su redacción, y entró en vigor en 1976¹²⁹.

El órgano encargado de supervisar la puesta en práctica de este pacto es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Creado en 1987 para cumplir con las funciones de vigilancia asignadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en la Parte IV del Pacto, consta de 18 expertos independientes en el dominio de derechos humanos. El CESCR no está autorizado para examinar las quejas interpuestas por particulares, aunque se encuentra en evaluación un proyecto de Protocolo facultativo referido al Pacto que le conferiría al Comité competencia en este asunto. Todos los Estados parte están obligados a someter al CESCR informes sobre la forma en la que estos derechos son puestos en práctica¹³⁰.

Las preocupaciones y las recomendaciones del Comité son notificadas a los Estados parte bajo la forma de observaciones finales. Desde 1988, el Comité publica también, sus interpretaciones de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocidas bajo la denominación de «observaciones generales» sobre asuntos temáticos o sobre sus métodos de trabajo. Las observaciones generales del CESCR pueden ser útiles para los jueces nacionales y para los operadores jurídicos como fuentes de

¹²⁹ Para información complementaria acerca del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, véase el folleto informativo núm. 16 (Rev. 1) de la ACNUDH titulado el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

¹³⁰ Los Estados deben entregar un informe inicial en los dos años que siguen la ratificación del Pacto, y más tarde cada cinco años.

inspiración y de interpretación, en la medida en que precisan el significado y alcance de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³¹.

Las disposiciones del Pacto relativas al trabajo

El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho al trabajo, que incluye el derecho a escoger o a aceptar libremente un empleo. Exige de los Estados parte tomar medidas para lograr la plena realización de este derecho, especificando que debe «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».

El artículo 7 reconoce el derecho que tiene toda persona de gozar de condiciones justas y favorables de trabajo, que aseguren principalmente:

- un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, que asegure a todos los trabajadores condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias;
- la seguridad y la higiene en el trabajo;
- el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

El artículo 8 reconoce el derecho a la libertad sindical, que incluye expresamente el derecho a la huelga, que se ejerce conforme a las leyes de cada país. Esta misma disposición autoriza como únicas restricciones al derecho a fundar con otras personas sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como al derecho que tienen los sindicatos de ejercer libremente su actividad, las 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 ajenos¹³². El artículo 8 autoriza también las restricciones legales impuestas al ejercicio de estos derechos a los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración pública.

El artículo 8, párrafo 3, contiene una importante cláusula de salvaguardia que remite al Convenio núm. 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948). Esta cláusula especifica que «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 sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías». Esta referencia al Convenio núm. 87 de la OIT indica que los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos deben aplicarse conforme a un enfoque integral que privilegie las disposiciones que aseguren la mejor protección. Además, en los países que ratificaron el Convenio núm. 87 de la OIT y donde el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales goza de un estatus constitucional, el artículo 8,

¹³¹ Las observaciones generales publicadas por el CESCR están disponibles en:
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

¹³² Artículo 8, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «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. »

Artículo 8, párrafo 1 c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «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».

párrafo 3, puede ser interpretado como extensión de este estatus al Convenio núm. 87 de la OIT¹³³.

El artículo 9 garantiza el derecho de toda persona a la seguridad social, incluyendo los seguros sociales.

El artículo 10 prevé que «Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social».

El artículo 12 reconoce el derecho que tiene toda persona de gozar del más alto nivel posible de salud física y mental.

Sobre la relevancia de la labor del órgano de supervisión del Pacto para los jueces y operadores jurídicos del derecho laboral

El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales compromete a los Estados parte a «lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos» reconocidos por este instrumento. Tal referencia podría poner en duda la aplicabilidad judicial del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A este respecto, las observaciones generales 3 y 9 del CESCR¹³⁴ dan una interesante visión de conjunto sobre la forma como las cortes y tribunales nacionales podrían utilizar el contenido del Pacto para la solución de los litigios. En estas observaciones, el CESCR expresa en particular la opinión según la cual numerosas disposiciones del Pacto son, por naturaleza, «directamente aplicables», es decir que pueden ser aplicadas inmediatamente por las cortes y los tribunales sin otra consideración¹³⁵.

¹³³ Sobre este punto, cfr. la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina.

¹³⁴ Cfr. observación general 3 (1990) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre «La índole de las obligaciones de los Estados Partes» (Documento de las Naciones Unidas E/1991/23); observación general 9 (1998) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre «La aplicación interna del Pacto» (Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1998/24).

¹³⁵ Han sido ya brindados análisis de estas observaciones generales en las distintas partes de este manual.

Extracto de la observación general 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre «La índole de las obligaciones de los Estados Partes»

(...) Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3¹³⁶, 7 (inciso i¹³⁷) del apartado a)), 8¹³⁸, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables.

Fuente: Documento de las Naciones Unidas E/1991/23, párrafo 5

Extracto de la observación general 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la «La aplicación interna del Pacto»

El Pacto no excluye la posibilidad de considerar los derechos allí enunciados como directamente aplicables en los sistemas que lo permiten. En efecto, en el momento de su elaboración, los intentos de incluir una cláusula con miras a convertir estos derechos en «no aplicables directamente» fueron firmemente rechazados. En la inmensa mayoría de los Estados, es a los tribunales, y no al poder ejecutivo o legislativo, al que incumbe determinar si una disposición convencional es directamente aplicable. Con el fin de que pueda cumplirse eficazmente esta función, los tribunales y otras jurisdicciones competentes deben ser informados sobre la naturaleza y el alcance del Pacto y de la importante función de los recursos judiciales en su aplicación. Así, cuando los gobiernos son implicados en un procedimiento judicial, deben hacer un esfuerzo para promover las interpretaciones de la legislación nacional que favorezcan el respeto de las obligaciones que les incumben en virtud del Pacto. De la misma manera, debería ser tenido en cuenta plenamente el principio de invocabilidad del Pacto en la formación de los magistrados. Es particularmente importante evitar toda presunción de no aplicación directa de las normas del Pacto. De hecho, un buen número de estas normas son redactadas en términos que son, al menos, tan claros y precisos como otros instrumentos relativos a los derechos humanos, de los cuales los tribunales generalmente consideran sus disposiciones como directamente aplicables.

Fuente: Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1998/24, párrafo 11

En su observación general 18 sobre el derecho al trabajo¹³⁹, el CESCR calificó el derecho al trabajo como un derecho fundamental que no sólo incluía el derecho a no sufrir discriminación en el empleo y la ocupación, sino también a no ser privado injustamente del empleo¹⁴⁰. El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede entonces ser invocado como base jurídica en los países donde la legislación nacional no especifica expresamente el derecho a no ser privado injustamente del empleo.

¹³⁶ El derecho a igual título de hombres y mujeres a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹³⁷ Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, y unas condiciones dignas para ellos y sus familias.

¹³⁸ La libertad sindical, incluyendo el derecho a la huelga.

¹³⁹ Observación general 18 (2005) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre «El derecho al trabajo» (Documento de las Naciones Unidas A/47/38).

¹⁴⁰ Véase *infra*, parte 3, capítulo 3, sobre la terminación de la relación de trabajo por el empleador.

Extractos de la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre «El derecho al trabajo»

Contenido normativo del derecho al trabajo

(...) El derecho al trabajo (...) comprende (...) el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta.

El Convenio núm. 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido injustificado

Incumplimientos de la obligación de respetar

(...) Estas medidas regresivas son, entre otras, la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, se base tal discriminación en la legislación o en la práctica, la suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, o la aprobación de leyes o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo. (...) Un ejemplo de ello sería la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente. Dichas medidas constituirían una violación de la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho al trabajo.

Incumplimientos de la obligación de proteger

(...) Abarca ciertas omisiones, como el hecho de no reglamentar la actividad de particulares, de grupos o de sociedades para impedirles que vulneren el derecho al trabajo de otras personas; o el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente.

Fuente: Documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/18, párrafos 6, 34 y 35

Sobre la relevancia del Pacto para los jueces y operadores jurídicos especializados en temas laborales: algunos ejemplos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede resultar útil debido a que garantiza explícitamente el derecho a la huelga y circunscribe los motivos de las restricciones a las que este derecho puede ser objeto.

País: Federación de Rusia

Sobre la constitucionalidad del Artículo 12 de la Ley de la URSS de 9 de octubre de 1989 relativa a la resolución de los conflictos colectivos laborales, Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, 17 de mayo de 1995

En esta decisión, el Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia se apoyó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para determinar el grado de admisibilidad de las restricciones al derecho de huelga impuestas por la legislación interna: «(...) sobre la base de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la prohibición del derecho de huelga es admisible con respecto a las personas integrantes de las fuerzas armadas, la policía y la administración del Estado (apartado 2 del artículo 8). Por lo que respecta a otras personas, las restricciones sólo son posibles si resultan 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 (subapartado «c» del apartado 1 del artículo 8). Por otra parte, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos reservan la regulación del derecho de huelga al ámbito de la legislación interna, si bien ésta no puede ir más allá de las restricciones autorizadas en la misma».

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede resultar también útil por el hecho de que establece el principio general de igualdad de remuneración «para un trabajo de igual valor», sin que su aplicación se encuentre limitada a la distinción entre hombres y mujeres.

País: Filipinas

International School Alliance of Educators c. Hon Leonardo A. Quisumbing y otros, Tribunal Supremo de la República de Filipinas, 1 de junio de 2000, núm. 128845

Un colegio internacional de Filipinas empleaba tanto a trabajadores nacionales como extranjeros. Estos últimos devengaban salarios superiores, además de otras prestaciones más. Los empleados filipinos presentaron una demanda por discriminación.

Tras basarse en el derecho nacional, el Tribunal Supremo de Filipinas se remitió a los instrumentos internacionales, y en particular al artículo 7, párrafo a, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para señalar el carácter fundamental del principio de igualdad de remuneración.

En este caso, el Tribunal consideró que las diferencias de trato entre empleados filipinos y extranjeros eran discriminatorias. Los empleados extranjeros, sin embargo, podían seguir disfrutando de las prestaciones relacionadas con su nacionalidad, tales como el pago de los gastos de mudanza, etc.

A continuación encontraremos un ejemplo de utilización del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para interpretar disposiciones constitucionales relativas al horario de trabajo y a sus vínculos con la seguridad y la salud.

País: Perú

Sindicato de Trabajadores Toquepala y otros, Tribunal Constitucional, 17 de abril de 2006, expediente núm. 4635-2004-AA/TC

«Por tanto, la jornada de 12 horas diarias para los trabajadores mineros, los artículos 209.º, 210.º, 211.º y 212.º del Decreto Supremo N.º 003-94-EM y toda aquella disposición que imponga una jornada diaria mayor a la ordinaria de ocho horas para los trabajadores mineros, es incompatible con los artículos 1.º, 2.º (inciso 22.), 7.º, 25.º 26.º (incisos 1 y 2) de la Constitución, y con los artículos 7.º literal d) del Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, y 7.º, incisos g) y h) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, (Protocolo de San Salvador), puesto que vulneran la dignidad de la persona, el derecho a una jornada razonable de trabajo, el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre, y el derecho a la salud y a la protección del medio familiar, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, y a los cuales se ha hecho copiosa referencia.»

III. Otros instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos relevantes en materia laboral

Otros instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos contienen disposiciones aplicables a las cuestiones del trabajo y, por consiguiente, pueden ser utilizados por los jueces nacionales y por los operadores jurídicos que tratan asuntos relacionados con el trabajo. Citaremos en esta sección:

- la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ;

- la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

III.A. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha sido adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979. A menudo descrita como una Carta internacional de los derechos de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer da una definición detallada de la expresión «discriminación contra la mujer» y establece un elenco de acciones nacionales con miras a poner fin a esta discriminación¹⁴¹.

Los Estados parte de la Convención se comprometen a presentar informes nacionales sobre las medidas que toman para respetar sus obligaciones relativas al tratado¹⁴². Desde 1982, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) garantiza el control de la puesta en práctica del Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer por los Estados partes de este Convención. El CEDAW está compuesto por 23 expertos independientes. En su décima sesión, en 1991, el Comité decidió acoger la práctica de publicar recomendaciones generales sobre disposiciones específicas de la Convención y sobre los vínculos existentes entre las disposiciones del Convención y temas transversales. A raíz de esta decisión, el CEDAW publicó recomendaciones generales detalladas y exhaustivas que ofrecen orientaciones sobre la aplicación de la Convención en situaciones particulares¹⁴³.

Las disposiciones generales de la Convención útiles para los jueces y operadores jurídicos especializados en temas laborales

El artículo primero de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer precisa que la expresión discriminación contra la mujer «denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera». Conviene destacar que esta definición es análoga a la del Convenio núm. 111 de la OIT¹⁴⁴.

Las disposiciones de la Convención relativas al trabajo

Las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer relativas al trabajo, de forma directa o indirecta, figuran en el artículo 10, que trata sobre la igualdad de hombres y mujeres en materia de educación, en el artículo 11, que alude a la igualdad en materia de empleo y de derecho al trabajo, y en el artículo 14, que atañe a las mujeres que trabajan en las zonas rurales y en la economía informal.

¹⁴¹ Para información complementaria acerca de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y su Comité, Véase el folleto informativo núm. 22 de la ACNUDH (disponible en inglés, árabe, español, chino y ruso).

¹⁴² Deben presentar informes al menos cada cuatro años.

¹⁴³ Las recomendaciones generales del CEDAW están disponibles en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm>

¹⁴⁴ Véase *parte 3, capítulo 2* sobre la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la profesión.

Tras expresar claramente que las mujeres deben gozar del derecho al trabajo como «derecho inalienable de todo ser humano», el artículo 11 especifica los campos en los que la igualdad en materia de empleo debe concretarse. Estos campos son los siguientes:

- el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
- el derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de trabajo;
- el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
- el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
- el derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar;
- el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo;
- la misma disposición vincula igualmente a los Estados parte a tomar medidas con miras a prohibir el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos fundados en el estado civil de una persona.

El artículo 14, que se refiere a la mujer en las zonas rurales, obliga a los Estados parte a eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, por ejemplo, la igualdad de acceso a la formación y a la educación, académica y no académica, así como al crédito y a los préstamos.

Sobre la relevancia de la labor del órgano de supervisión de la Convención para los jueces y operadores jurídicos especializados en materia laboral

El CEDAW, en sus comentarios sobre el principio de igualdad en materia de trabajo, enunciado en el artículo 11, publicó una definición de «acoso sexual»¹⁴⁵.

Extracto de la recomendación general 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre «La violencia contra la mujer»

El acoso sexual se manifiesta en un comportamiento impertinente de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando esta conducta crea un ambiente de trabajo hostil.

Fuente: Documento de las Naciones Unidas A/47/38, párrafo 18

Sobre la relevancia de la Convención para los jueces y operadores jurídicos especializados en temas laborales: un ejemplo

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la recomendación general 19 sobre la violencia contra la mujer, pueden resultar útiles cuando es necesario definir el concepto de «acoso sexual».

¹⁴⁵ Recomendación general 19 (1992) del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sobre «La violencia contra la mujer» (Documento de las Naciones Unidas A/47/38).

País: India

Visbaka y otros c. el Estado de Rajasthan y otros, Tribunal Supremo de la India, 13 de agosto de 1997

En este caso, el Tribunal estimó que el derecho a la igualdad de género reconocido en la Constitución nacional incluye la protección contra el acoso sexual. Para interpretar la disposición constitucional, la Corte se apoyó en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en la recomendación general 19 del CEDAW.

País: Zimbabwe

Frederick Mwenye c. Textile Investment Company, Tribunal de Relaciones Laborales, 8 de mayo de 2001, núm. LRT/MT/11/01

Un directivo, despedido tras haber sido acusado de acoso sexual, impugnó la decisión ante los tribunales. Ya que ninguna disposición del derecho nacional definía el acoso sexual, el Tribunal de Relaciones Laborales estableció directamente una definición basada esencialmente en la recomendación general 19 del CEDAW.

III.B. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990¹⁴⁶. Este documento establece algunas normas mínimas que los Estados parte, en materia de derechos humanos, deben aplicar a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares, cualquiera que sea su situación legal. Establece además derechos complementarios que deben ser concedidos a los trabajadores migratorios y a sus familiares que tienen papeles o que se encuentran en situación regular¹⁴⁷.

El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) es un órgano que supervisa la aplicación de la Convención por los Estados parte. El más reciente de los órganos convencionales, tuvo su primera sesión en marzo de 2004. El CMW está integrado por diez expertos independientes en el dominio de los derechos humanos. Todos los Estados parte deben presentar al Comité, en intervalos regulares, informes sobre la puesta en práctica de los derechos consagrados por la Convención¹⁴⁸.

El CMW examina cada informe y da parte de sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte bajo la forma de «observaciones». En ciertas condiciones podrá también examinar demandas individuales o comunicaciones que provengan de individuos que se consideren víctimas de una violación de los derechos consagrados por la Convención, tan pronto como diez Estados parte hayan aceptado este procedimiento, de acuerdo con el artículo 77 de la Convención. El Comité publicará asimismo sus observaciones generales en cuanto a asuntos temáticos.

¹⁴⁶ Al 23 de junio de 2009, 41 Estados eran parte del Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

¹⁴⁷ Para información complementaria acerca del Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y su Comité, véase el folleto informativo núm. 24 (Rev. 1) de la ACNUDH.

¹⁴⁸ Deben presentar un primer informe un año después de haberse adherido a la Convención, y después cada cinco años.

Las disposiciones generales de la Convención útiles para los jueces y operadores jurídicos especializados en temas laborales

El artículo 7 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares afirma el principio de no discriminación en el goce de los derechos reconocidos por la Convención. Prevé que los Estados parte deberán respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención «sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición».

Las disposiciones de la Convención relativas al trabajo

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares consagra un amplio catálogo de derechos para todos los trabajadores migrantes –incluyendo a los trabajadores desprovistos de documentos y en situación irregular – y para sus familiares.

El artículo 11 afirma que ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre. El artículo 25 establece que los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo relativo a la remuneración y otras condiciones de trabajo.

El artículo 26 reconoce a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares, el derecho a participar en las reuniones y actividades de los sindicatos y de afiliarse libremente a ellos.

El artículo 27 estipula que en materia de seguridad social, los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, del mismo trato que los nacionales con respecto a la seguridad social, en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables.

Como se mencionó anteriormente, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, reconoce derechos complementarios a los trabajadores migratorios y a sus familiares provistos de papeles o en situación regular, incluyendo allí el derecho a fundar con otros asociaciones y sindicatos (artículo 40). Además, los trabajadores migratorios que recibieren autorización para ejercer una actividad remunerada gozan de igualdad de trato frente a los nacionales del Estado de empleo en el ejercicio de su actividad remunerada (artículo 55), en la elección de su actividad remunerada (artículo 52) y en materia de protección contra el despido y de prestaciones de desempleo (artículo 54).

Recursos

Referencias bibliográficas

ACNUDH: *Folleto informativo núm. 24 (Rev. 1): Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y su Comité*

-: *Folleto informativo núm. 22: Discriminación contra la Mujer: La Convención y el Comité*

-: *Folleto informativo núm. 16 (Rev.1): Comité de derechos económicos, sociales y culturales*

-: *Folleto informativo núm. 15 (Rev. 1): Derechos civiles y políticos: El Comité de Derechos Humanos*

CIF-OIT: *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, Turín, diciembre de 2007

Shabtai, R.: *Practice and methods of international law* (Oceana Publications, 1984) [disponible únicamente en inglés]

Documentos

■ Naciones Unidas

Acuerdo entre las Naciones Unidas y la Organización internacional del Trabajo, 1946

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979

Secundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1989

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990

Comité de los Derechos Humanos, observación general 18 (1989) sobre la «No discriminación»

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 3 (1990) sobre «La índole de las obligaciones de los Estados Partes»

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 9 (1998) sobre «La aplicación interna del Pacto»

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 18 (2005) sobre «El derecho al trabajo»

Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, recomendación general 19 (1992) sobre «La violencia contra la mujer»

Enlaces Internet

■ Naciones Unidas

Portal web del ACNUDH: <http://www.ohchr.org/>

Folleto informativo del ACNUDH:

<http://www.ohchr.org/EN/PublicationsResources/Pages/FactSheets.aspx>

Documentos de los órganos de los tratados: <http://tb.ohchr.org/default.aspx>

3ª parte

El contenido de las normas internacionales del trabajo relativas a algunos asuntos específicos y su relevancia para los jueces y operadores jurídicos

Capítulo 1

Libertad sindical y negociación colectiva

I. Introducción¹

El principio de la libertad sindical

El derecho internacional de los derechos humanos en general y las normas de la OIT en particular reconocen la libertad sindical como un derecho fundamental de la persona. La OIT considera que la libertad de asociación de trabajadores y empleadores constituye una herramienta esencial para garantizar la protección de otros numerosos derechos protegidos por las normas internacionales del trabajo. En particular, la libertad sindical y la negociación colectiva permiten a los interlocutores sociales establecer reglas en materia de condiciones de trabajo, fijar salarios y promover reivindicaciones más generales. Su importancia, subrayada desde la creación de la Organización, en 1919, ha sido confirmada de manera permanente en distintos instrumentos internacionales adoptados desde entonces.

El Preámbulo de la Constitución de la OIT contemplaba ya el principio de la libertad sindical como uno de los medios susceptibles de mejorar la condición de los trabajadores y de garantizar la paz. En 1944, la Declaración de Filadelfia – que forma parte de la Constitución de la OIT – declaró que «la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante» y subrayó que se trata de uno de los «principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización». En junio de 1998, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. La misma declara que «todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los Convenios [fundamentales], tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales». Entre tales principios figuran la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

¹ El presente capítulo ha sido elaborado a partir del artículo «Libertad sindical y negociación colectiva» preparado por B. Gernigon, A. Odero y H. Guido y publicado en *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

Interés para los jueces y operadores jurídicos

Los tribunales tienen un papel primordial en la protección de la libertad sindical. En efecto, desde la creación hasta la disolución pasando por las distintas instancias de la vida del sindicato o de la organización de empleadores, los tribunales aparecen siempre como garantes de esta libertad. Los órganos de control de la OIT se han pronunciado en reiteradas oportunidades en cuanto a la necesidad de que un recurso ante el Poder Judicial sea posible frente a todas las decisiones administrativas que afecten la situación de un sindicato o de una organización de empleadores². Asimismo, los tribunales ejercen una función fundamental respecto de la protección de los trabajadores víctimas de actos de discriminación antisindical y de toda violación de las libertades civiles motivada por el ejercicio de la libertad sindical. En algunos países, la autoridad judicial especializada desempeña también ciertas funciones de la autoridad administrativa tales como el registro de las organizaciones sindicales, la determinación de la organización más representativa, el examen de reclamaciones en el proceso de negociación colectiva, etc.

Para el desarrollo de esta tarea, el conocimiento de los distintos instrumentos internacionales relativos a la libertad sindical así como de los principios elaborados al respecto por los órganos de control de la OIT, reviste sin lugar a dudas un gran interés para los operadores jurídicos. En efecto, en un contexto de globalización en el que la noción de injerencia en los asuntos internos de los Estados en relación con los derechos humanos ha sido reducida a su mínima expresión, el juez está cada vez menos aislado en su despacho y debería poder referirse a las normas internacionales en particular para llenar lagunas legislativas, como guía de interpretación para resolver la ambigüedad de una disposición o a fin de precisar el alcance de términos redactados de manera (demasiado) generales. A este respecto, los jueces y operadores jurídicos encontrarán una valiosa herramienta en la larga experiencia de la OIT sobre el tema y en el detallado cuerpo de principios elaborado por los órganos de control, en particular por el Comité de Libertad Sindical, órgano altamente especializado, que les permitirá adoptar decisiones o redactar conclusiones que, de conformidad con sus sistemas jurídicos, sean lo más respetuosas posible de los convenios y principios internacionales en la materia.

A este respecto, cabe señalar que en numerosos países el avance en la protección de los derechos relativos al ejercicio de la libertad sindical fue posible gracias al aporte decisivo realizado por los jueces a través de sus decisiones judiciales.

Fuentes internacionales en materia de libertad sindical

Las fuentes internacionales en materia de libertad son numerosas. Cabe señalar que el principio de la libertad sindical goza de un reconocimiento universal. Ha sido incorporado por ejemplo en textos de carácter declaratorio de los cuales el más reconocido es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 cuyo artículo 23, párrafo 4 reconoce el derecho de constituir sindicatos y afiliarse a los mismos.

² Por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que «debería existir el derecho de apelar ante los tribunales contra toda decisión administrativa en materia de registro de una organización sindical. Este recurso constituye una garantía necesaria contra las decisiones ilegales o infundadas de las autoridades encargadas del registro de los estatutos». Véase OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párrafo 300.

En el marco de instrumentos vinculantes de la Organización de las Naciones Unidas, este derecho ha sido reconocido tanto por el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos³ como por el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales⁴.

Asimismo, como hemos señalado, este principio ha sido incluido en la Constitución de la OIT lo que conlleva consecuencias jurídicas para los Estados Miembros, en particular en relación con el procedimiento de quejas por violación de la libertad sindical previsto ante el Comité de Libertad Sindical para el cual no es requisito que el Estado cuestionado haya ratificado los convenios en la materia⁵.

En cuanto a los otros instrumentos destinados a crear obligaciones jurídicas para los Estados, cabe destacar los dos convenios sobre libertad sindical considerados fundamentales por la OIT. En primer lugar, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), que a la fecha del 23 de junio de 2009 contaba con 150 ratificaciones y, por otra parte, el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), que a la misma fecha había recibido 160 ratificaciones siendo uno de los convenios de la OIT más ratificado. Señalamos además la existencia de otros convenios que reglamentan el ejercicio de la libertad sindical respecto de cuestiones específicas o de ciertos sectores en particular y que revisten también gran importancia para los jueces y operadores jurídicos. Se trata del Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11), el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135), el Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 141), el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151), y el Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154).

³ En efecto, el artículo 22 establece que: «1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía (...)».

⁴ Cuyo artículo 8 estipula que «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 sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías».

⁵ Véanse las explicaciones sobre este procedimiento en la *parte 2, capítulo 2*.

Existen asimismo textos no obligatorios destinados a guiar el accionar de los Estados tales como las recomendaciones que acompañan a algunos de los convenios mencionados⁶ y dos resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo. Estas últimas, adoptadas en 1952 y 1970 respectivamente son la Resolución relativa a la independencia del movimiento sindical y la Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles.

Por último, a través de la supervisión ejercida por los órganos de control de la OIT, éstos han elaborado en sus numerosos pronunciamientos un abundante cuerpo de principios sobre el alcance de los principios en materia de libertad sindical y la manera en que éstos deben ser aplicados. Ello es esencialmente el resultado del trabajo de dos órganos: en primer lugar, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante Comisión de Expertos) cuyos comentarios individuales y cuyos estudios generales, sin constituir una interpretación definitiva de los convenios, la que sólo puede ser efectuada por la Corte Internacional de Justicia, han adquirido una notoria autoridad⁷. A este respecto, los operadores jurídicos tendrán particular interés en conocer y consultar el Estudio general de 1994 sobre la libertad sindical⁸. El segundo órgano es el Comité de Libertad Sindical cuyas recomendaciones elaboradas respecto de más de 2500 casos examinados desde su creación en 1951, han sido recogidas sistemáticamente en una Recopilación de decisiones y principios. Esta obra constituirá sin duda un importante elemento de referencia para los jueces y abogados interesados en utilizar el derecho internacional del trabajo en la resolución de sus casos⁹. Es importante señalar que el cuerpo de principios elaborado por el Comité no se limita a precisar el alcance de los convenios sobre libertad sindical. En efecto, frente a la diversidad de casos examinados, el Comité ha sido llamado a pronunciarse sobre situaciones no previstas de manera expresa en los convenios y de ese modo ha formulado principios que, en diversos aspectos, han completado y ampliado el contenido de los mismos.

Contenido de las normas y principios de la OIT en materia de libertad sindical

Como ha sido señalado, la protección de la libertad sindical se encuentra garantizada fundamentalmente por los Convenios núms. 87 y 98. Mientras que el objetivo esencial del primero es proteger la autonomía y la independencia de los sindicatos y de las organizaciones de empleadores respecto de las autoridades públicas tanto en la creación, como en el funcionamiento y la disolución de los mismos, el segundo tiende básicamente a proteger estas organizaciones de la injerencia recíproca, a promover la negociación colectiva y a evitar que los trabajadores se vean perjudicados por realizar actividades sindicales a través de actos de discriminación antisindical. Examinaremos en detalle estos distintos aspectos siguiendo el articulado de los convenios y teniendo en cuenta los principios elaborados por la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical a partir de ellos. Incluiremos igualmente, tal como se ha hecho en otros capítulos, ejemplos de sentencias adoptadas por algunos tribunales nacionales que ilustran distintas maneras de aplicar el derecho internacional del trabajo en la

⁶ Se trata en particular de la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143); la Recomendación sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 149); la Recomendación sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 159), la Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), y la Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951 (núm. 92).

⁷ N. Valticos: «Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale» en *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, A.W. Sijthoff, La Haya, 1975, p. 89 (disponible únicamente en francés). Véase sobre este punto la *parte 1, capítulo 2* de este manual sobre los órganos de control de la OIT.

⁸ OIT: *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª reunión, Ginebra, 1994.

⁹ OIT: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, *op. cit.*

materia estudiada. Asimismo, llamaremos la atención de los lectores sobre algunos de los casos tratados por el Comité de Libertad Sindical cuyo contenido da cuenta de la aplicación de los convenios en la práctica.

Derechos sindicales y libertades civiles

La Conferencia Internacional del Trabajo a través de la mencionada Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles de 1970, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos han destacado la interdependencia entre el ejercicio de la libertad sindical y el respeto de las libertades civiles fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho de reunión, el derecho de opinión, el derecho a no ser detenido arbitrariamente y el respeto de un debido proceso, entre otros. A este respecto, la Comisión de Expertos ha dicho que «los convenios internacionales del trabajo y en especial los relativos a la libertad sindical, son efectivamente aplicados en la medida en que también se reconozcan y protejan las libertades civiles y políticas consagradas por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los restantes instrumentos internacionales en la materia»¹⁰.

En el mismo sentido, el Comité de Libertad Sindical ha considerado que un sistema democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales y que un movimiento sindical realmente libre e independiente sólo puede desarrollarse dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales¹¹.

II. Instrumentos fundamentales de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva

II.A. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)

II.A.1. Ámbito de aplicación del Convenio

Las garantías del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), deberían aplicarse, sin ninguna distinción, a todos los trabajadores y empleadores. A este respecto, el artículo 2 del Convenio reconoce a trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, 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.

Las únicas posibles excepciones previstas por el Convenio son las fuerzas armadas y la policía¹². Estos conceptos, sin embargo, han sido interpretados por los órganos de control de la OIT de manera estricta. En este sentido, el Comité de Libertad Sindical ha establecido que el personal civil de las fuerzas armadas, los bomberos, el personal de establecimientos penitenciarios y los funcionarios de aduanas deben gozar del derecho de sindicación.

Las disposiciones que prohíben el derecho de sindicación a determinadas categorías de trabajadores, tales como los funcionarios o empleados públicos, el personal directivo, los empleados domésticos, los trabajadores agrícolas, los trabajadores ocupados en zonas francas de exportación, los trabajadores de cooperativas, los trabajadores independientes o la gente de mar, entre otros, son incompatibles con las disposiciones del Convenio.

¹⁰ Véase OIT: Estudio general de 1994 de la Comisión de expertos, *op. cit.*, párrafo 43.

¹¹ Véase OIT: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, *op. cit.*, párrafos 32 y 33.

¹² El Artículo 9 1) del Convenio núm. 87 establece que «La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio».

Además, la Comisión de Expertos ha señalado sobre este punto, que el libre ejercicio del derecho sindical implica que los titulares de este derecho no sean objeto de ninguna discriminación en razón de su raza, nacionalidad, sexo, estado civil, edad, pertenencia a grupos políticos y participación en sus actividades, tanto en la legislación como en la práctica¹³.

Cabe señalar que los jueces deberían asimismo gozar del derecho de sindicación.

Derecho de sindicación del personal de dirección:

En cuanto al personal de dirección, el Comité de Libertad Sindical ha indicado que no es necesariamente incompatible con las exigencias del artículo 2 del Convenio núm. 87 que se niegue al personal superior y de dirección el derecho de pertenecer al mismo sindicato que los demás trabajadores, a reserva de que se cumplan dos condiciones: en primer lugar, que los trabajadores tengan el derecho de establecer sus propias asociaciones para defender sus intereses y, en segundo lugar, que las categorías de personal de dirección y de empleados que ocupan cargos de confianza no sean tan amplias como para debilitar a las organizaciones de los demás trabajadores en la empresa o en la rama de actividad, al privarlas de una proporción considerable de sus miembros efectivos o posibles.

Fuente: OIT: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, op. cit., párrafo 247

País: Canadá

Dunmore c. Ontario (Fiscal general), Tribunal Supremo del Canadá, 20 de diciembre de 2001, núm. 2001 S.C.C. 94

Este caso se refiere al derecho de sindicación de los trabajadores agrarios. La ley sujeta a examen no prohibía que los trabajadores agrarios se sindicaran pero se abstenía de atribuirles la protección reconocida a los otros trabajadores frente, entre otros, a las prácticas antisindicales. A este respecto, el Tribunal Supremo del Canadá subrayó el carácter central del principio de no discriminación en el reconocimiento efectivo de la libertad sindical. A fin de apoyar el reconocimiento de la obligación positiva del Estado de ampliar el régimen de protección de la libertad sindical a los trabajadores agrarios, el Tribunal hizo referencia a varios convenios de la OIT, en particular, los artículos 2 y 10 del Convenio núm. 87 y los Convenios núms. 11 y 141.

II.A.2. Derecho sindical, autonomía de las organizaciones y no injerencia de las autoridades

Del contenido del artículo 2 del Convenio núm. 87 antes citado se desprenden, además del ámbito de aplicación, otros dos aspectos específicos a saber: el derecho a constituir organizaciones sin autorización previa y el derecho de los trabajadores y de los empleadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes y a afiliarse a las mismas.

II.A.2.a. El derecho a constituir organizaciones sin autorización previa

Este derecho no implica que la legislación no pueda exigir el cumplimiento de ciertos requisitos formales para la constitución de una organización destinadas a garantizar su publicidad y el respeto del orden público. Ahora bien, la Comisión de Expertos ha dicho a este respecto que «las formalidades necesarias para asegurar, por ejemplo, la publicidad jurídica no deben ser tan complejas o tan extensas que, en la práctica, confieran a las autoridades el poder discrecional de denegar la constitución de organizaciones. Asimismo, debería poder

¹³ Véase OIT: Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos, op. cit., párrafo 45.

interponerse, ante un órgano independiente e imparcial, un recurso judicial en cuanto al fondo del asunto contra toda decisión administrativa de ese tipo»¹⁴.

En este contexto cabe destacar el artículo 7 del Convenio núm. 87 según el cual la adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite, en particular, el derecho de constituir organizaciones sin autorización previa.

País: Colombia

Corte Constitucional de Colombia, 9 de julio de 2008, C-695/08

El artículo 372 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia prevé que las organizaciones de trabajadores tienen que inscribir su acta de constitución ante el Ministerio de Trabajo para poder gozar de los derechos reconocidos a los sindicatos por la legislación nacional. Se cuestionó la validez de dicha disposición ante la Corte Constitucional por supuesta violación al artículo 2 del Convenio núm. 87 de la OIT y al artículo 39 de la Constitución Colombiana que reconoce la libertad sindical. Se alegaba que el trámite de inscripción constituía en realidad una autorización previa por el extenso control del contenido del acta de constitución llevado a cabo por el Ministerio.

Después de haber recordado que el Convenio núm. 87 de la OIT formaba parte del Bloque de Constitucionalidad, la Corte se basó en el artículo 2 del dicho Convenio así como en el artículo 39 de la Constitución Nacional para declarar la constitucionalidad *condicionada* del artículo impugnado, «en el entendido de que la citada inscripción cumple exclusivamente funciones de publicidad, sin que ello autorice al ministerio mencionado para realizar un control previo sobre el contenido del acta de constitución.»

II.A.2.b. El derecho de los trabajadores y de los empleadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes y a afiliarse a las mismas

El derecho de los trabajadores y de los empleadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes implica, entre otras cosas, la posibilidad de adoptar libremente las decisiones siguientes: elegir la estructura y la composición de las organizaciones; crear una o varias organizaciones por empresa, profesión o rama de actividad y constituir federaciones y confederaciones.

Respecto de la libertad de las organizaciones de trabajadores y empleadores de elegir su estructura y composición, se puede consultar la siguiente decisión del Comité de Libertad Sindical.

¹⁴ Véase: Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 106.

País: Colombia

Caso núm. 2366

Queja presentada por: Confederación General del Trabajo

Un grupo de trabajadores que prestaban servicios en el sector farmacéutico y químico de Colombia decidió crear un sindicato de industria denominado Unión de Trabajadores de la Industria Química y Farmacéutica (UNITRAQUIFA). Tal como indicado en sus estatutos, dicho sindicato agrupaba tanto a trabajadores contratados directamente por empresas del sector como a trabajadores de empresas temporales luego puestos a disposición de empresas químicas o farmacéuticas. El Ministerio de Protección Social de Colombia denegó la inscripción de Unitraquifa como sindicato de industria al considerar que no todos sus afiliados tenían contratos de trabajo con empresas del sector. Ante esta negativa, la Confederación General del Trabajo de Colombia presentó una queja ante el Comité de Libertad sindical. Al respecto, el Comité se pronunció de la siguiente manera:

«(...)el Comité recuerda que el libre ejercicio del derecho de constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos implica la libre determinación de la estructura y la composición de estos sindicatos. En el presente caso, los trabajadores de UNITRAQUIFA deberían gozar del derecho de constituir la organización de industria que estimen conveniente, desde el momento en que todos ellos desempeñan sus labores en el seno de empresas farmacéuticas, independientemente del tipo de relación que los une a las mismas. En efecto, si bien los trabajadores de «Servimos», «Temporales» y «TyS» que se han afiliado a UNITRAQUIFA no tienen un vínculo laboral directo con las empresas farmacéuticas Schering Plough S.A. y Carboquímica, realizan su trabajo en el sector y por ende podrían querer formar parte de una organización sindical que represente los intereses de los trabajadores en dicho sector a nivel nacional. En este sentido, el Comité recuerda que la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y el empleador no debería tener ningún efecto en el derecho a afiliarse a las organizaciones de trabajadores y participar en sus actividades. (...)En estas condiciones, el Comité pide al Gobierno que sin demora tome las medidas necesarias para proceder a la inscripción de la Unión de Trabajadores de la Industria Química y Farmacéutica (UNITRAQUIFA), de sus estatutos y de su junta directiva, y que lo mantenga informado al respecto.¹⁵»

Si bien el Convenio no tiene por objeto imponer el pluralismo sindical, este pluralismo debe seguir siendo posible en todos los casos aun cuando, en un momento dado, el movimiento sindical haya optado por un régimen de unicidad. En consecuencia, los regímenes de unicidad o monopolio sindical no deben ser impuestos por la ley.

Aunque un número mínimo de afiliados como requisito para la constitución de un sindicato es aceptable, la Comisión de Expertos ha indicado que las disposiciones que, exigen un número demasiado elevado son incompatibles con el artículo 2 del Convenio núm. 87¹⁶.

País: Israel

Markovich, Leon c. Histadrut, Magistratura Nacional del Trabajo de Israel, (1975) 6 P.D.A.

En este caso la Magistratura Nacional del Trabajo de Israel rechazó la denegación de la constitución de un nuevo sindicato adicional al que ya existía en la empresa, basándose en los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT.

¹⁵ Véase OIT: Informe del Comité de Libertad Sindical, caso núm. 2356, 349° informe, Boletín Oficial, vol. XCI, serie B, núm.1

¹⁶ Véase: Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 107.

II.A.3. El libre funcionamiento de las organizaciones

De conformidad con el artículo 3 del Convenio núm. 87, las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen 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. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal. Examinaremos en detalle cada uno de estos aspectos.

II.A.3.a. El derecho a redactar los estatutos y reglamentos

La Comisión de Expertos ha subrayado que para el pleno ejercicio de este derecho deben cumplirse dos condiciones fundamentales: en primer lugar, las exigencias que pueden ser impuestas a los estatutos de los sindicatos de conformidad con la legislación nacional deberían ser sólo de forma, y en segundo lugar, los estatutos y reglamentos administrativos no deberían ser objeto de una aprobación previa de carácter discrecional por parte de las autoridades¹⁷.

Asimismo, la sola existencia de un recurso judicial en materia de aprobación de los estatutos no representa una garantía suficiente para proteger este derecho. En consecuencia, los tribunales deberían ser competentes para reexaminar desde la perspectiva del Convenio núm. 87 el fondo del asunto así como los motivos en los que se basó la decisión administrativa.

Sobre este derecho, puede resultar interesante para los jueces y operadores jurídicos estudiar el siguiente caso objeto del Comité de Libertad Sindical.

País: Turquía

Caso núm. 2366

Queja presentada por: Confederación de Sindicatos de Funcionarios Públicos (KESK) y Internacional de la Educación (IE)

Las organizaciones querellantes alegaban que el Fiscal General de Ankara presentó una demanda solicitando a los tribunales que ordenasen la disolución del Sindicato de Funcionarios Públicos de la Enseñanza (Egitim Sen), por considerar que una de las finalidades establecidas en los estatutos de este sindicato, a saber, la defensa del «derecho de todos los ciudadanos a una enseñanza impartida en su lengua materna y al desarrollo de su cultura», era contraria a las disposiciones constitucionales y legislativas que prohíben la enseñanza de toda lengua distinta del turco como lengua materna.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical recordó que «de conformidad con el Convenio núm. 87, ratificado por Turquía, los sindicatos deberían tener derecho a incluir en sus estatutos los objetivos pacíficos que estimen necesarios para la defensa de los derechos e intereses de sus afiliados. Para que las organizaciones tengan derecho a elaborar sus propios estatutos y reglamentos con libertad absoluta, la legislación nacional debería limitarse tan sólo a sentar las condiciones formales que deberán respetar los estatutos, los cuales, junto con los reglamentos correspondientes, no necesitarán la aprobación previa de las autoridades públicas para entrar en vigor». El Comité expresó «su gran preocupación por el hecho de que la referencia en los reglamentos de un sindicato al derecho a la enseñanza en lengua materna ha dado o pueda dar lugar a que se pida la disolución de ese sindicato.»

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 109.

II.A.3.b. El derecho a elegir libremente a los representantes

Sólo puede garantizarse efectivamente la autonomía de las organizaciones si sus miembros tienen el derecho a elegir con toda libertad a sus representantes. Por consiguiente, las autoridades públicas deberían abstenerse de toda intervención que tienda a entorpecer el ejercicio de este derecho, ya sea en lo relativo al desarrollo de las elecciones sindicales, a las condiciones de elegibilidad, a la reelección o a la destitución de los representantes.

La reglamentación de los procedimientos y las modalidades de la elección de dirigentes sindicales debería corresponder prioritariamente a los estatutos sindicales. Como lo ha señalado la Comisión de Expertos, la intervención de las autoridades en el ejercicio de este derecho no debería ir más allá de la promoción de los principios democráticos en el seno de las organizaciones sindicales o de la garantía del desarrollo normal del proceso electoral en el respeto de los derechos de sus miembros, a fin de evitar cualquier conflicto en cuanto al resultado de las elecciones¹⁸.

Entre las restricciones relativas a las condiciones de elegibilidad, cabe señalar a título de ejemplo que el Comité de Libertad Sindical ha dicho que debería conferirse mayor flexibilidad a las legislaciones a fin de permitir a los trabajadores extranjeros tener acceso a las funciones sindicales, por lo menos una vez pasado un período razonable de residencia en el país de acogida¹⁹.

El papel de la autoridad judicial respecto de la protección de este derecho ha sido puesto de relieve por el Comité de Libertad Sindical quien ha sostenido que las medidas que puedan ser tomadas por vía administrativa en caso de impugnación de los resultados electorales corren el riesgo de parecer arbitrarias. Por ello, y a fin de garantizar un procedimiento imparcial y objetivo, los casos de esa índole deberían ser examinados por las autoridades judiciales. Asimismo, para evitar el peligro de menoscabar seriamente el derecho de los trabajadores a elegir sus representantes con plena libertad, las quejas por las que se impugna el resultado de las elecciones, presentadas ante los tribunales del trabajo por una autoridad administrativa, no deberían tener por efecto la suspensión de la validez de dichas elecciones mientras no se conozca el resultado final de la acción judicial²⁰.

País: Paraguay

Acción de inconstitucionalidad planteada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y la Central Nacional de Trabajadores (CNT) c. el Decreto núm. 16769 dictado por el Ejecutivo, Corte Suprema de Justicia, 23 de septiembre de 2000, núm. 35

En la sentencia la Corte Suprema de Justicia de Paraguay declaró la inconstitucionalidad del decreto 16.769 de 1992 por el cual se regulaban las elecciones sindicales y se condicionaba la inscripción de las organizaciones así como el reconocimiento de sus dirigentes, por considerarlo contrario al artículo 3 del Convenio núm. 87 de la OIT.

País: Rumanía

Sentina Civil, Tribunal de Primera Instancia de Brasov, 30 de marzo de 2001

En este caso el Tribunal de Primera Instancia de Brasov se fundamentó en el Convenio núm. 87 de la OIT para dejar sin efecto una disposición de la ley núm. 54/1991 por considerar violatorio del Convenio el requisito de que todos los dirigentes de un sindicato deban estar empleados en la empresa respectiva.

¹⁸ Véase OIT: Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 114.

¹⁹ Véase OIT: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, *op. cit.*, párrafo 420.

²⁰ *Ibidem*, párrafos 440 y 441.

II.A.3.c. El derecho de los sindicatos a organizar su administración

El derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores a organizar su administración al margen de toda intervención de las autoridades públicas comprende, en particular, la autonomía e independencia financieras y la protección de sus fondos y propiedades.

Se plantean problemas de compatibilidad con el Convenio núm. 87 cuando la ley fija las cotizaciones mínimas de los afiliados, establece qué proporción de los fondos sindicales se abonará a las respectivas federaciones, o exige que ciertas operaciones financieras, por ejemplo la recepción de fondos provenientes del extranjero, queden sujetas a aprobación por los poderes públicos.

También surgen problemas de compatibilidad cuando se confiere la exclusividad de la fiscalización a las autoridades administrativas, se las faculta para inspeccionar en todo momento los libros de actas, de contabilidad y demás documentos de las organizaciones, realizar indagaciones y exigir informaciones, o incluso cuando las funciones de control son ejercidas por la central sindical única designada expresamente por la ley.

La libertad de administración de que gozan las organizaciones no se limita a las operaciones de carácter puramente financiero, sino que abarca también el derecho a disponer plenamente de la totalidad de sus bienes muebles e inmuebles, así como el derecho a la inviolabilidad de sus locales, su correspondencia y sus comunicaciones.

II.A.3.d. Los derecho de las organizaciones a organizar libremente sus actividades y de formular su programa de acción

Este derecho abarca, en particular, el derecho a celebrar reuniones sindicales, el derecho de los dirigentes a tener acceso a los lugares de trabajo, mantener contactos con los miembros de la dirección de la empresa, ejercer ciertas actividades políticas de las organizaciones, como por ejemplo exponer su posición sobre la política económica y social del Gobierno, así como el derecho de huelga y, en términos más generales, toda actividad relativa a la defensa de los derechos de sus miembros.

II.A.3.d.i. El derecho de huelga

Si bien este derecho no figura de manera expresa en el texto de los convenios sobre libertad sindical, ha sido reconocido por los órganos de control de la OIT como una herramienta fundamental de los trabajadores y es considerado un corolario indisoluble de la libertad sindical²¹. De hecho, a lo largo de los años, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha ido desarrollando un extenso corpus de principios relativo al derecho de huelga cuyos ejes generales se resumen brevemente a continuación²².

El derecho de huelga ejercido de manera pacífica debe ser reconocido con carácter general a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones tanto del sector público como del sector privado. Sólo se admiten excepciones a este derecho (o restricciones importantes) respecto de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, los funcionarios públicos que ejercen

²¹ En particular el razonamiento de la Comisión de Expertos al respecto se articula en base al derecho que se reconoce a las organizaciones de trabajadores y de empleadores a organizar sus actividades y formular su programa de acción con el objeto de fomentar y defender los intereses de sus miembros (artículos 3, 8 y 10 del Convenio núm. 87): la Comisión de Expertos opina que el significado corriente de la expresión «programa de acción» incluye la huelga y considera que este derecho es uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para fomentar sus intereses económicos y sociales. Véase OIT: Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 147-151.

²² Dichos principios están recopilados de manera exhaustiva en OIT: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, *op. cit.*, párrafos 520-676.

funciones de autoridad en nombre del Estado y los trabajadores de los servicios esenciales en el sentido estricto del término (aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población)²³, o en situaciones de crisis nacional aguda.

Cuando la legislación establece ciertas condiciones para la legalidad de la huelga, las mismas deben ser razonables y no constituir una restricción importante a las posibilidades de acción de las organizaciones.

País: Colombia

Sindicato de las Empresas Varias de Medellín c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín E.S.P., Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 10 de agosto de 1999, expediente núm. 206.360

En este caso, para determinar si los despidos por participar en una huelga que había sido declarada ilegal por la autoridad administrativa constituían despidos antisindicales, la Corte Constitucional de Colombia aplicó los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT y consideró que, dado que la ilegalidad de la huelga había sido declarada por la autoridad administrativa y no por la autoridad judicial, se había privado a los trabajadores de la garantía de imparcialidad y de protección contra la discriminación antisindical.

El Comité de Libertad Sindical indica que en los sectores anteriormente mencionados donde se puede válidamente limitar o suprimir el derecho de huelga, los trabajadores deberán gozar de garantías compensatorias. El Comité señala que «la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente.²⁴»

Por otra parte, cuando la huelga viene acompañada de la fijación de servicios mínimos, el Comité considera que «las organizaciones de trabajadores y empleadores interesadas deberían poder participar en su determinación». En caso de falta de acuerdo sobre el contenido de dichos servicios mínimos, «la legislación debería prever que dicha divergencia fuese resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio de Trabajo o el ministerio o empresa pública concernida.²⁵»

II.A.4. Disolución y suspensión de las organizaciones

Según el artículo 4 del Convenio núm. 87, las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución ni a suspensión por vía administrativa. Este tipo de medidas constituyen graves violaciones a los principios de la libertad sindical y son formas extremas de intervención de las autoridades en las actividades de las organizaciones frente a las cuales los trabajadores y los empleadores deberían contar con todas las garantías necesarias.

Entre estas garantías figura el requisito de un procedimiento judicial ordinario que debería tener efectos suspensivos de la medida de suspensión o de disolución. Sobre el particular el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que para una adecuada aplicación del principio según el cual

²³ El Comité ha considerado que son servicios esenciales los siguientes: el sector hospitalario; los servicios de electricidad; los servicios de abastecimiento de agua; los servicios telefónicos; la policía y las fuerzas armadas; los servicios de bomberos; los servicios penitenciarios públicos o privados; el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares; y el control del tráfico aéreo. Véase OIT: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, op. cit., párrafo 585.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 596.

²⁵ *Ibidem*, párrafos 612 y 613.

una organización profesional no debe estar sujeta a suspensión o disolución por vía administrativa, no es suficiente que la legislación conceda un derecho de apelación contra dichas decisiones administrativas, sino que los efectos de las mismas no deben comenzar antes de transcurrido el plazo legal sin que se haya interpuesto el recurso de apelación o una vez confirmadas tales decisiones por la autoridad judicial²⁶.

II.A.5. El derecho de las organizaciones de trabajadores y empleadores a constituir federaciones y confederaciones y a afiliarse a organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores

El artículo 5 del Convenio núm. 87 estipula que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberían tener el derecho a constituir las federaciones y confederaciones que estimen conveniente y éstas a su vez deberían gozar de todos los derechos reconocidos a las organizaciones de base, en particular en lo relativo al libre funcionamiento y a la libertad de organizar sus actividades y sus programas de acción.

La solidaridad internacional de los trabajadores y los empleadores exige igualmente que sus federaciones y confederaciones puedan organizarse y actuar libremente en el plano internacional.

II.B. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)

El Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), elaborado con la finalidad de complementar en distintos aspectos el Convenio núm. 87, consagra la protección contra actos de discriminación y actos de injerencia y establece para los Estados que lo ratifiquen la obligación de promover la negociación colectiva.

II.B.1. Ámbito de aplicación del Convenio

Mientras que el Convenio núm. 87 se aplica de manera general a todos los trabajadores y empleadores sin distinción alguna, con la sola excepción posible de las fuerzas armadas y la policía, el Convenio núm. 98, además de reiterar esta excepción, establece en su artículo 6 que el mismo no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado.

La Comisión de Expertos ha adoptado un criterio restrictivo en lo concerniente a esta última excepción y ha distinguido por un lado, los funcionarios que cumplen actividades propias de la administración del Estado (por ejemplo en algunos países, funcionarios de los ministerios y demás organismos gubernamentales comparables, así como sus auxiliares), quienes pueden quedar excluidos del campo de aplicación del Convenio, y, por otro lado, todas las demás personas empleadas por el gobierno, las empresas públicas o las instituciones públicas autónomas, quienes deberían gozar de las garantías previstas en el Convenio²⁷.

II.B.2. La protección contra la discriminación antisindical

La protección que se brinda a trabajadores y dirigentes sindicales contra actos de discriminación antisindical es un elemento esencial del derecho sindical dado que tales actos pueden dar lugar, en la práctica, a la negación de las garantías previstas en el Convenio núm. 87.

Al respecto, el artículo 1 del Convenio núm. 98 estipula que esta protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: someter el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

²⁶ *Ibidem*, párrafo 703.

²⁷ Véase OIT: Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 200.

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.

En consecuencia, debe garantizarse a los trabajadores una protección adecuada tanto en el momento de ser contratados como en el curso del empleo, e incluso al momento de la cesación de la relación laboral, frente a todas las medidas de carácter discriminatorio vinculadas a la afiliación sindical o a la realización de actividades sindicales legítimas. La protección del Convenio es particularmente importante para los dirigentes y delegados sindicales quienes deben tener garantías de que no sufrirán perjuicios como consecuencia de su mandato sindical.

La existencia de disposiciones legislativas generales que prohíben los actos de discriminación antisindical es insuficiente si éstas no van acompañadas de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos que garanticen su aplicación en la práctica así como de sanciones suficientemente disuasivas²⁸. Esta protección puede garantizarse por diversos medios, adaptados a la legislación y a la práctica nacionales, a condición de que logren prevenir o reparar eficazmente los actos de discriminación antisindical. Obviamente, el reintegro del trabajador despedido con el pago de indemnizaciones retroactivas constituye el medio más apropiado de remediar los actos de discriminación antisindical²⁹.

En cuanto al alcance de la reparación, la Comisión de Expertos ha señalado que una legislación que permita, en la práctica, que el empleador ponga término al empleo de un trabajador a condición de pagar la indemnización prevista por la ley para todos los casos de despido injustificado, cuando el motivo real es su afiliación o sus actividades sindicales, es insuficiente habida cuenta del artículo 1 del Convenio núm. 98

²⁸ Véase OIT: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, op. cit., párrafo 820.

²⁹ Véase OIT: Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos, op. cit., párrafo 224.

País: Chile

Víctor Améstida Stuardo y otro c. Santa Isabel S.A., Corte Suprema de Chile, 19 de octubre de 2000, expediente núm. 10.695

La Corte Suprema de Chile se basó en los Convenios núms. 87, 98 y 135 de la OIT para conceder protección a varios representantes sindicales despedidos, a quienes reconoció ese carácter desde el momento de su elección, independientemente de que el empleador hubiera sido informado y de que se hubiera constituido legalmente el sindicato. La Corte sostuvo además, basándose en dichos convenios, que el fuero sindical, para generar su pleno efecto, debe comprender con carácter necesario el período inmediatamente anterior a la constitución del sindicato pues en caso contrario no estaría resguardado el derecho mismo de sindicación.

País: Costa Rica

Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, 8 de octubre de 1993, resolución núm. 5000-93, expediente núm. 1214-S-93

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, basándose principalmente en los artículos 1 de los Convenios núms. 98 y 135³⁰ de la OIT, en ausencia de una disposición expresa del Código de Trabajo³¹, reconoció la existencia de una protección reforzada en beneficio de los representantes de los trabajadores, que incluye entre otros el derecho a la reintegración en caso de despido injustificado.

País: Perú

Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, Tribunal Constitucional del Perú, expediente núm. 1124-2001-AA/TC³²

En relación con despidos antisindicales, el Tribunal Constitucional del Perú ordenó, teniendo en cuenta lo dispuesto en los Convenios de la OIT núms. 87, artículo 2 y 98, artículo 1, párrafo 2 b), la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que habían sido despedidas de la empresa, sosteniendo que se había utilizado el criterio de la afiliación sindical para determinar la aplicación de la medida de despido.

II.B.3. La protección contra actos de injerencia

Según el artículo 2 del Convenio núm. 98, las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. Se consideran actos de injerencia, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de las organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

La legislación debería establecer de manera explícita recursos rápidos y sanciones eficaces y suficientemente disuasivas para proteger a las organizaciones de trabajadores y de empleadores contra este tipo de actos.

³⁰ Artículo 1 del Convenio núm. 135: «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 participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor».

³¹ El artículo 70 del Código de Trabajo de Costa Rica establecía únicamente la prohibición para el empleador de obligar a los trabajadores, cualquiera que sea el medio que se adopte, a retirarse de los sindicatos.

³² Sentencia disponible en:

http://www.eft.com.ar/boletin.asp?arch=boletineft/2006/febrero/boletin_eft_febrero_0018b.htm

II.B.4. La promoción de la negociación colectiva

De conformidad con el artículo 4 del Convenio núm. 98, 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. Este artículo se refiere en particular a la obligación de promover la negociación colectiva y al carácter libre y voluntario de la misma. Son igualmente pertinentes en este tema algunas disposiciones del Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151), el Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154) y de la Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91).

Sobre la obligación de promover la negociación colectiva, puede ser interesante consultar el siguiente caso objeto de examen por parte de un tribunal nacional y el Comité de Libertad Sindical.

País: Perú

Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO c. la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 427, su fecha 11 de noviembre de 2002, que declara infundada la acción de amparo de autos, Tribunal Constitucional del Perú, expediente núm. 0261-2003-AA/TC³³

El Tribunal Constitucional del Perú rechaza un recurso extraordinario interpuesto por la Cámara Peruana de la Construcción ante un acto administrativo que imponía el nivel de rama de actividad para la negociación colectiva en el sector de la construcción civil. El Tribunal se basó, entre otros elementos, en el artículo 4 del Convenio núm. 98 de la OIT según el cual el Estado no sólo debe garantizar el derecho de negociación sino que debe promover su desarrollo, lo cual permite otorgar determinado «plus de tutela» cuando ésta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva. Consideró que las características singulares del sector y en particular el altísimo nivel de rotación de los trabajadores entre las distintas empresas y obras imposibilitan en la práctica la creación de una organización sindical a nivel de empresa, de modo que la negociación colectiva en el nivel de rama es la única posibilidad para la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú de hacer viable su derecho constitucional a la negociación colectiva.

³³ Sentencia disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00261-2003-AA.html>

País: Perú

Caso núm. 2375

Queja presentada por: Organización Internacional de Empleadores (OIE), Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO)³⁴

La situación expuesta en el recuadro anterior fue también examinada por el Comité de Libertad Sindical a raíz de una queja de la cámara Peruana de la Construcción. La organización de empleadores alegaba que tanto la decisión del TC antes mencionada como el artículo 46 de la ley número 27912³⁵ violaban el principio de la negociación libre y voluntaria al imponer la negociación por rama de actividad en el sector de la construcción.

El Comité de Libertad Sindical consideró que el problema planteado por la queja tenía que ser puesto en relación con otra disposición de la legislación peruana, el artículo 45 del decreto-ley núm. 25593 de 1992, aplicable a todos los sectores de la economía excepto la construcción, que tiene el efecto de imponer unilateralmente la negociación a nivel de empresa en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación³⁶.

Respecto de ambas disposiciones, el Comité recordó que en virtud del principio de la negociación libre y voluntaria reconocido por el artículo 4 del Convenio núm. 98, el sistema más adecuado de fijación del nivel de negociación radica en el acuerdo de las partes y, en ausencia de ésta, en la existencia de un mecanismo imparcial de solución de conflictos, por ejemplo mediante un órgano compuesto por personalidades independientes que cuente con la confianza de las partes. En consecuencia, el Comité pidió que se revocaran tanto el artículo 45 del decreto-ley núm. 25593 de 1992 como el artículo 46 de la ley número 27912 y que se diera aplicación a los principios expuestos, no sólo en el sector de la construcción donde impera la negociación por rama sino también en todos los demás sectores de la economía peruana donde, a falta de acuerdo, se impone la negociación a nivel de empresa.

II.B.4.a. Definición y objeto de la negociación colectiva

La negociación colectiva se concibe en los instrumentos de la OIT como el proceso encaminado a la conclusión de un contrato colectivo. Este es definido en la Recomendación núm. 91, párrafo 2, como «todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, por los representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional».

El texto añade que todo convenio colectivo ha de obligar tanto a sus firmantes como a las personas en cuyo nombre se celebre y que las disposiciones de los contratos de trabajo individuales contrarias a aquél deberían considerarse nulas y ser sustituidas automáticamente

³⁴ Véase OIT: Informe del Comité de Libertad Sindical, caso 2375, 343º informe, *Boletín Oficial*, vol. LXXXVIX, 2006, serie B, núm. 3, párrafo 181. El informe también puede consultarse en la base de datos sobre los casos del Comité de Libertad Sindical (LibSynd) disponible en:

<http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?Lang=SP&hdroff=1>

³⁵ Artículo 46 de la Ley Número 27912: «De existir un nivel de negociación en determinada rama de actividad ésta mantendrá su vigencia».

³⁶ Artículo 45 del decreto-ley núm. 25593 de 1992 sobre relaciones colectivas de trabajo: «Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa». «De existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral.[...]»

por las cláusulas correspondientes del mismo. Al mismo tiempo, deberían respetarse las disposiciones de los contratos individuales más favorables para los trabajadores que las previstas por el convenio colectivo. La Recomendación núm. 91 sentó pues, en 1951, el principio del carácter vinculante del contrato colectivo y el de su primacía sobre el contrato de trabajo individual, con la única salvedad de garantizar las disposiciones de éste más beneficiosas para los trabajadores cubiertos por el convenio colectivo.

El Convenio núm. 154 explicita aún más el concepto de la negociación colectiva al establecer en su artículo 2 que esta expresión «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».

II.B.4.b. Los sujetos de la negociación colectiva

La titularidad del derecho de negociación colectiva corresponde a los empleadores y sus organizaciones por una parte y a las organizaciones de trabajadores por otra (sindicatos de base, federaciones y confederaciones) y sólo es posible que representantes de los trabajadores interesados celebren negociaciones colectivas en ausencia de tales organizaciones. A este respecto, el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135), establece en su artículo 5 que deberán tomarse medidas apropiadas para garantizar que «la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes».

Para que los sindicatos puedan cumplir su objeto de «fomentar y defender los intereses de los trabajadores» a través de la negociación colectiva, deben ser independientes y tener la facultad de organizar sus actividades sin intervenciones de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio legal de este derecho. Además, no deben estar bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

Puede resultar de interés sobre este tema el siguiente caso examinado por el Comité de Libertad Sindical.

País: Francia

Caso núm. 2233

Queja presentada por: El Sindicato Nacional de Oficiales de la Administración de Justicia (SNHJ)

La organización querellante alega el menoscabo del derecho a la negociación colectiva libre y voluntaria de los oficiales de justicia, en su calidad de empleadores, a causa de la afiliación obligatoria a la Cámara Nacional de Oficiales de la Administración de Justicia y de la competencia exclusiva de ésta en el ámbito de la negociación colectiva. El Comité de Libertad Sindical solicitó al Gobierno que modificara la legislación a fin de que en tanto que empleadores, los oficiales de justicia puedan elegir libremente las organizaciones que representen sus intereses en el proceso de negociación colectiva y que las organizaciones de que se trata sean exclusivamente organizaciones de empleadores que puedan considerarse independientes de las autoridades públicas, en la medida en que su afiliación, organización y funcionamiento hayan sido elegidos libremente por los propios oficiales de justicia³⁷.

³⁷ Véase OIT: Informe del Comité de Libertad Sindical, caso 2233, 332° informe, *Boletín Oficial*, vol. LXXXVI, 2003, serie B, núm. 3, párrafo 646. Para consultar el informe en Internet, véase nota 31.

Puede resultar también interesante consultar el siguiente caso objeto de examen por parte de un tribunal nacional.

País: Sudáfrica

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

El Tribunal Constitucional de Sudáfrica, ante una laguna en el Código de Trabajo, hizo una interpretación guiada por los Convenios de la OIT núm. 87, 98, 135 y 154³⁸, reconociendo que los sindicatos minoritarios pueden defender ciertos derechos de los trabajadores mediante la negociación colectiva y, en caso de que ésta no diera frutos, recurrir al ejercicio del derecho de huelga.

II.B.4.c. Reconocimiento de las organizaciones sindicales y derechos preferenciales

En el caso de legislaciones que prevén sistemas de reconocimiento «obligatorio» por los que el empleador debe reconocer en relación con la negociación colectiva, bajo ciertas condiciones, al sindicato o sindicatos establecidos, la Comisión de Expertos ha considerado importante que la representatividad de un sindicato se determine según criterios objetivos y preestablecidos, a fin de evitar toda posibilidad de parcialidad o abuso. Por lo demás, en los casos en que la legislación nacional prevea la aplicación de un procedimiento obligatorio para el reconocimiento de los sindicatos como agentes negociadores exclusivos, deberían observarse ciertas garantías, tales como las siguientes: a) la concesión del certificado de reconocimiento por un órgano independiente; b) la elección de la organización representativa a través del voto de la mayoría de los trabajadores de las unidades de negociación interesadas; c) el derecho de toda organización que, en una elección previa, no haya logrado obtener un número suficiente de votos a solicitar una nueva votación después de transcurrido determinado período; y d) el derecho de una nueva organización no certificada a solicitar una nueva votación después de que haya transcurrido un período razonable³⁹.

Asimismo, el Comité de Libertad Sindical ha recomendado que cuando, en un sistema de designación de agente negociador exclusivo, ningún sindicato representa al porcentaje de trabajadores exigido para ser declarado agente negociador exclusivo, los derechos de negociación colectiva deberían concederse a los sindicatos de la unidad, por lo menos en nombre de sus propios afiliados⁴⁰.

II.B.4.d. El principio de la negociación libre y voluntaria

El carácter voluntario de la negociación colectiva constituye un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical. Tal como lo entendió la Conferencia Internacional del Trabajo al elaborar el Convenio núm. 154, el deber de fomentar la negociación colectiva excluye el recurso a medidas de coacción⁴¹. Al respecto la Comisión de Expertos ha dicho que los organismos y procedimientos existentes deben destinarse a facilitar las negociaciones entre los interlocutores sociales, que han de quedar libres de negociar⁴². Las intervenciones de las autoridades legislativas o administrativas que tienen por efecto anular o alterar el contenido de

³⁸ Es pertinente aclarar que el Tribunal Constitucional mencionó en su decisión los Convenios núms. 135 y 154, pero no se basó en ellos ya que estos no han sido ratificados por Sudáfrica.

³⁹ Véase OIT: Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 240.

⁴⁰ Véase OIT: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, *op. cit.*, párrafo 976.

⁴¹ OIT: *Actas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 67.ª reunión, Ginebra, 1981, *Acta provisional*, núm. 22, párrafo 49.

⁴² Véase OIT: Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 248.

convenios colectivos libremente pactados, inclusive en lo que respecta a las cláusulas salariales, son contrarias al principio de negociación colectiva voluntaria.

Puede resultar de interés sobre este tema el siguiente caso examinado por el Comité de Libertad Sindical.

País: Rumania

Caso núm. 2149

Queja presentada por: La Confederación de Empleadores de Rumania (CPR)

En este caso el Comité de Libertad Sindical sostuvo que el artículo 4 del Convenio núm. 98 no obliga al Gobierno a que imponga el deber de negociar colectivamente, tampoco resulta contrario a dicho artículo el obligar a los interlocutores sociales a entablar negociaciones sobre términos y condiciones de trabajo con miras a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo. El Comité recordó sin embargo que las autoridades públicas deberían abstenerse de toda injerencia indebida en el proceso de negociación⁴³.

II.B.4.e. La libertad para decidir el nivel de la negociación

A este respecto, la Recomendación sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 163), dispone que «en caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional»⁴⁴. En el mismo sentido se pronuncia el Comité de Libertad Sindical cuando subraya que la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa de trabajo⁴⁵. Como ya señalado anteriormente, en caso de desacuerdo sobre el nivel de la negociación, mecanismo imparcial de solución de conflictos, por ejemplo mediante un órgano compuesto por personalidades independientes que cuente con la confianza de las partes.

II.B.4.f. El principio de la buena fe

El Comité de Libertad Sindical ha indicado que es importante que tanto los empleadores como los sindicatos participen en las negociaciones de buena fe, haciendo todo lo posible por llegar a un acuerdo. Asimismo, la celebración de negociaciones verdaderas y constructivas es necesaria para establecer y mantener una relación de confianza entre las partes⁴⁶.

II.B.4.g. Procedimientos voluntarios: organismos destinados a facilitar la negociación

La conciliación y la mediación impuestas por la legislación en el marco del proceso de negociación colectiva son admisibles siempre que se establezcan plazos razonables. En cambio, el arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo es, de manera general, contrario al principio de la negociación colectiva voluntaria. Sólo es admisible: 1) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término; 2) respecto de los funcionarios en la administración del Estado; 3) cuando tras negociaciones prolongadas e infructuosas es obvio que el bloqueo de las negociaciones no será superado sin una iniciativa de las autoridades, y 4)

⁴³ Véase OIT: Informe del Comité de Libertad Sindical, caso 2149, 328° informe, *Boletín Oficial*, vol. LXXXV, 2002, serie B, núm. 2, párrafo 581. Para consultar el informe en Internet, véase nota 31.

⁴⁴ Véase párrafo 4 1) de la Recomendación núm. 163.

⁴⁵ Véase OIT: *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, op. cit., párrafo 988.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 935.

en caso de crisis nacional aguda. El arbitraje aceptado por ambas partes (voluntario) siempre es legítimo.

País: Islandia

Caso núm. 2170

Queja presentada por: La Federación del Trabajo de Islandia (ASÍ) y el Gremio de Oficiales de la Marina Mercante y de Barcos de Pesca (FFSI) y apoyada por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte

En este caso el Comité de Libertad Sindical recuerda haber reconocido, al igual que la Comisión de Expertos, que en las negociaciones existe un momento en la negociación en el cual tras negociaciones prolongadas e infructuosas, puede justificarse la intervención de las autoridades, cuando es obvio que el bloqueo de las negociaciones no será superado sin una iniciativa de las mismas. Sin embargo, el Comité considera que la mera existencia de un bloqueo en un proceso de negociación colectiva no es motivo suficiente para justificar la intervención de las autoridades públicas mediante la imposición de un arbitraje a las partes en el conflicto laboral. La intervención de las autoridades públicas en conflictos colectivos debe ser compatible con el principio de la negociación libre y voluntaria, para lo cual es menester que los organismos encargados de resolver los conflictos entre las partes de una negociación colectiva sean independientes y que el recurso a tales organismos se realice en forma voluntaria, excepto cuando existe una crisis nacional aguda⁴⁷.

III. Disposiciones en materia de libertad sindical contenidas en otros instrumentos de la OIT

III.A. Protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores

El Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135), complementa las disposiciones del Convenio núm. 98 en materia de discriminación antisindical. En efecto, éste se refiere a la protección de la que deben gozar los trabajadores o los afiliados pero no trata específicamente la cuestión de la protección de los representantes de los trabajadores ni la de las facilidades necesarias para el ejercicio de sus funciones.

A los fines del Convenio núm. 135, tales representantes pueden ser, en virtud de la legislación o de la práctica nacionales, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa. Ahora bien, el Convenio prevé que la existencia de representantes electos no debería ir en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes» y, al mismo tiempo, «fomenta la colaboración, en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes»⁴⁸.

En cuanto a la protección de los representantes de los trabajadores en la empresa, el Convenio dispone que «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 participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u

⁴⁷ Véase OIT: Informe del Comité de Libertad Sindical, caso 2170, 330° informe, *Boletín Oficial*, vol. LXXXVI, 2003, serie B, núm. 1, párrafo 888. Para consultar el informe en Internet, véase nota 31.

⁴⁸ Véase artículo 5 del Convenio núm. 135.

otros acuerdos comunes en vigor»⁴⁹. A este respecto, la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143), enumera, a título de ejemplo, diversas medidas para una protección eficaz contra decisiones consideradas injustas: definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo; exigencia de consulta o acuerdo de un organismo independiente o paritario; procedimiento especial de recurso; reparación eficaz en caso de despido arbitrario que comprenda, a menos que ello sea contrario a los principios fundamentales de derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos; imposición de la carga de la prueba al empleador; reconocimiento de la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal. En virtud de la Recomendación, la protección establecida en el Convenio debería acordarse igualmente a los trabajadores que son candidatos así como a las personas que han cesado sus funciones como representantes de los trabajadores.

El Convenio prevé asimismo que deberían otorgarse en la empresa a los representantes de los trabajadores las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño oportuno y eficaz de sus funciones. A este respecto deberían tenerse en cuenta las características del sistema de relaciones laborales del país y las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa interesada. El Convenio señala que la concesión de dichas facilidades no debería perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada⁵⁰.

III.B. Derechos sindicales de las organizaciones de trabajadores rurales

El Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11), prevé que los Estados que lo ratifiquen se obligan a «asegurar a todas las personas ocupadas en la agricultura los mismos derechos de asociación y de coalición que a los trabajadores de la industria, y a derogar cualquier disposición legislativa o de otra clase que tenga por efecto menoscabar dichos derechos en lo que respecta a los trabajadores agrícolas»⁵¹. Dado el alcance limitado de la protección brindada por este Convenio, fue necesario elaborar un instrumento específico para los trabajadores rurales.

El Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 141), señala que debe asociarse a los trabajadores rurales a las tareas del desarrollo económico y social si se quiere mejorar sus condiciones de trabajo y de vida en forma duradera y eficaz. El Convenio se aplica a todas las categorías de organizaciones de trabajadores rurales, incluidas las organizaciones que no se limitan a estos trabajadores pero que los representan, a los trabajadores rurales y asalariados y, bajo ciertas condiciones, a los arrendatarios, aparceros y pequeños propietarios aun cuando trabajen por su cuenta.

El Convenio núm. 141 establece el derecho de los trabajadores rurales de constituir las organizaciones que estimen conveniente, así como el de afiliarse a estas organizaciones, particularmente a fin de participar en el desarrollo económico y social y en los beneficios que de él se deriven. Tales organizaciones deberán tener un carácter independiente y voluntario y permanecer libres de toda injerencia, coerción o represión. Los Estados deberán alentar el

⁴⁹ Véase artículo 1 del Convenio núm. 135.

⁵⁰ La Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143), enumera diversas facilidades para los representantes sindicales de los trabajadores: concesión de tiempo libre sin pérdida de salario ni de prestaciones; acceso a los locales de trabajo, a la dirección de la empresa y a los representantes auto-rizados de la dirección; autorización para cobrar las cotizaciones sindicales; colocación de avisos sindicales; distribución a los trabajadores de los documentos del sindicato; facilidades de orden material e informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones.

⁵¹ Véase artículo 1 del Convenio núm. 11.

desarrollo de organizaciones fuertes e independientes y la eliminación de cualquier discriminación.

III.C. Derechos sindicales en la administración pública

El Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151), fue adoptado teniendo en cuenta que el Convenio núm. 98 no incluye en su campo de aplicación a ciertas categorías de funcionarios públicos y que el Convenio núm. 135 sobre los representantes de los trabajadores sólo se aplica a los representantes de los trabajadores *en la empresa*.

El Convenio núm. 151 se aplica a todas las personas empleadas por la administración pública (en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios). Sin embargo, corresponde a la legislación nacional determinar hasta qué punto las garantías previstas en el Convenio se aplicarán: 1) a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos; 2) a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial; 3) a las fuerzas armadas y a la policía.

El Convenio núm. 151 contiene disposiciones similares a las del Convenio núm. 98 en lo relativo a la protección contra la discriminación antisindical y los actos de injerencia, y a las del Convenio núm. 135 en lo relativo a las facilidades para los representantes de las organizaciones de empleados públicos de manera que se les permita cumplir sus funciones de forma oportuna y eficaz. El Convenio núm. 151 establece además que «los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones»⁵².

En materia de negociación colectiva, como ha sido señalado, el Convenio núm. 98, adoptado en 1949, no trataba de los funcionarios públicos que trabajan en la administración del Estado. Sin embargo, el Convenio núm. 151 dio un paso importante al exigir que los Estados fomenten procedimientos de negociación o cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de sus condiciones de empleo⁵³. Posteriormente, se adoptó el Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154), que promueve la negociación colectiva tanto en el sector privado como en la administración pública, exceptuadas las fuerzas armadas y la policía, con la única salvedad de que en la administración pública, la legislación o la práctica nacionales «podrán fijar modalidades particulares de aplicación». El Estado que ratifique este Convenio ya no puede limitarse al método de consulta, sino que debe fomentar la negociación colectiva con el fin, entre otros, de fijar las condiciones de trabajo y empleo. Evidentemente, esta negociación colectiva puede estar sujeta a modalidades particulares.

⁵² Véase artículo 9 del Convenio núm. 151.

⁵³ En efecto, el artículo 7 del Convenio núm. 151 establece 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 cualquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones».

III.D. Otras categorías de trabajadores

El Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), sienta el principio de no discriminación de los trabajadores migrantes en lo que respecta a «la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos»⁵⁴.

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), dispone que los gobiernos deberán realizar todo lo que esté a su alcance para evitar cualquier discriminación en lo relativo «al derecho de sindicación, el derecho de dedicarse libremente a las actividades sindicales que no sean contrarias a la ley y el derecho de celebrar contratos colectivos con los empleadores o las organizaciones de empleadores»⁵⁵.

El Convenio sobre las plantaciones, 1958 (núm. 110), reproduce los principios contenidos en los Convenios núms. 87 y 98.

El Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976 (núm. 147), tiende a que la legislación prevea, en los buques matriculados en el territorio de los Estados que lo han ratificado, la verificación de que las disposiciones de dicha legislación son en sustancia «equivalentes a los convenios o a los artículos de los mismos enumerados en el anexo» del Convenio y que incluye los Convenios núms. 87 y 98.

⁵⁴ Véase artículo 6 a) ii) del Convenio núm. 97.

⁵⁵ Véase artículo 20 2) d) del Convenio núm. 169.

Recursos

Referencias bibliográficas

- Gernigon, B.; Odero, A.; Guido, H.: «Libertad sindical y negociación colectiva», en *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003
- : Gernigon, B.; Odero, A.; Guido, H.: *La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control* (OIT, Ginebra, 2000)
 - : Gernigon, B.; Odero, A.; Guido, H.: *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga* (OIT, Ginebra, 2000)
- Gravel, E.; Duplessis, I.; Gernigon, B.: *El Comité de Libertad Sindical: impacto desde su creación* (OIT, Ginebra, 2000)
- CIF-OIT: *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, Turín, diciembre de 2007
- : *Guía sobre las normas internacionales del trabajo* (Turín, 2006)
- Odero, A.; Guido, H.: *Derecho sindical de la OIT. Normas y procedimientos* (OIT, Ginebra, 1995)
- OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada) (Ginebra, 2006)
- : Informe del Comité de Libertad Sindical, 343º informe, en *Boletín oficial*, vol. LXXXVIX, 2006, serie B, núm. 3
 - : *Organizarse. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Informe I(B), Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, Ginebra, 2004
 - : Informe del Comité de Libertad Sindical, 330º informe, en *Boletín oficial*, vol. LXXXVI, 2003, serie B, núm. 3
 - : Informe del Comité de Libertad Sindical, 343º informe, en *Boletín oficial*, vol. LXXXVI, 2003, serie B, núm. 1
 - : Informe del Comité de Libertad Sindical, 328º informe, en *Boletín oficial*, vol. LXXXVI, 2002, serie B, núm. 2
 - : *Las normas internacionales del trabajo, un enfoque global*, versión preliminar (Ginebra, 2001)
 - : *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª reunión, Ginebra, 1994
 - : *Actas provisional*, Conferencia Internacional del Trabajo, 67.ª reunión, Ginebra, 1981, núm. 22
- Thomas, C.; Oelz, M; Beaudonnet, X.: «The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications», en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Ginebra, 2004) [disponible únicamente en inglés]

Valticos, N.: «Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale», en *Recueil des cours de l'Académie de Droit International* (A.W. Sijthoff, La Haya, 1975) [disponible únicamente en francés]

Documentos

■ OIT

Instrumentos fundamentales en material de libertad sindical y negociación colectiva:

Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)

Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)

Otros instrumentos en material de libertad sindical y negociación colectiva:

Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11)

Convenio (núm. 135) y Recomendación (núm. 143) sobre los representantes de los trabajadores, 1971

Convenio (núm. 141) y Recomendación (núm. 149) sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975

Convenio (núm. 151) y Recomendación (núm. 159) sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978

Convenio (núm. 154) y Recomendación (núm. 163) sobre la negociación colectiva, 1981

Recomendación (núm. 91)

Recomendación (núm. 92)

Otros instrumentos relevantes:

Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97)

Convenio sobre las plantaciones, 1958 (núm. 110)

Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976 (núm. 147)

Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)

Constitución de la OIT, 1919

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998 resoluciones

■ Naciones Unidas

Instrumentos relevantes:

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966

Enlaces Internet

■ OIT

Portal web de la OIT: www.ilo.org

Convenios y protocolos de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>

Recomendaciones de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>

Informes generales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/ceacrepsq.htm>

Estudios generales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>

ILOLEX, base de datos que contiene los Convenios y Recomendaciones de la OIT, ratificaciones, comentarios de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical, reclamaciones, quejas, interpretaciones, estudios generales, y numerosos documentos vinculados: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/>

APPLIS, base de datos que contiene informaciones sobre las ratificaciones, los comentarios de la Comisión de expertos y las obligaciones de los Estados en materia de sumisión de memorias: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=es>

LibSynd, base de datos sobre los casos del Comité de Libertad Sindical: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?Lang=ES&hdroff=1>

■ Naciones Unidas

Portal web del ACNUDH: <http://www.ohchr.org/>

Capítulo 2

Igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y ocupación

I. Introducción

El principio de igualdad de oportunidades y trato

La realización del derecho humano a la igualdad de oportunidades y trato en el trabajo es uno de los objetivos centrales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La Declaración de Filadelfia de 1944, que forma parte de la Constitución de la OIT, afirma el derecho de todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades⁵⁶. Una serie de normas internacionales del trabajo adoptadas desde entonces desarrollan en profundidad el principio de igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y ocupación. En 1998, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo reafirmó la naturaleza fundamental del principio de igualdad y obligó a la OIT y a sus Miembros a tomar medidas para eliminar toda clase de discriminación en el ámbito de empleo y ocupación.

La igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y ocupación significa que todas las personas, ya sean hombres o mujeres, que trabajan o buscan trabajo deben ser tratadas de acuerdo con sus competencias y méritos. La discriminación ocurre cuando se deniega la igualdad de oportunidades y se concede un tratamiento menos favorable a las personas debido a ciertas características, tales como el origen étnico, sexo, religión u opinión política. La discriminación en el lugar de trabajo debilita la dignidad humana y la justicia social, a la vez que tiene consecuencias negativas de gran alcance. No solamente afecta de forma desfavorable las vidas de los hombres y las mujeres trabajadores y de sus familias, sino que también tiene un impacto perjudicial sobre el lugar de trabajo y la economía, así como sobre la sociedad en general⁵⁷.

El lugar de trabajo constituye un espacio privilegiado para empezar a combatir la discriminación y promover la igualdad que, a su vez, contribuye a fortalecer la cohesión, la paz y la estabilidad en la sociedad. Ésta es la razón por la que la eliminación de la discriminación y la promoción de la igualdad en el mundo del trabajo es un elemento clave del Programa de Trabajo Decente de la OIT.

El papel fundamental de los jueces y operadores jurídicos en la erradicación de la discriminación

Los jueces y operadores jurídicos tienen un papel fundamental que desempeñar en la lucha por la eliminación de la discriminación y la promoción de la igualdad. Debido a las tareas y retos a los que se enfrentan al aplicar reglas abstractas en situaciones concretas, ellos contribuyen a

⁵⁶ Constitución de la OIT, Anexo, artículo II(a).

⁵⁷ Véase OIT: *La hora de la igualdad en el trabajo: Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Informe I(B), Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, Ginebra, 2003, págs. 25-26.

expresar de forma precisa el principio de no discriminación y hacer de la igualdad una realidad en la vida de las mujeres y los hombres trabajadores o en búsqueda de empleo.

La resolución de disputas relacionadas con la discriminación a través de medios judiciales es un elemento importante en cualquier estrategia que promueva y garantice la igualdad de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación. Es necesario que existan mecanismos judiciales eficaces que restablezcan la justicia para las víctimas, prevengan nuevos casos de discriminación y proporcionen aclaraciones a trabajadores, empleadores y dirigentes políticos con respecto al significado concreto y las consecuencias de la legislación sobre no discriminación. A menudo, la utilización de los procesos judiciales ha estimulado y contribuido a la adopción e implementación de nuevas medidas para promover la igualdad para todos. Más allá de la resolución de conflictos, los juristas pueden tratar las cuestiones de igualdad en el contexto del diseño de políticas públicas, la elaboración de leyes, la negociación colectiva, la gestión de recursos humanos o la enseñanza.

Dependiendo del sistema jurídico nacional, las cuestiones relacionadas con discriminación e igualdad pueden surgir dentro del entorno de una amplia gama de procedimientos, tales como disputas laborales individuales o colectivas; litigios en materia de derecho civil o derecho de contratos; reclamaciones con respecto a la violación de los derechos constitucionales; procedimientos de carácter administrativo⁵⁸; o acciones de carácter penal cuando la discriminación se tipifica y sanciona como un delito. Las cuestiones de discriminación también se pueden plantear allí donde la judicatura es competente para apreciar la validez de la legislación y reglamentación.

El derecho internacional del trabajo sobre igualdad y su relevancia para los jueces y operadores jurídicos

El derecho internacional del trabajo sobre igualdad emana de una amplia gama de instrumentos de la OIT y las Naciones Unidas y en este capítulo se presentan los más importantes de ellos. Los dos convenios fundamentales de la OIT en este campo son el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Estos instrumentos establecen los principios jurídicos, conceptos y definiciones básicos relacionados con la igualdad de oportunidades y trato en el trabajo, los cuales deben ser tomados en cuenta por los Estados ratificantes a la hora de adoptar e implementar medidas legislativas, políticas o de cualquier otra índole para su aplicación. Los Convenios núms. 100 y 111 han determinado e influenciado la legislación en un gran número de países, ya que son dos de los convenios de la OIT más ampliamente ratificados.⁵⁹

Las cortes de justicia y los tribunales, así como otras autoridades públicas encargadas de la supervisión y cumplimiento de la legislación laboral u otras leyes relacionadas con la no discriminación, son responsables de tomar en consideración el derecho internacional del trabajo pertinente en materia de igualdad y no discriminación, con el fin de garantizar la interpretación y aplicación de la constitución y la legislación nacionales de acuerdo con las obligaciones internacionales del país. Aunque los sistemas jurídicos difieren entre sí, en muchas ocasiones es posible remitirse al derecho internacional del trabajo para cubrir lagunas legales a nivel nacional. En algunos sistemas jurídicos, se ordena de manera explícita que los tribunales revisen la compatibilidad del derecho nacional con las obligaciones que surgen del derecho internacional, mientras que, en otros países, se consideran inconstitucionales las disposiciones internas que son contrarias a las obligaciones internacionales. En aquellos países

⁵⁸ Por ejemplo, ante comisiones de la función pública, inspecciones de trabajo, defensorías del pueblo u organismos especializados en el campo de la igualdad.

⁵⁹ Hasta el 25 de junio de 2009, el Convenio núm. 100 y el núm. 111 habían sido ratificados por 166 y 168 Estados Miembros de la OIT respectivamente.

donde no hay ningún convenio pertinente de la OIT en vigor, pueden existir obligaciones internacionales con respecto al principio de no discriminación en concordancia con los tratados de los derechos humanos de las Naciones Unidas (véase más adelante), los convenios regionales, los principios generales del derecho o el derecho consuetudinario.

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 afirma que los Miembros de la OIT tienen un compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales, incluidos aquellos que son objeto de los Convenios núms. 100 y 111. Además, los instrumentos no vinculantes, como las recomendaciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo⁶⁰ o los repertorios de recomendaciones prácticas, también proporcionan una guía valiosa.

Las disposiciones de los Convenios núms. 100 y 111 y otros instrumentos pertinentes pueden ser de utilidad para las cortes y los tribunales en diversas situaciones, como, por ejemplo, cuando:

- la legislación nacional no contiene disposiciones relativas a la no discriminación e igualdad en el trabajo;
- las disposiciones de la constitución y la legislación nacionales relativas a la discriminación e igualdad son poco precisas o tienen un carácter más restrictivo que las contenidas en instrumentos internacionales;
- las disposiciones de derecho nacional carecen de claridad o pueden tener distintas interpretaciones.

Las observaciones, conclusiones y recomendaciones contenidos en observaciones e informes de los órganos de control de la OIT⁶¹ u otros órganos internacionales de control, proporcionan una guía clave con respecto al significado y el alcance de las disposiciones del derecho internacional del trabajo sobre igualdad y no discriminación, particularmente cuando el derecho nacional se elabora siguiendo las pautas de redacción usadas en las disposiciones de instrumentos internacionales.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en lo sucesivo, la Comisión de Expertos) ha puesto de relieve con frecuencia el papel crucial que desempeñan las cortes y los tribunales en la aplicación de las normas internacionales de trabajo sobre igualdad. La Comisión exige de forma sistemática que los gobiernos proporcionen información sobre el modo en que las cortes y los tribunales aplican los principios contenidos en los convenios y en la legislación nacional pertinente, incluyendo el texto de las decisiones judiciales al respecto. Estas decisiones constituyen un indicador importante de la aplicación de los convenios a nivel nacional y de la existencia de un sistema nacional eficaz para la promoción de la igualdad de oportunidades y trato.

En algunos países, la jurisprudencia de los tribunales ha contribuido más que la acción legislativa al progreso de la aplicación del principio de igualdad de remuneración. A partir de disposiciones constitucionales o legales, que consisten en declaraciones de carácter general o, en otros casos, en normas de carácter relativamente restringido, los tribunales de algunos países han desarrollado el concepto de «igualdad de remuneración» y definiciones de «remuneración» que corresponden a los términos del Convenio núm. 100.

Fuente: OIT: *Igualdad de remuneración. Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) y la Recomendación sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 90)*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 72.ª reunión, Ginebra, 1986, párrafo 119

⁶⁰ En particular, la Recomendación sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 90), y la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm.111).

⁶¹ Véase *supra*, parte 2, capítulo 2.

II. Instrumentos fundamentales de la OIT sobre igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación

II.A. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

El Convenio núm. 111 es el instrumento de la OIT más completo en el campo de la discriminación y su objetivo es la eliminación de la discriminación con respecto a todos los aspectos del empleo y la ocupación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otro motivo ilícito reconocido a nivel nacional.

II.A.1. ¿Cuáles son las obligaciones de los Estados que ratifican este Convenio?

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga 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.

C.111, artículo 2

El Convenio núm. 111 es un instrumento flexible, en el sentido que los Estados ratificantes disfrutan de amplia libertad a la hora de diseñar e implementar su política nacional concebida de acuerdo con el artículo 2. No obstante, esta política debe respetar y promover el principio de igualdad de oportunidades y trato, como se define en este Convenio, y, además, debe tener en cuenta los requisitos enunciados en el artículo 3, entre los que se incluye:

- la obligación de derogar o modificar cualquier ley o práctica administrativa discriminatoria y la promulgación de legislación apropiada;
- la implementación de programas educativos, incluyendo actividades de formación y concienciación sobre cuestiones de igualdad;
- la garantía del cumplimiento de la política en el empleo público y en la formación y orientación profesional, así como en los servicios de colocación; y
- la cooperación con organizaciones de empleadores y trabajadores.

Esta política nacional se debe formular y aplicar de manera que se permita el avance en el proceso de erradicación de la discriminación y, por ejemplo, se deben cumplir con eficacia aquellas disposiciones antidiscriminatorias que hayan sido adoptadas. Al no existir ninguna sociedad que pueda alegar el estar libre de discriminación, el Convenio núm. 111 exige una actividad continua con el fin de alcanzar progresivamente sus objetivos y prevé una evaluación regular de los resultados obtenidos en la implementación de la política nacional sobre igualdad⁶², con la idea de revisar y ajustar las medidas y estrategias existentes de forma continuada.

⁶² El artículo 3(f) del Convenio núm. 111 estipula que, en concordancia con el artículo 22 de la Constitución de la OIT, se debe informar a la OIT de las medidas adoptadas para llevar a cabo la política nacional sobre igualdad y los resultados obtenidos por la aplicación de estas medidas.

Extractos del Informe de la Comisión de Encuesta establecida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la queja respecto de la observancia por Rumania del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

43. (...) La política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato debe, en primer lugar, expresarse de manera precisa, lo que implica la adopción, presente o futura, o la promulgación de programas en el sentido más amplio del término. En segundo lugar, dicha política debe surtir efectos, lo que supone la adopción por el Estado interesado de medidas apropiadas cuyos principios se enumeran en el artículo 3 del Convenio. Al efecto de dejar a salvo la flexibilidad indispensable para su aplicación, el Convenio no da indicaciones precisas en cuanto al contenido de las medidas que podrían adoptarse para la promoción de la igualdad efectiva de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación. Deja libre a cada Estado que lo ratifique para determinar el contenido de dichas medidas en función del objetivo del Convenio.

44. No obstante, el contenido de la política nacional deberá inspirarse en los principios del Convenio: promoción de la igualdad de oportunidades y de trato, eliminando toda distinción, exclusión o preferencia tanto en derecho como en la práctica; aplicación a todos los criterios de discriminación expresamente mencionados (...); realización del principio de la igualdad en los diversos aspectos del empleo y la ocupación. (...) Una política de igualdad de oportunidades consiste en poner a disposición de todos, sin discriminación alguna basada en la raza, la ascendencia nacional, la opinión política, la religión o el origen social, medios y perspectivas comparables de formación y de actividades, mientras que una política de igualdad de trato puede limitarse a formular y aplicar el principio de la igualdad ante la ley, en el sentido general del término. En los casos en que la igualdad se haya visto alterada en lo que respecta a uno de los criterios objeto del Convenio, la situación de la persona o las personas en cuyo detrimento redunde dicha alteración deberá restablecerse o repararse en aras de la igualdad de oportunidades. El artículo 2 del Convenio prevé la combinación de estos dos aspectos de una misma política de igualdad de oportunidades y de trato. Más allá de la forma que revistan las medidas de aplicación (inclusión en el texto de la Constitución, adopción de leyes especiales, declaraciones de política general, etc.), el criterio de la aplicación del Convenio deberá ser el de los resultados obtenidos sin equívoco en la consecución de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, sin discriminaciones ilícitas.

Fuente: OIT: *Boletín oficial*, Suplemento 3, vol. LXXIV, 1991, Serie B.

Se consideran los siguientes ejemplos en los que varios tribunales han tenido en cuenta las obligaciones internacionales de sus países, en virtud del Convenio núm. 111, a la hora de tomar una decisión en casos relacionados con temas de discriminación e igualdad:

País: Sudáfrica

Jacques Charl Hoffmann c. South African Airways, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 28 de septiembre de 2000, caso núm. CCT 17/00

En este caso, el demandado había denegado empleo al apelante de forma discriminatoria. A la hora de tomar una resolución sobre el desagravio apropiado, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica tomó como fundamento los artículos 1 y 2 del Convenio núm. 111 de la OIT, así como la propia constitución nacional. Se desprendía de ambos textos la necesidad de eliminar la discriminación y sus consecuencias. Por consiguiente, dicho Tribunal concluyó que, al efecto de eliminar la discriminación eficazmente, el desagravio apropiado consistía en ordenar a la compañía demandada a emplear al apelante, aparte de compensarlo por daños y perjuicios.

País: Alemania

Caso: Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 18 de noviembre de 2003, 1 BvR 302/96

Según la Constitución alemana, el Estado tiene la obligación de promover la realización efectiva de la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo con miras a abolir las situaciones de desventaja existentes. Este caso en cuestión estaba relacionado con la constitucionalidad de un sistema de licencia de maternidad en donde le correspondía al empleador pagar directamente parte de las prestaciones de maternidad a su empleada. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania resolvió que el sistema era inconstitucional porque alentaba la discriminación contra las mujeres y el fallo fue respaldado mediante referencia a las normas internacionales, incluyendo el Convenio núm. 111, que fija como meta la realización de la igualdad no sólo en derecho, sino también en la práctica.

II.A.2. Ámbito de aplicación del Convenio

Ámbito de aplicación personal

El propósito del Convenio núm. 111 es proteger a *todas* las personas contra la discriminación en materia de empleo y ocupación y no existe ninguna disposición en este instrumento que limite su ámbito a un tipo particular de personas o a un grupo o categoría de trabajadores. Por lo tanto, todos los trabajadores deben estar protegidos contra la discriminación.

- Los trabajadores domésticos, eventuales o agrícolas deben tener derecho a la igualdad de oportunidades y trato, como se define en este Convenio.
- Tanto el trabajador nacional como el extranjero deben estar protegidos contra la discriminación basada en los motivos cubiertos en este Convenio, lo que adquiere particular importancia en los casos de protección de los trabajadores migrantes contra la discriminación por motivos de raza, color, sexo, ascendencia nacional o religión.

Ámbito de aplicación material

El Convenio núm. 111 persigue la eliminación de la discriminación en materia de «empleo y ocupación».

A los efectos de este Convenio, los términos «empleo» y «ocupación» incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

C.111, artículo 1(3)

El ámbito de este Convenio es muy amplio, extendiéndose a todos los sectores de actividad y cubriendo todas las ocupaciones⁶³ y empleo tanto en el sector público como en el privado. Por lo que respecta a la promoción de la igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y ocupación, el Convenio no sólo se ocupa del acceso a un empleo asalariado, sino también al trabajo por cuenta propia.

El Convenio núm. 111 y su correspondiente Recomendación núm. 111 prevén que el principio de igualdad de oportunidades y de trato se aplique a todos los aspectos del empleo y

⁶³ Se entiende por ocupación el oficio, la profesión o el tipo de trabajo realizado por el individuo, sin tener en cuenta la rama de actividad económica de que forma parte o su situación en el empleo y la ocupación (OIT: *Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.ª reunión, Ginebra, 1996, párrafo 79).

ocupación. El texto que se expone más abajo proporciona una perspectiva general de las áreas más importantes en las que se debe realizar este principio.

Educación, orientación profesional y formación

«[El Convenio] también se refiere al acceso a los medios de formación sin el cual las posibilidades efectivas de admisión en un empleo o en una ocupación no tendrían ningún efecto, dado que la formación constituye la clave de la promoción de la igualdad de oportunidades.»⁶⁴

«La expresión «formación profesional» (...) no puede interpretarse en un sentido restringido, como aprendizaje o enseñanza técnica. En la medida en que la realización de ciertos estudios resulta necesaria para la admisión en empleos u ocupaciones determinados, o para el ingreso en tal o cual formación profesional especializada, los problemas correspondientes no deben pasarse por alto en la aplicación de los instrumentos de 1958.»⁶⁵

Acceso a empleo y a determinadas ocupaciones

«De acuerdo con los términos de esta definición [artículo 1(3)], la protección prevista por el Convenio no se limita al tratamiento que se dé a una persona que ya ha sido admitida en un empleo o en una ocupación sino que se extiende expresamente a las posibilidades de admisión en el empleo o en la ocupación (...)»⁶⁶

La igualdad de oportunidades y trato con respecto al acceso a empleo y ocupación incluye, *inter alia*, la igualdad en el acceso a agencias de colocación y en el trato dentro de ellas, así como otras medidas que promuevan el empleo, unos procesos de selección y contratación no discriminatorios y con igualdad de oportunidades, además de la igualdad de acceso a determinadas ocupaciones.

Condiciones de trabajo

El concepto de «condiciones de trabajo» al que se hace referencia en el Convenio núm. 111 se explica más ampliamente en la Recomendación núm. 111, la cual indica que todas las personas, sin discriminación alguna, deben disfrutar de igualdad de oportunidades y trato en las áreas siguientes:

- ascenso profesional;
- seguridad en el empleo (en el sentido de estabilidad en el empleo);
- remuneración por un trabajo de igual valor;
- condiciones de trabajo, incluyendo horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales remuneradas, medidas de seguridad e higiene en el trabajo, así como medidas de seguridad social y servicios y prestaciones sociales relativos al empleo.

Acceso a las organizaciones de trabajadores y empleadores y negociación colectiva

La Recomendación núm. 111 también prevé que las partes en las negociaciones colectivas y las relaciones de trabajo deben respetar el principio de igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y ocupación y cerciorarse de que los convenios colectivos no contengan cláusulas de carácter discriminatorio en relación con el acceso al empleo, a los medios de formación o al ascenso, ni con la conservación del empleo o las condiciones de trabajo. La

⁶⁴ OIT: *Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 111) y a la Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 75.ª reunión, Ginebra, 1988, párrafo 76.

⁶⁵ OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 70.

⁶⁶ OIT: Estudio general de 1988 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 76.

Recomendación también establece que las organizaciones de empleadores y de trabajadores no deben practicar ni tolerar discriminación alguna respecto a la afiliación en las mismas, a la conservación de dicha afiliación o a la participación en los asuntos sindicales.

El amplio ámbito material del Convenio núm. 111 hace posible que se considere el principio de igualdad de oportunidades y trato en casos donde la legislación nacional no es tan amplia o carece de claridad con respecto a la aplicación del principio, como, por ejemplo, cuando:

- las disposiciones del código de trabajo no ponen de manifiesto claramente si los solicitantes a un trabajo están cubiertos por las disposiciones no discriminatorias;
- la legislación que regula las actividades de los servicios o agencias de empleo no menciona expresamente los principios de no discriminación.

II.A.3. ¿Qué es la discriminación?

Definición del principio

La definición básica de lo que constituye tratamiento discriminatorio se establece en el artículo 1 del Convenio núm. 111.

A los efectos de este Convenio, el término «discriminación» comprende – (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia [basada en ciertos criterios o motivos] que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

C.111, artículo 1(1)(a)

Esta definición comprende tres elementos:

- un elemento de hecho (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia que pueda surgir de un acto u omisión) que constituye una diferencia en el trato;
- un motivo en el que se fundamenta la diferencia en el trato (véase más adelante);
- el resultado objetivo de esta diferencia en el trato (la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato).

La discriminación ocurre si una situación contiene estos tres elementos sin que sea necesario que medie la intención de discriminar.

Definición de la discriminación

Un anuncio de vacante laboral establece un criterio de contratación (elemento de hecho). Uno de los criterios establece que los solicitantes tienen que pertenecer a un sexo o edad determinados (motivo). De este modo, las personas que no pertenezcan al sexo o edad especificados están excluidas de la competición laboral como consecuencia de la aplicación de este criterio (resultado objetivo).

Nota bene: Es posible que un trato diferente que comprenda los tres elementos detallados anteriormente no se considere discriminación, siempre y cuando reúna los criterios de una de las excepciones que establece el Convenio núm. 111 (véase más adelante).

Discriminación en derecho y en la práctica

El trato desigual basado en un motivo ilícito establecido por las normas generales, tales como leyes o reglamentos, constituye discriminación en derecho, mientras que los actos u omisiones de una autoridad pública o personas u organismos privados que ocasionen un trato desigual a personas o miembros de un grupo con base en un motivo ilícito son constitutivos de discriminación en la práctica.

Véanse los siguientes ejemplos:

País: Bulgaria

Tribunal Constitucional de Bulgaria, 27 de julio de 1992, decisión 8, asunto constitucional núm. 7

Este caso trataba sobre una ley que impedía que antiguos dirigentes del partido comunista ocuparan puestos ejecutivos en bancos. El Tribunal Constitucional de Bulgaria sentenció que las disposiciones legales en cuestión eran inconstitucionales y contrarias al Convenio núm. 111 de la OIT (discriminación en derecho).

País: Burkina Faso

Savadogo Zonabo c. Grand Moulins du Burkina, Tribunal Laboral de Ouagadougou, 10 de septiembre de 2002, núm. 140

La primera mujer que había sido nombrada para un cargo ejecutivo no fue ascendida a una categoría laboral superior, al contrario de la práctica establecida pero no documentada. El Tribunal Laboral de Ouagadougou se basó directamente en los Convenios núms. 100 y 111 de la OIT (discriminación en la práctica).

Discriminación directa e indirecta

La definición de la discriminación contenida en el Convenio núm. 111 se refiere tanto a la discriminación directa como a la indirecta.

La discriminación directa ocurre cuando el trato menos favorable ocurre con base en un motivo ilícito, o más de uno, de forma explícita o implícita. El acto u omisión que se basa en un motivo ilícito de manera clara y evidente constituye discriminación explícita, como se expone en el ejemplo 1 descrito anteriormente. La discriminación directa implícita o encubierta tiene lugar cuando las circunstancias que rodean a un caso hacen posible establecer que ha habido una distinción basada en un motivo ilícito, aunque el acto u omisión no haga una referencia clara a esta causa.

Discriminación directa (implícita)

Un convenio colectivo establece dos escalas salariales, una para el «trabajo calificado» y otra para el «trabajo no calificado» e incluye las definiciones de trabajo «calificado» y «no calificado». La asignación de una trabajadora a la escala salarial para trabajo no calificado, a pesar de que desempeña un trabajo calificado, constituye discriminación directa basada en el sexo, la cual es, además, implícita porque surge de circunstancias de hecho, más que de una declaración explícita, que indican que la causa del trato en cuestión es el sexo del trabajador.

El concepto de discriminación indirecta es importante para identificar y tratar situaciones en las que un trato determinado se extiende por igual a todas las personas, pero ocasiona resultados discriminatorios para un grupo en particular que está protegido por el Convenio núm. 111, tales como mujeres o grupos étnicos y religiosos. Este Convenio cubre claramente la discriminación indirecta, ya que el artículo 1(1)(a) se refiere al «efecto» del trato en cuestión (véase lo expuesto anteriormente).

La Comisión de Expertos ha descrito y definido el concepto de discriminación indirecta, como se recoge a continuación:

«Las discriminaciones indirectas son las relacionadas con situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características. Tales situaciones surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener

un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo.»⁶⁷

Discriminación indirecta (basada en el sexo)

- Una fábrica sólo contrata a trabajadores de una altura superior a 1,60 metros, un criterio que se aplica a todos los trabajadores. Esta norma puede ser indirectamente discriminatoria para las mujeres, ya que es más frecuente que ellas sean más bajas que esta altura. Sin embargo, se puede demostrar que el requisito específico de la altura es una condición inherente del puesto de trabajo (por ejemplo, se necesita ser de una altura determinada para operar el tipo de maquinaria usada en la fábrica).
- Los empleados de una compañía trabajando a tiempo parcial sólo podían obtener una pensión bajo el plan de pensiones de la empresa, si habían trabajado durante 15 años como mínimo a lo largo de un periodo total de 20 años. En este caso, el Tribunal Europeo de Justicia dictaminó que esta situación constituía un trato discriminatorio para las mujeres, desde el punto de vista de que esta exclusión del plan profesional de pensiones afectaba a un mayor número de mujeres que de hombres, a no ser que la empresa pudiera demostrar que la exclusión se basaba en factores objetivamente justificados y no relacionados con ninguna discriminación por motivos de sexo.⁶⁸

Discriminación indirecta (basada en el origen étnico)

El gobierno X requiere que todos los funcionarios públicos tengan un dominio excelente de la lengua del país y la mayoría de las personas pertenecientes a una minoría étnica residente en el país no puede satisfacer este requisito. Esta situación podría constituir una discriminación indirecta, ya que un conocimiento excelente de la lengua oficial no puede ser una condición inherente para todos los trabajos en el sector público.

Allí donde la legislación nacional no cubre o define explícitamente lo que constituye discriminación indirecta, es particularmente importante poder referirse a las disposiciones del Convenio núm. 111 y a las observaciones de los órganos de control de la OIT.

País: Australia

El *Commonwealth de Australia c. Comisión de derechos humanos e igualdad de oportunidades*, Tribunal Federal de Australia, 15 de diciembre de 2000, (2000) FCA 1854.

En este caso, la cuestión surgió de la incertidumbre sobre si la disposición sobre no discriminación contenida en la legislación nacional incluía la discriminación indirecta. El Tribunal Federal de Australia declaró que la legislación debía ser interpretada de acuerdo con la definición de discriminación enunciada en el Convenio núm. 111 de la OIT y se fundamentó en los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y de una Comisión de Encuesta de la OIT para establecer que dicho Convenio abarcaba la discriminación indirecta.

II.A.4. Los criterios de discrimination

El Convenio núm. 111 se refiere de forma explícita a siete criterios con base en los cuales no se puede realizar ninguna distinción, exclusión o preferencia en materia de empleo y ocupación (artículo 1(1)(a)). Estos motivos de discriminación ilícitos son raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. Los órganos de control de la OIT se

⁶⁷ OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 26.

⁶⁸ *Bilka - Kaufhaus GMBH v. Karin Weber von Hartz*, 13 de mayo de 1986, C-170/84, Rec., 1986, pág. 1607.

encargan de orientar sobre el significado de estos términos y conceptos, como se indica en las secciones que siguen a continuación.

Raza y color

Los términos de «raza» y «color» hacen referencia a las distinciones realizadas con base en la pertenencia de una persona a un grupo étnico o racial, así como a la discriminación basada en la pertenencia a pueblos indígenas o tribales. La desigualdad por razones de la lengua hablada por un grupo étnico también puede constituir discriminación por raza y color.

Aunque el color es una evidente característica étnica y, con frecuencia, la más aparente, este término también abarca las distinciones que se hacen entre personas de tez distinta y que pueden pertenecer, en realidad, al mismo grupo étnico o racial.

Sexo o género

La discriminación basada en el sexo ocurre cuando se trata a las personas de forma desigual por pertenecer al sexo masculino o al femenino e incluye el trato desigual basado en características biológicas. Por lo tanto, las distinciones por motivos del embarazo, el parto y las condiciones médicas resultantes pueden constituir discriminación contra las mujeres con base en el sexo. Esta clase de discriminación también abarca la desigualdad que surge de las funciones y responsabilidades creadas socialmente y asignadas a un sexo en particular según el género.

¿Qué significado tienen los términos «sexo» y «género»?

Hay diferencias biológicas y sociales entre los hombres y las mujeres. El término «sexo» se refiere a las diferencias biológicamente determinadas, mientras que el término «género» designa las diferencias que existen en lo que atañe a las funciones sociales y a las relaciones entre hombres y mujeres. Las funciones asignadas según el género se aprenden por medio de la socialización y varían mucho dentro de cada cultura y entre una cultura y otra; están condicionadas también por la edad, la clase social, la raza, el origen étnico y la religión, así como por el entorno geográfico, económico y político.

Fuente: Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo (2001), párrafo 3.2

El acoso sexual es una forma de discriminación sexual. En una observación general de 2003 sobre acoso sexual publicada con respecto del Convenio núm. 111, la Comisión de Expertos observó que la mayoría de las definiciones de acoso sexual contienen los elementos siguientes:⁶⁹

- cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico de naturaleza sexual u otro comportamiento basado en el sexo, que afecta la dignidad de las mujeres y de los hombres, el cual es no deseado, irrazonable y ofensivo para el destinatario; el rechazo de una persona, o la sumisión a ella, siendo este comportamiento utilizado, explícita o implícitamente, como el fundamento de una decisión que afecta el trabajo de esa persona (acoso *quid pro quo*); o
- un comportamiento que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el destinatario (acoso debido al entorno de trabajo hostil).

⁶⁹ Véase Observación general de la Comisión de Expertos relativa al Convenio núm. 111, 2003.

País: India

Vishbaka y otros c. el Estado de Rajasthan y otros, Tribunal Supremo de la India, 13 de agosto de 1997

En este caso, el Tribunal Supremo de la India consideró que el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución nacional incluía la protección contra el acoso sexual. En su interpretación de la Constitución, el Tribunal usó como guía la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Recomendación General núm. 19 (violencia contra las mujeres) del Comité de la CEDAW.⁷⁰

País: Zimbabwe

Fredrick Mwenyec. Textile Investment Company, Tribunal de Relaciones Laborales, 8 de mayo de 2001, núm. LRT/MT/11/01

Un directivo, que había sido despedido al ser acusado de acoso sexual, impugnó esta decisión ante el tribunal. Al no existir una definición de acoso sexual en la legislación nacional, el Tribunal de Relaciones Laborales se basó principalmente en la Recomendación General núm. 19 de la CEDAW de 1992 para definir el concepto de acoso sexual.⁷¹

Religión

La discriminación basada en la religión ocurre cuando las personas reciben un trato desigual porque profesan, o no profesan, una religión, fe o creencia particular. El motivo de religión abarca expresiones o manifestaciones religiosas.

Opinión política

Este motivo está orientado a la protección contra el tratamiento desigual basado en la opinión política de una persona e incluye la protección con respecto a actividades que expresen o demuestren oposición a los principios políticos establecidos, así como la participación en determinadas organizaciones o partidos políticos.

País: Bulgaria

Tribunal Constitucional de Bulgaria, 27 de julio de 1992, decisión 8, asunto constitucional núm. 7

Los miembros del parlamento intentaron que una ley que impedía a los antiguos dirigentes del partido comunista acceder a puestos ejecutivos en bancos fuera declarada inconstitucional y contraria a las obligaciones internacionales del Estado. Con base en el hecho de que, en concordancia con la Constitución nacional, los tratados ratificados formaban parte del derecho nacional, el Tribunal Constitucional de Bulgaria resolvió que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio núm. 111 de la OIT tenían supremacía sobre la legislación nacional. El tribunal concluyó que la restricción en cuestión era discriminatoria con base en la opinión política y con respecto al acceso a una ocupación determinada, de acuerdo con el sentido del artículo 1 del Convenio núm. 111. La ley fue declarada inconstitucional y contraria a los tratados internacionales antes mencionados.

⁷⁰ El párrafo 18 de la Recomendación general 19 (1992) expone lo siguiente: « El hostigamiento sexual incluye un comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil».

⁷¹ *Ibidem*.

Ascendencia nacional

El concepto de ascendencia nacional cubre las distinciones basadas en el origen extranjero, el lugar de nacimiento o la ascendencia de una persona, pero no abarca las basadas en la nacionalidad (ciudadanía). Por ejemplo, una restricción de acceso al empleo en la función pública a los ciudadanos nacionalizados es discriminatoria por motivos de ascendencia nacional. Los órganos de control de la OIT también han aplicado este motivo ilícito a situaciones donde la población de un determinado país está compuesta por ciudadanos de distintas «nacionalidades» (por ejemplo, los ciudadanos de Haití pueden ser de ascendencia nacional haitiana o dominicana).

Origen social

Este motivo cubre las distinciones hechas con base en la integración de un individuo a una clase, categoría socioeconómica o casta. La discriminación basada en esta causa incluye el tratamiento que deniega al individuo interesado la participación en determinadas actividades o puestos de trabajo, o que le asigna únicamente ciertos tipos de trabajo. La Comisión de Expertos ha determinado que el tratamiento desfavorable en materia de empleo y ocupación que sufren los descendientes de antiguos esclavos está basado en el origen social y, además, ha hecho algunas observaciones sobre la situación de las personas que pertenecen, o parecen pertenecer, a las castas más bajas del sur de Asia.

Otros motivos de discriminación

Además de los siete motivos de discriminación detallados anteriormente, el Convenio núm. 111 se refiere en su artículo 5(2) a las causas de edad, invalidez, cargas de familia o nivel social o cultural y, asimismo, ofrece a los países la posibilidad de incrementar la lista de los motivos de discriminación ilícitos (véase el artículo 1(1)(b)).

A este respecto, es importante considerar otros instrumentos de la OIT y tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas que proporcionan protección contra la discriminación, ya que sus disposiciones y principios pertinentes se pueden usar por las cortes y tribunales nacionales, con el fin de tratar formas de discriminación que no se mencionan explícitamente en el artículo 1(1)(a) del Convenio núm. 111 o en la legislación nacional.

Instrumentos de la OIT

Ciertos instrumentos de la OIT se refieren a otros motivos de discriminación distintos de los incluidos en el artículo 1(1)(a) del Convenio núm. 111⁷², como, por ejemplo:

- el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), que abarca la discriminación sindical (véase la parte 1 del módulo 3 de este manual);
- el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), que reconoce la igualdad de oportunidades o trato independientemente de las responsabilidades familiares (véase más adelante);
- el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), que hace referencia al estado civil, las responsabilidades familiares y el embarazo (artículo 5(d)) (véase la parte 3 del módulo 3 de este manual);
- el Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159), que afirma el principio de igualdad de oportunidades entre personas inválidas y trabajadores en general (véase más adelante);

⁷² La lista completa de los instrumentos pertinentes está recogida en el Estudio especial de 1996 (OIT: Estudio especial de de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 243).

- el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), que reconoce la igualdad de tratamiento de los ciudadanos nacionales o extranjeros con respecto a varios asuntos (artículo 6);
- la Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162), que trata la igualdad de oportunidades y trato para todos los trabajadores, sin distinción de edad.

Instrumentos de las Naciones Unidas

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también incluyen el idioma, la posición económica y el nacimiento como motivos prohibidos de discriminación. Además, es importante subrayar que las disposiciones antidiscriminatorias de los dos Pactos se conforman expresamente como listas «abiertas» y no exhaustivas de motivos ilícitos con el objetivo de prohibir cualquier discriminación (véase más adelante). De esta forma, las cortes y los tribunales podrían hacer uso de estos pactos a la hora de examinar situaciones de discriminación basadas en motivos que no estén expresamente cubiertos por la legislación nacional.

A fin de que exista coherencia en el derecho internacional de derechos humanos, la Comisión de Expertos ha enfatizado que sería deseable que la protección contra la discriminación que ofrecen otros tratados internacionales de derechos humanos se tenga en cuenta a la hora de aplicar el Convenio núm. 111.⁷³

País: Rumanía

Tribunal Constitucional de Rumanía, 25 de febrero de 1993, decisión núm. 6

Después de haber examinado la cláusula de igualdad contenida en la Constitución nacional, que establece nueve motivos de discriminación ilícitos, el Tribunal Constitucional de Rumanía hizo hincapié en que las disposiciones constitucionales se deben interpretar junto con las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, haciendo referencia al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 2(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la vez que consideró que estas disposiciones complementaban los motivos ilícitos mencionados en la Constitución.

País: Filipinas

International School Alliance of Educators c. Hon Leonardo A. Quisumbing y otros, Tribunal Supremo de la República de Filipinas, 1 de junio de 2000, núm. 128845

En este caso, el litigio consistía en determinar si se podía hacer una distinción con respecto al salario pagado al profesorado con base en la nacionalidad. El Tribunal Supremo de Filipinas tomó como fundamento el principio de no discriminación, calificándolo como un principio general de derecho, lo que constituye una de las fuentes del derecho internacional recogidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El Tribunal hizo referencia a varios tratados de las Naciones Unidas para demostrar que el principio de no discriminación era un principio general de derecho y, como tal, parte de la legislación de Filipinas. Por lo tanto, las distinciones hechas con base en la nacionalidad no eran permisibles.

⁷³ *Ibidem*, párrafo 244.

Organismo: Tribunal Administrativo de la OIT
Sentencia núm. 2120 de 15 de julio de 2002⁷⁴

Al examinar una medida de recursos humanos tomada por una organización de las Naciones Unidas, el Tribunal Administrativo de la OIT declaró que «la disposición discrimina indebidamente entre candidatos a un puesto de trabajo con base en el estado matrimonial y las relaciones familiares (...). La discriminación por tales motivos es contraria a la Carta de las Naciones Unidas, a los principios generales de derecho y a los que gobiernan la administración pública internacional, así como los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. Los principios del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996) son pertinentes, aunque no obligan estrictamente a dicha organización. » Además, el Tribunal también declaró que «a juzgar por sus propios términos, la lista [de motivos ilícitos recogida en el artículo 26] no tiene un carácter limitado («... cualquier motivo como, por ejemplo, ...») y están prohibidas todas las formas impropias de discriminación. ¿Qué se entiende por discriminación impropia? En el contexto de empleo, por lo menos, esta clase de discriminación se refiere a la delimitación de distinciones entre el personal o los candidatos a un puesto de trabajo con base en características personales irrelevantes.»

En los Estudios generales de la Comisión de Expertos publicados con respecto del Convenio núm. 111, se examina la discriminación con base en varios motivos que no están recogidos explícitamente en el artículo 1(1)(a) de dicho convenio. A continuación, se considera a modo de ilustración el caso de la discriminación basada en la salud:

Por lo general, el estado de salud se considera aún a priori como un elemento esencial de la relación de trabajo. En realidad, no se lo debería tener en cuenta en forma automática, sino tan sólo en la medida en que lo requieran las exigencias específicas de un empleo determinado (...). La consideración del estado de salud física o mental, pasada o presente, de una persona puede entorpecer mucho la aplicación del principio de igualdad en la admisión en el empleo. La invocación del estado de salud como motivo del rechazo de un empleo o de despido, cuando no existe una relación muy estricta entre el estado de salud presente del trabajador y las exigencias profesionales normales que requiere el ejercicio de las funciones correspondientes a un empleo determinado, contradice el espíritu del Convenio. [Puesto en evidencia por los autores del manual]

Fuente: OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 255

Discriminación por motivos múltiples

Es importante tener presente que una persona puede ser objeto de discriminación con base en más de un motivo, lo que se denomina discriminación múltiple. Esta circunstancia resulta del hecho de que los criterios reconocidos como motivos de discriminación son factores de la identidad de las personas que están interrelacionados y traslapados. En particular, las mujeres se pueden ver afectadas por los efectos compuestos de la discriminación basados en motivos múltiples y, por ejemplo, las indígenas son a menudo objeto de discriminación con base en su sexo y origen indígena.

II.A.5. ¿En qué casos no hay discriminación en el sentido del convenio?

El Convenio núm. 111 establece tres tipos de trato diferente basados en uno de los motivos ilícitos que no se consideran discriminatorios:

- las distinciones basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado (artículo 1(2));

⁷⁴ El texto completo de la sentencia se encuentra disponible en la base de datos TRIBLEX, en <http://www.ilo.org/public/english/tribunal/fulltext/2120.htm>

- las medidas especiales de protección o asistencia, incluyendo las medidas especiales temporales (artículo 5); y
- las medidas tomadas para salvaguardar la seguridad del Estado (artículo 4).

Trato diferencial basado en las calificaciones exigidas para un empleo determinado

Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

Convenio núm. 111, artículo 1(2)

El artículo 1(2) del Convenio núm. 111 es una *lex specialis* del derecho internacional del trabajo con respecto a la norma más general de derecho internacional, que establece que el trato basado en un motivo ilícito no se considera discriminación si existe una justificación objetiva y los medios empleados son proporcionales a la justificación del trato diferenciado.⁷⁵

En los pronunciamientos y documentos de los órganos de control de la OIT se encuentran varios elementos que esclarecen el significado y el alcance del artículo 1(2) de dicho Convenio:⁷⁶

- el artículo 1(2) se debe interpretar de manera restrictiva;
- puede ser justificada la exigencia de una calificación específica para un determinado empleo, si ésta es necesaria debido a las características y la propia naturaleza del empleo determinado en cuestión y proporcional a las calificaciones exigidas;
- la aplicación sistemática de calificaciones relacionadas con un motivo de discriminación, o más de uno, es inadmisibles, ya que el concepto de «empleo determinado» se refiere a un empleo, función o trabajo específico y definible y, por lo tanto, es necesario realizar un examen minucioso de cada caso individual.

Los siguientes fragmentos de un informe de una Comisión de Encuesta de la OIT también contribuyen a delimitar el significado y el alcance de la disposición del Convenio núm. 111 relativa a las calificaciones exigidas para un empleo determinado.

⁷⁵ I. Brownlie: *Principles of Public International Law*, cuarta edición, Clarendon, Oxford, 1990, pág. 599 (disponible únicamente en inglés).

⁷⁶ OIT: Estudio general de 1988 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 124-133; OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 118-122.

Extracto del informe de la comisión de encuesta establecida en virtud al artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, para que examine el cumplimiento por parte de la República Federal de Alemania del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

531. (...) distinciones, exclusiones o preferencias que afecten a un individuo en el empleo o la ocupación no constituyen una discriminación si se basan en las calificaciones exigidas para un empleo determinado. En el *Oxford English Dictionary*, la palabra «*inherent*», utilizada en la versión inglesa, se define en la forma siguiente: «que existe en algo como atributo o calidad permanente; que constituye un elemento, en especial un elemento esencial, de algo; intrínseco; esencial». Las palabras utilizadas en la versión francesa («*qualifications exigées*») expresan la misma idea. Por consiguiente, toda limitación que se quiera incluir en la excepción establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio deberá ser necesaria por la índole misma del empleo de que se trate. En los instrumentos internacionales de derechos humanos se recurre ampliamente al concepto de «necesidad» como criterio que restringe las excepciones a los derechos reconocidos en ellos. Además, para determinar si es realmente necesaria una limitación dada no basta con indagar si se dan unas circunstancias tales que pueda ser necesario tomar medidas para alcanzar una finalidad con respecto a la cual se autorizan limitaciones en la cláusula citada. Se debe considerar también si la forma y la amplitud de las medidas decididas o adoptadas guardan la debida relación con las exigencias de la situación. Dicho de otro modo, la limitación tiene que estar proporcionada a la finalidad que se persigue.

Fuente: OIT: *Boletín Oficial*, Suplemento 1, vol. LXX, 1987, Serie B

Calificaciones exigidas para un empleo determinado⁷⁷

- Se pueden hacer distinciones basadas en el sexo con respecto a empleos que se consideran relacionados con una determinada intimidad física (por ejemplo, la reserva de varios puestos de trabajo en la policía de aeropuertos para funcionarios del sexo femenino que realicen cacheos a pasajeras).
- En ciertas circunstancias limitadas, la opinión política puede ser una calificación legítima para ocupar determinados puestos superiores de la administración, como, por ejemplo, los relacionados con responsabilidades especiales en el área de elaboración de la política oficial.

⁷⁷ Para obtener más información y ejemplos, véase OIT: Estudio especial de de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 118-122.

Se consideran las siguientes sentencias de Madagascar:

País: Madagascar

Dugain y otros c. Compagnie Air Madagascar, Tribunal Supremo de Madagascar, 5 de septiembre de 2003, sentencia núm. 231

Un convenio colectivo aplicado al personal de vuelo fijaba la edad de jubilación para los trabajadores del sexo femenino a los 45 años y a los 50 para el sexo masculino. Esta diferencia de trato suponía una pérdida sustancial de ingresos para las mujeres. En este caso, el Tribunal Supremo de Madagascar aplicó directamente el Convenio núm. 111 de la OIT y la CEDAW, anuló el fallo de la Corte de Apelaciones y revirtió el caso, fallando de la siguiente manera: «Según el significado de los tratados internacionales pertinentes, la estipulación de un límite de edad o restricción basado en el sexo no constituye de por sí una discriminación, pero dicha estipulación sólo se podría justificar si el empleador pudiera demostrar que el límite de edad impuesto con base en el sexo constituía una calificación exigida para el empleo.» El tribunal consideró que, en este caso determinado, el empleador no había logrado demostrar que el límite de edad específico impuesto a las mujeres estaba justificado por razones de seguridad y consideró por lo tanto que la diferencia de trato era discriminatoria.

País: Madagascar

Ramiaranjatovo Jean-Louis c. Fitsaboana Maso, Tribunal Laboral de Antsirabe, 7 de junio de 2004, núm. 58

En este caso, el Tribunal Laboral de Antsirabe aplicó el Convenio núm. 111 de la OIT para llegar a la conclusión de que el despido de un empleado por parte de una institución religiosa había sido discriminatorio. El trabajador en cuestión había sido contratado como estadístico y fue cesado debido al cambio de religión experimentado después de contraer matrimonio con una mujer de otra creencia religiosa. El Tribunal se basó en el artículo 1(2) del Convenio núm. 111 para determinar que la religión no era una calificación exigida para realizar el trabajo de estadístico y, por lo tanto, el despido fue declarado discriminatorio.

Medidas especiales de protección o asistencia

Cada miembro puede(...) definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

Convenio núm. 111, artículo 5(2)

Varios Convenios y Recomendaciones de la OIT exigen o recomiendan medidas especiales, como, por ejemplo, las que se toman en nombre de pueblos indígenas y tribales, personas inválidas o de edad y trabajadores con responsabilidades familiares o las destinadas a proteger la maternidad. También se pueden establecer disposiciones de esta clase a nivel nacional, previa consulta con organizaciones de trabajadores y empleadores (artículo 5).

El concepto de medidas especiales es de carácter dinámico, ya que la necesidad de medidas de protección, o lo que se percibe como necesidad, varía con el tiempo, a menudo a la vez que el desarrollo científico y tecnológico y los cambios en la actitud social.

Restricciones de horas extraordinarias para las mujeres

La Comisión de Expertos observó en el año 2001 que una restricción general de horas extraordinarias aplicada a todas las mujeres, sin estar relacionada con la protección a la maternidad contenida en la Ley de Normas de Trabajo de la República de Corea, podría haber tenido un impacto en la aplicación completa del Convenio núm. 111, ya que parecía atribuir a las mujeres una posición excesivamente desfavorable en el mercado de trabajo. Después de varias revisiones legislativas, la Comisión observó con satisfacción en el año 2005 que la revisada Ley de Normas de Trabajo limita las horas extraordinarias que puede realizar una mujer tan sólo durante un periodo de un año después del parto.⁷⁸

En ciertas ocasiones, puede ser difícil determinar si las medidas de protección están justificadas en virtud de las calificaciones y necesidades de las personas y grupos que deben proteger o si tales medidas constituyen en realidad una discriminación.

En este caso, es posible que se recurra a las cortes y tribunales con el fin de determinar la legalidad de las medidas de protección y, en tales casos, el siguiente fragmento del Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos adquiere un interés particular:

«En razón de la meta de protección y asistencia que persiguen, estas medidas especiales deben adoptarse proporcionalmente a la naturaleza y al alcance de la protección que deben depararse o de la discriminación efectiva. Si se examinan atentamente algunas de estas medidas puede llegarse a la conclusión de que, en realidad, son capaces de instituir o autorizar distinciones, exclusiones o preferencias en el sentido del artículo 1 del Convenio. (...) Una vez adoptadas, las medidas especiales deberían examinarse periódicamente para verificar que aún siguen teniendo sentido y son eficaces.»⁷⁹

Medidas especiales transitorias

Ciertas medidas especiales se introducen con el fin de atajar una discriminación actual o para compensar situaciones de discriminación pasadas. Estas medidas se denominan, en ocasiones, «medidas especiales transitorias», «medidas positivas» o «acción positiva». Por ejemplo, algunos países han introducido un trato preferente para las mujeres en la contratación de la función pública hasta que se alcance cierto nivel de igualdad de género. La Comisión de Expertos ha destacado que:

«No olvidemos que la finalidad de tales medidas es restablecer los desequilibrios provocados por las discriminaciones que afectan a determinados trabajadores o a ciertos sectores, y que, por ende, son de carácter transitorio».⁸⁰

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha publicado una recomendación general sobre medidas especiales transitorias orientadas a alcanzar la igualdad de género.⁸¹

⁷⁸ Véase Observación de 2005 de la Comisión de Expertos relativa al Convenio núm. 111, República de Corea.

⁷⁹ OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 136.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Recomendación general 25 (2004) sobre medidas especiales de carácter temporal.

Medidas para salvaguardar la seguridad del Estado

No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

Convenio núm.111, artículo 4

El artículo 4 del Convenio núm. 111 permite que los Estados tomen ciertas medidas para proteger la seguridad del Estado, sin entrar en conflicto con el principio de no discriminación. En el marco del control llevado a cabo por la OIT, esta disposición se ha invocado principalmente en relación al motivo ilícito de opinión política. Los órganos de control han establecido varios principios que no deben ser olvidados a la hora de aplicar esta disposición:⁸²

- el artículo 4 constituye una cláusula de excepción y, en consecuencia, se debe aplicar *stricto jure* si no se desea que conduzca a una limitación indebida de la protección que quiere asegurar el Convenio núm. 111;
- el artículo 4 abarca las medidas adoptadas con respecto a las actividades de una persona que justifiquen una sospecha legítima o una condena y, a estos fines, no es suficiente la mera pertenencia a un grupo o comunidad determinado;
- el artículo 4 se aplica a actividades para las que existen pruebas o una sospecha justificada por elementos consistentes y precisos;
- las medidas permitidas en concordancia con el artículo 4 deben estar suficientemente bien definidas y delimitadas.

En los comentarios sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Bulgaria del 27 de julio de 1992, la Comisión de Expertos recordó «que la aplicación de medidas destinadas a proteger la seguridad del Estado se debe examinar teniendo en cuenta los efectos que determinadas actividades pueden tener sobre el ejercicio efectivo del empleo, de la función o de la ocupación de la persona de que se trate. Si tal no es el caso, existe el peligro, e incluso la probabilidad, de que esas medidas faciliten distinciones y exclusiones basadas en la opinión política o la religión, lo cual es contrario al Convenio». ⁸³

Además de las condiciones esenciales anteriormente expuestas, el artículo 4 dispone que la persona interesada debe disfrutar del derecho de apelación ante un organismo competente y la Comisión de Expertos ha descrito este derecho de la forma siguiente:

«Es importante que la autoridad ante la cual se presente el recurso esté fuera del ámbito administrativo o gubernamental y ofrezca garantías de objetividad e independencia. Además, dicha autoridad debe ser competente para conocer los motivos por los cuales se adoptó una medida de esa naturaleza contra el demandante, y permitirle a este último estar en condiciones de presentar cabalmente su defensa.» ⁸⁴

II.A.6. La carga de la prueba

La protección jurídica que emana de las disposiciones fundamentales relativas a la igualdad de oportunidades y trato depende de la existencia de procedimientos judiciales eficaces, que

⁸² Véase OIT: Estudio general de 1988 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 134-138; y OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 123-129.

⁸³ *Ibidem*, párrafo 197.

⁸⁴ *Ibidem*, párrafo 129.

pueden ser invocados por las personas que se consideren objeto de discriminación. El hecho de que las reglas procesales aplicables obligan frecuentemente a la parte que alega la discriminación a establecer los hechos que prueban que ésta ha ocurrido en realidad, ha sido reconocido como un obstáculo importante a la resolución eficaz de los casos de discriminación, particularmente, cuando la discriminación ocurre en sus formas más sutiles, como la indirecta o implícita (véase lo anteriormente expuesto).⁸⁵

A fin de hacer frente a esta dificultad, cada vez hay más países que han introducido reglas procesales invirtiendo o transfiriendo la carga de prueba al demandado, como una medida que permite a las víctimas de discriminación la invocación eficaz de sus derechos. En algunos ordenamientos jurídicos, la regla que se aplica es que si el demandante puede establecer que existe una apariencia de discriminación, la carga de prueba se transfiere al demandado, quien entonces tiene que demostrar que el trato diferente estaba basado en consideraciones objetivas no relacionadas con ningún motivo de discriminación ilícito.

Transferencia de la carga de la prueba

- La normativa de la Unión Europea dispone que, cuando las personas que se consideran víctimas de un trato injusto, porque el principio de igualdad de trato no se ha aplicado a ellas, establecen hechos a partir de los cuales se puede suponer que ha habido discriminación directa o indirecta, es obligación del demandado probar que no ha habido violación de dicho principio.⁸⁶
- Según el derecho sudafricano, se supone que existe discriminación si el reclamante demuestra que ha existido un trato diferente y, en tal caso, se exige que el demandado establezca que este tratamiento estaba justificado.⁸⁷

La cuestión de la carga de la prueba tiene un carácter menos esencial en los procedimientos donde le compete al órgano que resuelve el caso establecer si ha ocurrido discriminación con base en sus propias investigaciones. Esto acontece a menudo en procedimientos administrativos, incluyendo los procedimientos aplicados por las inspecciones de trabajo o los que se realizan ante órganos especializados en el campo de la igualdad.

Instrumentos de la OIT relativos a la carga de la prueba

La cuestión de la carga de la prueba se considera explícitamente en las normas de la OIT relativas a la terminación del empleo, la protección de los representantes de los trabajadores en la empresa y la protección de la maternidad, tres áreas en las que surge frecuentemente la discriminación.

El Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), dispone que la raza, color, sexo, estado civil, cargas de familia, embarazo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social no deben constituir razones válidas para la terminación del empleo, a la vez que determina el principio por el que el trabajador no «está obligado a

⁸⁵ OIT: Estudio general de 1988 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos. 224-225.

⁸⁶ Directiva del Consejo 97/80/CE del 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en casos relacionados con discriminación fundada en el sexo; Directiva del Consejo 2000/43/CE de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas sin distinción de origen racial o étnico; y Directiva del Consejo 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación.

⁸⁷ Véase *Employment Equity Act*, 1998, sección 11.

asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada» (artículo 9).⁸⁸

La Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143), sugiere que, entre las medidas que garantizan una protección eficaz de los representantes de los trabajadores, se podría incluir la de «imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado» (párrafo 6 (2)(e)).

El Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000, (núm. 183), prevé que « [L]a carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador» (artículo 8).

Tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical consideran que la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación es una medida importante para asegurar una protección eficaz contra la discriminación en materia de empleo y ocupación, tal como exigen los convenios de la OIT relativos a la igualdad y la libertad sindical.⁸⁹

En ausencia de legislación específica en este aspecto, las cortes y tribunales de varios países han tomado la iniciativa y han invertido la carga de la prueba en los casos en los que ha habido alegaciones de discriminación en materia de empleo y ocupación.

País: España

Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo, 23 de noviembre de 1981, núm. 38/1981

Al referirse a la Recomendación núm. 143 y siguiendo las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, el Tribunal Constitucional de España consideró que la protección eficaz del derecho constitucional de libertad sindical exigía la inversión de la carga de la prueba al empleador, en aquellos casos en los que se hubiera alegado discriminación antisindical.

II.A.7. Compensaciones apropiadas para eliminar de manera efectiva la discriminación

La determinación de una compensación apropiada es una de las tareas que corresponde a las cortes y los tribunales en el tratamiento de casos de discriminación. En algunos ordenamientos jurídicos, la determinación por parte del tribunal de que un acto u omisión constituye una discriminación ocasiona una consecuencia jurídica automática (por ejemplo, cuando la legislación o jurisprudencia establece que los actos o disposiciones discriminatorios de contratos individuales o convenios colectivos son nulos o inválidos). Cuando los actos, omisiones o situaciones discriminatorias son de naturaleza continua, es necesario ordenar su terminación. Además, es posible que el tribunal tenga que decidir sobre la revocación de las consecuencias del acto u omisión de carácter discriminatorio (por ejemplo, el pago retroactivo de remuneración). En este aspecto, el derecho y la práctica nacionales pueden variar considerablemente, en particular con respecto a los daños y perjuicios y la readmisión en caso de despido.

⁸⁸ Véase OIT: *Protección contra el despido injustificado, Estudio general relativo al Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación (núm. 166), 1982, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, Ginebra, 1995, párrafos 196-217.*

⁸⁹ En lo referente a la Comisión de Expertos, véase OIT: Estudio especial de 1996, *op. cit.*, párrafos 230 y 231 y OIT: *Libertad sindical y negociación colectiva: Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª reunión, Ginebra, 1994, párrafos 217-218. En lo referente al Comité de Libertad Sindical, véase caso núm. 673, Informe 130, *Boletín Oficial*, vol. LV, 1972, S, párrafo 65.

Desde el punto de vista del derecho internacional del trabajo, se deben tener en cuenta dos aspectos importantes a la hora de tomar una decisión con respecto a la compensación:

- 1) se deben eliminar las consecuencias discriminatorias de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y
- 2) las sanciones deben tener un efecto disuasorio sobre el posible discriminador.

[L]a persona que sea víctima de una discriminación debería beneficiarse de una compensación adecuada que, al mismo tiempo, tenga un efecto disuasorio para las personas que pudieran sentir la tentación de discriminar. Conviene tener presente que, al recurrir a ese tipo de procedimiento, un trabajador se enfrenta a riesgos tanto materiales como morales. **Así por ejemplo, una legislación que contenga disposiciones protectoras pero que en la práctica permita al empleador poner fin al contrato de un trabajador que haya sido víctima de discriminación, pagándole una simple indemnización, no confiere una protección adecuada.** [Puesto en evidencia por los autores del manual]

Fuente: OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 233

Las compensaciones por terminación injustificada de la relación de trabajo recogidas en el Convenio núm. 158 son la readmisión o la adecuada indemnización económica. Cuando el despido injustificado es discriminatorio y, por lo tanto, viola un derecho fundamental del trabajador, la Comisión de Expertos considera que una mera indemnización económica no resarce el perjuicio de manera adecuada y que la readmisión sería la mejor compensación. Aunque dicha readmisión no es siempre posible, o no es siempre la solución deseada por el trabajador, es un fuerte incentivo para que los empleadores se abstengan de practicar la discriminación. Allí donde la ley no prevé la posibilidad de readmisión de manera explícita, es posible que sí prevenga la nulidad del acto de terminación discriminatoria, la cual debe conllevar la readmisión del trabajador.⁹⁰

[L]a Comisión estima que la reparación en caso de terminación que menoscabe un derecho fundamental debería tener como objetivo la reparación íntegra del perjuicio sufrido por el trabajador, tanto desde el punto de vista financiero como profesional, y la mejor solución es generalmente la readmisión del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y con el mantenimiento de sus derechos adquiridos. (...) Cuando la readmisión como forma de indemnización no está prevista, no resulta posible o no es la solución deseada por el trabajador, sería conveniente que las indemnizaciones concedidas por una terminación basada en un motivo que menoscaba un derecho humano fundamental guarden relación con el perjuicio sufrido y sean más elevadas que cuando se trata de otros tipos de terminación.

Fuente: OIT, Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 232

País: Sudáfrica

Jacques Charl Hoffmann v. South African Airways, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 28 de septiembre de 2000, caso núm. CTT 17/00

En este caso, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica ordenó al demandado que contratara a una persona que había rechazado anteriormente por motivos discriminatorios. Basándose en el artículo 2 del Convenio núm. 111 de la OIT, este Tribunal consideró que ésta era la compensación adecuada para eliminar la discriminación sufrida.

⁹⁰ Véase OIT Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 218-232.

II.B. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)⁹¹

El objetivo del Convenio núm. 100 es garantizar que los hombres y las mujeres reciben una remuneración igual por un trabajo de igual valor.

Las mujeres, como colectivo, continúan recibiendo una remuneración menor que los hombres a nivel global. Existen varios factores responsables de la persistencia de la diferencia de remuneración entre géneros y muchos de ellos están relacionados con la discriminación.

Causas del diferencial de remuneración entre géneros

- Diferentes cantidades de tiempo dedicado al trabajo – muchas mujeres pasan periodos sin trabajar para cuidar de hijos o familiares.
- No es frecuente contratar a mujeres para ocupar puestos de gestión o directivos de alta remuneración.
- La mayoría de las mujeres ganan menos que los hombres, ya que realizan trabajos eventuales o a tiempo parcial.
- Los empleos con una proporción alta de mujeres conllevan una menor remuneración que los que registran una proporción mayor de hombres.
- Las calificaciones profesionales de las mujeres se subestiman a menudo, ya que se las considera como características femeninas naturales y no como competencias laborales.
- Los empleos y calificaciones profesionales de las mujeres se consideran de menor valor, especialmente en los sectores de asistencia sanitaria, enfermería, puericultura y educación.
- No es frecuente que las mujeres reciban igual cantidad de beneficios o prestaciones que los hombres, tales como complementos de vivienda o dividendos.
- Las mujeres reciben a menudo un nivel inferior de dividendos o complementos adicionales.

Fuente: Texto adaptado de *El/PSI, Pay Equity Awareness Raising Modules* (2002)

Las acciones judiciales relacionadas con la igualdad de remuneración pueden implicar varias situaciones de hecho, que incluyen con frecuencia reclamaciones hechas por trabajadoras individuales, o grupos de ellas, en las que declaran que la remuneración recibida ha sido fijada o pagada de manera discriminatoria, ya que realizan el mismo trabajo que sus homólogos del sexo masculino.

Sin embargo, las reclamaciones en materia de igualdad de remuneración surgen cada vez más en situaciones donde los hombres y las mujeres desempeñan trabajos que conllevan tareas y responsabilidades distintas, pero que, no obstante, se consideran del mismo valor. El principio afirmado por el Convenio núm. 100 permite esta clase de reclamaciones (véase más adelante). En realidad, este hecho es crucial para eliminar la discriminación en materia de remuneración, la cual es el resultado de la subestimación discriminatoria de los trabajos realizados por las mujeres.

Las disposiciones de este Convenio y los pronunciamientos y documentos de los órganos de control de la OIT pueden servir de ayuda, *inter alia*, cuando:

- la legislación no contiene ninguna disposición relativa a la discriminación en materia de empleo y ocupación;

⁹¹ Con el fin de evitar cualquier confusión sobre el ámbito de aplicación de este instrumento, es importante resaltar que el Convenio núm. 100 trata de la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina para un trabajo de igual valor, tal como indicado en su título completo. Dicho Convenio no abarca por consiguiente las diferencias de trato en materia de remuneración que estarían basados en otros criterios tales como la raza, el color o la ascendencia nacional. Tales situaciones podrían ser en cambio tratadas mediante la aplicación del Convenio núm. 111.

- la legislación contiene una prohibición general de la discriminación, pero no existen disposiciones específicas relativas a la igualdad de remuneración;
- las disposiciones de igualdad de remuneración son poco detalladas, confusas o más restrictivas que el principio del Convenio núm. 100; o
- la legislación pertinente excluye a ciertas categorías de trabajadores.

II.B.1. ¿Cuáles son las obligaciones de los países que ratifican este Convenio?

El artículo 2(2) del Convenio núm. 100 especifica que el principio de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor se puede aplicar por medio de:

- la legislación nacional;
- cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación;
- contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o
- la acción conjunta de estos diversos medios

Según el artículo 2 de este Convenio, los gobiernos deben garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración para los hombres y las mujeres por un trabajo de igual valor, en las áreas donde se encuentren en posición de ejercer una influencia directa o indirecta sobre el nivel de los salarios. Esto ocurre cuando el Estado es el empleador o controla el sector económico, o cuando se encuentra en una posición de intervenir en el proceso de fijación de salarios. Un ejemplo de esta última situación ocurre cuando los niveles de remuneración están sujetos a control público o regulación legal, o cuando se ha instaurado una legislación relativa a la igualdad de remuneración.

El Estado debe promover la aplicación del principio de igualdad de remuneración si no se encuentra en posición de poder asegurar la puesta en práctica de éste. Esta situación ocurre cuando, por ejemplo, el derecho de negociación colectiva excluye al Estado del proceso de fijación de salarios o cuando se acuerda la remuneración de forma individual entre el empleador y el trabajador. En estos casos, el Estado puede instaurar una legislación que exija la igualdad de remuneración para un trabajo de igual valor y, cuando exista una legislación de este tipo, debe garantizar la aplicación apropiada de la misma.

Se considera la siguiente posición de la Comisión de Expertos sobre la importancia de la legislación en materia de igualdad de remuneración:

Aunque no existe una obligación general de promulgar una legislación en virtud del Convenio (...) se desprende del párrafo 1 del artículo 2 que todas las disposiciones legislativas en vigor que sean contrarias al principio de igualdad de remuneración deben ser modificadas para cumplir con las disposiciones del Convenio. Es más, la actividad legislativa del Estado para la protección de la igualdad puede ampliar la competencia del gobierno para intervenir en materia de salarios y, en consecuencia, aumentar el ámbito en que debe garantizar la aplicación del principio, en conformidad con lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio.

Fuente: OIT, Estudio general de 1986 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 28.

También existe una obligación de cooperar con las organizaciones de trabajadores y empleadores con la finalidad de hacer aplicable las disposiciones del Convenio núm. 100 (artículo 4).

II.B.2. Ámbito de aplicación del Convenio

Ámbito de aplicación personal

El objetivo del Convenio núm. 100 es la protección de todos los trabajadores y las trabajadoras contra la discriminación en materia de remuneración con base en el sexo. No existe ninguna disposición en este instrumento que limite su ámbito a determinadas personas, grupos o categorías de trabajadores.

Se puede hacer uso de este Convenio cuando la legislación nacional excluye a ciertos grupos o categorías de trabajadores u ocupaciones de la protección que ofrece el derecho nacional pertinente.

Ámbito de aplicación material

El Convenio núm. 100 requiere igualdad de trato con respecto a todos los aspectos de la remuneración. La definición de «remuneración» contenida en este Convenio está redactada en líneas lo más general posible.

[E]l término «remuneración» comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último.

C.100, artículo 1(a)

Dentro de los emolumentos adicionales se pueden incluir las horas extraordinarias, primas, subvenciones, uniformes, herramientas, equipo, subsidios, prestaciones de seguridad social pagadas por el empleador, beneficios adicionales o de vivienda, etc.

Es posible que sea de utilidad referirse a la definición de remuneración contenida en este Convenio en determinadas situaciones, tales como:

- cuando la legislación nacional relativa a la igualdad de remuneración es aplicable sólo con respecto al salario o sueldo básico, pero no en relación a «emolumentos adicionales»; o
- cuando la legislación nacional sobre igualdad de remuneración no define el concepto de remuneración y surgen cuestiones sobre si un determinado componente forma parte de la remuneración del trabajador.

II.B.3. Contenido del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor

La expresión «igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor» designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.

C.100, artículo 1(b)

En los casos de igualdad de remuneración, los tribunales necesitan decidir si la remuneración por un trabajo de igual valor se paga sin discriminación en cuanto al sexo, lo que implica una comparación del trabajo desempeñado y el salario recibido por los hombres y las mujeres. Las diferencias en la remuneración sólo se permiten en ocasiones en que existen factores objetivos y no relacionados con el sexo que justifican una diferencia de este tipo (véase más adelante).

Como ocurre con la discriminación en el trabajo de carácter general, la que tiene lugar con base en el sexo y con respecto a la remuneración puede ser directa o indirecta (véase anteriormente en el apartado sobre el Convenio núm. 111). Se consideran los siguientes comentarios de la Comisión de Expertos con respecto a la discriminación indirecta en el contexto del Convenio núm. 100:

Extracto de la observación de 2004 de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 100 por parte de Japón

La Comisión (...) subraya que en el contexto del Convenio, el concepto de discriminación indirecta se refiere a situaciones, reglamentos o prácticas aparentemente neutras que resultan en un tratamiento desigual en relación con la remuneración de hombres y mujeres que realizan un trabajo de igual valor. Esto se presenta cuando si bien las mismas condiciones, trato o criterio se aplican igualmente a hombres y mujeres, sus repercusiones son desproporcionadamente desfavorables para las personas de un sexo determinado, y no se basan en el contenido objetivo del empleo. La Comisión comparte la opinión de que la utilización de trabajadores a tiempo parcial, temporales y jornaleros, así como los sistemas dobles de desarrollo de carrera, pueden no ser discriminatorios en sí. Sin embargo, señala que cuando se paga a los trabajadores empleados en esas categorías tasas de remuneración inferiores a las de los trabajadores ordinarios para realizar un trabajo de igual valor y cuando en esas categorías predominan los trabajadores de un determinado sexo (en este caso de sexo femenino), se plantea la cuestión de la discriminación indirecta basada en el sexo y debería examinarse a la luz de las circunstancias particulares y los motivos invocados para acordar un trato diferencial. Salvo que existan razones relacionadas con el empleo objetivamente justificables para establecer ese trato diferencial, se estaría frente a una situación de discriminación.

Fuente: OIT: Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 93.a reunión, Ginebra, 2005

El texto del Convenio núm. 100, los pronunciamientos y documentos de los órganos de control de la OIT pueden ser de especial utilidad cuando la legislación no establece disposiciones de igualdad de remuneración específicas, así como cuando las disposiciones legales a este respecto son más restrictivas que el principio recogido en este Convenio o están sujetas a una interpretación más restrictiva, como, por ejemplo:

- cuando la legislación no reconoce o no utiliza de forma explícita el concepto de trabajo de igual valor;
- cuando la legislación no contempla la aplicación del principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor más allá del nivel de la empresa o del establecimiento.

Trabajo de igual valor

Según el Convenio núm. 100, un trabajo de igual valor debe ser igualmente remunerado. A la hora de establecer si la diferencia de remuneración recibida por los hombres y las mujeres constituye discriminación, debe tomarse como punto comparativo el «valor» del trabajo. Este Convenio no contiene ninguna definición del término «valor», pero prevé el uso de evaluaciones objetivas del puesto de trabajo con base en las tareas realizadas, como método para diferenciar la remuneración en conformidad con el principio de igualdad. De esta manera, se otorga una gran importancia al contenido del puesto de trabajo a la hora de establecer el valor del trabajo (véase más adelante).

El concepto de «trabajo de igual valor» requiere que los hombres y las mujeres reciban una remuneración igual cuando realicen un trabajo igual o idéntico, pero también cuando lleven a cabo trabajos que son diferentes, pero que, no obstante, se consideran de igual valor.

(...) Como surge de las indicaciones que se han suministrado hasta ahora, (...) el concepto de pago de la remuneración de hombres y mujeres según el valor de su trabajo implica necesariamente la adopción de una técnica para medir y comparar objetivamente el valor relativo de las tareas cumplidas. Una técnica semejante es, además, fundamental para determinar si los empleos que implican un trabajo diferente tienen el mismo valor a los fines de la remuneración. Debido a la tendencia de hombres y mujeres a realizar trabajos diferentes (...) es esencial disponer de una técnica para medir el valor relativo de los empleos que tienen diferente contenido a fin de eliminar la discriminación en la remuneración de hombres y mujeres.

Fuente: OIT: Estudio general de 1986 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 138

País: Canadá

Comisión de derechos de la Persona y Derechos de la Juventud c. Universidad de Laval, Tribunal de los Derechos Humanos de Québec, 2 de agosto de 2000, núm. 200-53-000013-982 (2000)

Según la Carta de derechos humanos y libertades de Québec «cada empleador debe retribuir con igualdad y sin discriminación a los miembros de su personal que realicen un trabajo equivalente en el mismo lugar.» La Comisión de derechos de la Persona y Derechos de la Juventud alegó que el sistema de compensación vigente mantenía una diferencia salarial discriminatoria entre los empleados del área administrativa (dominado por el sexo femenino) y los del sector especializado y de servicios (dominado por el sexo masculino). El Tribunal de los Derechos Humanos de Québec tomó como fundamento el Convenio núm. 100 y la Recomendación núm. 90 de la OIT, así como los tratados pertinentes de las Naciones Unidas, y determinó que la legislación nacional se debía interpretar en concordancia con las obligaciones internacionales del Estado. El principio de igualdad de remuneración establecido en dicho Convenio requiere la comparación de la remuneración recibida por los hombres y las mujeres, incluso si los trabajos realizados son diferentes. El tribunal declaró que la Universidad de Laval había violado el derecho de igualdad de los empleados del área administrativa al no concederles una remuneración igual a la de sus compañeros del sector especializado y de servicios, ya que realizaban trabajos de igual valor.

La legislación de algunos países prevé la igualdad de remuneración para trabajos «iguales», «básicamente iguales» o «similares». En las ocasiones en que la Comisión de Expertos hace referencia a legislación de este tipo, siempre observa que la igualdad de remuneración requerida por el Convenio núm. 100 no se limita a situaciones donde los hombres y las mujeres realizan trabajos equivalentes o similares. Tales disposiciones no deben quedar restringidas a comparar la remuneración recibida por las personas del sexo masculino y femenino que realizan el mismo trabajo o llevan a cabo tareas idénticas y, en concordancia con este Convenio, se deben interpretar como que exigen la igualdad de remuneración para trabajos que son iguales o similares con respecto a su valor. En Irlanda, por ejemplo, el ámbito del concepto de «trabajo similar» se ha definido de forma que abarque tanto «trabajos iguales» como trabajos equivalentes en valor desde el punto de vista de las exigencias requeridas en materia de calificaciones profesionales, esfuerzo físico o mental, responsabilidad y condiciones de trabajo.

País: Israel

Elite Israel Sweets and Chocolate Industry Ltd v. Lederman, Tribunal Nacional del Trabajo, 5 de marzo de 1978

Al considerar la interpretación a otorgar al concepto de igualdad de remuneración por un «trabajo igual o prácticamente igual», el Tribunal Nacional de Trabajo resolvió que la ley se debe interpretar en la suposición de que la intención del legislador fue respetar el Convenio núm. 100 de la OIT, el cual había sido ratificado por Israel.

Asimismo, es posible que la legislación prevea una remuneración igual para los hombres y las mujeres que desempeñen un trabajo bajo las «mismas condiciones de trabajo» o con el «mismo rendimiento». Al comentar sobre disposiciones de este tipo, la Comisión de Expertos ha declarado que, aunque se pueden utilizar criterios tales como las condiciones de trabajo, calificaciones o productividad para determinar el nivel de remuneración, la referencia a estos factores no debe restringir la aplicación del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.⁹² En concordancia con dicho Convenio, la referencia a «condiciones iguales de trabajo» no se debe considerar como que exige remuneración igual sólo si el trabajo realizado por los hombres y las mujeres es idéntico o se lleva a cabo en condiciones idénticas de trabajo, sino que se debe interpretar como que se refiere a condiciones de trabajo comparables en términos de los esfuerzos que suponen para el trabajador.

El código de trabajo de Burkina Faso

Hasta el año 2004, el código de trabajo de Burkina Faso disponía que «siempre que haya igualdad de condiciones con respecto al trabajo, las calificaciones profesionales y el rendimiento, el salario debe ser igual para todos los trabajadores, sin distinción de origen, sexo o estado». Con el fin de garantizar la aplicación del Convenio núm. 100, el revisado Código de Trabajo, adoptado en el año 2004, incluyó en el artículo 175 el siguiente texto: «La determinación de la remuneración y, en particular, la fijación de los tipos de salarios, deben respetar el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor».

La Comisión de Expertos también ha advertido que si bien los «criterios tales como calificaciones profesionales y producción, y sus equivalentes, no son discriminatorios en sí mismos cuando se toman como base para una diferenciación de salarios, es indispensable que se los aplique de buena fe» y «alude a la experiencia histórica basada en que la insistencia en 'condiciones iguales de trabajo, calificaciones profesionales y rendimiento' se puede tomar como un pretexto para pagar menores salarios a las mujeres que a los hombres.»⁹³

Aplicación del principio más allá del nivel de la empresa

La aplicación del principio de igualdad de remuneración a ámbitos más amplios que el de la empresa es crucial, ya que la remuneración pagada por un empleador individual se basa a menudo en índices fijados a través de mecanismos y procedimientos que muchas veces proceden de niveles que superan la propia empresa (por ejemplo, convenios colectivos, escalas salariales de la función pública e instrumentos de salario mínimo). La comparación entre la remuneración pagada en las ocupaciones o sectores dominados por el sexo femenino y la recibida en los dominados por el sexo masculino es un valioso método para detectar diferencias discriminatorias en la remuneración.

Aunque la legislación del trabajo exige a menudo que exista igualdad de remuneración dentro de una misma entidad o empresa, la Comisión de Expertos subraya que se deben tomar medidas para asegurar la aplicación del principio de este Convenio más allá del nivel de la empresa

« Al aplicar el principio del Convenio (...) el ámbito de la comparación entre los empleos desempeñados por hombres y los empleos desempeñados por mujeres debería tener toda la amplitud que permitan el nivel en que se definan las políticas, los sistemas y estructuras salariales (...)»⁹⁴

⁹² Solicitud directa de la Comisión de Expertos sobre el Convenio núm. 100 dirigida al Congo, 2005.

⁹³ OIT: Estudio general de 1986 la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 54.

⁹⁴ OIT: Estudio general de 1986 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 22.

En aquellas ocasiones en que las cortes de justicia y los tribunales pueden fallar sobre la validez o legalidad de los convenios colectivos, las resoluciones sobre el salario mínimo, los planes salariales de la función pública u otros instrumentos de fijación de salarios, es necesario considerar debidamente el hecho de que el Convenio núm. 100 no limita el ámbito de la comparación de remuneración de los hombres y las mujeres a nivel de una misma empresa o establecimiento.

II.B.4. La evaluación objetiva de los empleos

El Convenio núm. 100 contempla que se debe promover el principio de igualdad de remuneración a través de la «evaluación objetiva del empleo» (artículo 3(1)). Esta expresión se refiere a los mecanismos o procedimientos que analizan el contenido de los empleos («evaluación del puesto de trabajo»), con el fin de clasificarlos con respecto a su valor y establecer, generalmente, unos índices de remuneración. La evaluación del puesto de trabajo no supone la evaluación del rendimiento de los trabajadores a nivel individual.

Este método de evaluación es un instrumento importante para garantizar la fijación de la remuneración con base en el contenido del empleo y no con base en el sexo u otras características irrelevantes del trabajador.

El uso de estos métodos y la existencia de sistemas de clasificación de empleos y escalas salariales no significan automáticamente que esté asegurada la igualdad de remuneración entre los hombres y las mujeres en concordancia con dicho Convenio. Es necesario mantenerse vigilantes para garantizar que la evaluación y la clasificación del puesto de trabajo no son discriminatorias y que están libres de prejuicios por razón de género o con base en el origen étnico, cultural o social. Por ejemplo, los factores de ponderación pueden tener un carácter parcial desde el momento que no otorguen la consideración suficiente a las cualidades consideradas como «femeninas», como la destreza manual, en comparación con las que se atribuyen tradicionalmente al trabajo «masculino», como la fortaleza física.

El concepto de «trabajo de igual valor» implica que los tribunales examinen el contenido del trabajo realmente desempeñado. Los demandantes o demandados pueden presentar descripciones de puesto u otra prueba con base en las cuales la corte puede evaluar la naturaleza y el valor del trabajo en cuestión y, allí donde se usen métodos específicos de evaluación del puesto de trabajo, las partes pueden exponer los resultados de dichas evaluaciones para apoyar su caso. Asimismo, siempre que sea posible, el tribunal debe escuchar el testimonio de expertos a la hora de establecer si un empleo usado como comparación en un caso específico es de igual valor.

País: Australia

AMWU v. HPM Industries, Comisión de Relaciones Industriales de Australia, 4 de marzo de 1998, núm. 239333 de 1995

Las empleadas contratadas por *HPM Industries* como procesadoras y empaquetadoras exigieron salarios equivalentes a los recibidos por las personas del sexo masculino ejecutando trabajos de carpintería y reparación y de almacenaje. En ausencia de un acuerdo entre las partes con respecto al método de evaluación del puesto de trabajo a utilizar, la *Comisión de Relaciones Industriales de Australia* concluyó, entre otras cosas, que el criterio del valor del trabajo se podría aplicar como método apropiado. Haciendo referencia a los artículos 2 y 3 del Convenio núm. 100 de la OIT, el fallo hace hincapié en el hecho de que se llegó a esta conclusión basándose en los términos del Convenio y los subsiguientes informes de la Comisión de Expertos de la OIT.

País: India

WP (C) No. 2794 de 1989, 13 de agosto de 2004, Tribunal Superior de Justicia de Delhi⁹⁵

Un almacén de una cooperativa contrató a varias mujeres como «limpiadoras de empaquetado» y a un grupo de hombres como «empaquetadores», a los que aplicó una escala de salario superior. Las mujeres presentaron una demanda en virtud de la Ley de Igualdad de Remuneración, la cual exigía del empleador la asignación de una igual remuneración a los hombres y las mujeres por trabajos iguales o de naturaleza similar. El tribunal de primera instancia concluyó que el demandado no podía presentar prueba que demostrara que la naturaleza del trabajo desempeñado por los hombres y las mujeres era diferente y consideró que la parte demandante había sido objeto de discriminación con base en su sexo. El Tribunal de Apelación consideró que el tribunal de primera instancia había asumido erróneamente que las demandantes eran «empaquetadores» y no «limpiadoras de empaquetado». Seguidamente, ellas se dirigieron al Tribunal Superior de Justicia de Delhi, el cual se basó en el principio jurisprudencial establecido por el Tribunal Supremo de la India en el caso *Mackinnon Mackenzie Ltd v. Audrey D'Costa*, en el Convenio núm. 100 de la OIT y en la CEDAW, así como en la Ley de Igualdad de Remuneración, y consideró que lo importante era la naturaleza del trabajo y no su denominación, restableciendo, así, la decisión del tribunal de primera instancia.

II.B.5. Diferencias lícitas de remuneración

El artículo 3(3) del Convenio núm. 100 completa la definición recogida en el artículo 1(b) al especificar que las diferencias entre las tasas que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de la evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.

Entre otros factores que pueden significar una justificación legítima para el pago de remuneraciones diferentes, se incluyen las diferencias relacionadas con la productividad, la experiencia o las competencias laborales, siempre que no se apliquen de forma que ocasionen discriminación directa o indirecta contra los hombres o las mujeres.

III. Disposiciones relativas a la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación contenidas en otros instrumentos de la OIT

III.A. Convenio (núm. 156) y Recomendación (núm. 165) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981

El objetivo del Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156) es la promoción de la igualdad de oportunidad y de trato en materia de empleo (1) para los hombres y las mujeres con responsabilidades familiares y (2) entre los trabajadores con responsabilidades familiares y los que están libres de ellas.

Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá asegurar como objetivo de política nacional que las personas con responsabilidades familiares que trabajan o desean trabajar, puedan ejercer el derecho a hacerlo sin estar sujetos a discriminación y, en la medida de lo posible, sin que exista conflicto entre el empleo y las responsabilidades familiares.

Convenio núm. 156, artículo 4(1)

⁹⁵ El texto completo de la sentencia se encuentra en <http://delhidistrictcourts.nic.in/aug/2794.htm>

En el contexto de este Convenio, el término «discriminación» se refiere a la discriminación en el empleo y la ocupación tal y como queda definida en los artículos 1 y 5 del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

El Convenio núm. 156 se aplica a «los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo» y «respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén» (artículo 1, párrafos 1 y 2).

El artículo 8 dispone que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo. El artículo 16 de la Recomendación núm. 165 sugiere de manera más amplia que el estado civil, la situación familiar o las responsabilidades familiares no deberían constituir de por sí causas justificadas para denegar un empleo a un trabajador o para terminar la relación de trabajo.

El artículo 9 del Convenio núm. 156 prevé que las disposiciones del «presente Convenio podrán aplicarse por vía legislativa, convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o mediante una combinación de tales medidas, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional (...)»

La Comisión de Expertos publicó en 1993 un Estudio general sobre el Convenio núm. 156 y la Recomendación núm. 165. El Estudio general constituye una guía útil para entender mejor el significado y el alcance de las disposiciones de estos instrumentos.⁹⁶

III.B. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)

El Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) contiene varias disposiciones de protección de la mujer contra la discriminación basada en la maternidad. El artículo 8 prohíbe al empleador despedir a una mujer que esté embarazada, durante la ausencia por licencia de maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Como se indicó anteriormente, la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia es responsabilidad del empleador.

En líneas más generales, se deben adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una fuente de discriminación en materia de empleo, incluyendo el acceso al trabajo. Estas medidas deben incluir una prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que: (a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes según la legislación nacional; o (b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

III.C. Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159)

El Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159) tiene como finalidad la adopción e implementación de una política nacional sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas por los Estados miembros de la OIT que han ratificado el presente Convenio (artículo 1). Esta política estará destinada a garantizar

⁹⁶ OIT: *Trabajadores con responsabilidades familiares. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 80.^a reunión, Ginebra, 1993.

que existen medidas apropiadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas, así como a promover las oportunidades de empleo de este colectivo en el mercado libre de trabajo (artículo 2).

[La política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas] se basará en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general. Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos. Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos.

Convenio núm. 159, artículo 4

El Estudio general sobre el Convenio núm. 159 de la Comisión de Expertos contiene una detallada explicación del significado de las disposiciones de este instrumento.⁹⁷

III.D. Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo: Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT

Este repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT, publicado en 2002, está destinado a proporcionar una guía práctica en la gestión de las cuestiones relacionadas con la discapacidad en el lugar de trabajo y, entre otros objetivos, intenta garantizar que las personas con discapacidad gocen de igualdad de oportunidades en el lugar de trabajo.

El término «igualdad de oportunidades» se define en este repertorio de recomendaciones como la igualdad de acceso y de oportunidades con respecto al empleo, la formación profesional y las ocupaciones específicas para todas las personas, sin discriminación (punto 1.4). El punto 4.1.1 prevé que se debería respetar el principio de no discriminación durante todo el proceso de contratación, a fin de garantizar un máximo beneficio para el empleador y la igualdad de oportunidades para los candidatos, con o sin discapacidades, mientras que el punto 2.2.3 establece que las autoridades competentes deberían revisar periódicamente todas las normas y reglamentaciones que rigen el empleo, el mantenimiento en el empleo y la reinserción profesional en los sectores público y privado, a fin de garantizar que dichas normativas no contengan elementos de discriminación contra las personas con discapacidades.

III.E. El VIH/SIDA y el mundo del trabajo: Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT

El VIH/SIDA está relacionado con el lugar de trabajo, no sólo porque afecta a la mano de obra, sino también porque el lugar de trabajo puede desempeñar un papel esencial en la limitación de la propagación y los efectos de la epidemia.

El objetivo de este repertorio de recomendaciones prácticas es proporcionar un conjunto de directrices con el fin de afrontar la epidemia del VIH/SIDA en el mundo del trabajo dentro del marco de la promoción del trabajo decente. El repertorio recoge varios principios fundamentales que son de particular importancia a la hora de combatir la discriminación basada en el estado de infección por el VIH/SIDA y que se pueden resumir de la siguiente manera:

⁹⁷ Véase OIT: *Readaptación profesional y empleo de personas inválidas: Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 159) y la Recomendación (núm. 168) sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983*, Informe III (Parte 1B), CIT, 86.ª reunión, Ginebra, 1998.

Principios fundamentales

1. Reconocimiento del problema del VIH/SIDA en el ámbito laboral

El VIH/SIDA constituye un problema en el lugar de trabajo, no solamente porque afecta a los trabajadores, sino también porque el centro de trabajo puede desempeñar un papel esencial en la lucha general contra la propagación y los efectos de la epidemia.

2. Acabar con la discriminación

No debería haber discriminación alguna contra los trabajadores basada en una infección por el VIH real o supuesta.

3. Igualdad entre hombres y mujeres

Una mayor igualdad en las relaciones de género y el empoderamiento de las mujeres son factores esenciales a la hora de prevenir satisfactoriamente la propagación de la infección por VIH y permitir que las mujeres hagan frente al VIH/SIDA.

4. Un ambiente de trabajo sano

El medio ambiente de trabajo debería ser sano y seguro y adaptarse al estado de salud y las facultades de los trabajadores.

5. El diálogo social

La cabal aplicación de una política y un programa contra el VIH/SIDA requiere la colaboración y la confianza mutua entre los empleadores, los trabajadores y los gobiernos.

6. Pruebas de detección con fines de empleo

No se debería exigir la presentación de diagnósticos relativos al VIH a los solicitantes de un puesto de trabajo ni a quienes ejercen un empleo, así como tampoco se deben realizar pruebas de VIH en el lugar de trabajo, excepto en las ocasiones especificadas en este repertorio de recomendaciones.

7. Confidencialidad

El acceso a los datos personales sobre la eventual seropositividad de un trabajador debería regirse por unas normas de confidencialidad que concuerden con lo dispuesto en los actuales repertorios de recomendaciones prácticas de la OIT.

8. Continuación de la relación de trabajo

Las personas con enfermedades derivadas del VIH deberían tener la posibilidad de trabajar mientras sean médicamente aptas para hacerlo en un puesto apropiado existente.

9. Prevención

Los interlocutores sociales ocupan una posición óptima para impulsar la prevención a través de actividades de información y educación, así como de apoyo a los cambios en las actitudes y comportamientos.

10. Asistencia y apoyo

En el mundo del trabajo, la actitud ante el VIH/SIDA debería inspirarse en la solidaridad y la prestación de asistencia y apoyo. Todos los trabajadores tienen derecho a unos servicios médicos asequibles y al disfrute de las prestaciones de los regímenes obligatorios de seguridad social y de los planes de previsión profesionales.

Fuente: El VIH/SIDA y el mundo del trabajo: Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT (2001)

IV. Disposiciones pertinentes de determinados instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos

IV.A. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) contiene disposiciones relativas al derecho humano a trabajar, cuyo significado está recogido en la Observación General núm. 18 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁹⁸ Una de las obligaciones esenciales con respecto al derecho a trabajar es garantizar la no discriminación en materia de empleo y ocupación y la igualdad de protección del empleo.

El artículo 7 del PIDESC reconoce el derecho de toda persona a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que le aseguren especialmente:

- un salario equitativo por trabajo de igual valor, que proporcione a todos los trabajadores y sus familias con unas condiciones de existencia dignas;
- la seguridad y la higiene en el trabajo;
- igual oportunidad para ser promovidos a una categoría superior; y
- el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

El artículo 2(2) del PIDESC exige que los Estados Partes garanticen que el derecho a trabajar, así como todos los demás derechos enunciados en el Pacto, «se ejerciten sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.» El uso de las expresiones «o de otra índole» y «cualquier otra condición social» indica que se mantiene abierta la lista de motivos de discriminación ilícitos contenida en dicho artículo.

El carácter abierto de esta disposición puede constituir un fundamento jurídico para que las cortes y tribunales nacionales consideren que las prohibiciones generales de discriminación abarcan también los casos de discriminación relacionados con motivos distintos a los mencionados explícitamente en la legislación nacional, tales como la salud, incluyendo la infección por el VIH/SIDA, la discapacidad o la edad.

IV.B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) enuncia el principio de igualdad ante la ley e igualdad de protección de la ley, sin ninguna discriminación. Esta disposición también especifica que «la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.» Como ocurre con el artículo 2(2) del PIDESC, el artículo 26 del PIDCP también está encaminado a proporcionar protección contra la discriminación por *cualquier* motivo o criterio inadecuado.

IV.C. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

La discriminación racial se define en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEFDR) como «toda distinción, exclusión, restricción o

⁹⁸ Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General núm. 18 (2005) relativa al derecho al trabajo (Documento Naciones Unidas E/C.12/GC/18)

preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública» (artículo 1). Esta Convención requiere que los Estados ratificantes prohíban y eliminen la discriminación racial y garanticen el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin ninguna distinción. Esta disposición también se aplica con respecto al goce del derecho a trabajar (artículo 5).

IV.D. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) define la expresión «discriminación contra la mujer» como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera» (artículo 1).

Las disposiciones más pertinentes con respecto a la igualdad de las mujeres y los hombres en temas de empleo se recogen en el artículo 10, el cual trata sobre cuestiones de educación y formación, y en el artículo 11, que enuncia las áreas específicas en las que se debe alcanzar la igualdad entre las mujeres y los hombres, incluyendo los siguientes derechos:

- igualdad de oportunidades de empleo, inclusive la aplicación de los mismos criterios de selección;
- igualdad de remuneración, inclusive prestaciones, e igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
- elección libre de profesión y empleo, derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio;
- acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
- acceso a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar;
- protección de la salud y seguridad en las condiciones de trabajo

El artículo 11 también requiere que los Estados Partes tomen medidas orientadas a prohibir el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil. Además, esta Convención establece varias obligaciones con el fin de promover la igualdad de género en áreas rurales y en la economía informal. Así por ejemplo, exige la igualdad de los hombres y las mujeres con respecto al derecho de igualdad de acceso a créditos y préstamos o a obtener todo tipo de formación y educación académica y no académica (artículo 14).

Recursos

Referencias bibliográficas

- Bronstein, A.; Thomas, C.: *European Labour Courts: international and European labour standards in labour court decisions and jurisprudence in sex discrimination* (OIT, Ginebra, 1995) [disponible únicamente en inglés]
- Brownlie, I.: *Principles of Public International Law*, fourth edition (Clarendon, Oxford, 1990) [disponible únicamente en inglés]
- CIF-OIT: *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, Turín, diciembre de 2007
- : *Guía sobre las normas internacionales del trabajo* (Turín, 2006)
- Hodges-Aeberhard, J.: *Guidelines on addressing HIV/AIDS in the workplace through employment and labour law*, Paper No. 4 (OIT, Ginebra, 2004) [disponible únicamente en inglés]
- : An outline of recent developments concerning equality issues in employment for labour court judges and assessors (OIT, Ginebra, 1997) [disponible únicamente en inglés]
 - : «Jurisprudencia reciente sobre el acoso sexual en el trabajo», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 135, 5, 1996
- INTERIGHTS: *International Discrimination Law: A Handbook for Practitioners* (London, 2005) [disponible únicamente en inglés]
- OIT: *Igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Informe I(B), Conferencia Internacional del Trabajo, 96.ª reunión, Ginebra, 2007
- : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 96.ª reunión, Ginebra, 2007
 - : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 94.ª reunión, Ginebra, 2006
 - : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 93.ª reunión, Ginebra, 2005
 - : *Igualdad de género y trabajo decente: buenas practicas en el lugar de trabajo*, Ginebra, 2005
 - : *Utilización del repertorio de recomendaciones prácticas y del manual de educación y formación de la OIT: Directrices orientadas a los jueces y magistrados del trabajo* (Ginebra, 2004)
 - : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, Ginebra, 2003
 - : *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Informe I(B), Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, Ginebra, 2003
 - : *Las normas internacionales del trabajo, un enfoque global*, versión preliminar (Ginebra, 2001)

- : *Readaptación profesional y empleo de personas inválidas. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1B), Conferencia Internacional del Trabajo, 85.ª reunión, Ginebra, 1998
- : *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.ª reunión, Ginebra, 1996
- : *Protección contra el despido injustificado. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, Ginebra, 1995
- : *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª reunión, Ginebra, 1994
- : «Informe de la comisión de encuesta establecida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT para examinar la queja respecto de la observancia por Rumania del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm.111)», en *Boletín Oficial*, Suplemento 3, vol. LXXIV, 1991, Serie B
- : *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 75.ª reunión, Ginebra, 1988
- : *Igualdad de remuneración. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 72.ª reunión, Ginebra, 1986
- : «Informe de la comisión de encuesta establecida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT para que examine el cumplimiento por parte de la República Federal de Alemania del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)», en *Boletín Oficial*, Suplemento 1, vol. LXX, 1987, Serie B
- : Informe del Comité de Libertad Sindical, 130º informe, en *Boletín oficial*, vol. LV, Suplemento, 1972

Thomas, C.; Oelz, M; Beaudonnet, X.: «The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications», en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Ginebra, 2004) [disponible únicamente en inglés]

Documentos

■ OIT

Instrumentos fundamentales en materia de igualdad de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación:

Convenio (núm. 100) y Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración, 1951

Convenio (núm. 111) y Recomendación (núm.111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958

Otros instrumentos en materia de igualdad de oportunidades y trato en el empleo y la ocupación:

Convenio (núm. 156) y Recomendación (núm. 165) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981

Otros instrumentos relevantes:

Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97)
Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)
Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)
Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159)
Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)
Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143)
Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162)
Constitución de la OIT, 1919
Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998
Repertorio de directivas prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo, 2001
Repertorio de directivas prácticas de la OIT sobre la gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo, 2002

Comentarios relevantes de los órganos de control:

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, observación general sobre el Convenio núm. 111 (2003)
Comisión de Expertos en Aplicación en Convenios y Recomendaciones, observación general sobre el Convenio núm. 100 (2007)

■ Naciones Unidas

Instrumentos relevantes:

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965
Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979

Comentarios relevantes de los órganos de control:

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 18 (2005) sobre «El derecho al trabajo»
Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, recomendación general 19 (1992) sobre «La violencia contra la mujer»
Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, recomendación general 25 (2004) sobre «Medidas especiales de carácter temporal»

■ Unión Europea

Directivas relevantes:

Directiva del Consejo 97/80/EC del 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, Diario Oficial núm. L 014 de 20/01/1998
Directiva del Consejo 2000/43/EC del 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, Diario Oficial núm. L 180 de 19/07/2000
Directiva del Consejo 2000/78/EC del 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, Diario Oficial núm. L 303 de 02/12/2000

Enlaces Internet

■ OIT

Portal web de la OIT: www.ilo.org

Convenios y protocolos de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>

Recomendaciones de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>

Informes generales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/ceacrrepsq.htm>

Estudios generales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>

ILOLEX, base de datos que contiene los Convenios y Recomendaciones de la OIT, ratificaciones, comentarios de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical, reclamaciones, quejas, interpretaciones, estudios generales, y numerosos documentos vinculados: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/>

APPLIS, base de datos que contiene informaciones sobre las ratificaciones, los comentarios de la Comisión de expertos y las obligaciones de los Estados en materia de sumisión de memorias: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=es>

■ Naciones Unidas

Portal web del ACNUDH: <http://www.ohchr.org/>

Documentos de los órganos de los tratados: <http://tb.ohchr.org/default.aspx>

Terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador

I. Introducción

La impugnación, por parte de los asalariados, del carácter justificado de la terminación del contrato de trabajo a iniciativa del empleador, constituye el más común de los litigios que se ponen en conocimiento de los órganos judiciales o cuasi-judiciales encargados de los litigios laborales.

Tanto las reclamaciones salariales como los litigios relativos al despido, hacen parte del centro de las relaciones de trabajo. Su solución en virtud de una decisión de un tribunal del trabajo o de una comisión de arbitramento puede significar un alivio directo para el asalariado o para la empresa perseguida. Igualmente, a través de su legislación y de su jurisprudencia sobre el despido, un país puede enviar un decidido mensaje al mundo del trabajo acerca de su compromiso en materia de trabajo decente y justicia social.

Es entonces importante que los jueces y los operadores jurídicos estén plenamente informados sobre la completa gama de instrumentos internacionales que pueden constituir una fuente de inspiración en materia de ruptura del contrato de trabajo por el empleador y, sobre los cuales podrían fundarse sus decisiones. Con esa perspectiva, este capítulo busca presentar los principales instrumentos del derecho internacional del trabajo pertinentes en materia de despido⁹⁹. Pondremos especial énfasis en las normas de la OIT y en la labor de los órganos de

⁹⁹ Tal y como sucedió en las demás partes de este manual, las fuentes regionales del derecho internacional del trabajo no serán descritas. Sobre el asunto, remitimos a las personas interesadas a las siguientes directivas europeas: Directiva del Consejo 75/129/CEE del 17 de febrero de 1975 referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos; Directiva del Consejo 98/59/CE del 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos; Directiva del Consejo 2001/23/CE del 12 de marzo de 2001 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 empresas o de centros de actividad; y Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2002/14/CE del 11 de marzo de 2002 por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

control que las acompañan¹⁰⁰, antes de describir sucintamente el contenido de los instrumentos de las Naciones Unidas relevantes al respecto.

La importancia de los instrumentos jurídicos internacionales relativos al despido se ha visto incrementada hoy a causa de la globalización, que condujo a ciertos países a revisar su legislación con el fin de «flexibilizar» la reglamentación referente al despido con el objetivo de permitir a las empresas adaptarse más rápidamente a los cambios económicos y financieros. Así, cuando la legislación evoluciona, es al sistema judicial al que a menudo incumbe la responsabilidad de conciliar el nuevo marco legal con el respeto de los derechos fundamentales al trabajo.

Cualquiera que sea el enfoque acogido, todos los actores del mundo del trabajo acuerdan en que un marco regulatorio claro es susceptible de proteger a la vez a empleadores y trabajadores frente a procedimientos dispendiosos, los cuales podrían en cambio surgir en caso de lagunas en la regulación jurídica del despido¹⁰¹.

Debido a su carácter tripartito, las normas de la OIT en la materia intentan lograr un equilibrio entre eficacia y flexibilidad económica de una parte, y protección de los derechos de los trabajadores por otra parte. A este respecto, ellas pueden constituir una útil referencia para jueces y operadores jurídicos.

El Convenio (núm. 158) sobre la terminación de la relación de trabajo, adoptado por la OIT en 1982, constituye el principal instrumento internacional en la materia. En una observación general de 2001, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante Comisión de Expertos) subrayaba que el Convenio núm. 158 tenía por objeto conciliar la protección de los trabajadores contra el despido injustificado con la necesidad de garantizar la flexibilidad del mercado del trabajo, dejando un gran margen a los Estados para determinar, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, sus condiciones de aplicación¹⁰². En otra observación general de 2009, la Comisión de Expertos confirmó su posición anterior y subrayó la importancia de los principios contenidos en el Convenio en el contexto de la crisis económica y financiera internacional. Adicionalmente, la Comisión recordó que la influencia del Convenio núm. 158 iba mucho más allá del número de sus ratificaciones al

¹⁰⁰ Al respecto, se tendrá particularmente en cuenta el estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones referido al análisis del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) (OIT: *Protección contra el despido injustificado. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82.^a reunión, Ginebra, 1995). Otros estudios generales contienen también información sobre el despido, entre los cuales, en particular, OIT: *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.^a reunión, Ginebra, 1994; OIT: *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.^a reunión, Ginebra, 1996. Los informes anuales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones son una fuente de información actualizada sobre los distintos convenios pertinentes ratificados por los Estados Miembros. Adicionalmente, se han presentado diversas reclamaciones alegando, en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT el incumplimiento del Convenio núm. 158 por Estados que lo ratificaron: Venezuela (en 1991 y en 1996), Brasil (en 1996, que denunció más tarde el Convenio núm. 158), Turquía (en 1996 y en 2000), Bosnia-Herzegovina (en 1998), Etiopía (en 1998) y Francia (en 2005).

¹⁰¹ Para un enfoque comparado de la legislación sobre el despido de numerosos países miembros la OIT, véase OIT: *Termination of Employment Digest*, Ginebra, 2000 (disponible únicamente en inglés). La investigación da cuenta de la legislación y práctica de 72 países. Se puede ver en el portal Web de la OIT, en: http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/publ/publ_emp.htm. Para una reseña regional, véase A.S. Bronstein: «Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, núm. 1 (primavera), 1997.

¹⁰² Véase OIT: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 89.^a reunión, Ginebra, 2001.

indicar que «la mayoría de los países que hayan ratificado o no el Convenio, cuentan en la legislación nacional vigente con disposiciones que se conforman con algunos o todos los requisitos básicos del Convenio. La Comisión observa que los principios del Convenio son una fuente de derecho importante para los juzgados del trabajo y los tribunales laborales en los países que ratificaron y aun en aquellos que no lo han ratificado.¹⁰³»

La Comisión de Expertos concluye que la puesta en práctica del Convenio es benéfica para la paz social y la productividad a nivel de la empresa y que contribuye a la reducción de la pobreza y la exclusión social.

Pese a no hacer parte de los instrumentos más ratificados de la OIT, el Convenio núm. 158 registró al día de hoy un número significativo de ratificaciones¹⁰⁴. En efecto, pocos de los instrumentos adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo en los años 1980-90 (Convenio núm. 154 a Convenio núm. 181) han obtenido hasta hoy más de 30 ratificaciones. Es interesante anotar también que uno de los aspectos originales de este Convenio reside en el hecho de que países de muy variados horizontes lo han ratificado¹⁰⁵.

Aunque numerosas legislaciones nacionales del trabajo regulan más detalladamente el despido, el Convenio núm. 158 y los otros instrumentos internacionales pertinentes junto con el análisis de los órganos internacionales de control, pueden constituir una útil referencia para los tribunales nacionales, sea que el país haya ratificado o no los convenios en cuestión.

De hecho, se ha podido constatar un número no despreciable de decisiones judiciales en las que los tribunales se refirieron a las fuentes internacionales para resolver un litigio relativo al despido¹⁰⁶. Así, el recurso al derecho internacional del trabajo ha permitido asegurar una protección eficaz contra los despidos basados en motivos discriminatorios, así como reconocer la obligación de fundar el despido sobre un motivo válido, y de imponer un procedimiento de despido equitativo (previo al despido), permitiendo también precisar las condiciones para que dicho procedimiento previo sea considerado equitativo.

Antes de empezar el análisis del Convenio núm. 158, de la Recomendación núm. 166 que lo acompaña y de otros instrumentos internacionales pertinentes, algunas precisiones terminológicas son importantes. En virtud del Convenio núm. 158, el término «despido» significa la ruptura del contrato de trabajo por iniciativa del empleador¹⁰⁷, lo que circunscribe el campo de aplicación material de este capítulo sólo a esta forma de terminación de la relación de trabajo. No serán, entonces, abordados aquí los casos en que la relación de trabajo se termina con ocasión de la dimisión del trabajador, de su defunción o a la del empleador, de la ruptura por acuerdo común, de la jubilación voluntaria, o el cumplimiento del término del contrato en presencia de un contrato de período o prestación determinados.

Por otra parte, debido a las diferencias terminológicas existentes entre los países, los despidos contrarios a las disposiciones del ordenamiento jurídico serán, en el marco de este capítulo,

¹⁰³ Véase OIT: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª reunión, Ginebra, 2009.*

¹⁰⁴ El Convenio núm. 158 ha sido ratificado por 34 países al 25 de junio de 2009.

¹⁰⁵ Se trata, por ejemplo, de Estados de tradición anglo-sajona (Australia, Antigua y Barbuda), de Europa (Francia, Luxemburgo, Portugal, República de Moldavia), de África (Gabón, Malawi, Níger, Zambia) de Asia y el Pacífico (Papua Nueva Guinea) y también de América Latina (Venezuela).

¹⁰⁶ Véase en la recopilación de decisiones nacionales redactada por el Centro Internacional de Formación de la OIT de las decisiones provenientes de Sudáfrica, Botswana, Canadá, Costa Rica, Croacia, España, Estonia, Lesotho, Madagascar, Malawi y Trinidad y Tabago (CIF-OIT: *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, Turín, diciembre 2007).

¹⁰⁷ Artículo 3 del Convenio núm. 158.

invariablemente calificados como ilícitos, cualquiera que sea la naturaleza de la irregularidad que entrañe.

II. Instrumentos de la OIT relativos al despido

II.A. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)

Antes de que las legislaciones del trabajo se desarrollaran y consolidaran¹⁰⁸, empleadores y trabajadores se encontraban jurídicamente en pie de igualdad para terminar la relación de trabajo. Cada uno podía poner término al contrato de trabajo por vía de una simple notificación, sin tener que dar motivo alguno, y sin estar sometidos al respeto de un procedimiento previo. Sin embargo, aunque a primera vista las dos partes parecen estar en pie de igualdad, las consecuencias de la terminación de la relación de trabajo no son las mismas para ambos.

Generalmente, los trabajadores se ven más afectados por la pérdida de su empleo, condición de su subsistencia, que los empleadores por la salida de un asalariado. Además, los empleadores disponen en la mayoría de los casos de un mayor poder de negociación, permitiéndoles proteger mejor sus intereses en el momento de fijar las condiciones de la terminación de la relación de trabajo. Desde un punto de vista jurídico, cuando la ruptura del contrato de trabajo se da a iniciativa del empleador, el antedicho desequilibrio puede ser compensado por la exigencia de una motivación que justifique la terminación de la relación de trabajo por el empleador.

En otros términos, debe haber una razón que impida la continuación del contrato y que brinde un fundamento jurídico a la voluntad unilateral del empleador de despedir. Es la opción escogida por el Convenio núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, adoptado con el fin de resolver los antedichos desequilibrios.

El Convenio núm. 158 está compuesto por 14 artículos sustanciales y se divide en tres partes: I. Métodos de aplicación, campo de aplicación y definiciones; II. Normas de aplicación general; III. Disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos.

El artículo 1 deja al Estado que ratifique el Convenio la libertad para elegir entre diversos métodos de aplicación conforme a la práctica nacional, tomando en cuenta las diferencias existentes entre los países en la manera de reglamentar las relaciones entre empleador y trabajador. Así, las decisiones judiciales son llamadas a desempeñar un papel primordial en los países donde no existe reglamentación escrita sobre el despido o cuando ésta presenta un carácter general, siendo llamados los tribunales a conducir un trabajo importante de interpretación, e incluso a crear principios jurisprudenciales para resolver los litigios que les son sometidos.

II.A.1. Ámbito de aplicación del Convenio

Ámbito de aplicación personal: todos los asalariados

El artículo 2 indica claramente que todas las ramas de la actividad económica y todos los asalariados tienen vocación de estar sometidos al Convenio.

Si bien el Convenio es de muy amplia aplicación, éste da al mismo tiempo una gran flexibilidad ya que concede al Estado Miembro que lo ratifica la facultad de excluir de su campo de

¹⁰⁸ Para una descripción de las tendencias históricas, en particular, sobre la anterior Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, 1963 (núm. 119), véase E. Sims: «Seguridad del empleo», en OIT: *Las normas internacionales del trabajo: Un enfoque global*, versión preliminar, Ginebra, 2001, págs. 263-271.

aplicación ciertos tipos o categorías de trabajadores taxativamente enumerados. Estas exclusiones conciernen en primer lugar a¹⁰⁹:

- los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea;
- los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable;
- los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.

Sin embargo, el párrafo 3 del artículo 2, indica que deben preverse garantías adecuadas frente a la utilización de contratos temporales con miras a eludir la protección que emana del Convenio.

Por otra parte, los párrafos 4 y 5 del artículo 2 autorizan, después de consultar con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, la exclusión de ciertas categorías especiales de trabajadores:

- las categorías de trabajadores cuyas condiciones de empleo están sometidas a un régimen especial que les asegura una protección «por lo menos equivalente» a la que prevé el Convenio;
- las categorías de trabajadores respecto de las cuales una protección es difícil debido problemas especiales que revistan «cierta importancia» habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea (como, por ejemplo, las micro empresas).

El párrafo 6 del artículo 2 precisa que el Estado que ratifica el Convenio debe indicar en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio, las categorías de trabajadores excluidas en aplicación de los párrafos 4 y 5¹¹⁰, explicando los motivos de dicha exclusión. Además, el Estado debe exponer en sus memorias subsiguientes, el Estado de su legislación y de su desarrollo en la práctica esforzándose por superar progresivamente las dificultades y protegiendo en la posible las categorías de trabajadores excluidas del campo de aplicación del Convenio¹¹¹.

Ámbito material de aplicación: terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador

Como se indicó en la introducción, el artículo 3 indica que este Convenio contempla únicamente la terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador. A este respecto, dos precisiones dadas por los órganos de control de la OIT acerca del ámbito de aplicación de las reglas que enmarcan el despido revisten una gran importancia.

En primer lugar, las reglas de protección que gobiernan la ruptura del contrato de trabajo no deberían poder ser desconocidas por la utilización de una terminología diferente.

Como se advirtió anteriormente, si en vez de despido el empleador califica injustamente la medida como renuncia, ruptura por acuerdo común, retiro, modificación del contrato, fuerza

¹⁰⁹ Artículo 2, párrafo 2, del Convenio núm. 158.

¹¹⁰ Una exclusión posterior del ámbito de aplicación del Convenio de las categorías de trabajadores referidas en los párrafos 4 y 5 del artículo 2 no sería entonces admisible.

¹¹¹ Así, en la solicitud directa de 2002 dirigida a la República bolivariana de Venezuela, la Comisión de Expertos pedía al Gobierno seguir proporcionando información sobre la situación, en derecho y en la práctica, relativa a las categorías excluidas e indicar todo cambio que influyera en el ámbito de aplicación del Convenio. La solicitud directa se puede encontrar en la base de datos ILOLEX (<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>).

mayor o rescisión judicial, los tribunales pueden desempeñar un papel importante, garantizando que una falsa calificación no obstaculice las protecciones atribuidas al trabajador por el Convenio.

En segundo lugar, ciertos cambios decididos por el empleador, referidos por ejemplo a las condiciones de trabajo, sin obedecer a necesidades reales de funcionamiento pueden constituir para el trabajador presiones tendientes a que renuncie a su trabajo.

Es entonces necesario, para los órganos administrativos competentes o para los tribunales, poder verificar si se está en presencia de una «dimisión provocada» constitutiva en realidad de un despido disfrazado, en la medida en que la ruptura del contrato de trabajo fue hecha por iniciativa del empleador en el sentido del Convenio núm. 158.

En efecto, si en lugar de tratarse de un despido, la terminación de la relación de trabajo, aunque verdaderamente por iniciativa del empleador, es erróneamente calificada por éste como dimisión, ruptura de contrato, jubilación, modificación del contrato, fuerza mayor o rescisión por orden judicial, no deberían, aparentemente, aplicarse las reglas de protección correspondientes a la terminación de la relación de trabajo. Sin embargo, tal calificación no debería permitir al empleador sustraerse a las obligaciones que se derivan de las protecciones previstas en caso de terminación de la relación de trabajo. Ciertos cambios efectuados por el empleador, en particular en cuanto a las condiciones de trabajo, que no obedezcan a verdaderas necesidades de funcionamiento, pueden tener como consecuencia que el trabajador se vea presionado a renunciar o en situación de ser sancionado por desacato a las órdenes recibidas. En consecuencia, es necesario que se pueda comprobar si no se está en presencia de una terminación encubierta o de una verdadera terminación de la relación de trabajo provocada por el empleador (...) en el sentido del Convenio, ya que, de otro modo, el trabajador afectado de facto o de jure queda excluido indebidamente de su protección.

Fuente: BIT: Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 22

Las protecciones esenciales relativas a la justificación del despido, al procedimiento previo o concomitante al despido, a los recursos, a la notificación y a las indemnizaciones y otras prestaciones similares, están contempladas por los artículos 4 a 12 del Convenio. El Convenio responde a un doble objetivo: proteger a los trabajadores en su vida profesional contra todo despido injustificado y preservar el derecho de los empleadores de poner fin al contrato de trabajo por motivos válidos.

II.A.2. Protección contra los despidos injustificados

Exigencia de un motivo válido

El artículo 4 indica que para ser lícito, el despido debe fundarse en un motivo válido referido a la aptitud o a la conducta del trabajador o a las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio. Es interesante señalar que en varios países de *common law* que no han ratificado el Convenio núm. 158 y en los cuales el principio de la justificación del despido no estaba expresamente consagrado por la legislación nacional, los tribunales nacionales se han fundado en el Convenio con el fin de reconocer dicho principio.

País: Botswana

Joel Sebonego c. News Paper Editorial and Management Services Ltd., Tribunal Laboral de Botswana, 23 de abril de 1999, núm. IC 64/98

«Dado que el Tribunal Laboral no es sólo un tribunal de derecho, sino también de equidad, puede aplicar las normas de justicia natural y de equidad, como en ocasiones se denominan, para resolver los litigios laborales. Estas normas de equidad emanan de la *common law* y de los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los requisitos básicos para un despido sustantivamente justificado, lo que incluye el despido por incapacidad debido a enfermedad, se exponen de forma sucinta en el artículo 4 del Convenio núm. 158 de la OIT, de 1982».

País: Trinidad y Tabago

Bank and General Workers Union c. Home Mortgage Bank, Tribunal Laboral de Trinidad y Tabago, 3 de marzo de 1998, núm. 140 de 1997

«Los principios de las buenas prácticas de las relaciones laborales prohíben terminar la relación de trabajo sin una causa justificada relacionada con la capacidad del trabajador para realizar el trabajo para el que fue contratado o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa del empleador. Estos principios están reconocidos en el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, en el que se ponen por escrito principios de buenas prácticas de las relaciones laborales ya asentados, sin que tenga influencia el hecho de que el Convenio no haya sido ratificado por Trinidad y Tobago. El Convenio no es aplicable como elemento integrante del derecho interno de Trinidad y Tobago, pero sí como prueba de la existencia de principios de buenas prácticas de las relaciones laborales internacionalmente aceptadas.»

Cuanto más las disposiciones nacionales aplicables a la justificación del despido son redactadas en términos generales, más la Comisión de Expertos se muestra atenta a la definición por la jurisprudencia de los motivos de despido considerados como válidos. Es entonces importante, con el fin de poder apreciar en qué medida las razones consideradas en la práctica como justificantes del despido corresponden a los motivos válidos mencionados en el Convenio, que los países que lo ratifican comuniquen las decisiones judiciales pertinentes o las indicaciones sobre la manera en que las disposiciones son aplicadas en la práctica. Así, por ejemplo, en la solicitud directa de 2005 dirigida a Luxemburgo¹¹², la Comisión de Expertos ruega al gobierno que se indique la manera en la que los tribunales continúan desarrollando la noción de «pérdida de confianza», cuyos elementos constitutivos no parecen haber sido fijados de manera clara y precisa, y que se indique cómo se garantiza que el despido que no ha sido motivado cumple con el artículo 4 del Convenio.

La Comisión de Expertos recordó también en una observación de 2006 dirigida a Gabón, que en ausencia de cualquier otro motivo, la gabonización del puesto de trabajo, medida propuesta por el gobierno con el fin de favorecer la inserción o reinserción de los gaboneses que buscaban empleo, no puede ser invocada como motivo válido de despido frente a los trabajadores extranjeros en los términos del Convenio.

¹¹² Para consultar la solicitud directa en Internet, véase nota 111.

Extracto de la observación de 2006 de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 158 por Gabón

3. La comisión recuerda que sus comentarios se refieren desde hace muchos años a la política de gabonización del empleo y su puesta en práctica frente al respeto de las disposiciones del convenio. La comisión había indicado que, en virtud de su artículo 2, el convenio es aplicable a todos los trabajadores asalariados y que, en virtud de sus artículos 8 y 9, el convenio es aplicable tanto a los nacionales como a los extranjeros.

La comisión había insistido para que la puesta en práctica de la política de gabonización se hiciera respetando las disposiciones del artículo 4, el cual requiere la existencia de un motivo válido de despido vinculado con la aptitud o a la conducta del trabajador, o fundado sobre las exigencias de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio.

4. La comisión recuerda que en ausencia de otro motivo válido, la gabonización del puesto no podría ser invocada como motivo válido de despido en los términos del convenio. Se pide al gobierno incluir en su próximo informe, las indicaciones sobre la aplicación de las disposiciones del convenio, y en particular las informaciones sobre la cantidad de recursos contra las medidas de despido de los trabajadores extranjeros y nacionales, el resultado de estos recursos, la naturaleza de la reparación concedida y el promedio de duración necesaria para que el juicio concierne al recurso sea decidido, así como sobre el número de despidos eventualmente vinculados a la puesta en práctica de su nueva política de empleo (Parte V del formulario del informe). [Puesto de presente por los autores del manual]

Fuente: OIT: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 94.ª reunión, Ginebra, 2006

Motivos reconocidos como no válidos

El artículo 5 del Convenio enumera de manera no exhaustiva, cinco motivos de despido considerados como no válidos:

- 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;
- d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;
- e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

Ejemplo de violación del artículo 5 del Convenio núm. 158

En el marco de la reclamación por el incumplimiento por parte de Etiopía de los Convenios núms. 111 y 158, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT en 1998, fue particularmente invocada la violación del artículo 5 d) del Convenio núm. 158. A causa de conflictos fronterizos entre Etiopía y Eritrea que iniciaron en mayo de 1998, varios etíopes de origen eritreo y eritreos legalmente establecidos en Etiopía donde fueron empleados en empresas públicas o nacionalizadas, fueron despedidos sin preaviso y expulsados. Fue alegado que estos despidos no estaban vinculados ni a las aptitudes, ni a la conducta de los trabajadores, ni a las necesidades del funcionamiento de la empresa, sino que los trabajadores eritreos habrían sido despedidos por motivos vinculados a su raza, su opinión política, su ascendencia nacional o su origen social. Además, la reclamación indicaba que en ningún momento los trabajadores habían tenido la posibilidad de recurrir contra las medidas de despido y de expulsión como lo exigen los artículos 8, 9 y 10 del Convenio.

El comité tripartito encargado de examinar esta reclamación concluyó que en la medida en que las expulsiones, que implícitamente generaron el despido de las personas concernidas, habían sido fundadas en el origen nacional y\o su opinión política, constituían una violación de las disposiciones que gobernaban la ruptura del contrato de trabajo enunciadas en el Convenio núm. 158¹¹³.

El artículo 6 contempla una sexta razón que no puede constituir motivo válido de despido: La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o accidente. El texto añade que la definición de lo que constituye «ausencia temporal del trabajo», la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación de este artículo, deben ser determinadas por la práctica nacional a través de la legislación, las decisiones judiciales, los convenios colectivos, etc. Una vez más se destaca la importancia del papel de los tribunales en este campo.

Las precisiones suministradas por la Comisión de Expertos a propósito de la aplicación del artículo 6 del Convenio núm. 158, pueden resultar útiles para los jueces y operadores jurídicos nacionales frente a los tres puntos siguientes.

1) Presentación de un certificado médico

Cuando la ausencia se extienda más allá de un número prescrito de días, habitualmente el trabajador debe presentar un certificado médico (...). Por lo general, el trabajador debe advertir rápidamente al empleador de su ausencia por enfermedad o accidente, y hacerle llegar un certificado médico dentro de un plazo prescrito. (...)

La Comisión observa que, algunas veces, el trabajador dispone de un plazo muy breve para advertir al empleador (...). Sería preferible que ese plazo sea razonable y compatible con los medios de comunicación de que pueda disponer el trabajador, y que no se interprete en forma restrictiva cuando sea evidente la buena fe del trabajador, o en los casos de fuerza mayor que impidan advertir al empleador en los plazos prescritos.

Fuente: OIT: Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 140 y 141

2) Despido de asalariados que padecen enfermedades graves

La Comisión de Expertos recuerda, en primer lugar, que el simple hecho de padecer una enfermedad grave (por ejemplo el VIH-SIDA) no constituye motivo válido de despido mientras

¹¹³ Véase el informe del comité encargado de examinar la reclamación sobre la aplicación del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y el Convenio sobre el despido, 1982 (núm. 158), por Etiopía.

el asalariado sea médicamente apto para ocupar su empleo¹¹⁴. A este respecto, los jueces y operadores jurídicos pueden referirse también a la serie de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo (2001). Uno de sus diez principios directivos enuncia que la infección por el SIDA no es un motivo de despido. Así como todos los asalariados que padecen de otras enfermedades, las personas que padecen SIDA deberían poder seguir trabajando en un puesto de trabajo apropiado mientras tanto sean aptas médicamente.

Por otra parte, la Comisión de Expertos se pronunció también sobre la situación de los asalariados que deben ausentarse frecuentemente por el tratamiento de una enfermedad grave pero que permanecen médicamente aptos para ejercer su trabajo o un trabajo adaptado a su estado de salud. Si el empleador considera que estas ausencias perturban la correcta marcha de la empresa, pueden entonces aparecer dificultades para conciliar el derecho a la protección del trabajador enfermo con el buen funcionamiento de la empresa.

Al respecto, la Comisión de Expertos recomienda para los casos en que un tratamiento intermitente es necesario (debido a un cáncer, etc.), evaluar con cuidado y en su justa medida la repercusión que tales ausencias pueden tener en la práctica sobre el funcionamiento de la empresa, respecto a las penosas consecuencias que podría conllevar para el trabajador un despido¹¹⁵.

3) Calificación como despido de la ruptura del contrato de trabajo consecutiva a la ausencia por enfermedad

Cabe destacar que la ruptura del contrato que se produce como consecuencia de una interrupción del trabajo prolongada por motivo de enfermedad o lesión, si dicha ruptura está contemplada en la legislación nacional, debe considerarse como una terminación que da normalmente derecho al cobro de las indemnizaciones de fin de servicio y otras prestaciones previstas, y no como una ruptura provocada por el trabajador.

Fuente: OIT: Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 137

II.A.3. Procedimiento previo al despido

En caso de despido individual, el trabajador debe tener el derecho de defenderse frente a las acusaciones según las cuales él o ella es incapaz de cumplir con su trabajo, o según las cuales se comportó de una manera que justifica el despido (artículo 7). Es importante que la posibilidad de defenderse exista antes del despido, con el fin de que se vean reducidos al mínimo los perjuicios causados al asalariado y a la relación de trabajo, en caso de que las acusaciones resulten infundadas. Así como lo recordó la Comisión de Expertos en una solicitud directa de 2002 dirigida a la República bolivariana de Venezuela, la aplicación de estas medidas después del despido no es suficiente en los términos de esta disposición del Convenio¹¹⁶.

Por otra parte, en su estudio general sobre el despido injustificado, la Comisión de Expertos destaca que la posibilidad del asalariado de defenderse frente a las alegaciones formuladas contra él «implica que dichos cargos deberían expresarse y ponerse en su conocimiento antes de la terminación»¹¹⁷.

¹¹⁴ Véase OIT: Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párr. 142.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Para consultar la solicitud directa en Internet, véase nota 111.

¹¹⁷ Véase OIT: Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 146.

El artículo 7 reconoce, sin embargo, que puede haber circunstancias excepcionales por las que sea aceptable que el empleador no conceda al trabajador la posibilidad de ser oído previamente al despido. Esta excepción debe ser entendida restrictivamente, y, de hecho, en la práctica serán muy raros los casos en los que se podrá justificar la no aplicación del derecho del trabajador a ser oído antes de ser objeto de un despido.

Así podría suceder, por ejemplo, en el caso de alegaciones serias por agresión física en el lugar de trabajo que pudieran acarrear la detención inmediata del trabajador. En este caso, sería razonable que el empleador acudiera directamente a la justicia, en vez de oír al trabajador.

En ausencia de legislación precisa sobre las reglas de procedimiento aplicables al despido, varios tribunales nacionales se han referido a los instrumentos de la OIT para definir jurisprudencialmente las condiciones de un procedimiento equitativo de despido. Es interesante advertir que los dos ejemplos siguientes provienen de países que no han ratificado el Convenio núm. 158.

País: Trinidad y Tabago

Bank and General Workers Union c. Public Service Association of Trinidad and Tobago, Tribunal Laboral de Trinidad y Tabago, 27 de abril de 2001, núm. 15 de 2000

«Éstas y muchas otras sentencias de este tribunal (...), así como el Convenio núm. 158 de la OIT (...), determinan que en nuestro sistema de relaciones laborales todos los trabajadores tienen derecho a una oportunidad justa de defenderse frente a cualquier imputación o alegación y de ser oídos para atenuar las posibles sanciones (especialmente el despido) de los directivos responsables de tales decisiones antes de su adopción. Ésta no es una cuestión irrelevante que pueda tomarse a la ligera o considerarse un mero formalismo. Se trata de un principio fundamental de las buenas relaciones laborales.»

País: Sudáfrica

Modise y otros c. Steve's Spar, Tribunal de Apelación Laboral, 15 de marzo de 2000, núm. JA 29/99

Los tribunales sudafricanos acudieron también al Convenio núm. 158 de la OIT cuando los textos nacionales sobre el procedimiento de despido no eran claros sobre la obligación a cargo del empleador de hacer preceder el despido de una entrevista. En particular, el Tribunal de Apelación Laboral debía decidir si en caso de huelga ilegal la empresa estaba igualmente obligada a respetar la regla de celebrar una entrevista previa con los trabajadores o sus representantes antes de poner fin a sus contratos de trabajo. A fin de reconocer la obligación de entrevistarse con los trabajadores antes de proceder a su despido pese a la ausencia de disposiciones internas al respecto, la Corte se basó en las disposiciones del Convenio núm. 158, a pesar de que Sudáfrica no había ratificado este Convenio.

«El procedimiento de la entrevista previa se adecua a las normas internacionales, no así la ausencia de la misma. Afirmo lo anterior porque, con bastante claridad, el Convenio núm. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, contiene la norma general de que una empresa no puede despedir a un trabajador por razones basadas en su conducta o rendimiento laboral sin ofrecerle antes la oportunidad de defenderse de los cargos formulados contra él. A este respecto, el Convenio no estipula que dicha obligación no sea de aplicación a los casos de despido por huelga. Mas al contrario, debe aplicarse también al despido de huelguistas ya que se trata de un despido por razones basadas en la conducta del trabajador. El Convenio sólo prevé una excepción, suficientemente amplia para englobar todas las excepciones normalmente aplicables a la regla de la entrevista previa. La ausencia de la misma es directamente contraria al Convenio o, al menos, incompatible con el mismo.»

II.A.4. Derecho al recurso contra el despido y reparación en caso de despido injustificado

En virtud del artículo 8 del Convenio, un trabajador que considere haber sido objeto de una medida injustificada de terminación de su relación de trabajo debe poder recurrir contra la misma ante un organismo imparcial, tal como una corte, un tribunal laboral, una comisión de arbitraje o un árbitro¹¹⁸. En su párrafo 2, el artículo 8 prevé que el ejercicio del derecho de recurso podrá variar de conformidad con la legislación y la práctica nacionales cuando el despido haya estado previamente «autorizado por una autoridad competente». No obstante, esta disposición no permite que se ponga en tela de juicio el derecho del que dispone todo trabajador a recurrir ante un organismo imparcial contra la terminación de su relación de trabajo¹¹⁹.

El párrafo 3 del artículo 8, dispone finalmente «que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable».

Sobre las competencias de los órganos encargados de conocer recursos contra los despidos, el párrafo 1 del artículo 9 consagra como principio esencial que los organismos competentes «estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada».

En ese mismo sentido, en materia de despido económico, el párrafo 3 del artículo 9 del Convenio indica que los organismos competentes para conocer recursos contra los despidos deben estar habilitados para determinar si la terminación de la relación de trabajo versa realmente en razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa.

Los dos últimos puntos destacados revisten una gran importancia en la medida en que habilitan a los tribunales nacionales a determinar si las razones invocadas por el empleador con ocasión del despido, incluso existiendo fácticamente, constituyen o no, en realidad, un pretexto para despedir a un asalariado por motivos discriminatorios.

Carga de la prueba

El artículo 9 consagra el principio de que el trabajador no debe asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada¹²⁰. Para ello, el artículo deja a los Estados la elección entre dos posibilidades:

- sea que incumba al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación;
- sea que el organismo imparcial esté facultado para conformar su convicción habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y, de ser el caso, en virtud de las informaciones recogidas por el organismo mismo en virtud de su poder de instrucción, del cual puede disponer con base en los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales¹²¹.

¹¹⁸ El artículo 8, párrafo 3, del Convenio núm. 158 dispone que podrá considerarse que un trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable después de la terminación.

¹¹⁹ Véase OIT: Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 179.

¹²⁰ Véase, a este respecto, la solicitud directa de la Comisión de Expertos dirigida a Luxemburgo en 2005 y disponible en Internet.

¹²¹ Véase OIT: Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafo 116 y siguientes.

Reparación en caso de despido injustificado

En virtud del artículo 10 del Convenio, la reparación concedida al trabajador en caso de despido injustificado consiste: i) bien, de estar previsto por el ordenamiento jurídico, en la anulación del despido y la obligación de reintegrar al trabajador, ii) bien en el pago de una indemnización adecuada o de cualquier otra forma de reparación considerada como apropiada. Resulta claramente de la redacción del artículo 10 que el Convenio privilegia la anulación del despido y el reintegro como medios de reparación del despido injustificado. No obstante, cuando los tribunales no tienen el poder o no consideran posible anular el despido o reintegrar al asalariado, podrán entonces concederle al trabajador una compensación pecuniaria adecuada.

Frente al problema del carácter adecuado de la reparación del despido injustificado, cuestión que surge frecuentemente ante los tribunales nacionales, la posición de los órganos de control de la OIT puede constituir una fuente importante de inspiración. La Comisión de Expertos considera que la reparación en caso de despido que vulnere un derecho fundamental, debería tener como fin la reparación integral, tanto en lo financiero como en lo profesional, del perjuicio sufrido por el trabajador, siendo generalmente la mejor solución el reintegro del trabajador a sus funciones con remuneración de todos los salarios dejados de recibir y con la conservación de los derechos adquiridos.

En vista de lo anterior, la Comisión estima que la reparación en caso de terminación que menoscabe un derecho fundamental debería tener como objetivo la reparación íntegra del perjuicio sufrido por el trabajador, tanto desde el punto de vista financiero como profesional, y la mejor solución es generalmente la readmisión del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y con el mantenimiento de sus derechos adquiridos. Con ese fin, los organismos neutrales deberían disponer de todos los poderes necesarios para estatuir de forma rápida, completa y con total independencia, en especial para decidir cuál es la solución más adecuada en función de las circunstancias, incluida la posibilidad de readmisión en el empleo. Cuando la readmisión como forma de indemnización no está prevista, no resulta posible o no es la solución deseada por el trabajador, sería conveniente que las indemnizaciones concedidas por una terminación basada en un motivo que menoscaba un derecho humano fundamental guarden relación con el perjuicio sufrido y sean más elevadas que cuando se trata de otros tipos de terminación. La Comisión señala, a este respecto, que en un país el límite máximo de la indemnización que puede ser atribuida en caso de discriminación por motivos de sexo o de raza ha sido revocado y que los tribunales están facultados para conceder intereses sobre las indemnizaciones. La supresión de dicho límite ha tenido como consecuencia la interposición de un gran número de recursos, especialmente por mujeres cuya relación de trabajo se había dado por terminada en ciertos servicios públicos por causa de embarazo. El promedio de las indemnizaciones está aumentando y se han concedido indemnizaciones importantes por algunos tribunales.

Fuente: OIT: Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos, op. cit., párrafo 232

A continuación, un ejemplo de utilización judicial del Convenio núm. 158 en materia de sanción frente a los despidos ilícitos.

País: España

Tribunal constitucional de España, 18 de enero de 1993, decisión 14/93

En esta decisión, el Tribunal Constitucional de España se refirió al artículo 5 c) del Convenio núm. 158 de la OIT para confirmar su argumentación según la cual el despido decidido en respuesta a una reclamación de una asalariada, debe conllevar la nulidad del despido y el reintegro de la trabajadora, no constituyendo en este caso una simple compensación pecuniaria una reparación adecuada.

La valoración del carácter adecuado de la reparación del despido injustificado se encuentra también en ciertas decisiones recientes en Gran Bretaña donde, pese a que el Convenio núm. 158 no ha sido citado, la manera particularmente humillante en que un contrato de trabajo es terminado, ha dado lugar a la creación de un nuevo criterio de perjuicio indemnizable¹²².

II.A.5. Preaviso e indemnización por despido

Preaviso

En virtud del artículo 11 del Convenio, los empleadores deben conceder a los trabajadores un preaviso de duración razonable o la indemnización a que haya lugar, excepto si el trabajador ha cometido una falta grave, definida como una falta de naturaleza tal que razonablemente no permita exigir al empleador que continúe ocupando al trabajador durante este período.

A continuación, un ejemplo de sentencia judicial nacional que reconoce el carácter de directamente aplicable del artículo 11 del Convenio núm. 158.

País: Francia

Caso núm. 906 del 29 de marzo de 2006, Corte de Casación, Sala social, apelación núm. 04-46.499

Un asalariado despedido sin preaviso tres meses después de haber sido contratado, reclamó ante la justicia una indemnización compensatoria por preaviso, a pesar de que el Código del trabajo francés hiciera obligatorio el preaviso sólo para los asalariados que tuvieran al menos 6 meses de antigüedad. Para fundar sus pretensiones, el trabajador se refirió al Convenio núm. 158 de la OIT, ratificado por Francia. El Tribunal de Apelación del asunto, acogió en segunda instancia las pretensiones del asalariado. El empleador recurrió el caso ante la Corte de Casación.

Con el fin de resolver el litigio, la Corte se expresó primero sobre las reglas jurídicas aplicables al litigio: «teniendo en cuenta los artículos 1, el b) del párrafo 2 del artículo 2, y el artículo 11 del Convenio Internacional del Trabajo núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador adoptada en Ginebra el 22 de junio de 1982 y entrada en vigor en Francia el 16 de marzo de 1990, que son directamente aplicables ante los tribunales nacionales (...)».

La Corte se concentró luego sobre la conformidad de las disposiciones del Código del trabajo que subordinan el derecho al preaviso a una antigüedad de 6 meses con las disposiciones del Convenio núm. 158. Después de haber puesto de presente que el artículo 2, párrafo 2 b), del Convenio le permitía a los Estados parte excluir de su campo de aplicación de toda o una parte del Convenio a ciertas categorías de trabajadores, especialmente los que no tenían el período de antigüedad requerida, a condición de que su duración fuera fijada por anticipado y fuera razonable, la Corte consideró que la antigüedad de 6 meses prevista por el Código constituía una duración razonable.

¹²² Véase, a modo de ejemplo, *Dunnachie c. Kingston upon Hull City Council*, [2004] IRLR 287 (CA).

Indemnización por despido

El artículo 12 del Convenio dispone que los trabajadores que pierden su empleo deben tener derecho o a una indemnización por despido, o a seguro de desempleo o a otros tipos de prestaciones sociales. En caso de pago de una indemnización por despido, ésta debería tomar en cuenta la antigüedad del trabajador en la empresa.

Finalmente, el artículo 12 permite a los Estados contemplar la pérdida del derecho a la indemnización por despido en caso de falta grave del asalariado.

II.A.6. Despidos colectivos

A propósito de los despidos colectivos fundados en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los artículos 13 y 14 del Convenio prevén, por una parte, la utilización de procedimientos previos de información y consulta a los representantes de los trabajadores y, por otra parte, una notificación a las autoridades administrativas competentes.

Para que los representantes de los trabajadores puedan abordar las consultas disponiendo de los elementos necesarios para expresar sus ideas sobre las medidas por tomar, el empleador debe brindar en un tiempo prudencial las informaciones pertinentes sobre los despidos previstos. Con el fin de que esta consulta pueda constituir un aporte positivo, el Convenio prevé que debe efectuarse con tanta anterioridad como sea posible, lo que permitirá contemplar sin precipitación las posibles medidas. El Convenio se refiere a los objetivos de la consulta, cuales son las medidas por adoptar para evitar o limitar los despidos y para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, particularmente para la posibilidad de reubicación en otro empleo. Una vez más, el texto ofrece cierta flexibilidad para tener en cuenta las dificultades que deben afrontar los empleadores. De hecho, la aplicación del artículo 13 puede ser limitada a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a una cifra o a un porcentaje determinados del personal.

En virtud del artículo 14, el empleador debe notificar lo antes posible a la autoridad competente, toda eventual reestructuración que pueda conllevar desempleo técnico o despidos. El artículo 14 requiere algunas informaciones y datos pertinentes para anexar a esta notificación: una constancia por escrito de los motivos, el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones. Además, el empleador deberá informar a la autoridad competente de los eventuales despidos con un plazo mínimo de antelación a la fecha en que se procederá a las terminaciones, plazo que será especificado por la legislación nacional. La potencial carga administrativa que pueden significar para las microempresas estas exigencias de información, es tenida en cuenta por el Convenio que introduce cierta flexibilidad en el párrafo 2 del artículo 14 que dispone que: «La legislación nacional podrá limitar la aplicabilidad del (...) presente artículo a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a un número o a un porcentaje determinados del personal». El artículo 14 conduce entonces al juez a un examen de los datos económicos a fin de evaluar la necesidad de la medida tomada por el empleador.

II.B. Recomendación sobre el despido, 1982 (núm. 166)

Junto con el Convenio núm. 158, la Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, refuerza y completa ciertas disposiciones esenciales del Convenio y puede constituir también una fuente útil de inspiración para los jueces y operadores jurídicos nacionales.

En primer lugar, la Recomendación sugiere algunos detalles prácticos sobre la forma de llevar a cabo un procedimiento equitativo de despido: notificación escrita de los motivos del despido,

procedimiento de conciliación antes o durante la interposición del recurso contra la terminación de la relación de trabajo, períodos de tiempo libre de duración razonable durante el período de preaviso sin pérdida de remuneración, con el fin de buscar otro empleo, la posibilidad de una «segunda oportunidad» para que el trabajador mejore la calidad de su trabajo, etc.

Por otro lado, la Recomendación añade a la lista de los motivos no válidos de despido, la edad y la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio (párrafo 5).

La Recomendación brinda también precisiones para los casos en que el empleador, después de haber satisfecho todas sus obligaciones, se ve forzado, sin embargo, a llevar a cabo despidos colectivos. El párrafo 21 de la Recomendación enumera importantes medidas con miras a evitar o limitar al máximo los despidos: restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución progresiva del personal, sin reponer las bajas en un cierto período con el fin de sacar provecho de la disminución natural del personal, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo.

Por último, el párrafo 24 de la Recomendación indica que los empleadores, cuando vuelven a estar en posibilidad de contratar de nuevo a trabajadores con calificaciones comparables, deberían dar prioridad, durante cierto período de tiempo, a los trabajadores despedidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. Los empleadores deberían también ayudar a los trabajadores a buscar otro empleo adecuado, por ejemplo mediante contactos directos con otros empleadores.

II.C. Disposiciones relativas al despido contenidas en otros instrumentos de la OIT

Con respecto a los litigios por despido, la contribución de los instrumentos de la OIT que no tratan principalmente de la ruptura del contrato de trabajo se centran esencialmente en la protección contra los despidos discriminatorios. La referencia a estos instrumentos y a los pronunciamientos de los órganos de control que los acompañan puede resultar particularmente útil para los jueces y operadores jurídicos nacionales frente a cuatro puntos diferentes.

II.C.1. La prohibición de los motivos de despido considerados como discriminatorios

Retomando o ampliando el contenido del artículo 5 del Convenio núm. 158, una serie de convenios de la OIT permiten calificar de discriminatorios y prohibir los despidos fundados en los siguientes motivos:

- la afiliación sindical o la participación en actividades sindicales¹²³;
- el cargo de representante de los trabajadores¹²⁴;
- la raza, el color, el sexo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional y el origen social¹²⁵;
- las responsabilidades familiares¹²⁶;
- la invalidez¹²⁷; y

¹²³ Véase Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98). Se advierte aquí también la Recomendación sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 149). Este texto propone que los Gobiernos proporcionen una protección eficaz frente al despido a los trabajadores rurales que intentan establecer organizaciones para su bienestar económico y social.

¹²⁴ Véase Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135).

¹²⁵ Véase Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

¹²⁶ Véase Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156).

¹²⁷ Véase Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, 1983 (núm. 159).

■ la maternidad¹²⁸.

Como se indicó anteriormente, el artículo 5 del Convenio núm. 158 abarca ya una parte de los motivos de despido indicados arriba. No obstante, más allá de la prohibición de motivos discriminatorios suplementarios, la referencia a los antedichos instrumentos puede resultar particularmente útil para los jueces y operadores jurídicos de los países que todavía no hubieran ratificado el Convenio núm. 158.

Para finalizar, sobre los motivos de despido considerados como discriminatorios por los diferentes instrumentos de la OIT, es pertinente destacar una vez más la importancia del repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo (2001). El repertorio señala que la infección por el VIH / SIDA no es un motivo de despido y que las personas que padecen este virus deberían tener la posibilidad de trabajar mientras se encuentren aptas médicamente para hacerlo en un puesto existente apropiado¹²⁹.

II.C.2. La carga de la prueba en caso de la interposición de recurso contra un despido considerado como discriminatorio

Es importante, en particular para las cortes y los tribunales de países que no han ratificado el Convenio núm. 158, saber que varios convenios y recomendaciones de la OIT ofrecen un fundamento jurídico para invertir la carga de la prueba en caso de alegaciones con ocasión de un despido discriminatorio.

Así, en lo que se refiere a la protección de la maternidad, el artículo 8, párrafo 1 del Convenio núm. 183 dispone que incumbe al empleador probar que el despido no tiene relación con el estado de embarazo, el nacimiento del niño y sus consecuencias o la lactancia.

Lo mismo sucede frente a los representantes de los trabajadores. El párrafo 6, 2) e) de la Recomendación núm. 143¹³⁰ sugiere imponer al empleador la obligación de probar que los despidos de los representantes de los trabajadores eran justificados.

II.C.3. La sanción a los despidos discriminatorios

Los convenios y recomendaciones de la OIT en materia de libertad sindical y el análisis de los órganos de control de la OIT constituyen un fundamento jurídico de primer orden para los tribunales que procuran imponer sanciones que resulten verdaderamente eficaces y disuasivas contra los despidos antisindicales¹³¹.

Los artículos 1 de los Convenios núms. 98 y 135, imponen a los Estados la obligación de garantizar una protección eficaz y adecuada contra los despidos fundados en las actividades sindicales o de representación de los trabajadores.

A este respecto, la Comisión de Expertos considera que «una legislación que en la práctica permita al empleador poner término al empleo de un trabajador a condición de pagar la indemnización prevista por la ley para todos los casos de despido injustificado, cuando el motivo real es su afiliación o sus actividades sindicales, es insuficiente, habida cuenta del artículo 1 del Convenio [núm. 98], y que la reintegración del trabajador es la medida más apropiada (...)En caso de imposibilidad de reintegración, las indemnizaciones por despido antisindical deberían ser más elevadas que las previstas para los demás tipos de despido»¹³².

¹²⁸ Véase Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183).

¹²⁹ Véase párrafo 4.8 del Repertorio, «Continuación de la relación de trabajo».

¹³⁰ Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143).

¹³¹ Véase *supra*, capítulo 1 sobre la libertad sindical.

¹³² OIT: Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos, *op. cit.*, párrafos 220 et 221.

En el mismo sentido, se advierte que la reintegración se encuentra expresamente sugerida por el párrafo 6, 2) *d)* de la Recomendación núm. 143 en caso de despido injustificado de los representantes de los trabajadores.

A continuación, un ejemplo de utilización judicial de los antedichos instrumentos con el fin de asegurar una protección eficaz contra los despidos discriminatorios.

País: España

Tribunal constitucional de España, Recurso de amparo, 23 de noviembre de 1981, núm. 38/1981

En esta sentencia, el Tribunal constitucional de España se refirió a los instrumentos de la OIT en materia de libertad sindical para reforzar la protección de los trabajadores contra los despidos antisindicales. Con fundamento en los Convenios núms. 98 y 135, la Recomendación núm. 143 sobre los representantes de los trabajadores y las decisiones del Comité de Libertad Sindical, el Tribunal decidió que una protección eficaz de la libertad sindical suponía:

- atribuir al empleador la carga de la prueba en caso de alegación por despido antisindical; y
- reintegrar en su empleo a los candidatos al puesto de representantes de los trabajadores que fueron despedidos a causa de su candidatura, al no constituir una simple compensación pecuniaria una protección suficiente de dicha libertad reconocida como constitucional.

Para concluir acerca de la protección contra los despidos discriminatorios, se advierte que la Recomendación núm. 143 sugiere también en su párrafo 6, 2) *f)* garantizar a los representantes de los trabajadores una protección reforzada contra los despidos económicos reconociéndoles prioridad en la conservación de su empleo en caso de reducción del personal.

II.C.4. El aporte de los instrumentos de la OIT frente a otros aspectos de la protección contra el despido

Respecto a los trabajadores a tiempo parcial, el artículo 7 *b)* del Convenio núm. 175¹³³ estipula que frente a la terminación de la relación de trabajo, los Estados deben garantizar que los trabajadores a tiempo parcial gocen de protección equivalente a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable.

Finalmente, en materia de indemnizaciones por despido, se destaca el aporte del Convenio núm. 173 sobre la protección de los créditos de los trabajadores en caso de insolvencia de su empleador, 1992. El artículo 6 *d)* del Convenio ubica las indemnizaciones adeudadas por concepto de la terminación de la relación de trabajo entre las indemnizaciones protegidas por privilegio en caso de insolvencia del empleador.

III. Disposiciones pertinentes contenidas en algunos instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos

Reconocimiento del derecho al trabajo y sus implicaciones en materia de despido

Como fue posible advertirlo con el análisis del Convenio núm. 158 de la OIT, el derecho del asalariado a no ser despedido injustificadamente constituye el principio básico de las normas de la OIT en la materia. Si bien la Declaración universal de los derechos humanos y el Pacto

¹³³ Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175).

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no consagran expresamente este principio, sí reconocen el derecho de toda persona al trabajo¹³⁴.

De la reciente observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³⁵ se desprende que el reconocimiento del derecho al trabajo supone que los Estados garanticen la protección de los trabajadores contra el despido injustificado¹³⁶. Teniendo en cuenta la gran cantidad de ratificaciones recibidas por el Pacto¹³⁷, esta interpretación es importante en la medida en que puede ofrecer a los tribunales de países que no han ratificado el Convenio núm. 158 pero que son partes al Pacto, un fundamento jurídico para consagrar la prohibición de los despidos injustificados¹³⁸.

Extractos de la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre «El derecho al trabajo»

Contenido normativo del derecho al trabajo: (...) El derecho al trabajo (...) Además implica el derecho a no ser privado injustamente de empleo.

El Convenio núm. 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente.

Incumplimientos de la obligación de respetar: (...) Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente. Dichas medidas constituirían una violación de la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho al trabajo.

Incumplimientos de la obligación de proteger: (...) Abarca ciertas omisiones, como el hecho de no reglamentar la actividad de particulares, de grupos o de

sociedades para impedirles que vulneren el derecho al trabajo de otras personas; o el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente.

Fuente: Documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/18, párrafos 6, 11, 34-35

Prohibición de ciertos motivos de despido

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹³⁹ y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer tratan también los problemas del mundo del trabajo en el marco de su campo de aplicación.

¹³⁴ El artículo 23, párrafo 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra que «Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo». El artículo 6 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales consagra el derecho de toda persona a tener la posibilidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y obliga a los Estados parte a «tomar las medidas adecuadas para lograr la pleno 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».

¹³⁵ El órgano de control del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹³⁶ Observación general 18 (2005) del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales relativo al «El derecho al trabajo» (Documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/18).

¹³⁷ 160 ratificaciones al 23 de junio de 2009.

¹³⁸ Véase *supra*, parte 2, capítulo 3 de este manual.

¹³⁹ El artículo 5 e) i) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial utiliza términos generales refiriéndose a las «condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo».

El artículo 11, párrafo 1 b) y c), de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer consagra la obligación general de garantizar iguales posibilidades de empleo, «inclusive en la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo», abarcando no sólo los criterios de contratación o de ascenso sino también aquellos aplicables al despido.

Finalmente, de manera más explícita, el artículo 11, párrafo 2 a), de la Convención pide a los Estados Parte comprometerse a tomar medidas apropiadas que tengan para objeto «Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil»¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Por último, observamos que otras declaraciones internacionales y tratados de las Naciones Unidas, en particular los relativos a los derechos de las personas discapacitadas, se refieren también a los derechos económicos y sociales de hombres y mujeres, y, en particular, a la conservación del empleo.

Recursos

Referencias bibliográficas

- Bronstein, A.: Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, núm. 1 (primavera), 1997
- CIF-OIT: *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, Turín, diciembre de 2007
- : *Guía sobre las normas internacionales del trabajo* (Turín, 2006)
- Hodges-Aeberhard, J.: «Termination of the Employment Relationship at the Initiative of the Employer», Artículo escrito en 2006 para el CIF-OIT de Turín [disponible únicamente en inglés]
- OIT: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª reunión, Ginebra, 2009
- : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 94.ª reunión, Ginebra, 2006
- : *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 89.ª reunión, Ginebra, 2001
- : *Las normas internacionales del trabajo, un enfoque global*, versión preliminar (Ginebra, 2001)
- : *Termination of Employment Digest*, Ginebra, 2000 [disponible únicamente en inglés]
- : *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.ª reunión, Ginebra, 1996
- : *Protección contra el despido injustificado. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, Ginebra, 1995
- : *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª reunión, Ginebra, 1994

Documentos

■ OIT

Instrumentos en material de terminación de la relación de trabajo:

Convenio (núm. 158) y Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982

Otros instrumentos relevantes:

Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

Convenio (núm. 135) y Recomendación (núm. 143) sobre los representantes de los trabajadores, 1971

Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156)

Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, 1983 (núm. 159)

Convenio sobre la protección de los créditos de los trabajadores en caso de insolvencia de su empleador, 1992 (núm. 173)

Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175)

Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)

(núm. 119)

(núm. 149)

Repertorio de directivas practicas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo, 2001

■ Naciones Unidas

Instrumentos relevantes:

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965

Comentarios relevantes de los órganos de control:

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 18 (2005) sobre «El derecho al trabajo»

■ Unión Europea

Directivas relevantes:

Directiva del Consejo 75/129/CEE del 17 de febrero de 1975 referente a la **aproximación de las legislaciones de los Estados** Miembros que se refieren a los despidos colectivos, Boletín Oficial núm. L48 de 22/02/1975

Directiva del Consejo 98/59/CE del 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos, Boletín Oficial núm. L225 de 12/08/1998

Directiva del Consejo 2001/23/CE del 12 de marzo de 2001 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 empresas o de centros de actividad, Boletín Oficial núm. L82 de 22/03/2001

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2002/14/CE del 11 de marzo de 2002 por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, Boletín Oficial núm. L80 de 23/03/2002

Enlaces Internet

■ OIT

Portal web de la OIT: www.ilo.org

Convenios y protocolos de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>

Recomendaciones de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>

Informes generales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/ceacrrepsq.htm>

Estudios generales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/surveyq.htm>

ILOLEX, base de datos que contiene los Convenios y Recomendaciones de la OIT, ratificaciones, comentarios de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical,

reclamaciones, quejas, interpretaciones, estudios generales, y numerosos documentos vinculados: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/>

APPLIS, base de datos que contiene informaciones sobre las ratificaciones, los comentarios de la Comisión de expertos y las obligaciones de los Estados en materia de sumisión de memorias: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=es>

■ Naciones Unidas

Portal web del ACNUDH: <http://www.ohchr.org/>

Documentos de los órganos de los tratados: <http://tb.ohchr.org/default.aspx>

Sugerencias pedagógicas

Parte preliminar

Nociones previas al estudio de la utilización judicial del derecho laboral internacional

Objetivos pedagógicos, tiempo necesario y métodos de formación

Objetivos pedagógicos

Al final de esta parte, los/las participantes serán capaces de:

- comprender los factores que contribuyen a la aproximación entre los poderes judiciales nacionales y el derecho internacional de los derechos humanos;
- comprender la importancia de la acción legislativa para la aplicación efectiva del derecho laboral internacional a escala nacional; y
- describir el origen, el mandato, las funciones principales y la estructura de la Organización Internacional del Trabajo.

Tiempo necesario y métodos de formación

Dos sesiones de hora y media para la presentación del tema por parte del formador o de la formadora.

Parte 1

Cuándo y cómo pueden las jurisdicciones nacionales utilizar el derecho laboral internacional

Objetivos pedagógicos, tiempo necesario y métodos de formación

Objetivos pedagógicos

Al final de esta parte, los/las participantes serán capaces de:

- comprender las razones que explican el fenómeno creciente de utilización judicial del derecho laboral internacional;
- distinguir los distintos roles que puede desempeñar el derecho laboral internacional en la resolución de litigios;
- determinar en qué situaciones y condiciones jurídicas se pueden aplicar las distintas formas de utilización judicial del derecho laboral internacional; y
- determinar las posibilidades de utilización judicial del derecho laboral internacional en el marco del sistema jurídico de su país.

Tiempo necesario y métodos de formación

Cuatro sesiones de hora y media organizadas de la siguiente forma:

- una primera sesión consagrada a un taller en el que compartir experiencias sobre el lugar que ocupa el derecho laboral internacional en el derecho interno y sobre la utilización judicial del derecho laboral internacional (véase la actividad núm. 1);
- dos sesiones de presentación del tema por parte del formador o de la formadora; y
- una cuarta sesión consagrada a un caso práctico en el que se exponga la utilización judicial del derecho laboral internacional (véase la actividad núm. 2).

Parte 2 **as fuentes del derecho laboral internacional a disposición de los jueces y profesionales del derecho**

Capítulo 1

Las normas internacionales del trabajo adoptadas por la

Objetivos pedagógicos, tiempo necesario y métodos de formación

Objetivos pedagógicos

Al final de este capítulo, los/las participantes serán capaces de:

- comprender las principales características de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo;
- distinguir los distintos tipos de disposiciones contenidas en los convenios de la OIT; y
- valorar en qué medida los distintos tipos de disposiciones antes mencionados pueden dar lugar a una utilización judicial.

Tiempo necesario y métodos de formación

Dos sesiones de hora y media para la presentación del tema por parte del formador o de la formadora, que incluirá la lectura y el análisis de extractos de convenios y recomendaciones de la OIT.

Capítulo 2

La labor de los órganos de control de la

Objetivos pedagógicos, tiempo necesario y métodos de formación

Objetivos pedagógicos

Al final de este capítulo, los/las participantes serán capaces de:

- describir las funciones y los métodos de trabajo de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical;
- medir la importancia de la labor de los órganos de control para comprender el sentido y el alcance de las normas de la OIT; y

- dominar los elementos de discusión relacionados con el valor jurídico de los trabajos de los órganos de control internacionales.

Tiempo necesario y métodos de formación

Cuatro sesiones organizadas de la siguiente forma:

- una hora y media para la presentación del tema por parte del formador o de la formadora, que incluirá la lectura de extractos de trabajos de los órganos de control de la OIT por parte de los/as participantes;
- una hora para la presentación y el debate sobre el valor jurídico de los trabajos de los órganos de control de la OIT; y
- una hora y media consagrada a la resolución de un caso práctico, que supone la utilización de un estudio general de la Comisión de Expertos (véase la actividad núm. 3).

Capítulo 3

Las fuentes del derecho laboral internacional dimanante de las Naciones Unidas

Objetivos pedagógicos, tiempo necesario y métodos de formación

Objetivos pedagógicos

Al final de este capítulo, los/las participantes serán capaces de:

- individuar las disposiciones pertinentes en materia laboral contenidas en los principales instrumentos de las Naciones Unidas relacionados con los derechos humanos;
- comprender la complementariedad existente entre los instrumentos de las Naciones Unidas relacionados con los derechos humanos y las normas de la OIT; y
- comprender la importancia de los trabajos de los órganos internacionales de control para comprender el sentido y el alcance de los instrumentos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

Tiempo necesario y métodos de formación

Una sesión de hora y media para la presentación del tema por parte del formador o de la formadora. La sesión incluirá la lectura y el análisis, por parte de los/as participantes, de una selección de disposiciones de los Pactos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos con el objeto de resaltar la complementariedad con las normas de la OIT.

Parte 3

El contenido de las normas internacionales del trabajo con respecto a algunos temas específicos y su interés para los jueces y los profesionales del derecho

Capítulo 1

La libertad sindical y la negociación colectiva

Objetivos pedagógicos, tiempo necesario y métodos de formación

Objetivos pedagógicos

Al final de este capítulo, los/las participantes serán capaces de:

- dominar el contenido de los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT;
- comprender la contribución de los trabajos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical con respecto al contenido de esos convenios;
- comprender la contribución de otros instrumentos de la OIT pertinentes en materia de libertad sindical y negociación colectiva;
- comprender de qué forma las citadas fuentes internacionales pueden constituir un apoyo para la resolución de litigios de ámbito nacional; y
- determinar los aspectos del derecho nacional relativos a la libertad sindical y a la negociación colectiva para los que podría ser útil recurrir a estas fuentes internacionales.

Tiempo necesario y métodos de formación

Cuatro sesiones de hora y media organizadas de la siguiente forma:

- dos sesiones y media (1h30 + 1h30 + 45 minutos) para la presentación del tema por parte del formador o de la formadora. Con la finalidad de alcanzar los citados objetivos, esta presentación deberá incluir: la lectura y el análisis de extractos del Estudio General de 1994 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical; la lectura y el análisis de las observaciones y solicitudes directas recientes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en materia de libertad sindical y de las eventuales decisiones recientes del Comité de Libertad Sindical relacionadas con los países de los/as participantes; y de las referencias a casos de jurisprudencia nacional en los que se hayan utilizado los instrumentos internacionales en materia de libertad sindical y negociación colectiva;
- una sesión y media (45 minutos + 1h30) consagrada a la resolución de un caso práctico en materia de libertad sindical y negociación colectiva (a escoger entre la actividad núm. 4 y la actividad núm. 5).

Capítulo 2

La igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación

Objetivos pedagógicos, tiempo necesario y métodos de formación

Objetivos pedagógicos

Al final de este capítulo, los/las participantes serán capaces de:

- dominar el contenido de los Convenios núms. 100 y 111 de la OIT;
- comprender la contribución de los trabajos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones con respecto al contenido de dichos convenios;
- comprender la contribución de otros instrumentos de la OIT y de las Naciones Unidas pertinentes en materia de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación;
- comprender de qué forma las citadas fuentes internacionales pueden constituir un apoyo para la resolución de litigios de ámbito nacional; y
- determinar los aspectos del derecho nacional relativos a la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación para los que podría ser útil recurrir a estas fuentes internacionales.

Tiempo necesario y métodos de formación

Cuatro sesiones de hora y media organizadas de la siguiente forma:

- dos sesiones y media (1h30 + 1h30 + 45 minutos) para la presentación del tema por parte del formador o de la formadora. Con la finalidad de alcanzar los citados objetivos, esta presentación deberá incluir: la lectura y el análisis de extractos de estudios generales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones; la lectura y el análisis de las observaciones y solicitudes directas recientes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en materia de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación relacionadas con los países de los/as participantes; y de las referencias a casos de jurisprudencia nacional en los que se hayan utilizado las fuentes internacionales en materia de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación;
- una sesión y media (45 minutos + 1h30) consagrada a la resolución de un caso práctico en materia de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación (a escoger entre la actividad núm. 6 y la actividad núm. 7).

Capítulo 3

La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador

Objetivos pedagógicos, tiempo necesario y métodos de formación

Objetivos pedagógicos

Al final de este capítulo, los/las participantes serán capaces de:

- dominar el contenido del Convenio núm. 158 de la OIT y de la Recomendación núm. 166 que lo acompaña;

- comprender la contribución de los trabajos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones con respecto al contenido de dichos instrumentos;
- comprender la contribución de otros instrumentos de la OIT que puedan ser pertinentes en materia de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador;
- comprender de qué forma las citadas fuentes internacionales pueden constituir un apoyo para la resolución de litigios de ámbito nacional; y
- determinar los aspectos del derecho nacional relativos a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador para los que podría ser útil recurrir a estas fuentes internacionales.

Tiempo necesario y métodos de formación

Tres sesiones de hora y media organizadas de la siguiente forma:

- una sesión y media (1h30 + 45 minutos) para la presentación del tema por parte del formador o de la formadora. Con la finalidad de alcanzar los citados objetivos, esta presentación deberá incluir: la lectura y el análisis de extractos del Estudio General de 1995 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones; la lectura y el análisis de las eventuales observaciones y solicitudes directas recientes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en materia de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador relacionadas con los países de los/as participantes; y de las referencias a casos de jurisprudencia nacional en los que se hayan utilizado las fuentes internacionales en materia de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador;
- una sesión y media (45 minutos + 1h30) consagrada a la resolución de un caso práctico en materia de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (véase actividad núm. 8).

Actividades

Actividad 1. Intercambio de experiencias sobre la posición del derecho internacional en el derecho interno y sobre la utilización judicial del derecho internacional del trabajo

Objetivos de la actividad

Permitir a los/las participantes analizar en forma interactiva:

- la posición de los Tratados internacionales ratificados en el derecho interno;
- la eventual existencia de decisiones de los tribunales de su país que utilicen el derecho internacional del trabajo; y
- la posibilidad para los tribunales de su país de referirse al derecho internacional del trabajo.

Duración aproximada de la actividad

- 60 minutos como mínimo para el intercambio de puntos de vista en grupo y la elaboración de un informe común.
- 10 minutos para la presentación del informe en plenaria.

Tareas de los/las participantes

Reunidos en pequeños grupos de trabajo, los participantes deberán responder a las siguientes preguntas:

1. ¿Una vez ratificados y publicados, los Tratados internacionales hacen parte directamente de su derecho interno? En caso de respuesta negativa, indique cómo se incorporan al Derecho nacional.
2. ¿Qué lugar ocupa el derecho internacional en la jerarquía normativa a nivel nacional?
3. ¿De qué manera los tribunales de su país resuelven o resolverían los casos de incompatibilidad entre el Derecho nacional y los Tratados internacionales ratificados?
4. ¿Puede citar algunos casos en los que el derecho internacional haya sido utilizado por los tribunales de su país para resolver directamente un litigio?
5. ¿Puede citar algunos casos en los que el derecho internacional haya sido utilizado por los tribunales de su país para interpretar una disposición de su Derecho interno? Si la respuesta es negativa, ¿cree usted que la utilización del derecho internacional en tal sentido por los tribunales de su país sería posible?
6. ¿En su criterio existen motivos de índole jurídico que impiden un uso más frecuente del derecho internacional por parte de los tribunales de su país (por ejemplo, los principios de interpretación de la legislación nacional, la atribución de competencias en el control de constitucionalidad de las leyes, la posibilidad o no para el tribunal de aplicar de oficio una norma jurídica o tal vez el carácter no directamente aplicable de algunas de las disposiciones de los Tratados internacionales, etc.)?

7. ¿Existen cuestiones jurídicas específicas frente a las que la referencia al derecho internacional del trabajo por parte de los jueces y abogados de su país podría resultar útil con el fin de solucionar mejor algunos litigios¹?

Observaciones para el formador/la formadora

Se aconseja fuertemente enviar este cuestionario a los participantes antes del inicio del seminario con el fin de permitirles comenzar de antemano su reflexión sobre el tema de la utilización judicial del derecho internacional y poder efectuar las investigaciones jurisprudenciales necesarias para responder a las preguntas.

¹ Al comienzo del seminario los/las participantes encontrarán a menudo difícil responder a este interrogante en la medida en que probablemente la mayoría de ellos aún no habrá tenido la ocasión de estudiar el contenido del derecho internacional del trabajo. No obstante, resulta útil hacer reflexionar a los/las participantes desde el comienzo del seminario sobre los aspectos del propio derecho nacional del trabajo que, en su entender, deberían ser complementados por el recurso a otras fuentes de derecho. Los/las participantes tendrán la oportunidad de volver sobre el contenido de esta pregunta en el taller de síntesis que clausura la actividad (véase *infra*).

Actividad 2. Estudio de caso sobre la utilización judicial del derecho internacional del trabajo

Objetivos de la actividad

- Profundizar en la reflexión de los/las participantes sobre las posibilidades de los tribunales nacionales de apoyarse en el derecho internacional del trabajo.
- Enfrentar a los/las participantes a los eventuales obstáculos en la materia.

Duración aproximada de la actividad

- 60 minutos como mínimo para el análisis, el intercambio de puntos de vista en grupo y la elaboración de un informe común.
- 10 minutos para la presentación del informe en plenaria.

Tareas de los/las participantes

Reunidos en pequeños grupos, los/las participantes deberán analizar y discutir la situación descrita a continuación, actuando como el tribunal competente para resolver el litigio. Cada grupo deberá presentar su informe en plenaria, refiriéndose a las fuentes de derecho internacional del trabajo aplicables al caso.

Hechos

El señor P trabaja como marinero en el barco de una empresa cuya sede se sitúa en el país A. Algunos días después de haber creado un sindicato para defender los intereses de los trabajadores de su barco, es despedido por pérdida de confianza. El señor P considera que su despido constituye una violación flagrante del principio de la libertad sindical y que la ruptura de su contrato de trabajo es, por lo tanto, ilegal. Su empleador considera en cambio que la ruptura del contrato de trabajo no es ilícita en la medida en que, en el país A, los contratos de trabajo de los marineros no son regulados por el Código del trabajo sino por el Código marítimo del cual ninguna disposición concede expresamente la libertad sindical a los marineros. Para hacer valer sus derechos, el señor P decide impugnar su despido ante la justicia y pedir su reintegro. No teniendo acceso a los convenios de la OIT ratificados por su país, él fundamenta su acción solamente en fuentes de derecho interno.

Disposiciones e informaciones pertinentes

- Disposiciones pertinentes del país A

Artículo 10 de la Constitución

Los derechos y libertades fundamentales de la persona humana son respetados por esta Constitución.

Artículo 12 de la Constitución

Los derechos a crear y a afiliarse a un sindicato se garantizan bajo el respeto de la legislación que regula su aplicación.

Artículo 28 de la Constitución

Los órganos del poder judicial aplazarán su decisión cuando la resolución del litigio plantee una cuestión de inconstitucionalidad de las leyes que será entonces solucionada por el tribunal constitucional.

Artículo 1 b) del Código del trabajo

El Código del trabajo no es aplicable a la gente de mar cuyas condiciones de trabajo y de empleo se regirán por el Código marítimo.

Artículo 132 del Código del trabajo

Los despidos por actividad sindical son abusivos y darán lugar al pago de daños y perjuicios que no superaran tres meses de salario.

■ Otras informaciones pertinentes

El país A ratificó y publicó el Convenio núm. 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, así como el Convenio núm. 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.

Nota bene: los grupos de trabajo compuestos por participantes de países monistas tomarán como hipótesis que el país A es un país monista; los grupos de trabajo compuestos por participantes de países dualistas tomarán como hipótesis que el país A es un país dualista.

Referencias

- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)
- *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª sesión, Ginebra, 1994
- *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, CIF-OIT, Turín, 2007

Elementos de solución

Sobre la imposibilidad de excluir los marineros del ámbito de aplicación de la libertad sindical

- Ver el artículo 2 del Convenio núm. 87 de la OIT y, *a contrario*, su artículo 9 párrafo 1.
- Consultar también las siguientes decisiones:
 - Corte de apelaciones de San Pedro Sula (Honduras), 10 de octubre de 2006
 - Tribunal supremo del Canadá, *Dunmore c. Ontario (Fiscal General)*, 20 de diciembre de 2001, núm. 2001 CSC 94, relativo a la exclusión de algunos trabajadores del beneficio de la libertad sindical.

Sobre la utilización del derecho internacional para interpretar el silencio de la ley

- Consultar las decisiones:
 - Tribunal supremo de la India, *Vishaka y otros c. el Estado de Rajasthan y otros*, 13 de agosto de 1997; y
 - Tribunal supremo de Botswana, *Dow c. Fiscal General*, 3 de julio de 1992, BLR 119.119 (CA)

Sobre la sanción de los despidos antisindicales

- Ver el artículo 1 del Convenio núm. 98 de la OIT y los párrafos 221 y siguientes del Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos, en el cual se aclara lo que constituye una protección adecuada contra los despidos antisindicales.
- Consultar también las siguientes decisiones:
 - Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina, sala V, *Parra Vera Maxima c. San Timoteo S.A. conc.*, *Recurso de amparo por violación de las libertades y derechos fundamentales*, 14 de junio de 2006, núm. 144/05 s.d. 68536;
 - Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, 8 de octubre de 1993, núm. 5000-93;
 - Tribunal constitucional de España, Segunda sala, 23/11/1981, núm. 38/1981.

Observaciones para el formador/la formadora

- Un elemento importante del ejercicio reside en el hecho de que el Código marítimo no prohibía expresamente la libertad sindical. En el supuesto de que el país A fuera un país monista, tal silencio haría posible la aplicación directa a los marineros del Convenio núm. 87 de la OIT que reconoce de manera general, al igual que la Constitución nacional, el derecho a la libertad sindical. En países dualistas, el Convenio núm. 87 podía también utilizarse con el fin de interpretar las disposiciones de la Constitución nacional en materia de libertad sindical y de reafirmar que, como todos los trabajadores, los marineros, estaban cubiertos por el principio de la libertad sindical. Con el fin de animar la reflexión sobre las posibilidades de utilización judicial del derecho internacional del trabajo, podrá ser útil, una vez presentados los trabajos de cada grupo, preguntar a los/las participantes acerca de cómo habrían solucionado el caso en el supuesto de que el código marítimo hubiera prohibido expresamente el ejercicio de la libertad sindical.
- Durante los debates, será conveniente abordar el tema de la posibilidad de los tribunales de aplicar de oficio las normas internacionales del trabajo cuando éstas no hubieran sido planteadas por las partes (véase a este respecto el capítulo 2 de la 1era parte).
- Por último, si el tiempo lo permite, podría ser interesante pedir a los/las participantes reflexionar sobre la conformidad del artículo 132 del código del trabajo con los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT y con la Constitución nacional².

² Así, habida cuenta de los elementos del caso, este artículo, al igual que el conjunto del Código del trabajo, no fuera aplicable a los marineros.

Actividad 3. Estudio de caso sobre la utilización de la labor de los órganos de control de la OIT

Objetivos de la actividad

- Familiarizar a los/las participantes con la labor de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.
- Contribuir a que los/las participantes tomen consciencia de una manera práctica de la importancia de la labor de los órganos de control de la OIT para comprender el significado y el alcance de las normas internacionales del trabajo y estar en condiciones de aplicarlas.

Duración aproximada de la actividad

- 60 minutos como mínimo para el análisis, el intercambio de puntos de vista en grupo y la elaboración de un informe común.
- 10 minutos para la presentación del informe en plenaria.

Tareas de los/las participantes

Reunidos en pequeños grupos, los/las participantes deberán analizar y discutir la situación descrita a continuación, actuando como el tribunal competente en la resolución del litigio. Cada grupo deberá presentar su informe en plenaria, refiriéndose a las fuentes de derecho internacional del trabajo aplicables al caso y, en particular, a los párrafos del Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos precisando el sentido y contenido de las disposiciones pertinentes del Convenio núm. 111 de la OIT.

Hechos

El almacén de informática B adoptó una política de capacitación dinámica con el fin de mantener a su personal al día sobre las últimas evoluciones tecnológicas del sector de la informática. Con el fin de no perjudicar la actividad comercial de la empresa, las formaciones se organizan sistemáticamente tras el cierre del almacén, a partir de las 18:30h. Además, con el fin de concentrar las formaciones sobre las personas verdaderamente motivadas y de tener en cuenta las dificultades de los empleados con cargas familiares, la participación en estas formaciones no es obligatoria. Al cabo de algunos meses, la señora M, una empleada de la compañía B, se quejó ante la dirección por el carácter discriminatorio de esta política frente a las mujeres. Ella indica que, en la práctica, un número muy reducido de trabajadoras participan en las capacitaciones a causa de las responsabilidades familiares de la mayoría de ellas. La dirección responde que la política de formación de la empresa no es discriminatoria puesto que ésta no hace distinción alguna entre hombres y mujeres, aplicando las mismas reglas a los unos y a los otros. La señora M decide entonces impugnar ante la justicia la política de la empresa.

Referencias

- Convenio relativo a la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)
- Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156)
- *Igualdad en el empleo y la ocupación, Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.ª sesión, Ginebra, 1996

Actividad 4. Juego de roles sobre la utilización de las normas internacionales del trabajo en materia de libertad sindical y negociación colectiva

Objetivos de la actividad

- Familiarizar a los/las participantes con el contenido de las normas internacionales del trabajo relativas a la libertad sindical y a la negociación colectiva y con la labor de los órganos de control en la materia.
- Enfrentar a los/las participantes a la posibilidad de utilizar las normas internacionales del trabajo para solucionar litigios relativos a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

Duración aproximada de la actividad

- 60 minutos como mínimo para el análisis, el debate en grupo y la elaboración de un informe común.
- 10 minutos para la presentación del informe en plenaria.

Tareas de los/las participantes

Reunidos en tres grupos, de representantes de los trabajadores, la empresa y el tribunal respectivamente, los/las participantes deberán analizar y discutir la situación descrita a continuación, desarrollando las siguientes tareas:

1. el grupo que represente a los trabajadores deberá preparar una demanda judicial planteando sus argumentos de derecho interno ampliándolos con las fuentes del derecho internacional;
2. el grupo que represente a la empresa deberá prepararse para objetar por escrito la argumentación basada en las fuentes de derecho internacional;
3. el grupo que haga de tribunal deberá pronunciarse sobre el asunto decidiendo en qué medida el tribunal podría basarse en fuentes de derecho internacional e indicando cuáles serían esas fuentes.

Hechos

Tras una larga serie de reivindicaciones insatisfechas relativas principalmente a un aumento salarial, el pago de horas extras y la mejora de las condiciones de seguridad e higiene, el sindicato de los trabajadores de la empresa pública de los servicios postales del país Z decidió organizar una huelga. La huelga se inició de conformidad con las disposiciones legales aplicables y fue seguida por casi la totalidad de los trabajadores. En la mañana del cuarto día de huelga, las autoridades administrativas, considerando que el correo es un servicio esencial para la seguridad de las personas y los bienes e invocando la necesidad de garantizar la continuidad de los servicios públicos, requirieron de los trabajadores huelguistas. Los dirigentes sindicales se opusieron a la orden de requisa y pidieron a los trabajadores que prosiguieran la huelga. Al día siguiente, la huelga fue declarada ilegal, el empleador contrató trabajadores ocasionales para sustituir a los huelguistas y despidió a la totalidad de los dirigentes sindicales.

Los sindicalistas que fueron despedidos ejercitaron una acción judicial para reclamar:

- a. la anulación de la declaración administrativa de la ilegalidad de la huelga;
- b. la anulación de las decisiones de despido y su reintegro;

- c. la atribución de daños y perjuicios por concepto de la pérdida salarial y el perjuicio moral, y
- d. la sanción al empleador por actos contrarios a la libertad sindical, violación del derecho de huelga y discriminación antisindical.

Disposiciones e informaciones pertinentes

- Disposiciones pertinentes del país Z:

Artículo 64 del Código del trabajo:

La huelga iniciada en violación de las anteriores disposiciones, se considera ilícita (...)

Artículo 68 del Código del trabajo:

La autoridad administrativa competente puede, en cualquier momento proceder a la requisa de los trabajadores de las empresas privadas y de servicios y establecimientos públicos que envuelven empleos indispensables para la seguridad de las personas y los bienes, el mantenimiento del orden público, la continuidad de los servicios públicos, o la satisfacción de las necesidades esenciales de la nación.

La lista de los empleos así definidos será fijada por decreto.

- Otras informaciones pertinentes

El país Z ratificó el Convenio núm. 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, así como el Convenio núm. 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.

Referencias

- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)
- *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª sesión, Ginebra, 1994
- *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de libertad sindical del Consejo de administración de la OIT*, quinta edición (revisada), OIT, Ginebra, 2006
- Principios de Bangalore sobre la aplicación en derecho interno del derecho internacional de los derechos humanos, 1988
- *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, CIF-OIT, Turín, 2007

Elementos de solución

Sobre el reconocimiento implícito del derecho de huelga por el Convenio núm. 87 de la OIT

- Ver los párrafos 142, 145 a 151 del Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos así como el párrafo 523 de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical.

Sobre la definición de los servicios esenciales

- Ver los párrafos 581 a 594 de la recopilación antes citada y, en particular el párrafo 587 con respecto a los servicios postales.

Sobre la declaración administrativa de ilegalidad de la huelga

- Ver los párrafos 628 a 630 de la recopilación antes citada.
- Consultar también la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, *Sindicato de las Empresas Varias de Medellín c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín E.S.P.*, 10 de agosto de 1999, expediente núm. 206.360.

Sobre la sustitución de los asalariados huelguistas

- Véanse los párrafos 632 y 633 de la recopilación antes citada.

Sobre el despido de los asalariados huelguistas

- Véase el artículo 1 del Convenio núm. 98 de la OIT, los párrafos 661 y 662 de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, así como los párrafos 220 y 221 del Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos.

Observaciones para el formador/la formadora

Un elemento importante del ejercicio residía en la ausencia de decreto que definiera los servicios esenciales.

Con el fin de animar la reflexión sobre las técnicas que permiten a los/las participantes utilizar el derecho internacional, se podrían considerar al menos los tres aspectos siguientes:

- el principio de «interpretación conforme al derecho internacional» en virtud del cual los tribunales deberían tratar de hacer prevalecer la interpretación del derecho interno que permita al Estado no violar sus obligaciones internacionales;
- la eventual posibilidad de cuestionar/impugnar la constitucionalidad del artículo del Código del trabajo relativo a la huelga;
- en la hipótesis de un país dualista donde se consideraría que el contenido del derecho interno sería irreconciliable con el del derecho internacional, la responsabilidad de los jueces de señalar en su decisión la violación del derecho internacional (véase Principios de Bangalore).

Actividad 5. Estudio de caso sobre la utilización de las normas internacionales del trabajo en materia de libertad sindical y negociación colectiva

Objetivos de la actividad

- Familiarizar a los/las participantes con el contenido de las normas internacionales del trabajo relativas a la libertad sindical y a la negociación colectiva y a la labor de los órganos de control en la materia.
- Enfrentar a los/las participantes a la posibilidad de utilizar las normas internacionales del trabajo para solucionar litigios relativos a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

Duración aproximada de la actividad

- 60 minutos como mínimo para el análisis, el intercambio de puntos de vista en grupo y la elaboración de un informe común.
- 10 minutos para la presentación del informe en plenaria.

Tareas de los/las participantes

Reunidos en pequeños grupos, los/las participantes deberán analizar y discutir la situación descrita a continuación, actuando como el tribunal competente para solucionar el litigio. Cada grupo deberá presentar su informe en Plenaria, refiriéndose a las normas internacionales del trabajo y a la labor de los órganos de control de la OIT aplicables al caso.

Hechos

La federación sindical S del sector de la alimentación, impugna la decisión del Gobierno de su país (país T) de aplicar una ley que condiciona la concesión de los aumentos salariales a la suscripción de acuerdos sobre el aumento de la productividad en el trabajo. Para manifestar esta protesta, la dirección del sindicato decide por unanimidad adherirse a una huelga de 10 días convocada por una asociación «multisectorial» (asociación *ad hoc* constituida por distintas organizaciones sociales y partidos políticos). La huelga, programada para el lunes de la semana siguiente, tiene por objeto apoyar distintas pretensiones políticas, económicas y sociales (entre otras, el precitado condicionamiento de los aumentos salariales). Los estatutos de la federación sindical S prevén la posibilidad de prestar apoyo a los partidos políticos o a otras organizaciones de la sociedad civil, sean nacionales o internacionales, cuya acción pudiera contribuir a mejorar las condiciones económicas y sociales de los trabajadores representados por el sindicato u obstaculizar la aplicación de políticas públicas que afecten los intereses de estos últimos.

En aplicación del derecho positivo nacional, una vez declarada la huelga, el Ministerio del Trabajo declara su ilegalidad. Un gran número de trabajadores afiliados a la federación sindical S es despedido por haber participado en dicha acción colectiva.

Los trabajadores interesados recurren a la justicia para impugnar su despido y obtener su reintegro.

Disposiciones e informaciones pertinentes

- Disposiciones pertinentes del país T:

La *Constitución nacional* reconoce expresamente el derecho a la libertad sindical, aunque no precisa su contenido. La *Constitución* dispone también que los Tratados ratificados forman parte directa del derecho interno y les reconoce valor igual al de las leyes internas³.

La Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo:

- confiere al Ministerio de Trabajo la competencia de determinar y declarar la legalidad o ilegalidad de las acciones colectivas;
- prohíbe a los sindicatos «...dedicarse o participar en actividades políticas, religiosas o de carácter lucrativo...». En el caso de las federaciones, la ley exige que la participación en una huelga sea objeto de voto secreto y sea aprobada por, al menos, el 50% de los trabajadores miembros de los sindicatos que hagan parte de la federación y que, por otra parte, la movilización sea precedida por un preaviso de 30 días; y
- establece que la declaración administrativa de legalidad o ilegalidad de la huelga sólo podrá ser revisada por la justicia si la decisión es arbitraria manifiesta y gravemente.

La *Ley de Relaciones Individuales del Trabajo* reconoce el derecho del trabajador despedido sin motivo válido a percibir una indemnización; si el despido es discriminatorio o antisindical, el trabajador puede pedir y obtener la reintegración a su puesto de trabajo.

■ Otras informaciones pertinentes

El país T ratificó el Convenio núm. 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, así como el Convenio núm. 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.

Referencias

- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)
- *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª reunión, Ginebra, 1994
- *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de administración de la OIT*, quinta edición (revisada), OIT, Ginebra, 2006
- *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, CIF-OIT, Turín, 2007

Elementos de solución

Sobre la validez de la finalidad de la huelga

- Ver los párrafos 526 a 531 de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical.

Sobre el asunto de la actividad política de los sindicatos

- Ver los párrafos 130 a 134 del Estudio general de la Comisión de Expertos sobre la libertad sindical.

³ Este elemento se modificará en función del lugar atribuido al derecho internacional por el ordenamiento jurídico del país donde se desarrolle la formación.

Sobre el asunto de las condiciones de voto impuestas a las huelgas

- Ver los párrafos 555 a 563 de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical y, en particular, el párrafo 561.

Sobre la validez de la imposición de preaviso a las huelgas

- Ver los párrafos 552 a 554 de la recopilación antes citada.

Sobre la declaración administrativa de ilegalidad de la huelga

- Ver los párrafos 628 a 631 de la recopilación antes citada.
- Consultar también la decisión de la Corte constitucional de Colombia, Sala cuarta de revisión de tutelas, Sindicato de Trabajadores *de las Empresas Varias de Medellín* c. *Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Alcaldía Municipal de Medellín y las Empresas Varias de Medellín E.S.P.*, 10 de agosto de 1999, Expediente núm. 206.360

Sobre el despido de los trabajadores huelguistas

- Ver el artículo 1 del Convenio núm. 98 de la OIT, los párrafos 661 y 662 de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical así como los párrafos 220 y 221 del Estudio general de 1994 de la Comisión de Expertos.

Actividad 6. Estudio de caso sobre las normas internacionales del trabajo en materia de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación⁴

Objetivos de la actividad

- Familiarizar a los/las participantes con las normas internacionales del trabajo relativas a la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación y con la labor de los órganos de control en la materia.
- Enfrentar a los/las participantes a la posibilidad de utilizar las normas internacionales del trabajo para solucionar litigios relativos a la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación.

Duración aproximada de la actividad

- 60 minutos como mínimo para el análisis, el intercambio de puntos de vista en grupo y la elaboración de un informe común.
- 10 minutos para la presentación del informe en plenaria.

Tarea de los/las participantes

Reunidos en pequeños grupos, los/las participantes deberán analizar y discutir la situación descrita a continuación, actuando como el tribunal competente para solucionar el litigio. Cada grupo deberá presentar su informe en plenaria, refiriéndose a las normas internacionales del trabajo y a la labor de los órganos de control de la OIT aplicables al caso.

Hechos

El señor Y fue contratado como estadístico por una organización religiosa cuyo objetivo consiste en dar a conocer y propagar su fe religiosa. El reglamento interno de la organización indica que la participación en la fe de la organización constituye una condición indispensable para formar parte del personal de la institución. En el momento de su contratación, el señor Y cumple con la condición antes citada. No obstante, unos meses más tarde, el trabajador conoce una joven que pertenece a otra confesión religiosa. Con el fin de poder casarse con ella, el señor Y tiene que cambiar de religión. Poco tiempo después, el empleador del señor Y se entera de esta situación. Decide entonces despedir al señor Y por «pérdida de confianza». El señor Y recurre a la justicia para impugnar la validez de su despido que considera discriminatorio.

Referencias

- Convenio relativo a la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)
- *Igualdad en el empleo y la profesión. Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.a reunión, Ginebra, 1996
- *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, CIF-OIT, Turín, 2007

⁴ Los formadores podrán también decidir utilizar este caso a título de la actividad relativa a los trabajos de los órganos de control de la OIT (véase *infra*, parte 2).

Elementos de solución

Con el fin de determinar si, en el caso examinado, una diferencia de trato basada en la religión podría considerarse como justificada, los/las participantes podrán referirse a los siguientes elementos:

- ver los artículos 1. 1 a) (definición de «discriminación») y 1. 2) (límites de la definición) del Convenio núm. 111 de la OIT;
- para precisar el significado y alcance del artículo 1. 2) antes citado, véanse los párrafos 117 a 121 del Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos.
- véanse también los párrafos 42 y 190 del Estudio especial antes citado, precisando el significado y el alcance de la prohibición de la discriminación basada en la religión propuesta por el artículo 1. 1 a).

Observaciones para el formador/la formadora

- La interpretación del artículo 1. 2) del Convenio núm. 111 de la OIT constituye el elemento clave para solucionar el caso. Tal como lo ha indicado la Comisión de Expertos en los párrafos 117 a 121 de su Estudio especial en la materia, se trata de determinar si la buena ejecución de las tareas de estadístico requiere necesariamente la participación en la fe religiosa de la institución. A este respecto, algunos participantes podrán sostener que sería necesario disponer de más información sobre el contenido exacto del empleo en cuestión para poder solucionar efectivamente este caso.
- El caso se inspira en la decisión del Tribunal Laboral de primera instancia de Antsirabé (Madagascar), *Ramiaranjatovo Juan-Louis c. Fitsaboana Maso*, 7 de junio de 2004, núm. 58. Al final del ejercicio, el resumen de la decisión del tribunal referido a que el despido era discriminatorio, podrá ser leído y comentado.

Actividad 7. Estudio de caso sobre las normas internacionales del trabajo en materia de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres

Objetivos de la actividad

- Familiarizar a los/las participantes con las normas internacionales del trabajo relativas a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres y con la labor de los órganos de control en la materia.
- Enfrentar a los/las participantes a la posibilidad de utilizar las normas internacionales del trabajo para solucionar litigios relativos a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres.

Duración aproximada de la actividad

- 60 minutos como mínimo para el análisis, el intercambio de puntos de vista en grupo y la elaboración de un informe común.
- 10 minutos para la presentación del informe en plenaria.

Tarea de los/las participantes

Reunidos en pequeños grupos, los/las participantes deberán analizar y discutir la situación descrita a continuación, actuando como el tribunal competente para resolver el litigio. Cada grupo deberá presentar su informe en plenaria, refiriéndose a las normas internacionales del trabajo y a la labor de los órganos de control de la OIT aplicables al caso.

Hechos

En una empresa textil situada en el país S, la mayoría de los asalariados están ocupados o en operaciones de corte o de costura. Los cortadores deben operar equipamientos de corte y su actividad es físicamente más pesada que la de los modistas. Sin embargo, un mayor número de errores pueden cometerse en las operaciones de costura debido a las altas cualificaciones exigidas para el empleo a los cuales la empresa debe conformarse. Todas las modistas son mujeres, mientras que los cortadores son casi todos hombres. El salario por hora de los cortadores es 40% superior al de las modistas. La dirección justifica esta política salarial alegando por una parte la manipulación de equipamientos pesados que los cortadores tienen que efectuar en las operaciones de corte, y por otra parte el carácter peligroso de estas operaciones. Respecto a la remuneración, el Código del trabajo del país S indica que para un trabajo igual realizado en mismas condiciones de trabajo y con un mismo rendimiento, los hombres y las mujeres recibirán un salario igual sin considerar su sexo.

Disposiciones e informaciones pertinentes

- Disposiciones pertinentes del país S:

Artículo 18 del Código del trabajo

Para un trabajo igual o similar realizado en condiciones idénticas, los trabajadores recibirán una remuneración igual sin distinción basada en el sexo, la raza, el origen social, las opiniones políticas o las creencias religiosas.

- Otras informaciones pertinentes:

El país S ratificó el Convenio núm. 100 de la OIT.

Referencias

- Convenio sobre la igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)
- Recomendación sobre la igualdad de remuneración, 1951 (núm. 90)
- *Igualdad de remuneración. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 72.a reunión, Ginebra, 1986
- *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, CIF-OIT, Turín, 2007

Elementos de solución

Sobre la utilización del Convenio núm. 100 de la OIT

- Para discutir la aplicabilidad del Convenio núm. 100 de la OIT en los casos en que los hombres y las mujeres ejercen empleos diferentes, ver los artículos 3 1) y 3 3) del Convenio así como los párrafos 19,21, 22 y 138 del Estudio general de 1986 de la Comisión de Expertos.
- Los párrafos 39,119 y 123 del mismo Estudio general podrían utilizarse para discutir la posibilidad para los tribunales nacionales de interpretar la legislación nacional en materia de igualdad de remuneración a la luz del Convenio núm. 100 de la OIT.

Sobre los métodos de evaluación objetiva de los empleos que pueden aplicarse por los tribunales

- Para una introducción a los métodos de evaluación objetiva, véase el párrafo 138 del Estudio general antes citado. Con respecto a la posibilidad para el tribunal de recurrir a un experto en evaluación de los empleos, véase el párrafo 123 del mismo Estudio general.

Sobre la aplicación del principio de igualdad de remuneración frente a empleos diferentes

- Véanse los ejemplos citados en el párrafo 143 del Estudio general antes citado.
- Véanse también las dos siguientes decisiones:
 - Tribunal de Derechos Humanos de Québec, *Comisión de Derechos de la Persona y Derechos de la Juventud c. Universidad de Laval*, 2 de agosto de 2000, núm. 200-53-000013-982, 2000 de IIJCan 3 (QC T.D.P.); y
 - Tribunal supremo de la India, *Mackinnon Mackenzie c. Audrey D'Costa y otro*, 26 de marzo de 1987, núm. 1265 de 1987.

Observaciones para el formador/la formadora

- Los/las participantes deberían indicar que necesitan más elementos con el fin de evaluar objetivamente el valor de los dos puestos (la necesidad de recurrir a un experto podría mencionarse).
- Algunos participantes podrían argüir que en virtud del Convenio núm. 100 de la OIT, no es obligatorio adoptar una legislación en cuanto a igualdad de remuneración y que con arreglo al artículo 2, el Estado solamente debería promover la igualdad de remuneración en el sector privado. A este respecto, convendría referirse al párrafo 28 del Estudio general sobre la igualdad de remuneración para destacar que en tanto el principio de igualdad de remuneración esté reconocido por el derecho interno, el derecho interno debe adoptar una definición del principio al menos tan amplia como aquella prevista en el Convenio.

Actividad 8. Estudio de caso sobre las normas internacionales del trabajo en materia de despido⁵

Objetivos de la actividad

- Familiarizar a los/las participantes con las normas internacionales del trabajo relativas al despido y con la labor de los órganos de control de la OIT en la materia.
- Enfrentar a los/las participantes a la posibilidad de utilizar las normas internacionales del trabajo para solucionar litigios relativos al despido.

Duración aproximada de la actividad

- 60 minutos como mínimo para el análisis, el intercambio de puntos de vista en grupo y la elaboración de un informe común.
- 10 minutos para la presentación del informe en plenaria.

Tarea de los/las participantes

Reunidos en pequeños grupos, los/las participantes deberán analizar y discutir la situación descrita a continuación, actuando como el tribunal competente para resolver el litigio. Cada grupo deberá presentar su informe en plenaria, refiriéndose a las normas internacionales del trabajo, a los trabajos de los órganos de control de la OIT y a las otras fuentes de derecho internacional del trabajo aplicables al caso.

Hechos

El señor X trabaja desde hace 5 años en una sociedad situada en el país F, como responsable de las relaciones públicas. Hace 3 años, se enteró de que era portador del VIH/SIDA. Hasta hace poco, sólo el médico de la empresa era quien estaba informado de la situación. A raíz de una indiscreción del ayudante recientemente contratado para apoyar al médico de la empresa, el empleador se entera de la seropositividad del señor X. El empleador se acerca al médico de la empresa para informarse del estado del señor X. El médico le confirma que su asalariado se encuentra plenamente apto para ejercer su trabajo.

No obstante, circulan rumores y algunos de los colegas del señor X comienzan a expresar reticencias a trabajar con él. Uno de los clientes de la sociedad incluso pregunta al empresario si el rumor que circula con respecto al señor X es cierto. Con el fin de preservar la correcta marcha de la empresa, el empleador llama al señor X a una charla en la que le informa que, habida cuenta de la situación, ha decidido trasladarlo a otro servicio donde será más autónomo en la medida en que no tendrá más contacto directo con la clientela y mucho menos con sus colegas. Además, el nuevo puesto de trabajo permitiría al señor X ausentarse más fácilmente de su trabajo para sus exámenes médicos si hubiera necesidad de ello en un futuro. Por último, el jefe tranquiliza a su asalariado indicándole que el traslado no modificará en ningún caso la remuneración y demás beneficios reconocidos al señor X.

Después de un día de reflexión, el señor X informa a su empleador que rechaza esta transferencia que califica como modificación unilateral injustificada de su contrato de trabajo. Él sostiene que siempre se ha desempeñado bien y que su trabajo no se ha visto afectado en ningún modo por su seropositividad tal y como lo demuestra el certificado médico que entrega a su empleador. A pesar de la intervención del representante sindical de la empresa, el

⁵ Teniendo el contenido de los hechos, el ejercicio puede ser también utilizado en el marco de las reuniones sobre igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación.

empleador decide mantener su decisión de transferencia inmediata, justificada, afirma, en su intención de restablecer la correcta marcha de su empresa y no por la calidad de seropositivo del señor X. El señor X se niega con insistencia a ocupar el nuevo puesto que se le asignó. Al cabo de dos semanas, el asalariado recibe una carta de su empleador indicando que la empresa toma nota de su dimisión. El señor X recurre a la justicia con el fin de obtener reintegro en su empleo inicial.

Disposiciones e informaciones pertinentes

- Disposiciones del país F:

Artículo 3 de la Constitución

Está prohibida cualquier discriminación basada en el sexo, la raza, las opiniones políticas, la religión o la afiliación sindical.

Artículo 6 del Código del trabajo

En el marco de las relaciones laborales, están prohibidas las discriminaciones basadas en el sexo, la raza, las opiniones políticas, la religión, la afiliación sindical y la edad.

Artículo 28 del Código del trabajo

Los despidos basados en la afiliación sindical del asalariado son nulos de pleno derecho.

- Otras informaciones útiles:

El país F ratificó el Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación (empleo y ocupación), 1958, así como el Convenio núm. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales .

Referencias

- Convenio relativa a la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)
- Convenio sobre la terminación de la relación de Trabajo, 1982 (núm. 158)
- *Protección contra el despido injustificado. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82.a reunión, Ginebra, 1995
- *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83. reunión, Ginebra, 1996
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966
- Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo, 2001
- *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, CIF-OIT, Turín, 2007

Elementos de solución

Sobre la calificación de la ruptura del contrato de trabajo

- Ver el párrafo 22 del Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos sobre el despido injustificado en el cual se hace referencia a la necesidad de someter a las normas aplicables

al despido aquellas rupturas del contrato de trabajo causadas por el empleador o por iniciativa del empleador cualquiera que sea la denominación formal de la ruptura.

Sobre la prohibición de la discriminación basada en el estado de salud o en el VIH-SIDA

- Véase, para deducir la prohibición de estos motivos de discriminación:
 - el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que contiene una definición abierta de la discriminación a través de una lista no restrictiva de motivos;
 - el párrafo 254 del Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos sobre la igualdad en el empleo y la ocupación, así como los párrafos 60 y 264 relativos específicamente a los trabajadores afectados por VIH-SIDA;
 - los párrafos 4.2 y 4.8 de la Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo.
- La consideración del VIH-SIDA como fundamento de la decisión del empleador puede también ser contemplada desde la perspectiva del artículo 4 de Convenio núm. 158 de la OIT que define como causas válidas de despido los motivos vinculados a la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. A este respecto, léase el artículo 4 a la luz del párrafo 142 del Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos que indica que la infección por el VIH no es un motivo válido de despido.

Sobre la justificación del traslado impuesto por el empleador

- Se trata aquí de saber si el estado serológico» del trabajador constituye una calificación exigida para el puesto de responsable de las relaciones públicas a la luz del artículo 1 2) del Convenio núm. 111 de la OIT. Para destacar que el VIH-SIDA sólo debería tenerse en cuenta frente a los empleos que entrañan un riesgo objetivo de transmisión del virus, ver los párrafos 117 y siguientes y 264 del Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos.

Sobre la reparación que debe darse al trabajador: ¿reintegración o reparación pecuniaria?

- Consultar, como fuente de inspiración, los trabajos de la Comisión de Expertos que indican que las sanciones impuestas a los actos discriminatorios y, en particular, a los despidos vulnerando derechos fundamentales deberían conducir a la eliminación efectiva de la situación discriminatoria y garantizar a la víctima una reparación integral por el perjuicio que sufrió. En caso de despido discriminatorio este razonamiento supone no limitarse a una simple compensación pecuniaria e intentar obtener el reintegro del trabajador. Véase, a este respecto, el párrafo 232 del Estudio general de 1995 de la Comisión de Expertos y el párrafo 233 del Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos.
- Consultar, la decisión del Tribunal constitucional de Sudáfrica, *Jacques Charl Hoffman c. South African Airways*, 28 de septiembre de 2000, núm. CCT 17/00, aunque a lo que se refiere esta es a la negativa de contratar a una persona afectada por VIH-SIDA.

Otros elementos que pueden mencionarse en la resolución del caso

- Violación por el empleador de su obligación de confidencialidad (cfr. párrafo 5.2. g) del repertorio de recomendaciones prácticas sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo).
- Obligación que incumbe al empleador de formar a sus empleados sobre los riesgos reales generados por el VIH-SIDA y sobre la gestión de la enfermedad en la empresa (cfr. párrafo 5.2.c) del Repertorio de recomendaciones prácticas sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo).

Observaciones para el formador/la formadora

La Resolución del caso propuesto podría resultar más compleja en el supuesto de que la empresa comenzara a enfrentar verdaderas dificultades económicas (cuestión que no estaba dentro de los hechos sujetos a debate) a raíz del alejamiento de los clientes tras la propagación del rumor sobre el estado «serológico» del señor X. Podría resultar interesante someter esta hipótesis a debate.

Algunos participantes podrían entonces considerar la ruptura del contrato de trabajo del señor X como justificada por motivos económicos. También podría considerarse que la protección del grueso de los trabajadores de la empresa haría necesaria una solución intermedia que consista en asignar una indemnización al señor X sin que, por ello se le conceda el reintegro a su empleo inicial.

A este respecto, los dos razonamientos subsiguientes podrían ser propuestos por el formador/la formadora:

- incluso en la hipótesis de un alejamiento de los clientes, no parece jurídicamente correcto el calificar la terminación del contrato de trabajo del señor X como un despido por motivos económicos. Para lograr tal conclusión, debería existir un nexo de causalidad directo y objetivo entre la enfermedad del señor X y las dificultades económicas de la empresa. Ahora bien, si existe un vínculo entre esos dos elementos, ello solamente se debe a los equivocados prejuicios de los clientes de la empresa frente al VIH-SIDA. Son estos prejuicios discriminatorios los que constituyen la causa real de las dificultades económicas de la empresa. En este sentido, tener en cuenta estos prejuicios para romper el contrato del señor X constituiría ahora y siempre una discriminación;
- el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana no tiene por objeto único proteger a los individuos sino, más extensamente, garantizar la protección de la sociedad en su conjunto haciendo posible la coexistencia pacífica de sus distintos miembros. En el caso presente, hacer prevalecer los intereses de la empresa (y de sus asalariados) sobre el principio de la no discriminación equivale a admitir la exclusión de las personas afectadas por VIH-SIDA, lo que favorece la propagación de la epidemia y atenta contra el interés del país en su conjunto.

Actividad. Taller de síntesis sobre la utilización judicial del derecho internacional del trabajo

Objetivo de la actividad

Permitir a los/las participantes sacar conclusiones prácticas sobre las posibilidades de utilización judicial del derecho internacional del trabajo.

Duración aproximada de la actividad

- 30 minutos como mínimo para responder individualmente al asunto planteado;
- 2 horas para el intercambio de puntos de vista en grupo y la elaboración de un informe común;
- 10 minutos para la presentación del informe en plenaria.

Nota bene: Se sugiere que cada grupo redacte su informe en una computadora con el fin de poder incluir estos informes de síntesis en el informe final del seminario

Tareas de los/las participantes

A través de los distintos temas analizados durante el seminario, se pide a los/las participantes determinar los elementos específicos del derecho internacional del trabajo que podrían ser efectivamente utilizados por los jueces y operadores jurídicos de su país con el fin de solucionar mejor algunos problemas jurídicos y consolidar así su jurisprudencia nacional en materia del trabajo.

Por cada punto anotado, se pide a los/las participantes indicar precisamente qué problema jurídico se solucionaría, qué fuentes internacionales podrían utilizarse (por ejemplo artículos de convenios o recomendaciones, párrafos de Estudios generales), así como la forma en que las fuentes internacionales podrían utilizarse en cada caso (aplicación directa, uso interpretativo, utilización del derecho internacional como fuente de inspiración para reconocer un principio jurisprudencial, etc.).

Referencias

El conjunto de los documentos distribuidos durante el seminario.

Observaciones para el formador/la formadora

- En la presentación del taller, se aconseja a los formadores hacer especial énfasis en la importancia de que los grupos de trabajo sean muy precisos, tanto en la determinación de los elementos de derecho internacional del trabajo que pueden ser utilizados por los tribunales nacionales, como frente a las técnicas jurídicas que permitirían a los tribunales hacer uso efectivo de cada uno de los elementos de derecho internacional identificados (Resolución directa del litigio con base en el derecho internacional del trabajo, utilización interpretativa del derecho internacional, utilización del derecho internacional como fuente de inspiración, etc.)

El formador/la formadora podrá también subrayar que este taller de síntesis no debería percibirse como un resultado definitivo sino, al contrario, como el principio de un proceso, siendo la razón de ser de la actividad de formación el permitir a los/las participantes tomar en consideración el contenido del derecho internacional del trabajo a lo largo de su actividad profesional.

Índice de las decisiones citadas en el manual

Decisiones nacionales

Alemania

Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 18 de noviembre de 2003, 1 BvR 302/96

- Parte 1, capítulo 1, párrafo II.B.3
- Parte 2, capítulo 1, párrafo IV.C.2
- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.1

Tribunal Administrativo Federal, 28 de mayo de 1991, 1 C 20.89

- Parte 1, capítulo 1, párrafo I.b.1

Argentina

Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina, Va Cámara, *Parra Vera Maxima c. San Timoteo SA conc., Recurso de amparo por violación de libertades y derechos fundamentales*, 14 de junio de 2006, expediente núm. 144/05, s.d. 68536

- Parte 1, actividad 2

Corte Suprema de Argentina, *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688*, 21 de setiembre de 2004

- Parte 2, capítulo 2, párrafo III.B

Corte Suprema de Argentina, *Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros*, 7 de julio de 1992

- Parte 1, capítulo 1, párrafo I.B.1

Australia

Tribunal Federal de Australia, *el Commonwealth de Australia c. Comisión de derechos humanos e igualdad de oportunidades*, 15 de diciembre de 2000, [2000] FCA 1854

- Parte 2, capítulo 1, párrafo IV.C.1
- Parte 2, capítulo 2, párrafo III.B
- Parte 2, capítulo 2, actividad
- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.3

Comisión Australiana de Relaciones Laborales, *AMWU c. HPM Industries*, 4 de marzo de 1998, núm. 239333 de 1995

- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.B.4

Tribunal Supremo de Australia *Ministro de Inmigración y Asuntos étnicos c. Teoh*, 7 de abril de 1995, (1994) 128 A.L.R. 353

- Parte 1, capítulo 1, párrafo II.B.1
- Parte 1, capítulo 1, párrafo III.B

Azerbaiyán

Tribunal Constitucional de la República de Azerbaiyán, *Sobre la conformidad del artículo 143.12.1 del Código del trabajo de la República de Azerbaiyán con los artículos 25, 37 et 149.1 de la Constitución de la República de Azerbaiyán*, 23 de febrero de 2000

- Parte 2, capítulo 3, párrafo II.A

Botswana

Tribunal Laboral de Botswana, *Joel Sebonego c. News Paper Editorial and Management Services (PTY) Ltd*, 23 de abril de 1999, núm. IC 64/98

- Parte 2, capítulo 1, párrafo III.B
- Parte 2, capítulo 1, párrafo III.B.2
- Parte 3, capítulo 3, párrafo II.A.2

Corte Suprema de Botswana (Corte de apelaciones), *Fiscal general c. Dow*, 3 de julio de 1992, 1992 BLR 119 (CA)

- Parte 1, actividad 2

Brasil

Tribunal Regional del Trabajo de la 3ª región, *Lacir Vicente Nunes c. Sandoval Alves da Rocha y otros*, 7 de mayo de 2003, TRT-RO-3951/03

- Parte 1, capítulo 1, párrafo I.A.2 (note en bas de page)

Bulgaria

Tribunal Constitucional de la República de Bulgaria, 27 de julio de 1992, decisión núm. 8, caso Constitucional núm. 7

- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.3
- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.4

Burkina Faso

Corte de Apelaciones de Bobo-Dioulasso, *Karama, Katénin et Bakouan, Bayomboué c. Société indelstrielle del Faso*, 5 de julio de 2006

- Parte 1, capítulo 1, párrafo III.C

Tribunal Laboral de Ouagadougou, *Zongo y otros c. Gerente de la "Station Mobil Bataille du Rail"*, 17 de junio de 2003, núm. 090

- Parte 1, capítulo 1, párrafo IV

Tribunal Laboral de Ouagadougou, *Savadogo Zonabo c. Grand Moulins du Burkina*, 10 de setiembre de 2002, núm. 140

- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.3

Canadá

Tribunal Supremo de Canadá, *Dunmore c. Ontario (Fiscal general)*, 20 de diciembre de 2001, núm. 2001 CSC 94

- Parte 1, capítulo 1, párrafo II.A.
- Parte 1, capítulo 2, párrafo IV (nota a pie de página)
- Parte 1, actividad 2

- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.A.1

Tribunal de Derechos Humanos de Quebec, *Comisión de Derechos de la persona y Derechos de la juventud c. Universidad de Laval*, 2 de agosto de 2000, núm. 200-53-000013-982, 2000 IIJCan3 (QCT T.D.P)

- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.B.3
- Parte 3, capítulo 2, actividad 2

Chile

Corte Suprema de Chile, *Víctor Améstida Stuardo y otros c. Santa Isabel S.A.*, 19 de octubre de 2000, caso núm. 10.695

- Parte 1, capítulo 1, párrafo II.A.1
- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.B.2

Colombia

Corte Constitucional de Colombia, 23 de julio de 2003, T-603/2003

- Parte 2, capítulo 2, párrafo III.A (nota a pie de página)

Corte Constitucional de Colombia, *Sintrava-Avianca*, 18 de setiembre de 2000, T-1211/2000

- Parte 2, capítulo 2, párrafo III.A (nota a pie de página)

Corte Constitucional de Colombia, 5 de febrero de 2000, C-385/2000

- Parte 1, capítulo 1, párrafo I.A.3

Corte Constitucional de Colombia, sala Cuarta de Revisión de tutelas, *Sindicato de los Trabajadores de las Empresas Varias de Medellín c. Ministerio del Empleo y de la Seguridad social, Ministerio de Asuntos Exteriores, Municipio de Medellín y Empresas Varias de Medellín E.S.P.*, 10 de agosto de 1999, caso núm. 206.360

- Parte 2, capítulo 2, párrafo III.A (nota a pie de página)
- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.A.3.d.i
- Parte 3, capítulo 1, actividad 1
- Parte 3, capítulo 1, actividad 2

Costa Rica

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, *Antonio Blanco Rodríguez y otros c. el Presidente de la República, la Ministra de Gobernación y Policía, el Instituto de Desarrollo Agrario y la Comisión nacional de Asuntos Indígenas*, 11 de agosto de 1999, Res. núm. 06229-aa, Exp. núm. 96-007361-007-CO-C

- Parte 1, capítulo 1, párrafo I.A.3

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, *José Manuel Paniagua Vargas y otros Funcionarios de la Comisión nacional de Asuntos Indígenas c. el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI)*, 16 de enero de 1998, Res. núm. 0241-98, Exp. nº 5325-V-97

- Parte 1, capítulo 1, párrafo I.B.2
- Parte 2, capítulo 1, párrafo IV.B

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, 8 de octubre de 1993, decisión núm. 93-5000

- Parte 1, actividad 2
- Parte 2, capítulo 1, párrafo IV.B
- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.B.2

Eslovenia

Tribunal Constitucional de Eslovenia, *Sindicatos Independientes de Eslovenia c.*

la *Ley sobre Representatividad de los Sindicatos*, 5 de febrero de 1998, núm. U-I-57/95

- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.A.2.a

España

Tribunal Constitucional de España, 18 de enero de 1993, decisión 14/93

- Parte 3, capítulo 3, párrafo II.A.4

Tribunal Constitucional de España, Segunda sala, 23 de noviembre de 1981, núm. 38/1981

- Parte 1, capítulo 1, párrafo II.B.3
- Parte 1, actividad 2
- Parte 2, capítulo 1, párrafo IV.C.3
- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.6
- Parte 3, capítulo 3, párrafo II.C.3

Filipinas

Tribunal Supremo de la República de Filipinas, *Internacional School Alliance of Edalcators c. Hon Leonardo A. Quisumbing y otros*, 1º de junio de 2000, núm. 128845

- Parte 2, capítulo 3, párrafo II.C
- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.4

Tribunal Supremo de la República de Filipinas, *UST Faculty Union y otros c. Dir. Benedicto Ernesto R. Bitonio, Jr. y otros*, 16 de noviembre de 1999, G.R. núm. 131235

- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.A.3.a

Francia

Corte de Casación, Sala de lo Social, Sentencia núm. 906 de 29 de marzo de 2006, Recurso núm. 04-46.499

- Parte 3, capítulo 3, párrafo II.A.5

Consejo de Estado, Sección, *Sra. Cinar*, 22 de septiembre de 1997

- Parte 1, capítulo 1, párrafo I.B.2

Corte de Casación, *Castanié c. Señora viuda de Hurtado*, 27 de febrero de 1934

- Parte 1, capítulo 1, párrafo I.A.2
- Parte 2, capítulo 1, párrafo IV.A

Honduras

Corte de apelaciones de San Pedro Sula (Honduras), 11 de octubre de 2006

- Parte 1, activité 2

India

Corte Suprema de Delhi, *WP (C) núm. 2794 de 1989*, 13 de agosto de 2004

- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.B.4

Tribunal Supremo de la India, *Vishaka y otros c. el Estado de Rajasthan y otros*, 13 de agosto de 1997

- Parte 1, capítulo 1, párrafo II.A.2
- Parte 1, actividad 2
- Parte 2, capítulo 3, párrafo III.A
- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.4

Tribunal Supremo de la India, *Mackinnon Mackenzie Ltd c. Audrey D'Costa y otros*, 26 de marzo de 1987, núm. 1265 de 1987

- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.B.4
- Parte 3, capítulo 2, actividad 2

Israel

Tribunal Nacional del Trabajo, *Elite Israel Sweets and Chocolate Indelstry Ltd c. Lederman*, 5 de marzo de 1978

- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.B.3

Tribunal Nacional del Trabajo, *Markovich, Leon c. Histadruth*, 1975, 6 P.D.A.

- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.A.2.b

Tribunal Nacional del Trabajo, *El-Al Airlines c. Edna Hazin*, 1973

- Parte 1, capítulo 1, párrafo I.B.2 (nota a pie de página)

Italia

Tribunal de Primera Instancia de Milán, *AMSA c. Miglio*, 28 de marzo de 1990

- Parte 1, capítulo 1, párrafo I.A.1

Madagascar

Tribunal Laboral de Antsirabe, *Ramiaranjatovo Jean-Louis c. Fitsaboana Maso*, 7 de junio de 2004, núm. 58

- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.5
- Parte 3, capítulo 2, actividad 1

Tribunal Supremo de Madagascar, *Dugain y otros c. Compagnie Air Madagascar*, 5 de setiembre de 2003, Sentencia núm. 231

- Parte 1, capítulo 1, párrafo I.B.2 (nota a pie de página)
- Parte 2, capítulo 2, párrafo II.A.1.b.i
- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.5

Nueva Zelanda

Tribunal Supremo de Nueva Zelanda, *Van Gorkom c. Fiscal general y otro*, 10 de febrero de 1977, [1977] 1 NZLR 535

- Parte 2, capítulo 3, párrafo II.A

Paraguay

Corte Suprema de Justicia de Paraguay, *Acción de inconstitucionalidad planteada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y la Central Nacional de Trabajadores (CNT) c. el Decreto núm. 16769 dictado por el Ejecutivo*, 23 de septiembre de 2000, núm. 35

- Parte 1, capítulo 1, párrafo IV
- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.A.3.b

Perú

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

- Parte 2, capítulo 2, párrafo III.B
- Parte 2, capítulo 3, párrafo II.C

Tribunal Constitucional del Perú, *Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL*, 16 de setiembre de 2002, caso núm. 1124-2001-AA/TC

- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.B.2

Tribunal Constitucional del Perú, *Cámara Peruana de la construcción (CAPECO) c. la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima del 11 de noviembre de 2002 que declaró infundada la acción de amparo de autos*, caso núm. 0261-2003-AA/TC

- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.B.4

Rumania

Tribunal de primera instancia de Brasov, *Sentina Civila*, 30 de marzo de 2001

- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.A.3.b

Tribunal Constitucional de Rumania, 25 de febrero de 1993, decisión núm. 6

- Parte 2, capítulo 3, párrafo II.B

Reino Unido

R. c. G (2003) UKHL 50 (2004), 1 AC 1034

- Parte 1, capítulo 1, párrafo III.B

DelInnachie c. Kingston upon Hull City Council, [2004] IRLR 287 (CA)

- Parte 3, capítulo 3, párrafo II.A.4 (nota a pie de página)

Reynold c. Times Newspaper Ltd (2001), 2 AC 127 (HL), 223B-D

- Parte 1, capítulo 1, párrafo III.B

Rusia, Federación de

Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, *Sobre la constitucionalidad del artículo 12 de la Ley de la URSS de 9 de octubre de 1989 relativa a la resolución de los conflictos colectivos laborales*, 17 de mayo de 1995

- Parte 2, capítulo 3, párrafo II.C
- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A4

Senegal

Corte Suprema de Senegal, 29 de enero de 1975, caso núm. 39/73

- Parte 1, capítulo 2, párrafo II (nota a pie de página)

Sudáfrica

Tribunal Laboral de Sudáfrica, *PFG Building Glass (pty) Ltd c. Chemical Engineering Pulp Paper Wood and Allied Workers' Union (CEPPAWU) y otros*, 28 de marzo de 2003, núm. J90-2003

- Parte 2, capítulo 1, párrafo III.A.3

Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *NUMSA c. Bader Pop*, 13 de diciembre de 2002, núm. CCT 14/02

- Parte 2, capítulo 2, párrafo III.B
- Parte 3, capítulo 1, párrafo II.B.4.b

Tribunal Constitucional de Sudáfrica *Jacques Charl Hoffman c. South African Airways*, 28 de setiembre de 2000, núm. CCT 17/00

- Parte 1, capítulo 1, párrafo II.B.2
- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.1
- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.7
- Parte 3, capítulo 3, activité

Tribunal de Apelación Laboral de Sudáfrica, *Modise y otros c. Steve's Spar*, 15 de marzo de 2000, núm. JA 29/99

- Parte 1, capítulo 2, párrafo I (nota a pie de página)
- Parte 3, Capítulo 3, Sub-párrafo II.A.3

Trinidad y Tabago

Tribunal Laboral de Trinidad y Tabago, *Bank and General Workers Union c. Public service Association of Trinidad and Tobago*, 27 de abril de 2001, núm. 15 de 2000

- Parte 3, capítulo 3, párrafo II.A.3

Tribunal Laboral de Trinidad y Tabago, *Bank and General Workers Union c. Home Mortgage Bank*, 3 de marzo de 1998, núm. 140 de 1997

- Parte 1, capítulo 1, párrafo III.B
- Parte 2, capítulo 1, párrafo III.B.2
- Parte 3, capítulo 3, párrafo II.A.2
- Parte 3, capítulo 3, párrafo IIA3

Zimbabwe

Tribunal des relations de trabajo, *Fredrick Mwenye c. Textile Investment Company*, 8 de mayo de 2001, núm. LRT/MT/11/01

- Parte 1, capítulo 1, párrafo III.A
- Parte 2, capítulo 3, párrafo III.A
- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.4

Decisiones internacionales

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Demandas núms. 5548/00 y 59330 sobre las restricciones de empleo para antiguos agentes de la KGB, 27 de julio de 2004

- Parte 2, capítulo 2, párrafo III.B

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Baena Ricardo y otros, 2 de febrero de 2001

- Parte 2, capítulo 2, párrafo III.B

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Andrea Francovich c. República italiana, 19 de noviembre de 1991, casos juntos C-6/90 et C-9/90

- Parte 2, capítulo 1, párrafo IV.B (nota a pie de página)

Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz, 13 de mayo de 1986, C-170/84, ECR, 1607

- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.3 (nota a pie de página)

Tribunal Administrativo de la OIT

Sentencia núm. 2120, 15 de julio de 2002

- Parte 3, capítulo 2, párrafo II.A.4