

TRATADOS INTERNACIONALES Y CONVENIOS DE LA OIT. SU APLICACIÓN INMEDIATA

Por Roberto C. Pompa

1.- Hacia la creación de una organización internacional del trabajo:

Los pueblos se han visto comunicados desde la antigüedad a partir de la firma de tratados cuya aplicación superaba sus propios territorios, sea por fines de alianzas comerciales o militares, sea porque compartían una comunidad normativa. El Código de Hammurabi, por citar, constituyó más tarde la base de la legislación de casi todos los pueblos semitas, los babilonios, los asirios, los caldeos y los hebreos. El Código Deuteronómico prescribía la liberalidad con los pobres y los extranjeros, a la vez que ordenaba la liberación del esclavo hebreo al término de seis años; insistía en que no se lo debía despedir sin medios de vida y prohibía el reclutamiento de obreros para trabajar en el exterior y la exención del servicio militar a quien hubiese construido (*constructores*) una casa nueva o plantado (*viñateros*) una viña ¹

El estudio de los derechos humanos va a comenzar mucho tiempo después. En un primer momento será abarcado principalmente desde el derecho constitucional y desde el derecho internacional. Sus primeras manifestaciones se observan en el constitucionalismo clásico de los Siglos XVIII y XIX. La Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América comprende declaraciones sobre derechos individuales que contenían limitaciones al poder del gobierno. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 proclama que "el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre". Se pretendía limitar los abusos que podían generarse desde el poder, afirmándose como derechos fundamentales del hombre la libertad, la igualdad ante la ley, la seguridad personal y la propiedad privada, con lo que se va a ir constituyendo el "principio de legalidad" como antecedente del "Estado de derecho".

Los estados nacionales se van consolidando unidos a la idea de soberanía absoluta del Estado, de lo que se deriva que en el ámbito interno el Estado no reconoce ni iguales ni superiores: "Todos los hombres son iguales ante la ley", mientras que en el externo se reconoce que los Estados son iguales pero no superiores. Cada Estado es soberano y autónomo para fijar las reglas de su ordenamiento.

Con Marx comienza a abandonarse la idea de que el Estado "es" la esfera constitutiva de la sociedad por la de "ser" determinado por la sociedad y por la relación de producción que la domina ². Hegel aseguraba que la esencia del Estado consistía en su soberanía y Marx va a decir que es el Estado quien se halla en cohesión por la vida burguesa ³

Siguiendo esta ideología, la ley del régimen capitalista es que el propietario no puede encontrar trabajo para su subsistencia sin que su trabajo acreciente el capital, por lo que se produce una suerte de deshumanización del trabajo, por la que el trabajador se convierte en un simple accesorio de la máquina, en algo cada vez más abstracto e intercambiable. Esta ideología servirá de sustento más adelante para que en la constitución de la OIT se proclame que el trabajo "no es una mercancía". La fusión de los trabajadores en la lucha política comenzará tomando conciencia de los intereses que le resulten más inmediatos, los de la defensa del trabajo y los intereses económicos. El dominio de la naturaleza por el hombre se convierte en humana en el sentido de que el hombre se reconoce como ser natural y plenamente hombre. Las necesidades del hombre son conservadas pero universalizadas y esas necesidades universales encuentran su satisfacción en objetos universales que coinciden con la sociedad ⁴

Para llegar a ello las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en colisión con las relaciones de producción existentes, inaugurándose una época de revolución social y de transformación de las sociedades.

Marx auguraba así la extinción del Estado y el surgimiento de una asociación en que el libre desenvolvimiento de cada uno será la condición del libre desenvolvimiento de todos ⁵, con lo que se generaba los interrogantes si para ello debía esperarse el transcurso de la historia hacia el comunismo con los triunfos

¹ Burns Edward McNall, "Civilizaciones de Occidente", págs. 96, 127, 135/136;

² Marx Karl, 1844. "La crítica de la filosofía del derecho de Hegel";

³ Marx Karl, "La Sagrada Familia", p. 187;

⁴ Touchard Jean, "Historia de las ideas políticas", p. 495;

⁵ Marx Karl, "El manifiesto"

intermedios del socialismo o precipitarlo mediante la revolución con la abolición del capitalismo y del sistema asalariado; como si tenía que ver con una revolución única o una simultánea y en todas partes; como si las condiciones de la revolución sólo eran posibles en los países que el capitalismo hubiere alcanzado su más elevado desarrollo o era también posible en los países económicamente atrasados ⁶. Las dificultades originadas por la toma del poder serían sostenidas por el proletariado internacional que debería intentar acciones insurreccionales en todas partes: “la revolución permanente”. Lenin va a creer posible una revolución socialista, pero piensa que el proletariado necesitará de la complicidad activa y la solidaridad de los movimientos revolucionarios de Occidente y sobre todo de Alemania, como de la alianza en Rusia del proletariado obrero y de los campesinos, “la dictadura del proletariado y del campesinado”.

La Segunda Internacional (1891) se asignó como prioridad desarrollar entre las organizaciones participantes el espíritu de solidaridad internacional. El progreso del socialismo llevaría hacia el pacifismo. Sin embargo los enfrentamientos entre el socialismo proletario y el imperialismo capitalista aliado al militarismo eran evidentes. La inevitable congestión del capitalismo alemán y la absorción del espacio no capitalista por las potencias capitalistas tornaban inevitable la guerra internacional ⁷, que no era más que extender la revolución a los demás países.

A partir de 1907 todos los Congresos de la Segunda Internacional se abocaron a procedimientos mediante los cuales los partidos socialistas y las organizaciones sindicales podrían obstruir las amenazas de guerra que se acumulaban sobre Europa.

Se observa entonces que están planteados temas como la deshumanización del trabajo, la crisis del capitalismo, la abolición de los Estados tradicionales, la internacionalización del conflicto y la solución también global del mismo, que van a anticipar los movimientos políticos y sociales que van a dominar y producir transformaciones a lo largo del Siglo XX.

No puede olvidarse que durante una gran parte del siglo XX, el comunismo soviético pretendió ser un sistema alternativo y superior al capitalismo. La revolución de marzo de 1917 que derrocó a la monarquía rusa fue un acontecimiento esperado por toda la opinión política occidental. Pero todo el mundo daba por sentado que no podía ser y no sería socialista, en tanto no se daban las condiciones para una transformación de esas características en un país agrario con una población pobre e ignorante, por lo que sólo podía desembocar en una revolución burguesa. Sin embargo, la integración mundial y la extensión del territorio ruso tendrían importantes repercusiones internacionales. El propio Marx creía que una revolución rusa podía ser el detonador que hiciera estallar la revolución proletaria en los países occidentales más industrializados, donde sí se daban las condiciones para el triunfo de la revolución socialista proletaria ⁸

Tras la finalización de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y la firma del Tratado de Versalles (1919), los juristas soviéticos van a elaborar una teoría del derecho internacional adaptada al papel misionero de la URSS en su liberación de los proletariados extranjeros.

El fin de la primer gran guerra revalorizó la importancia de la cooperación de los trabajadores en la producción. La Conferencia Obrera de Leeds (1916) expresó que debía asegurarse a la clase obrera de todos los países un mínimo de garantías de orden moral y material relativas al derecho del trabajo y al derecho sindical, comprendiendo temas vinculados con las migraciones, los seguros sociales, la duración de la jornada y en materias sobre higiene y seguridad del trabajo. En la Carta Sindical de Berna (1919) los trabajadores solicitaban a la Sociedad de las Naciones que considerara como una de sus misiones primordiales crear una legislación internacional de protección del trabajo que garantizara su aplicación, comprendiendo materias sobre la enseñanza, trabajo de menores y mujeres, salarios, jornada, descanso, trabajo nocturno, higiene y seguridad, derecho a sindicalizarse, migración de trabajadores, paro, seguro social, trabajo de marítimos, inspección del trabajo y creación de una Organización Internacional del Trabajo de carácter permanente para elaborar acuerdos con fuerza legal.

El Tratado de Paz de Versalles de 1919 va a crear la OIT, en cuyo Preámbulo se va a señalar a la justicia social como condición necesaria para la paz universal. Se reconoce que existen condiciones de trabajo que implican para un gran número de personas, injusticias, miserias y privaciones, que ponen en peligro la paz y armonía universal. Se añade que la no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano, pone obstáculos a los esfuerzos de las demás naciones deseosas de mejorar la suerte de los obreros en sus propios países. El

⁶ Trotsky, “Resultados y perspectivas de la revolución rusa”, 1906;

⁷ Rosa de Luxemburgo, “La acumulación del capital”;

⁸ Hobsbawm Eric, “La revolución mundial”, en Historia del Siglo XX, Crítica, p. 65;

bienestar físico e intelectual de los trabajadores asalariados es de esencial importancia para el punto de vista internacional, lo que justifica la creación de un órgano permanente asociado al de la Sociedad de las Naciones para conseguir tal elevado fin. El trabajo no debe ser considerado meramente como un artículo de comercio y, en consecuencia se elaboran una serie de principios, ellos son: ⁹

"El trabajo no debe ser considerado una mercancía"

"El derecho de asociación"

"El pago a los trabajadores de un salario justo"

"La adopción de la jornada de 8 horas o de la semana de 48 horas"

"La adopción de un descanso hebdomadario de 24 horas como mínimo"

"La supresión del trabajo de los niños y limitaciones en los de los jóvenes para permitirles su educación y desarrollo"

"El principio de igual salario sin distinción de sexo para un trabajo de valor igual"

"Condiciones equitativas de labor"

"Servicio de inspección de normas y condiciones de trabajo"

Una nueva época política comenzaba a gestarse: la de la construcción del constitucionalismo social.

2.- Globalización y crisis del capitalismo:

El objetivo fundamental de las normas constitucionales hasta el siglo XIX fue, con diverso éxito, limitar al poder estatal. Con el desenvolvimiento del constitucionalismo social cambió el rol del Estado, ampliándose su intervención en la vida social. Se produce un paso del Estado gendarme a un Estado planificador.

La insólita y temporal alianza del capitalismo liberal y el comunismo pudieron hacer frente al desafío de salvar la democracia, pues la victoria sobre la Alemania de Hitler fue esencialmente obra del ejército rojo, y la mayor repercusión de la revolución de octubre fue haber acelerado la modernización de países agrarios atrasados ¹⁰.

Asistimos a la llamada edad de oro, o de los 25 años gloriosos, marcados por un extraordinario crecimiento y transformación social, al que había que darle un marco de protección con validez internacional.

Sin embargo, la Guerra Fría, la crisis del petróleo en los años 70, la caída del Muro de Berlín a finales del Siglo XX, la proliferación de políticas neoliberales, las innovaciones tecnológicas, los cambios introducidos en el campo de las relaciones laborales, van a provocar una nueva transformación del campo ordinario de la aplicación de las normas. Desde las posturas neoliberales se considera que la rigidez de la norma laboral es causa de atraso y por lo tanto debe ser flexibilizada. La misma discusión que se dio para forzar la flexibilización de las normas laborales en los años 80 y 90, es decir para quitarle la rigidez que falsamente se les atribuía, se dio también en el campo de las negociaciones internacionales. En la Conferencia Internacional del Trabajo de 1984 se va a observar como el sector que representa a los empleadores se pronunció a favor de reducir el dictado de nuevas normas privilegiando la revisión y consolidación de las existentes. Si bien se reconocía la importancia normativa de la OIT, se señalaba que la actividad normativa no era necesariamente el mejor medio para alcanzar los objetivos de la Organización, resaltándose que la tendencia en la mayoría de los países era hacia una desregulación de las normas laborales. Una regulación excesiva era vista como un freno al desarrollo económico y al progreso social. En otro sentido, el sector representativo de los trabajadores planteó en cambio la necesidad de adecuar la norma internacional a la aparición de nuevas situaciones planteadas en el mundo del trabajo, respondiendo así a la dinámica del desarrollo económico y social. Si bien se insistió en la importancia de la flexibilidad para dar viabilidad internacional a las normas, hubo consenso en que no debía aplicarse a los convenios fundamentales de derechos humanos. Sostuvo el Director Hansenne en su Memoria a la Conferencia de 1997, que "una de las características del programa trazado en el Preámbulo de la Constitución de la OIT es que precisamente nunca podrá darse por finalizado, no porque el progreso se estanque, sino más bien porque el horizonte se aleja a medida que se avanza" ¹¹

Con la globalización se instala la idea de un nuevo orden, único.

Sin embargo, la creencia en la formación de una sociedad mundial pacífica y humana aparece desmentida por la sucesión de guerras en el mundo y la existencia de una única potencia mundial dominante. El mundo aparece

⁹ Fernández Madrid Juan Carlos, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", T.I, pág. 42;

¹⁰ Hobsbawm Eric, "Vista panorámica del Siglo XX", en Historia del Siglo XX, Crítica;

¹¹ Von Potobsky Gerardo, "El devenir de las normas internacionales del trabajo", Revsita de Derecho Social Latinoamericana nº 3, p. 13;

acabado y unificado. Qué queda por explotar? parece ser la consigna. Hasta el entonces Presidente de los Estados Unidos declaró la Segunda Guerra del Golfo como una cruzada por un "nuevo orden mundial". La idea del imperio antiguo y medieval fue reemplazada por la imagen de un mundo controlado por un grupo de Estados que compiten entre sí ¹²

La globalización se refiere a un proceso económico dado luego de una sucesión de crisis estructurales. Así, a la económica de los años 30 siguió un modelo de acumulación y regulación, con una fuerte expansión del trabajo asalariado, en la que la clase trabajadora pasó a ser parte del proceso de reproducción del capital. En lo político, se dio un alto grado de dirección económica con políticas estatales de crecimiento, el reconocimiento de los sindicatos. El estado de bienestar representó un importante mecanismo de integración política de los asalariados en el marco de confrontación con el comunismo, con ingreso para las masas junto con una enorme rentabilidad del capital. Luego, las dos décadas siguientes de la segunda guerra mundial fueron la edad de oro del capitalismo, con expansión de los mercados internos sobre la base de una amplia intervención estatal y una red de organizaciones internacionales como el FMI y el Banco Mundial. Al llegar a los años 70 una nueva crisis mundial volvió a estancar el proceso de acumulación y crecimiento. Las reservas demostraron ser completamente limitadas. La forma de regulación del estado de bienestar caía cada vez más en un conflicto de intereses por las ganancias del capital. El proceso no afectó solamente a los países capitalistas sino también a los de la periferia. Todo condujo a una mayor internacionalización de la producción y a una influencia creciente de los consorcios multinacionales ¹³

De esta manera, la liberalización del tránsito de mercancías, servicios, dinero y capital debía crear las condiciones para una renovada racionalización sistemática del proceso de producción capitalista y del trabajo, vinculado con la destrucción de la conciliación fordista de clases, lo que debía implicar la implantación de nuevas tecnologías, apertura de nuevos mercados y fuentes de ganancias.

Para ello sería necesaria la desarticulación del tejido social y la creación de condiciones para que el capital internacional se traslade de un lugar a otro sin considerar las fronteras nacionales.

Así, la globalización es más una estrategia política que un proceso económico, que ha conducido a crecientes desigualdades internacionales. Las diferencias de riquezas son mayores que nunca y regiones enteras del mundo parecen estar desconectadas del desarrollo económico y expuestas a caer en la miseria absoluta.

El fracaso de imponer un orden único ha conducido a una creciente cantidad de guerras entre países y de guerras civiles a lo largo del mundo, por lo que sin dudas el nuevo orden mundial se parece más a un caos global ¹⁴

Esto muestra la historia del doble progreso contrario: un progreso hacia el bien y un progreso hacia el mal.

La palabra globalización designa los cambios económicos producidos en las dos últimas décadas del siglo XX y los cambios políticos, sociales y culturales relacionados, lo que otorga un carácter "global" a la globalización. Si bien ha generado un giro histórico notable del capitalismo, la globalización del sistema capitalista no significa la creación de un ámbito mundial equitativo, integrador, sino que presenta desigualdades crecientes en tanto el comercio mundial se concentra en más de un 50% en tres únicos polos: EEUU, China, Corea y Japón y la UE, con el dominio abrumador de un reducido número de empresas transnacionales de dimensiones gigantescas, mayores que los Estados, sobre la producción, el comercio y las finanzas mundiales.

Un tercio de todo el comercio mundial se realiza dentro de las 37.000 multinacionales censadas en el año 1994 (UNCTNC, 1994). Pero son sólo 200 empresas las que gobiernan la vida material de la población mundial ¹⁵. Estos gigantes manejan la cuarta parte (26,3%) de la producción mundial, crece a un ritmo doble de lo que crece el PIB de los 29 países industrializados que integran la OCDE y supera la producción total sumada de los otros 182 países que no firman parte de la OCDE pero donde vive la inmensa mayoría de la humanidad.

¹² Hirsh Joachim, "¿Qué es la globalización?", Revista Realidad Económica n° 147, Bs.As., 1997;

¹³ Hirsh Joachim, "¿Qué es la globalización?", Revista Realidad Económica n° 147, Bs.As., 1997;

¹⁴ Hirsh Joachim, Conferencia sobre "Globalización, transformación del estado y democracia", Universidad Nacional de Córdoba, marzo 1997;

¹⁵ Clairmont F.F. y Cavanagh J., "Sous les ailes du capitalisme planetarie", 1994; Clairmont F.F., "Ces firmes géants qui se jouent des Etats", 1999;

Para poner un ejemplo, la General Motors ha superado la producción nacional de Dinamarca y de cerca de otros doscientos países. En el mundo, sólo diez Estados cuentan con una producción nacional que supere el valor de las acciones de la empresa de sistemas de Internet Cisco Systems. Los beneficios que repartió entre sus accionistas la General Electric en 1997 superan la producción anual compartida por los 40 millones de habitantes del Congo-Zaire. Los empleados de la General Motors superan a las fuerzas armadas de muchos Estados del mundo. Son 225 los multimillonarios que poseen fortunas personales superiores a los ingresos anuales de 2500 millones de personas, las más pobres del planeta. Si los relacionamos con la propiedad de esas 200 empresas que concentran una desproporcionada parte del capital mundial, estamos hablando ya de poder y no de riqueza ¹⁶.

Hay sectores que se refieren a la globalización como el triunfo "del mercado", lo que no deja de ser una ironía frente al dominio de ese oligopolio de empresas.

Se asiste en los años 90 a un capitalismo donde la especulación financiera dirige la producción, alimentándose de meros títulos y devorándose materia viva, consumiéndose la parte de la producción que queda como beneficios de las empresas. Queda claro que los agentes principales de la especulación son las mismas empresas multinacionales. La inversión meramente especulativa es una parte complementaria de la actividad económica principal de casi todas estas 200 empresas. Estos grupos transnacionales se parecen a aquellos que en las apuestas sobre carreras y combates son a la vez apostadores y competidores, por lo que ganan casi siempre ¹⁷.

El desarrollo de los fondos privados de pensiones están formados por una parte del salario aplazado del trabajador, que la empresa negocia en la esfera financiera, antes de retomarlos a sus asalariados si no hay quiebra como pensión de jubilación. Las dimensiones de estos fondos superan ya las de los bancos. Los de las tres grandes del automóvil norteamericano en 1995 doblaban las reservas del Estado japonés que es el Estado que tiene más reservas en el mundo ¹⁸.

El pago de las grandes empresas a sus empleados en acciones a largo plazo, como los casos de Telefónica o YPF, convierten una parte del salario en capital de especulación.

Se dice que la globalización no tiene fronteras, lo que no es cierto. Las multinacionales tienen como patria la de sus propietarios mayoritarios. Las 200 mayores tienen sus sedes bien establecidas en tan sólo 17 países de los 211 Estados independientes. Pero 176 de ellas están radicadas en sólo 6 potencias financieras. Más de una tercera parte son norteamericanas. La única multinacional española entre ellas está vinculada a la actividad telefónica que ha hecho beneficios a partir de la precarización laboral por el auge de los contratos de pasantía realizados en fraude a la ley.

De esta manera la desigualdad entre países ricos y pobres aparece como un efecto constante y creciente del sistema económico mundial. Si en 1960 el 20% más rico disponía de una riqueza 30 veces mayor que el 20% más pobre, a fines del siglo XX la proporción era de 74 veces (PNUD, 1999).

La presunta inversión de los capitales transnacionales en nuestros países encubre la penetración de dicho capital en el control de las materias primas del planeta, lo que podría hablarse de una recolonización. La globalización no extiende la producción, la concentra. Al concentrarse la producción aumenta la productividad del trabajo, pero al precio de expulsar mano de obra en proporciones siempre mayores hacia empleos menos cualificados y peor pagados.

Los cambios peyorativos de la legislación laboral que se dieron en los años 80 y 90 fueron justificados en búsqueda de las llamadas ventajas competitivas. Se dio una lucha entre los Estados y las ciudades para atraer la inversión de la mayor parte de estas empresas, para lo cual se imponía recortar los derechos de los trabajadores.

La llamada flexibilización laboral con la que terminó el Siglo XX desencadena otra vez la vieja lucha, ante la cual el Estado Social de Derecho no puede dejar libre paso a la contratación a través de la autonomía de las partes.

3.- El progreso social, el progreso económico y la mundialización de la economía. La consagración de los principios y derechos fundamentales de trabajo de la OIT:

¹⁶ Van den Eynde Arturo, "Globalización: La dictadura mundial de 200 empresas", Barcelona, 1999;

¹⁷ VaN DEN Eynde Arturo, op. cit;

¹⁸ Harnecker, citando al "US News and World Report";

En los comienzos del Siglo XX, con las Constituciones de Querétaro en México (1917) y Weimar Alemania (1919), se va a ir formando un nuevo constitucionalismo que al tiempo de afirmar los derechos individuales, va a introducir una segunda generación de derechos en materias como la laboral, educación, salud y vivienda. Este nuevo constitucionalismo social reconoce un Estado paternalista, y el derecho de propiedad, considerado hasta entonces como absoluto e ilimitado, comienza a asumir una serie de restricciones.

Fracasado el intento de incluir la cuestión de la cláusula social en las discusiones del GATT en Marrakech (1994), se planteó en la Conferencia de la OIT que uno de los medios para combatir el "dumping social" sería la creación de un procedimiento que evaluara los efectos de la liberalización de los mercados internacionales y las oportunidades que ofrece la mundialización de la economía a la luz de los principios fundamentales de la OIT.

En la medida que la liberalización del comercio descansa en la libertad de negociar y de contratar, ello exigiría el reconocimiento de las condiciones que deben garantizar a los trabajadores la posibilidad de negociar libremente sus condiciones de trabajo en el plano colectivo como en el individual. La consolidación del sistema mundial no significa que se deban mitigar las distorsiones de la competencia que son consecuencia de las diferencias en el nivel de protección, sino para que las promesas y esperanzas no se transformen en desilusiones que puedan poner en peligro su existencia.

Es decir, para la OIT no se trata de uniformar el nivel de protección social por razones de competencia internacional, sino de asegurar un cierto paralelismo entre el progreso social, el progreso económico y la mundialización de la economía. Si bien no se puede privar a los países en desarrollo de las ventajas que se derivan de su situación, tampoco estas ventajas comparativas deberían mantenerse de manera artificial. Para ello se planteó como la fórmula más idónea una nueva disposición en virtud de la cual la pertenencia a la Organización importaría "ipso jure" la sujeción a las obligaciones derivadas de convenios específicos de la OIT. Ello reconocía como antecedente la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social (1995) al adoptar la Declaración de Copenhague el compromiso de los Estados de salvaguardar los derechos e intereses básicos de los trabajadores, a los efectos de que se pueda asegurar a los trabajadores la obtención de la parte que les corresponde legítimamente de los frutos del progreso económico generado por la liberalización del mercado. Se buscaba así conciliar el vínculo entre progreso social y crecimiento económico¹⁹

Tales fueron los antecedentes de la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, cuya cláusula central consagra:

"Los Estados miembros al incorporarse a la OIT han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución;

Estos principios y derechos han sido reconocidos como fundamentales;

Los Miembros aún cuando no los hayan ratificado tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetarlos, promoverlos y hacerlos realidad;

Constituyen derechos fundamentales los de: libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación"

Se tratan de derechos habilitantes en tanto constituyen la base necesaria para concretar la realización a nivel nacional de los demás derechos laborales, actuando como un piso universal y obligatorio, constituyendo así materia del orden público internacional.

Es cierto que un sector de los doctrinarios los han criticado por cuanto su enunciado tiene una relación confusa con los convenios y porque relega a un segundo plano las demás normas internacionales. Sin embargo, la adopción de la Declaración impulsó el número de ratificaciones de los convenios fundamentales.

4.- Los tratados internacionales según la Convención de

Viena:

Un Tratado es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional (Convención de Viena, art. 2.a).

Se entiende por "Parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el Tratado, haya o no entrado en vigor (Convención de Viena, art. 2.g).

El hecho de que la Convención de Viena no se aplique a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho

¹⁹ Von Potobsky Gerardo, op. Cit., p. 15, 18, 20/21;

internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales celebrados por escrito, no afectará el valor jurídico de tales acuerdos; ni a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas por la Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención (Convención de Viena, art. 3.a).b).

La Convención de Viena sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la Convención con respecto a tales Estados (Convención de Viena, art. 4). Las disposiciones de un Tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Tratado para esa parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del Tratado o conste de otro modo (Convención de Viena, art. 28).

La Convención de Viena se aplicará a todo Tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización (Convención de Viena, art. 5). De esta cláusula se deriva la aplicación de la Convención a los Tratados de la OIT.

Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*pacta sunt servanda*, Convención de Viena, art. 26).

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del cumplimiento de un tratado (Convención de Viena, art. 27). 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 (Convención de Viena, art. 46.1).

Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último (Convención de Viena, art. 30.2).

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones y toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones (Convención de Viena, arts. 31 inc. 1) e inc. 3.a) y b).

Las normas enunciadas en un tratado son obligatorias para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional (Convención de Viena, art. 38).

La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado (Convención de Viena, art. 43).

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (Convención de Viena, art. 53).

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará (Convención de Viena, art. 64).

5.- Tratados Internacionales y Constitución:

La Constitución de un Estado es derecho, el derecho de la Constitución. Algunos creen que la legislación es el techo del orden jurídico en vez de serlo la Constitución. Algunos piensan que la Constitución sólo funciona y es aplicable a través de las leyes que le dan desarrollo, por lo que caen en la contradicción de llamarla "suprema" y al mismo tiempo demandan la intermediación del legislador para hacerla aplicable y obligatoria²⁰

No obstante, los Estados comienzan por reconocer límites a partir de la adopción de compromisos en el plano internacional y comienzan a aceptar

²⁰ Bidart Campos Germán J., "El panorama de los derechos humanos a fin de siglo", JA 80º Aniversario;

tanto el reconocimiento de derechos fundamentales que debían respetar, como la recepción que las cláusulas constitucionales sobre derechos humanos son operables por sí mismas.

Como consecuencia de las grandes guerras y de los abusos cometidos en las mismas, los Estados van a dictar y adherir a una serie de Declaraciones, Convenios y Pactos Internacionales que van a reconocer precisamente al hombre como sujeto de derecho internacional por los Estados.

Así como los derechos contenidos en las constituciones encabezan el derecho interno de los Estados, por el art. 103 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945) los derechos y libertades fundamentales del hombre se ubican en la cúspide del derecho internacional, de manera que se produce una simetría en el sentido que la pirámide jurídica del derecho interno y la pirámide jurídica del derecho internacional elevan a sus respectivos vértice a los derechos humanos.

A partir de este momento, los Estados se obligan al cumplimiento de las obligaciones asumidas en los Tratados Internacionales y el tema de los derechos humanos ya no pertenece con exclusividad a la jurisdicción interna de los Estados sino que es compartido por la jurisdicción interna y la internacional, convirtiéndose el hombre en un sujeto del derecho internacional²¹.

El Estado Social y Democrático de Derecho, que es la versión del constitucionalismo social contemporáneo, permite hacer pie en la fuerza normativa de la constitución para denostar a las políticas, a las leyes de presupuesto, a las inversiones y, en general, al régimen de hacienda pública que no se ajustan rigurosamente a los principios rectores que surgen de prioridades axiológicas ordenadas en la Constitución y que, en verdad, tienen como destinatarios a los seres humanos con su conjunto de derechos —específicamente los sociales— y como sujetos de las obligaciones correlativas a los poderes públicos convocados a remover obstáculos y a promover el bienestar general común. Los enclaves cuantiosos de marginados y segregados en la participación de un bienestar que no se impulsa ni se logra, configuran una ofensa gravísima a los derechos humanos, agudizados por las políticas neoliberales del capitalismo, sin frenos ni equilibrios²²

La reubicación del hombre en el centro del escenario de protección bajo el amparo de los derechos que surgen de los tratados sobre derechos humanos es precisamente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración.

Ha dicho el Máximo Tribunal que:

"Sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis (de la C.N), sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (CN, art. 75.22)... El art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia el "derecho a trabajar", comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste... como derecho inalienable de todo ser humano..."²³

En la medida que los Estados vayan incorporando al texto de sus constituciones internas los tratados internacionales sobre derechos humanos, se produce una equiparación con la misma jerarquía, adquiriendo los tratados internacionales naturaleza de raigambre y jerarquía constitucional.

No podría decirse que un Estado está constituido como un Estado social de derecho si no abreva sus derechos desde la fuente internacional y si no adopta un sistema garantista de defensa de los derechos humanos.

Esta es la situación en nuestro país luego de la reforma constitucional de 1994, en la que a los tratados en general se les reconoce una jerarquía superior a las leyes y, a los expresamente incorporados en el art. 75 inc. 22 se les otorga jerarquía constitucional.

El art. 75 inc. 22) de la Constitución Nacional reformada en el año 1994 eleva a la jerarquía constitucional los diversos tratados internacionales que enumera, referidos, entre otros aspectos, a la prohibición acerca de toda forma de discriminación. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (año 1948) consagra en su preámbulo, como derecho fundamental del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana y la igualdad de derecho de hombres y mujeres, proclamando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art.1), sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión

²¹ Bidart Campos Germán J., op. cit;

²² Bidart Campos Germán J., op. cit;

²³ CSJN, "Vizzoti Carlos c/AMSA s/despido", del 14/09/04;

política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (art. 2). Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (art. 7º) e igual salario por igual tarea (art. 23). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (año 1948) consagra en su preámbulo que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, estableciendo que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna (art. 2º). La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica año 1969), dispone que los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1.1); todas las personas son iguales ante la ley por lo que tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley (art. 24). La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (año 1965), que considera como tal toda distinción, exclusión, restricción o 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. También podríamos agregar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (año 1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (año 1989) y el Convenio 158 de la OIT que prohíbe y declara nulo el despido represalia.

La reforma al texto de nuestra Constitución Nacional del año 1994 no solamente incorporó con jerarquía constitucional diversos tratados internacionales que incluyen la no discriminación, sino que además agregó por el artículo 75 inc. 23 como atribución propia del Congreso, la de legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, como el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales en concordancia con lo que estos consagran. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley (art. 8). Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos compromete a los Estados partes a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que reconocen (art. 2). Estableciendo el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos (art. 25). Los Estados partes se comprometen a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (art. 25 inc. 2.c), pudiendo cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental realizar peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta convención por un Estado Parte (art. 44) organizando los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos que contraen los Estados partes (art. 33).

6.- Tratados de derechos humanos. Principios propios:

Los derechos de las tres generaciones componen un bloque inescindible cuya indivisibilidad exige que se asuma el principio de irreversibilidad, según el cuál toda añadidura y todo incremento en el sistema de derechos impide, una vez alcanzado, cualquier sustracción posterior de derechos nuevos o de contenidos nuevos en derechos viejos²⁴

Un tratado versa sobre derechos humanos cuando afecta o interesa a la protección de éstos. Su objeto y propósito es el reconocimiento y la protección de los derechos de la persona humana. Son aquellos tratados que tienen por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana²⁵

Se ha resuelto que:

“Corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) determinar si el tratado concierne a la protección de los derechos humanos. La interpretación de toda norma de los tratados debe hacerse de buena fe, conforme al

²⁴ Bidart Campos Germán J., op. cit;

²⁵ Ayala Carlos, “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos”;

término corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”²⁶

“Los tratados modernos sobre derechos humanos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”²⁷

La incorporación de los tratados internacionales a la jerarquía constitucional importa²⁸, constituyendo estos los principios propios de los Tratados sobre derechos humanos:

a) Su incorporación al bloque de constitucionalidad: Esto vincula al resto del ordenamiento jurídico, el cual debe sujetarse a ellos al igual que a la propia Constitución. Por lo que los tratados sobre derechos humanos son norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el poder público están sujetos a ellos. Todo acto del poder público que los viole o menoscabe es nulo, generando responsabilidades a quienes los ordenen o ejecuten. Los jueces como guardianes del orden jurídico y de la Constitución deben garantizar su integridad. En caso de incompatibilidad entre un tratado sobre derechos humanos y una norma jurídica, prevalecerán las disposiciones del tratado.

b) Progresividad: La interpretación jurídica de los tratados sobre derechos humanos es competencia propia de la CIDH. Sin embargo, la interpretación efectuada por un Estado que establezca normas más garantistas para la protección de las personas que la establecida por la jurisprudencia internacional será válida por la aplicación del principio de progresividad contenido en el art. 29 de la Convención Americana. Pero si en cambio es contraria, la sentencia nacional será susceptible de ser controlada por los órganos de protección internacional, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que le pueda caber al Estado.

Los tratados más favorables a los derechos humanos prevalecen sobre las normas de la propia Constitución en función del principio de progresividad. Se consolida el principio de la “cláusula del individuo más favorecido”, lo que contribuye a minimizar las posibilidades de conflictos entre instrumentos legales y a obtener una mayor coordinación entre tales instrumentos en su dimensión vertical como horizontal.

c) Primacía de la norma más favorable: El art. 29.b) de la Convención Americana dispone que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Este principio de la primacía de la disposición más favorable aplicado por la Comisión Europea de Derechos Humanos recibió reconocimiento judicial de la CIDH²⁹

Por lo que si un mismo derecho es regulado con sentido diferente por la Constitución y por un Tratado debe prevalecer la disposición más favorable a la persona y cuando un mismo derecho se encuentre regulado al mismo tiempo en distintos ordenamientos internacionales se debe aplicar aquél más favorable a la persona (pro hominis).

d) Principio de buena fe: Los Estados tienen el deber de cumplir de buena fe (pacta sunt servanda) los instrumentos internacionales por ellos ratificados, consagrado en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

e) Incorporación integral y tutela internacional: Los tratados sobre derechos humanos son incorporados in totum. No solo los derechos fundamentales sustantivos, sino también los órganos y mecanismos internacionales de protección de esos derechos (Comisión Europea de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos) cuando las violaciones a los mismos no sean reparadas efectivamente por los recursos judiciales internos, habilitándose la jurisdicción internacional a través del amparo internacional³⁰

²⁶ CIDH, Opinión Consultiva nº 16, 01.10.99;

²⁷ CIDH, Opinión Consultiva nº 2, 24.09.82;

²⁸ Ayala Carlos, “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los Tratados relativos a derechos humanos”;

²⁹ CIDH, Opinión Consultiva nº 5, 13.11.85;

³⁰ Ayala Carlos, “Del amparo constitucional al amparo interamericano”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Venezuela, 1996;

En este sentido el art. 44 de la Convención Americana consagra que cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembro de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte. La CIDH tiene una jurisdicción reparatoria plena con poderes para disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad o derechos conculcados, pudiendo disponer que se reparen las consecuencias.

f) Obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH: Ha sido establecida por la propia CIDH sobre la base de la buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales libremente adquiridos, habiendo dicho que los Estados que han ratificado la Convención tienen la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones y desde el momento que han ratificado la Convención se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes ³¹

La obligatoriedad de las decisiones de la CIDH ha sido reconocida por nuestro Máximo Tribunal ³², el que también reconoció la competencia de la CIDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana ³³, como la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH ³⁴

g) Rigidez: Los Estados Parte de un tratado no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del cumplimiento del tratado.

La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al bloque de la Constitución genera su rigidez, lo que ha sido sostenido con base al principio del paralelismo de competencias entre los poderes del Estado. Según este principio, las mismas voluntades que se requieren para celebrar, aprobar y ratificar un tratado deben estar presentes para su denuncia ³⁵

h) Operatividad inmediata: Otro principio es el de la operatividad inmediata de los tratados de derechos humanos.

Se vincula con la autoejecutividad o autoaplicabilidad de los tratados o convenciones, sobre derechos humanos en particular. Consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo previo, como también lo son las normas operativas de la Constitución.

Para la doctrina se requieren dos condiciones para que una norma sea autoejecutiva. Primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso. En segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes ³⁶

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha dicho que "la existencia de disposiciones ejecutables por sí mismas en un tratado, depende así en definitiva, de la intención de las Partes Contratantes de conceder un derecho definido y exigible al individuo que solicita a los órganos del Poder Público del Estado la aplicación de dicha norma a su favor" ³⁷

Cuando se trata de derechos humanos, la doctrina concluyó a favor de la admisión de una presunción a favor de la autoejecución o autoaplicabilidad ("self executing") de las normas sustantivas contenidas en los tratados respectivos, excepto si contienen una estipulación expresa de su ejecución por medio de leyes subsiguientes, que condicionen enteramente el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Dicha doctrina es particularmente coincidente con relación a la autoejecutividad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ³⁸

El Preámbulo de la Convención Americana establece entre los fines o propósitos de dicha Convención, el de establecer un régimen de protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos. Los principios de interpretación de los tratados definidos por el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de

³¹ CIDH, caso "Loayza Tamayo", sentencia del 17.09.97;

³² CSJN, "Ekmedjian c/Sofovich", del 07.07.1992;

³³ CSJN, "Giroldi s/recurso de casación", 07.04.1995;

³⁴ CSJN, SD 2312/95, 09.05.1995;

³⁵ Cafiero Juan Pablo y otros autores, "Jerarquía constitucional de los tratados internacionales", Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 52 y ss;

³⁶ Jimenez de Aréchaga Eduardo, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno", Revista IIDH, enero/junio 1988, San José, pág. 29;

³⁷ Foster Laso y Neilson, "International Law Cases and Materials", Bishop W., p. 125/126, citado por Jiménez de Aréchaga Eduardo, op.cit.,p.29;

³⁸ M. Monroy Cabra, "Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el orden jurídico interno", en Derechos Humanos en las Américas, OEA, Washington, D.C, 1984;

los Tratados son el fin, el objeto, el sentido de los términos del tratado y la buena fe. Sería inaceptable que siendo el fin de la Convención Americana el establecimiento de un régimen de protección de los derechos humanos; y su objeto el compromiso de los Estados de asumir obligaciones de respeto, desarrollo y garantía de los derechos en ella reconocidos, éstas tuvieran que postergarse en espera de la adopción de las requeridas disposiciones en el derecho interno.

La CIDH, a solicitud formulada por el gobierno de Costa Rica, aceptó el principio de autoejecución o autoaplicabilidad, cuando resolvió que:

"el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo", por lo cual "reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible". "El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al Derecho Internacional de las obligaciones que aquellos han contraído"³⁹

De ahí que pueda decirse que la obligación de los Estados Partes contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos por ella reconocidos, es una obligación complementaria y no sustitutiva de las obligaciones de respeto y garantía consagradas en el artículo 1. El hecho de que un artículo de la convención haga referencia a la ley, no ocasiona que ésta pierda su autoejecutividad. La propia Convención establece como una de sus normas de interpretación, que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de suprimir los derechos por ella reconocidos. El art. 29.a) de la Convención establece que "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella".

i) Carácter dinámico: El contorno abierto y la dinámica constitucional, en virtud del principio de derecho internacional sobre la progresividad de los derechos humanos, de rango constitucional.

Debe tener en cuenta que los estándares que emanan de los tratados y su jurisprudencia internacional, constituyen un parámetro mínimo, es decir, un piso pero nunca un techo para la protección de la persona humana.

7.- Incorporación de los tratados a la Constitución:

Una cláusula de la Constitución es operativa cuando puede exigirse el respeto aún en forma coactiva. Será programática cuando la facultad que ella otorga no sea suficiente por sí sola para otorgar a quien la invoque la protección jurisdiccional contra quienes pretendan desconocerla.

La operatividad puede provenir de ella misma (propia o self executing), o bien requerir el dictado de una norma que la ponga en operatividad (adquirida o derivada)⁴⁰

Sobre la forma que los tratados internacionales se incorporan al orden jurídico interno, una tesis (*monista*) sostiene que lo hacen y cobran operatividad por su sola aprobación legislativa y ulterior ratificación, mientras que otra (*dualista*) entiende que la aprobación legislativa no lo incorpora sino que será necesario el dictado de otra ley que le de operatividad.

Con anterioridad a la reforma al texto constitucional de 1994, el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no era muy definido⁴¹

Se había resuelto que:

"Las convenciones aprobadas por la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en Ginebra en 1921 no contienen normas operativas o self executing sino sólo pautas programáticas", por lo cual se negó la aplicación de una de esas convenciones para modificar la ley 9688 de accidentes de trabajo⁴²

"La aprobación por ley 11727 de la Convención aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo de Génova de 1920, no implicaba la incorporación de las normas del tratado al Código de Comercio"⁴³

"La cláusula de la Convención sobre Jornada laboral aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo de Washington de 1919, que establecía que

³⁹ CIDH, Opinión Consultiva 7/86 del 29.08.1986;

⁴⁰ Vanossi Jorge R., "Teoría constitucional", Ed. Depalma, T. II, p.1/20;

⁴¹ Ekmekdjian Miguel Angel, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Depalma, T. II, p. 773 y

ss;

⁴² CSJN, "Alonso Gregorio c/Haras Los Cardos", fallos: 186-258;

⁴³ CSJN, "Roa Félix y otros c/Constantinos Moschos", Fallos: 249-677;

cada miembro se obligaba a aplicar la convención a partir de determinada fecha, condicionaba su aplicación al dictado de una ley que la hiciera efectiva" ⁴⁴

En el caso en que se discutía el reconocimiento del derecho de huelga sobre la base del Acta de Chapultepec, aprobada por ley 12837, la Corte afirmó que "ese tratado sólo recomendaba a los Estados firmantes incorporar el derecho de huelga a su legislación" ⁴⁵

Más allá de algunas excepciones, el criterio va a ser cambiado a partir del año 1992, cuando se va a decir:

"La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la propia Constitución Nacional. La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno y que según el art. 27 de dicha Convención "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. El art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado. 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. La interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ⁴⁶

La reforma al texto constitucional operada en el año 1994 ratificó la vigencia de los derechos sociales contenidos en el art. 14 bis desde el texto de 1957, al tiempo que consagró como cuestión federal proveer al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, reconociendo así el principio de progresividad con raigambre constitucional. Ello importó un claro apartamiento de las posiciones neoliberales que propiciaban un desarrollo desalmado, colocando ahora al hombre en el centro del escenario jurídico y de protección tal como fuera propiciado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en su informe de 1995 ⁴⁷

Por su parte, el reconocimiento con jerarquía constitucional y la incorporación de los tratados, convenios y declaraciones de derechos humanos incluidos en el segundo párrafo del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional representan un notable progreso en la defensa de la libertad y los derechos fundamentales del hombre.

Su incorporación a escala mundial importa un viraje fundamental sobre los principios de no intervención en los asuntos internos de otros Estados y de autodeterminación de los pueblos. Hoy se entiende a nivel mundial que un gobierno que viola los derechos humanos en su propio país, es un enemigo de la humanidad y los organismos internacionales están facultados para impedir estas violaciones, pudiendo requerir el auxilio de terceros países ⁴⁸

Asistimos pues a la universalización de los derechos humanos. Esa es la línea en la que se inscribe nuestro país desde la reforma constitucional de 1994, siendo que el primer párrafo del inc. 22 del art. 75 cambió el orden jerárquico de las normas anteponiendo los Tratados a las leyes de la Nación y con jerarquía constitucional.

Se sostiene que hay tres clases de normas: a) las específicamente constitucionales; b) los tratados incorporados en el inc. 22 del art. 75 y, c) los restantes tratados ⁴⁹

Con relación a estos últimos, son inferiores en jerarquía a los dos primeros y superiores a las leyes. Ello surge del mismo texto cuando otorga a los tratados, en general, jerarquía superior a las leyes. Pero los incorporados expresamente en el inc. 22 son superiores a los restantes tratados porque desde su incorporación expresa tienen jerarquía constitucional, habiéndose priorizado la ética sobre la economía ⁵⁰

Se discute si tales tratados se encuentran por encima de la misma Constitución Nacional como sostienen Dromi y Menem ⁵¹. Sin embargo, el Máximo Tribunal aclaró que la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno es "respetando los principios de nuestro derecho constitucional" ⁵²

⁴⁴ CSJN, "Abraham D. C/Ducilo S.A.", Fallos: 256-156;

⁴⁵ CSJN, "Graffigna R. Y otros c/Astilleros Ryan S.A.", Fallos: 252-259;

⁴⁶ CSJN, "Ekmekdjian c/Neustadt y otro", LL, 1992-C, 540 y ss;

⁴⁷ Gelli María Angélica, "Desarrollo humano, igualdad y Constitución!", La ley del 8 de mayo de 1996;

⁴⁸ Ekmekdjian Miguel Angel, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Depalma, T. IV, 616;

⁴⁹ Ekmekdjian Miguel Angel, op. Cit., pág. 618;

⁵⁰ Quiroga Lavié Humberto, "Estudio analítico de la reforma constitucional", Ed. Depalma, p. 85;

⁵¹ Dromi Roberto y Menem Eduardo, "La Constitución reformada", Ed. Ciudad Argentina, p. 259;

⁵² CSJN, "Fibraca c/Comisión Técnica Mixta de Salta Grande", J.A., 1993-IV-471;

En cuanto a la frase inserta por el inc. 22 "en las condiciones de su vigencia", que para algunos autores son las que al tiempo de entrar en vigor surgían de las reservas y aclaraciones que pudo haber hecho el gobierno argentino en el momento de su ratificación o posteriormente ⁵³, como podrían ser a modo de ejemplo las reservas incluidas al momento de ratificarse el Pacto de San José de Costa Rica, la Corte Suprema resolvió que el término no se refiere al modo en que han sido ratificados los tratados, sino "a la forma como rigen en el ámbito internacional, considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" ⁵⁴

8.- Los tratados de la OIT:

Se ha señalado que los Convenios de la OIT son también tratados por aplicación del art. 5º de la Convención de Viena, la que se aplica "a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional".

Los Miembros discuten sobre la flexibilidad que deben tener los convenios internacionales. Es decir, si deben tenerse en cuenta las condiciones económicas y sociales de un país al momento de evaluar la aplicación de un convenio ratificado.

Por el art. 37, primer párrafo de la Constitución de la OIT, la Corte Internacional de Justicia de La Haya es la única autoridad competente para dar una interpretación definitiva de las disposiciones de un convenio internacional del trabajo, aunque el procedimiento fue aplicado en una sola oportunidad con relación con el Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres. Existen además otras modalidades de interpretación para conocer los alcances de las cláusulas de los convenios. Son las "Opiniones" que expresa la OIT al ser consultada por los gobiernos. Pero son los órganos de control de la OIT los que han elaborado una extensa jurisprudencia en el cumplimiento de supervisión de la aplicación de normas internacionales del trabajo, a partir de la actuación de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración.

La Comisión declaró que su función consiste en determinar si se da cumplimiento a las estipulaciones de un convenio independiente de las condiciones económicas y sociales imperantes en un país determinado. Los países que por entonces constituían la URSS sostenían lo contrario. Llevada la cuestión a la Comisión de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo, por mayoría de los delegados, se rechazó todo enfoque que diera lugar a la adopción de normas dobles, en contra de la universalidad del sistema de la OIT y de la eficacia de sus procedimientos de control. Se resolvió que las condiciones deberían ser tenidas en cuenta a la hora de la discusión, pero una vez aceptadas libremente las obligaciones derivadas de un convenio, el cumplimiento quedaba sujeto al control conforme a reglas idénticas para todos los Estados ⁵⁵.

Más adelante la cuestión volvió a ser planteada por los delegados gubernamentales de los países asiáticos, quienes insistieron en que se permitiera una aplicación flexible de los convenios a fin de tener en cuenta las condiciones nacionales y los efectos de una economía globalizada, lo que volvió a ser rechazado durante la reunión de la Conferencia en 1994 ⁵⁶.

Se lograba así el reconocimiento del valor universal de las normas.

Los miembros empleadores de la Comisión de Normas de la Conferencia manifestaron su desacuerdo con la Comisión de Expertos y ésta en su informe de 1990 precisó que no le incumbía dar una interpretación definitiva de los convenios, lo que corresponde a la Corte Internacional de Justicia, por lo que las opiniones y evaluaciones de la Comisión de Expertos continúan siendo válidas mientras la Corte Internacional de Justicia no las contradiga. Los miembros empleadores no aceptaron este argumento sosteniendo que las interpretaciones de la Comisión de Expertos no son vinculantes. Para los mismos sólo deben tomarse en cuenta los principios de interpretación establecidos en los arts. 31 y ss. de la Convención de Viena sobre los Tratados en cuanto se refieren al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado teniendo en cuenta su objeto y su fin y de "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado". Es decir, la práctica

⁵³ Quiroga Lavié Humberto, "Constitución de la Nación Argentina Comentada", Zavalía, p. 450;

⁵⁴ CSJN, caso "Giroldi Horacio y otro", LL, 1995-D-461;

⁵⁵ Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz, "La OIT", p. 144 y ss;

⁵⁶ Von Potobsky Geraldo, "Los debates en torno a la interpretación de los Convenios de la OIT", La ley, p. 205 y ss;

observada en la aplicación del tratado, por lo cual se establecía el acuerdo de las partes en cuanto a su interpretación. En oportunidad del 75º aniversario de la OIT en el año 1994 la Comisión de Expertos precisó que la Comisión de Normas de la Conferencia no actúa como una instancia de revisión o de recurso con respecto a la Comisión de Expertos, sino que ambos órganos cumplen funciones distintas: La Comisión de Expertos procede al control técnico e imparcial de los casos, mientras que la Comisión de Normas aporta su peso político y prestigio permitiendo un diálogo directo entre gobiernos, empleadores y trabajadores y puede eventualmente movilizar a la opinión pública internacional.

Frente al argumento de los empleadores basado en el art. 31 y ss. de la Convención de Viena, se debe tener presente también su art. 5º que fija los límites a su ámbito de aplicación. La Convención se aplica "a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional". Cuando agrega "sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización", debe entenderse que no se limita a las normas escritas, sino también a todas las reglas no escritas y consuetudinarias de la organización internacional, por lo que puede concluirse que el principio de interpretación establecido en la Convención de Viena puede considerarse como no aplicable a los convenios de la OIT, por cuanto si esos instrumentos tuvieran que ser interpretados a la luz de "toda práctica ulteriormente seguida" en su aplicación por las Partes como lo pretende el sector empleador, el fin mismo de los convenios, que es la promoción del progreso social, quedaría anulado por el mero hecho de que una serie de países dejaran de aplicar determinado convenio⁵⁷.

9.- Jurisprudencia de organismos internacionales.

Doctrina del caso "Baena":

Lo que se ha dicho hasta aquí tiene como fundamento lo resuelto por organismos internacionales.

Resulta de sumo interés transcribir las partes más salientes del Caso "Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs Panamá)", resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte del Estado de Panamá, de derechos y garantías fundamentales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los hechos ocurrieron a partir del 6 de diciembre de 1990 y especialmente a partir del 14 de diciembre de dicho año en que se aprobó la Ley nº 25 con base en la cual fueron arbitrariamente destituidos de sus cargos 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. Posteriormente al despido arbitrario de dichos trabajadores, en el procedimiento de sus quejas y demandas, se cometieron en su contra una sucesión de actos violatorios de sus derechos al debido proceso y a la protección judicial.

Resolvió la CIDH:

"Con la firma del Tratado el Estado se compromete a abstenerse de realizar actos que contrariasen el objeto y fin del tratado" (cons. 95);

Los Estados tienen el deber de cumplir de buena fe (pacta sunt servanda) los instrumentos internacionales por ellos ratificados, consagrado en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (cons. 98)

El Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados americanos de consolidar en el Continente Americano dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. El artículo 29.c de la Convención señala que ninguna disposición de este tratado puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática y representativa de gobierno (Cons. 105)

Las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y tienen en ocasiones naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. En aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretenda sancionar. La calificación de un hecho como

⁵⁷ Von Potobsky Geraldo, op. cit. 24, págs. 208 y ss;

ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva (cons. 106)

En un Estado de Derecho los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta con máxima fuerza una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión (cons. 107)

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (cons. 119.19)

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, con las debidas garantías a un debido proceso (cons. 119.2)

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (cons. 120.1)

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (cons. 124)

El elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Esto revela el amplio alcance del debido proceso, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes (cons. 125)

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso (cons. 126)

Siguiendo a la Corte Europea, los principios enunciados en el párrafo 2 (art. 6.2) y 3 (a saber los incisos a, b, y d) de la Convención Europea de Derechos Humanos, se aplican mutatis mutandis a los procesos disciplinarios a los que se refiere el inciso 1 (art. 6.1) de la misma forma en que se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal (cons. 128)

Los directores generales y las juntas directivas de las empresas estatales no son jueces o tribunales en un sentido estricto; sin embargo, en el presente caso las decisiones adoptadas por ellos afectaron derechos de los trabajadores, por lo que resultaba indispensable que dichas autoridades cumplieran con lo estipulado en el artículo 8 de la Convención (cons. 130)

Aunque rijan la discrecionalidad administrativa en base en la cual se permita el libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, este Tribunal considera que en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal. Al respecto es importante distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso (cons. 131)

Las víctimas de esta causa no fueron sometidas a un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución (cons. 133)

Los despidos efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socio económicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la

disminución del patrón de vida. No cabe duda que al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con la garantías contempladas en la Convención Americana (cons. 134)

El derecho de reunión sirve de soporte al ejercicio de los demás derechos fundamentales y permite la obtención de fines no prohibidos expresamente por la ley (cons. 144)

La libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus juris de los derechos humanos (cons. 158)

La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del art. 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse (cons. 159)

El Comité de Libertad Sindical de la OIT, al resolver el caso nº 1569, consideró que "el despido masivo de dirigentes sindicales y trabajadores del sector público por el paro del día 5 de diciembre de 1990 es una medida que puede comprometer seriamente las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales en el sector público en las instituciones donde existan" y que, en consecuencia, tal despido significó una grave violación al Convenio nº 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (cons. 162)

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, al resolver el caso nº 1569, pidió al Estado que derogara la Ley 25 "en la que se fundaron los despidos masivos por considerar que la misma atenta gravemente contra el ejercicio del derecho de las asociaciones de trabajadores públicos, de organizar actividades" (cons. 163)

La inviolabilidad de los locales sindicales tiene como corolario necesario el que las autoridades públicas no puedan exigir la entrada en tales locales sin haber obtenido un mandato judicial que les autorice a ello (cons. 165)

No puede interpretarse la expresión "leyes", utilizada en el art. 30 de la Convención, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de las personas; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual los derechos esenciales del hombre...tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. La expresión "leyes", en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo "leyes" cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana (cons. 169)

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (cons. 176)

Los Estados partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención (cons. 177)

Todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido según las reglas del Derecho Internacional a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención (cons. 178)

Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de

inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1.1. de la Convención (cons. 178)

Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno (cons. 178)

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente. En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados (cons. 179)

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (cons. 180)

Los Estados Partes en la Convención Americana no pueden dictar medidas legislativas o de cualquier otra naturaleza que violen los derechos y libertades en ella reconocidos porque ello contraviene además de las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, el artículo 2 de la Convención (cons. 182)

El término "recomendación" usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado (cons. 191). Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo art. 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana (cons. 192)

Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente (cons. 201)

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de la consecuencia que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados (cons. 202)

Se debe garantizar a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados (cons. 203)

La reparación por las violaciones de los derechos humanos debe comprender también una justa indemnización y el resarcimiento de las costas y gastos en que hubieran incurrido las víctimas o sus derechohabientes con motivo de las gestiones relacionadas con la tramitación de la causa ante la justicia, tanto en la jurisdicción interna como internacional (cons. 204)

La obtención de una sentencia que ampare las pretensiones de las víctimas es por sí misma una forma de satisfacción. El daño moral debe además ser reparado por vía sustitutiva mediante una indemnización pecuniaria, fijándola conforme a la equidad (cons. 206)

Finalmente, la Corte resuelve que el Estado violó los principios, derechos y garantías invocadas, que debe reintegrar en sus cargos y resarcir a los 270 trabajadores despedidos.

10.- Supremacía de los tratados internacionales. Deberes de los Estados:

Ya hemos dicho que la obligatoriedad de las decisiones de la CIDH ha sido reconocida por nuestro Máximo Tribunal ⁵⁸, el que también reconoció la competencia de la CIDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y

⁵⁸ CSJN, "Ekmedjian c/Sofovich", del 07.07.1992;

aplicación de la Convención Americana ⁵⁹, como la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH ⁶⁰

También que la aplicación de los Tratados internacionales sobre derechos humanos no puede ser dejada de lado por normas inferiores del derecho interno, ni aún cuando su dictado sea una consecuencia de la actuación de los órganos democráticos, ni que para ello se hayan invocado razones de conveniencia ni interés general.

La manda constitucional del art. 14 bis se ha visto fortalecida y agigantada por la incorporación de la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional ⁶¹

Dichos instrumentos ponen en cabeza de los Estados el deber de garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder y también en relación con actuaciones de terceros particulares ⁶²

Los Estados parte deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, concepto que implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce ⁶³

En materia de interpretación de tratados es preciso acudir al principio de buena fe, según el sentido corriente que ha de atribuirse a los términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin y a las pautas hermenéuticas específicas que contiene la Convención Americana sobre derechos humanos en cuanto dispone que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ningún derecho reconocido en el pacto o limitarlos en mayor medida que la prevista en él ⁶⁴

Con la reforma constitucional de 1994 la supremacía del derecho internacional respecto del derecho interno ha pasado a integrar los principios del derecho público de la Constitución ⁶⁵

A partir de la modificación de la CN en 1994, el Estado Argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno ⁶⁶

Las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias, y por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente ⁶⁷

Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple. Su incumplimiento podría importar una violación de las obligaciones internacionales del Estado Argentino, con su consiguiente responsabilidad, extremo éste que incumbe a la Corte evitar como cabeza de uno de los poderes del Gobierno Federal ⁶⁸

Un tratado internacional tiene, en las condiciones de su vigencia, jerarquía superior a las leyes y sus principios integran inmediatamente el orden jurídico argentino ⁶⁹

En tanto el tratado internacional tiene, en las condiciones de su vigencia, jerarquía superior a las leyes, debe descartarse el amparo del ordenamiento hacia toda solución que comporte una frustración de los objetivos del tratado o que comprometa a futuro el cumplimiento de las obligaciones que de él resultan ⁷⁰

La jurisprudencia de la CIDH, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ⁷¹

⁵⁹ CSJN, "Giroldi s/recurso de casación", 07.04.1995;

⁶⁰ CSJN, SD 2312/95, 09.05.1995;

⁶¹ CSJN, "Aquino I c/Cargo Servicios Industriales SA s/Accidente", del 21/09/04;

⁶² CSJN, caso "Aquino" citado;

⁶³ CSJN, "Alianza Frente Para la Unidad s/oficialización de candidatos", 27/09/01;

⁶⁴ CSJN, "Alianza Frente Para la Unidad s/oficialización de candidatos", 27/09/01;

⁶⁵ CSJN, "Alianza Frente Para la Unidad s/oficialización de candidatos", 27/09/01;

⁶⁶ CSJN, caso "Simón", 14/6/05;

⁶⁷ CSJN, "Alianza Frente Para la Unidad s/oficialización de candidatos", 27/09/01;

⁶⁸ CSJN, "Alianza Frente Para la Unidad s/oficialización de candidatos", 27/09/01;

⁶⁹ CSJN, "Unilever NVC c/I.N.P.I. s/denegatoria de patente", del 24/10/00;

⁷⁰ CSJN, "Unilever NVC c/I.N.P.I. s/denegatoria de patente", del 24/10/00;

⁷¹ CSJN, Fallos: 326:2805;

La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento⁷²

A partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado Argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial frente al orden jurídico interamericano una serie de deberes de jerarquía constitucional que se han ido consolidando⁷³

La jurisprudencia de la CIDH así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁴

En su primer caso de competencia contenciosa, "Velásquez Rodríguez", la CIDH dejó establecido que incumbe a los Estados Partes no solo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía, de conformidad con el cual, "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención"

La circunstancia que actos en violación a los derechos humanos hubieren sido dictados por órganos democráticos fundados en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático resulta irrelevante a los fines de la determinación de la lesión de los derechos humanos fundamentales insertos en la convención americana⁷⁵

En este sentido, el dictado de leyes de amnistía que constituyan violación del derecho a la vida y a la integridad personal pueden importar también violación de las garantías judiciales del derecho a la protección judicial cuando impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos⁷⁶

Toda regulación de derecho interno que invocando razones de pacificación disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficie es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional y debe ser efectivamente suprimida. Las disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad. La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado Parte en la Convención constituye per se una violación de esta y genera responsabilidad internacional del Estado⁷⁷

No puede invocarse la irretroactividad de las leyes para dejar de juzgar delitos de lesa humanidad violatorios de los derechos fundamentales del hombre.

El art. 75 inciso 22) mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados establece en su última parte que aquellos no derogan artículo alguno de la primera parte de esa Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y por consiguiente no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. De tal modo los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aquella, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y la de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarios y no por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente⁷⁸

⁷² CSJN, "Ekmekdjian, Miguel c/Sofovich Gerardo y otros", del 07/07/92;

⁷³ CSJN, Caso Simón, del 14/06/05;

⁷⁴ CSJN, Fallos: 326:2805;

⁷⁵ CSJN, Caso Simón, del 14/06/05;

⁷⁶ CIDH, Caso "Barrios Altos";

⁷⁷ CIDH, Caso "Barrios Altos";

⁷⁸ CSJN, Causa "Monges", Fallos: 319:3148;

11.- Aplicación de tratados sobre derechos fundamentales no ratificados. Convenio 158 de la OIT. Sistema de in-estabilidad relativa:

Se ha señalado la necesidad de los Estados de remover los obstáculos que puedan impedir el pleno goce de los derechos reconocidos por los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, como el deber incluso de adaptar su legislación interna para el logro de los objetivos y fines perseguidos por los mismos⁷⁹

Cabe preguntarse, por último, qué ocurre cuando tratándose de derechos fundamentales del hombre contenidos en Tratados, el Estado no los ha ratificado y por lo tanto formalmente no forman parte del ordenamiento jurídico interno del Estado.

Específicamente es lo que ocurre con el Tratado nº 158 de la OIT que aún no ha sido ratificado por el país.

Dicho tratado que fuera adoptado por la Conferencia General de la OIT con fecha 22 de junio de 1982, luego de atender la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo de 1963, teniendo en cuenta los graves problemas que se plantean como consecuencia de las dificultades económicas y los cambios tecnológicos sobrevivientes, prescribe que deberá darse efecto a sus disposiciones por medio de la incorporación de los Estados a través de su legislación nacional, el que se aplicará a todas las ramas de la actividad económica y a todas las personas empleadas, pudiendo los Estados Partes excluir la totalidad o de algunas de las disposiciones a los trabajadores con un contrato de duración determinada, o durante el período de prueba, o contratados con carácter ocasional.

Es decir, la OIT manda a los Estados Partes a incorporar las disposiciones de este Tratado a su legislación interna, el que deberá aplicarse para todos los supuestos de contratación por tiempo indeterminado, pudiendo los Miembros excluir la aplicación de sus disposiciones cuando se trate de contrataciones que tengan prevista su finalización.

Este Tratado nº 158 de la OIT establece que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (art. 4º)

También establece que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) ser candidato o representante de los trabajadores 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 por maternidad (art. 5º); f) la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión (art. 6º).

También establece que “no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad” (art. 7º)

“El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro” (art. 8º)

Es decir, la ratificación de este Tratado importaría un cambio fundamental sobre las disposiciones relativas a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, en favor de alcanzar una auténtica democratización de las mismas, haciendo plenamente operativo el principio constitucional de igualdad.

La resistencia a su ratificación obedecería en mi opinión, a que a través del mismo se podría vislumbrar la pérdida o al menos se limitaría la capacidad de poder despedir sin causa o invocando una causa inexistente. No es una cuestión económica. Es una cuestión de poder, de no perder el poder.

En este sentido, la aceptación de los mayores costos indemnizatorios frente a la resistencia en aceptar un sistema de estabilidad fuerte, pondría en clara evidencia a los grupos de interés que no quieran resignar el poder de segregar contenido en el poder disciplinario, propio de formas arcaicas de autocracia patronal que se resisten a tolerar la apertura de los sistemas de coparticipación, transformación y democratización de las relaciones laborales en la empresa.

⁷⁹ García Lila, "Panorama de jurisprudencia de la CIDH 2005-2006", J.A., 2007-I,5, pág. 40;

En definitiva, el tema se relaciona con la vinculación existente entre los “derechos” y los “poderes” de los sujetos relacionados en el contrato de trabajo, particularmente con las limitaciones de su ejercicio.

La realidad del mundo de trabajo aparece asignada por la asimetría en el poder de negociación de los sujetos de la relación. El derecho del trabajo no puede ignorar esta realidad, máxime en épocas de desocupación y exclusión.

Siguiendo a Meik, lo ético y lo jurídico es no convalidar el perverso aprovechamiento de la asimetría de un poder social institucionalizado. Lo ético y lo jurídico es la búsqueda de esa realidad subyacente, haciendo operativos los valores trascendentes. Cuanto más fuerte somos, más libres somos. Debemos reinstalar uno de los tópicos sustanciales sobre el que tanto se ha aportado en el campo filosófico en general y en las ciencias sociales en particular. Es el tema no menor del “ser en situación”. Ello se vincula con la responsabilidad del hombre desde su libertad. Transita la reflexión por el estado de necesidad. Necesidad, libertad y responsabilidad⁸⁰.

Ahora bien, se dice que la facultad de despedir, colocada en cabeza del empleador, regulada en la ley de contrato de trabajo, constituye una derivación de la libertad de contratación consagrada por el art. 14 de la Constitución Nacional.

En nuestro régimen asimétrico de relaciones laborales, con amplias facultades para el empleador, la ley de contrato de trabajo reconoce en el acto arbitrario del empleador plena eficacia para extinguir el vínculo contractual y solo le asegura al trabajador una indemnización que tiene la pretensión además de ser tarifada, integral y comprensiva, en principio, de todos los daños causados al trabajador derivados del acto unilateral de la ruptura y extinción.

De esta manera se pasa de una garantía constitucional del trabajador contenida en el artículo 14 bis cuando se asegura protección contra el despido arbitrario, a una potestad legal del empleador que no hace más que aumentar la relación de fuerzas asimétricas y la desigualdad sustancial en perjuicio de los trabajadores.

Pensamos que un sistema de in-estabilidad relativa como el que consagra nuestra ley de contrato de trabajo, en un marco de relaciones laborales que giran alrededor de la empresa y con el empresario como detentador exclusivo de los poderes y potestades de organización, dirección y disciplinarias, con la facultad de despedir sin necesidad de invocación de causa o con una causa inexistente, no hace más que agravar la desprotección del hombre que trabaja en una relación asimétrica de fuerzas, en la que sin una auténtica estabilidad en el empleo las relaciones laborales son pensadas como un mero “mercado”, desprovisto de ética, cuando precisamente el derecho del trabajo inserta o intenta insertar la ética en las relaciones de trabajo cuando consagra que el contrato de trabajo tendrá como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí y que sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico, remitiendo a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.

En su momento nos preguntábamos cómo se podía aceptar que en un marco de derechos y obligaciones bilaterales, sea una sola de las partes, la que además detenta la titularidad de los medios de producción, frente a la otra que se encuentra frente a un estado de hiposuficiencia y necesidad, la que pueda disponer de los poderes de organización, dirección y disciplinarios y, además, despedir sin causa o con una causa inexistente?. Cómo pudieron sostener los lobbistas de las políticas neoliberales iniciadas con el golpe militar del año 1976 y continuada durante los años 80/90, sin avergonzarse, que el derecho del trabajo era rígido y debía ser flexibilizado?⁸¹

Se puede seguir hablando de despido libre, como una plena potestad del empleador? Por qué entonces el derecho a una indemnización si no se lo piensa como un ilícito?. El despido sin causa es, como dice Meik, un acto inmotivado, antijurídico, antisocial y antidemocrático. Lo acaba de decir el Máximo Tribunal en su nueva composición en el caso “Vizzoti”, cuando sostuvo que el despido sin causa es un acto ilícito, despejando así todas las controversias.

⁸⁰ Moisés Meik, “El sano juicio. El largo debate sobre irrenunciabilidad, indisponibilidad de derechos, imperatividad normativa y orden público laboral”, en Revista Contextos n° 3, pág. 267 y ss

⁸¹ Pompa Roberto Carlos, “Estabilidad y despido discriminatorio nulo como principios esenciales a la conciencia jurídica universal y patrimonio jurídico de la humanidad”, XXXII Jornadas de Derecho Laboral “democratización de las relaciones laborales”, AAL, Huerta Grande, Córdoba, 2006;

No cabe duda que frente a la ilicitud del despido nace para la víctima el derecho a ser resarcida. Está consagrado en el principio de no dañar consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional. También está consagrado en la obligación del autor del daño a restituir las cosas a su estado anterior como lo prescribe el artículo 1050 del Código Civil.

Ahora se comienzan a discutir los poderes del empleador. El caso “Freddo” de la Cámara Nacional en lo Civil limitó los poderes del empleador en el inicio, a la hora de contratar trabajadores. Numerosos fallos han hecho operativa las disposiciones de la ley 26088 que limitan los poderes del empresario durante el desarrollo del contrato de trabajo, ordenando el restablecimiento de las condiciones de trabajo esenciales alteradas. Ahora es la hora de plantear la discusión sobre los poderes del empleador en la salida, al momento de poner término a la relación.

Resultan ejemplares los votos de los Dres. Simón y Zas al respecto ⁸²

Dijo el Dr. Julio Cesar Simón, “entiendo necesario exponer mi discrepancia en cuanto se reconoce a la garantía a la libertad de contratar y como derivación directa de ella, el derecho de propiedad, como constitucionalmente preferentes a la hora de sopesar eventuales cortapisas provenientes de normas tuitivas de las relaciones laborales... Entiendo que aquél razonamiento gravita peyorativamente sobre la razón misma de la existencia del Derecho del Trabajo, en tanto la protección laboral nace, precisamente, como un necesario límite a la libertad de contratación del empleador y, consecuentemente, de su derecho de propiedad. Esta necesidad responde...a otro mandato también de rango constitucional de no menor gradación que establece la protección contra el despido arbitrario contenido en el art. 14 bis de la C.N... La libertad de contratación y sus valores adyacentes no son absolutos y que deben compatibilizarse con las normas que tienen en miras el bienestar general como valor supremo de la actividad estatal... El trabajador es como sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que cuenta con jerarquía constitucional...De acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos se basan en la “dignidad intrínseca” de toda persona, son inalienables e imprescriptibles y tienen primacía sobre todos los poderes... En la Declaración se reconoce la necesidad de un “orden” social, tanto interno como internacional, en que los derechos humanos se hagan plenamente efectivos... Sería contrario a la filosofía de los derechos humanos que los derechos sociales fundamentales estén menos protegidos que los derechos civiles y políticos... La libertad de contratación, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos y que compromete el derecho de propiedad no es absoluta, su ejercicio puede ser objeto de diversas reglamentaciones legales, traducidas en concretas restricciones que tienen en miras el orden público y el bien común como valores trascendentes que deben guiar la actividad estatal...”

Justo López ya sostenía que “hablar de un despido válido pero ilícito tanto vale como decir que un determinado comportamiento humano es ilícito y sin embargo apto para crear una norma válida derogatoria de la que originó la relación individual de trabajo” ⁸³

Meik, refiriéndose por su parte a la supuesta validez extintiva del acto ilícito, señala que la indemnización presupone la antijuricidad del acto. Agrega que “no se puede afirmar que existe libertad para despedir pagando la indemnización como no se puede decir que existe libertad para atropellar un peatón pagando la indemnización. Afirmar esto presupone ignorar el concepto mismo de antijuricidad civil. El despido sin justa causa es, por definición, el despido sin causa de justificación. Sólo requiere causa de justificación lo que es ab initio ilícito” ⁸⁴

El Dr. Oscar Zas sostuvo que “la constitucionalización de los “derechos sociales” implicó, indudablemente la aceptación expresa de un cambio en la “dogmática” constitucional, ya que no cabría situar en la perspectiva de una concepción individualista del derecho y del Estado. Desde esta perspectiva, corresponde considerar superada la concepción del estado de derecho individualista; ahora se suele hablar, por ejemplo, de un estado de bienestar, como concepción que completa en el ordenamiento estatal los derechos individuales con los derechos sociales, sin aniquilar aquéllos ni sacrificar a ellos estos últimos. En esta concepción se sitúa, ahora, sin lugar a dudas, la “parte dogmática” de la Constitución Nacional. Esto no puede significar sino

⁸² CNAT, Sala V, “Arecco Maximiliano c/Praxair Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, del 21/12/2006; ídem, “Parra Vera c/San Timoteo SA s/Acción de Amparo”, del 14/6/2006;

⁸³ Justo López, “Despido arbitrario y estabilidad”, LT-XXI, p. 289;

⁸⁴ Meik Moisés, “La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad”, Estudio de doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales, Universidad de Castilla – La Mancha, 2003;

peculiares restricciones a los derechos de ejercer toda industria lícita, comercial, contratar y descontratar, sin las que no sería ni siquiera concebible el moderno derecho del trabajo. Es también indudable que en la nueva concepción que incorpora a la dogmática constitucional los “derechos sociales”, el despido desnudo o inmotivado merece una valoración negativa, sellada con la palabra “arbitrario”, a tal punto que entró en los propósitos del legislador constituyente la protección del trabajador contra él. Eso importa, necesariamente, una descalificación en principio de las antes mencionadas libertades (de ejercer toda industria lícita, de comerciar, de contratar y descontratar), no en sentido absoluto, pero sí en cuanto conduzca al despido arbitrario”⁸⁵

La supresión del poder jurídico de despedir arbitrariamente no ataca la libertad de descontratar; lo único que ataca es el poder de derogar por acto unilateral inmotivado (arbitrario) lo que fue acordado bilateralmente⁸⁶

Reiteramos, lo que la Constitución Nacional protege no es la libertad de despedir en cabeza del empleador, sino el despido arbitrario cuya víctima y sujeto de tutela especial es el trabajador.

Resulta necesario introducir factores de compensación o corrección que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos y permitan alcanzar soluciones justas⁸⁷. Todo derecho se pretende justo y es la idea de justicia la que lleva al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial. La igualdad no es punto de partida, sino una finalidad⁸⁸

En el precedente “Vizzoti” ya citado, el Máximo Tribunal a partir de su nueva composición, consideró que si bien en el art. 14 bis de la Constitución Nacional se contemplan intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador y que ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes, reconoce que los primeros son sujeto de preferente tutela, con lo cual consagra la validez de crear una desigualdad para mantener una igualdad y la prevalencia de los derechos sociales para seguir “el ritmo universal de la justicia” según lo expresa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994. A la vez, se adelanta a los seguros detractores de ese fallo, respondiéndoles de antemano que los jueces deben ser imparciales pero no neutrales, descalificando las posiciones o escuelas que preferentemente en los años 90 han hecho prevalecer las leyes del mercado y las soluciones economicistas sobre los derechos humanos y protectorios del trabajador, enfatizando que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos, sino que por el contrario es el mercado el que deba adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional bajo pena de caer en la ilegalidad, en tanto resulta perentorio insistir que el trabajo humano no constituye una mercancía.

La ausencia de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna⁸⁹

Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagrados en la Constitución Nacional, independientemente de las leyes reglamentarias⁹⁰

La ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales no es óbice para su ejercicio, pues incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente -hasta tanto el Congreso Nacional proceda a su reglamentación- las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos⁹¹

En cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia⁹², los jueces tienen el deber de optar por una interpretación que “no se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos” y “contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales, y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos”⁹³

⁸⁵ Zas, Oscar, de su voto en el caso “Arecco” citado;

⁸⁶ Justo López, op. cit;

⁸⁷ CIDH, Opinión Consultiva OC-16/99;

⁸⁸ Rubio Llorente Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior”, en “La forma del poder, Estudios sobre la Constitución”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 644 y 656;

⁸⁹ CSJN, Fallos: 315:1492;

⁹⁰ CSJN, Fallos: 239:459;

⁹¹ CSJN, Fallos: 315:1492;

⁹² CSJN, Fallos: 304:1416;

⁹³ CSJN, Fallos: 302:1284;

Como ya se sostuvo, el Estado Social y Democrático de Derecho, que es la versión del constitucionalismo social contemporáneo, permite hacer pie en la fuerza normativa de la constitución para denostar a las políticas, a las leyes de presupuesto, a las inversiones y, en general, al régimen de hacienda pública que no se ajustan rigurosamente a los principios rectores que surgen de prioridades axiológicas ordenadas en la Constitución y que, en verdad, tienen como destinatarios a los seres humanos con su conjunto de derechos –específicamente los sociales- y como sujetos de las obligaciones correlativas a los poderes públicos convocados a remover obstáculos y a promover el bienestar general común. Los enclaves cuantiosos de marginados y segregados en la participación de un bienestar que no se impulsa ni se logra, configuran una ofensa gravísima a los derechos humanos, agudizados por las políticas neoliberales del capitalismo, sin frenos ni equilibrios⁹⁴

Reiteramos lo que ha dicho el Máximo Tribunal:

"Sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis (de la C.N), sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (CN, art. 75.22)... El art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia el "derecho a trabajar", comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste... como derecho inalienable de todo ser humano..."⁹⁵

No podría decirse que un Estado está constituido como un Estado social de derecho si no abreva sus derechos desde la fuente internacional y si no adopta un sistema garantista de defensa de los derechos humanos.

Un tratado versa sobre derechos humanos cuando afecta o interesa a la protección de éstos. Su objeto y propósito es el reconocimiento y la protección de los derechos de la persona humana. Son aquellos tratados que tienen por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana⁹⁶

Los tratados más favorables a los derechos humanos prevalecen sobre las normas de la propia Constitución en función del principio de progresividad.

Los tratados sobre derechos humanos son incorporados in totum⁹⁷

La obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH ha sido establecida por la propia CIDH⁹⁸

La obligatoriedad de las decisiones de la CIDH ha sido reconocida por nuestro Máximo Tribunal⁹⁹, el que también reconoció la competencia de la CIDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana¹⁰⁰, como la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH¹⁰¹

Los Estados Parte de un tratado no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del cumplimiento del tratado.

Cuando se trata de derechos humanos, la doctrina concluyó a favor de la admisión de una presunción a favor de la autoejecución o autoaplicabilidad ("self executing") de las normas sustantivas contenidas en los tratados respectivos¹⁰²

Se ha señalado que los Convenios de la OIT son también tratados por aplicación del art. 5º de la Convención de Viena, la que se aplica "a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional".

Con la firma del Tratado el Estado se compromete a abstenerse de realizar actos que contrariasen el objeto y fin del tratado.

Los Estados tienen el deber de cumplir de buena fe (pacta sunt servanda) los instrumentos internacionales por ellos ratificados.

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su

⁹⁴ Bidart Campos Germán J., op. cit;

⁹⁵ CSJN, "Vizzoti Carlos c/AMSA s/despido", del 14/09/04;

⁹⁶ Ayala Carlos, "Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos";

⁹⁷ Ayala Carlos, "Del amparo constitucional al amparo interamericano", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Venezuela, 1996;

⁹⁸ CIDH, caso "Loayza Tamayo", sentencia del 17.09.97;

⁹⁹ CSJN, "Ekmedjian c/Sofovich", del 07.07.1992;

¹⁰⁰ CSJN, "Giroldi s/recurso de casación", 07.04.1995;

¹⁰¹ CSJN, SD 2312/95, 09.05.1995;

¹⁰² M. Monroy Cabra, "Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el orden jurídico interno", en Derechos Humanos en las Américas, OEA, Washington, D.C, 1984;

derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente. En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.

Los Estados Partes en la Convención Americana no pueden dictar medidas legislativas o de cualquier otra naturaleza que violen los derechos y libertades en ella reconocidos porque ello contraviene además de las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, el artículo 2 de la Convención.

Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de la consecuencia que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.

El art. 7º del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone que los Estados Partes reconocen que el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: ...d) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

De esta manera puede concluirse que el despido sin causa, arbitrario, es un acto ilícito que viola los derechos de raigambre constitucional de protección contra el despido arbitrario, al trabajo y a la estabilidad en el empleo y que la solución economicista consagrada por el art. 245 de la LCT no se ajusta a las disposiciones de los derechos fundamentales del hombre que trabaja en tanto por la aplicación de la norma más favorable a la que se ha hecho referencia, debe prevalecer sobre el ordenamiento nacional la legislación incluida en los tratados internacionales que reconocen el derecho a la readmisión en el empleo.

Podrá decirse que un sistema de estabilidad absoluta fue desechado por el Máximo Tribunal cuando declaró la inconstitucionalidad de un sistema de estabilidad establecido tanto por vía legal (caso "De Luca"), como por vía convencional (caso "Figueroa c/Loma Negra"), sosteniendo que resultaba inconstitucional un sistema - al que se lo definió como exorbitante, irrazonable, confiscatorio, contrario a la libertad de contratar, al derecho de propiedad, a la libertad de comercio, de ejercer industria lícita, al poder discrecional del empleador que tiene en orden a su poder de organización y dirección - que pueda acarrear para el empleador que no se aviene a reincorporarlo, la obligación de pagarle, de por vida, todos los sueldos que hubieren podido corresponderle hasta el momento en que alcance el trabajador el derecho a la jubilación.

Pero no se detienen en analizar que en otros pronunciamientos y con otras integraciones, el Máximo Tribunal supo defender las normas que aseguraban la estabilidad.

Es cierto que estos criterios fueron modificados por la Corte, lo que se mantiene en el tiempo, con las reservas que se indicarán, a partir del caso "De Luca". Pero no puede dejar de observarse que se trató de un fallo dictado en el año 1969, en un contexto económico de mayor empleo, con políticas regresivas impulsadas por el por entonces Ministro de Economía y Trabajo Krieger Vasena y a partir de políticas de violación de derechos y libertades encaradas por un régimen de facto que adosó el Estatuto de la Revolución Argentina a la Constitución Nacional, que disolvió el Congreso, que intervino todas las Provincias y organismos del Estado y destituyó a los miembros de la Corte Suprema.

Se espera un cambio en la doctrina de la Corte Suprema. Creemos que esto ya está sucediendo.

Cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación decide no abrir originariamente los recursos extraordinarios de hecho interpuestos por las demandadas en los casos "Balaguer" y "Parra" que habían declarado nulos los despidos discriminatorios, por considerar con fundamento en lo normado por el artículo 280 del CPCCN la ausencia de agravio federal suficiente o que la cuestión planteada no resultaba ser sustancial o trascendente, está dando una clara señal de apartamiento

de los precedentes “De Luca” y “Figuroa”, para retomar la senda de precedentes anteriores, de otras composiciones del Máximo Tribunal, cuando se sostuvo que las normas de estabilidad no afectan garantías constitucionales (Año 1949, Fallos: 215:151; 192 a 195), o cuando se sostuvo que por tratarse de un tema de orden común “no constituía materia de recurso extraordinario” (Año 1965, Fallos: 263:545, con cita de Fallos: 254:204), agregando que no se viola la garantía del derecho a la igualdad porque la estabilidad propia “implica una de las formas posibles de efectivizar la garantía legal de la estabilidad cuyo acierto o conveniencia no es susceptible de contralor judicial ni tampoco descalificable como constitutivo de injusta persecución o de indebido privilegio por la sola razón de que el beneficio que procura no se halle extendido a otras actividades laborales. Desechó también la tacha de inconstitucionalidad con fundamento en la violación del derecho a la propiedad señalando que el carácter confiscatorio que se atribuía al pago de salarios sin contraprestación del agente hasta que alcance el derecho a la jubilación “es el resultado de la voluntaria prescindencia de la actividad de aquél por parte de la empresa, actitud discrecional que, por lo demás, la priva de gravamen suficiente para cuestionar dichas consecuencias patrimoniales por servicios no prestados por su propio querer” (CSJN, Fallos: 263:548, 549).

Es decir, no se está propiciando un sistema de estabilidad absoluta que suponga el derecho a percibir un salario de por vida sin tener que trabajar. De lo que se trata es que, al menos en establecimientos que tengan un determinado número de trabajadores en los que no se dé una relación personal y directa, el empleador no sea juez y parte, con la facultad de despedir sin causa y que ese acto ilícito sea válido para extinguir la relación.

La desintegración del empleo conduce a la desintegración de las sociedades. No podemos dejar de reflexionar sobre los cambios del trabajo, del desempleo y de las nuevas formas de organización empresarial, pero lo debemos hacer no desde la eliminación del derecho del trabajo, sino desde la ampliación de su ámbito tradicional, de sus instrumentos de tutela y de protección social. Debemos reducir las inseguridades.

Lo que se propicia es que el trabajador pueda recurrir la medida a los efectos de demostrar su inocencia, con derecho a ser reincorporado y al pago de los salarios mientras dure la tramitación del proceso. Luego, siguiendo el modelo español, si se demuestra que había mediado justa causa de extinción, aquél acto del empleador será operativo y eficaz con retroactividad al momento que dispuso la disolución. Si no lo fue, deberá pagarle los salarios de tramitación, reincorporarlo al empleo o poner ahora fin a la relación previo pago de una indemnización, siendo la reincorporación una opción en favor de los trabajadores y obligatoria para el empleador cuando se afecten derechos y principios fundamentales del trabajo previstos por la OIT como los que han sido señalados.

De lo que se trata entonces es de crear un modelo de protección. El pleno goce y reconocimiento de los derechos fundamentales es un tema ético, moral, de equidad, que contribuye al bienestar, a la justicia y a la paz social. No se puede olvidar que un trabajo decente requiere de una legislación decente¹⁰³ y ésta debe hacer verdad y operativos los derechos humanos fundamentales del trabajo.

Para eso es necesario adoptar todo el andamiaje normativo que tanto el derecho nacional como el internacional han receptado para el pleno reconocimiento de los derechos humanos universales como es el derecho a la no discriminación, aceptado sin cuestionamiento por los países centrales y los organismos internacionales de este nuevo mundo “globalizado”, como a modo de ejemplo los Convenios de la OIT cuya aplicación resulta obligatoria para los Estados Partes desde el momento que la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 obliga a los Estados miembros más allá de cualquier ratificación o acto nacional de incorporación o reconocimiento, en tanto aquellos derechos de más alto valor y eficacia se consideran esenciales a la conciencia jurídica universal y componentes del patrimonio jurídico de la humanidad y en consecuencia previos y superiores a cualquier ordenamiento nacional. Como lo ha manifestado el Director General de la OIT (año 1998), la declaración rige automáticamente para todos los países que hayan aceptado la Constitución de la OIT, independientemente de que hayan ratificado o no los convenios fundamentales de la OIT.

El Convenio 158 de la OIT al disponer que no se podrá poner término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada introduce un criterio de compensación que intenta remediar la desigualdad de negociación en la que se encuentran las partes de un contrato de trabajo, democratizando las relaciones laborales y haciendo plenamente operativo el principio de igualdad.

¹⁰³ OIT, “Trabajo decente”, memoria del Director General a la 87^o Reunión, ginebra 1999

Que la solución consista solo en disponer una indemnización monetaria, que además pretende ser comprensiva de todos los daños derivados del acto ilícito como resulta del artículo 245 de la LCT, no hace más que aumentar la brecha de la natural desigualdad existente entre las partes, dotando a una de las partes de la relación que se supone que es bilateral, de plenos poderes que la convierten en juez y parte, lo que afecta la garantía del hombre que trabaja a un debido proceso, lo que supone el derecho a ser oído y a recurrir la medida que considera injustificada.

La inmediata validez del acto ilícito extintivo afecta el principio de inocencia, que rige para los hombres también en las esferas civil y laboral.

La tipificación de los motivos que no pueden constituir causas justificadas para la terminación de la relación de trabajo, que alcanzan el derecho a la sindicalización, como el derecho a no sufrir represalias y el derecho a no ser discriminados, convierten a las disposiciones del Convenio 158 de la OIT en principios fundamentales del hombre, consagrados por la propia OIT, con alcance sus disposiciones de orden público internacional, es decir de *ius cogens*, entendido como norma imperativa de derecho internacional y que deben ser acatadas y receptadas por los Estados.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva, Fallo 003/09/17, resolvió que los derechos humanos fundamentales pertenecen ab initio al dominio de las normas de *ius cogens*¹⁰⁴ y que la salvaguarda de derechos humanos tan fundamentales como los que se desprenden del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación está protegida por los principios de la moral universal, debiendo los Estados Partes (caso "Bulacio") hacer cesar y remover los obstáculos al ejercicio de los derechos que la convención reconoce¹⁰⁵

Esta fue la solución que se arribó cuando se sostuvo que las disposiciones del Convenio 158 de la OIT, por contener principios fundamentales del hombre, resultan aplicables en forma inmediata, sin necesidad de ratificación previa¹⁰⁶

Resulta esencial proteger la dignidad del hombre.

Como dice Gialdino al referirse al intenso impulso jurisprudencial de los derechos humanos, su principal sostén interpretativo se vincula al ritmo universal de la justicia a través de lo que se llama "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", integrado por señeros tratados dictados tanto en el orden internacional como el regional, que estimulan desarrollar la riqueza del derecho constitucional argentino que incorporó con jerarquía constitucional diversos tratados internacionales sobre derechos fundamentales del hombre y cuya intención es recuperar al hombre, como centro de la escena, en toda su dignidad. Los derechos fundamentales del hombre son inherentes a los seres humanos y por lo tanto no dependen del reconocimiento legislativo. La dignidad no es un derecho. Lo que es un derecho es la protección de su dignidad. La dignidad supera en jerarquía a toda construcción humana, porque es anterior a toda organización y a toda legislación. La dignidad del hombre es fuente de los derechos humanos y por ende, toda enunciación de derechos que contengan los tratados internacionales deberá entenderse como ejemplificativa, enumerativa y no excluyente de otros. Al incorporarse la dignidad humana como fuente de derecho aparece como una nueva proyección de los derechos no enumerados o derechos implícitos en la Constitución Nacional. Se trata pues de procurar una dignidad existencial para proteger a la dignidad esencial de la persona a través de la justicia social, que es la que tiende a equiparar las situaciones existenciales que mortifican la dignidad intrínseca o esencial de la persona humana¹⁰⁷

La Constitución Nacional no es un cúmulo de textos jurídicos o reglas normativas, sino la expresión de un desarrollo cultural de los pueblos, por lo que debe ser "cultivada" por los vientos de justicia¹⁰⁸

¹⁰⁴ Esta noción aparece consagrada en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados como norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto y aceptada en la Declaración Socio Laboral del Mercosur cuando proclama la noción de que los derechos humanos fundamentales del trabajador integran el patrimonio jurídico de la humanidad

¹⁰⁵ Roberto C. Pompa, "Estabilidad y protección ante despidos incausados en épocas de crisis. La ratificación del Convenio 158 de la OIT. La declaración de nulidad del despido discriminatorio", en Congreso Internacional de Derecho del Trabajo en homenaje al Dr. Juan C. Fernández Madrid, San Salvador de Jujuy, 25 al 27 de agosto de 2004, entre tantos otros

¹⁰⁶ Causa "Juares Albino c/Frigorífico Máximo Paz S.A. s/ Despido"; Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo nº 38, S.D. firme nº 3368 del 25/9/2007;

¹⁰⁷ Rolando Gialdino, "Instrumentos internacionales y derechos de los trabajadores", en Asociación de Abogados Laboralistas, Mesa redonda del 5 de julio de 2007

¹⁰⁸ Petracchi Enrique S., "Derechos Humanos y Poder Judicial";

Ya en 1938 el Máximo Tribunal juzgó constitucionalmente válidas diversas reglamentaciones tutelares de la relación de trabajo, sobre la base de que el legislador seguía el “ritmo universal de la justicia” ¹⁰⁹. En 1974 sostuvo que la “justicia social” estaba presente en el texto de la Constitución Nacional desde sus orígenes cuando en el Preámbulo se persigue como objetivo el logro del “bienestar general”. La justicia social es la justicia en su más alta expresión. Consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización: es por medio de la justicia que se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar, esto, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad ¹¹⁰

Los jueces y, en especial los jueces de trabajo, deben ser el instrumento que torne operativa la aplicación de los derechos de los derechos fundamentales del hombre.

¹⁰⁹ CSJN, Fallos: 181:209;

¹¹⁰ CSJN, Fallos: 289:430;