

4. Artigo

“Las normas internacionales como fuente del Derecho del Trabajo y su aplicación jurisdiccional”

Carlos A. Toselli¹.

Sumario: 1. Introducción 2. Análisis Normativo 3. La Jurisprudencia 4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La reforma del año 1.994 provoca un sismo en el ordenamiento jurídico argentino. En efecto, ya no es suficiente para el intérprete a la hora de resolver el conflicto el conocimiento de la normativa local.-

Se incorporan con fuerza constitucional, es decir **superior**, en la pirámide kelseniana a la legislación positiva, a diez tratados de derecho internacional considerados como los que sustentan la conciencia jurídica universal, el Jus Cogens, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los cuales 8 de ellos tienen implicancia directa en la materia laboral.-

En función del dispositivo del art. 75 inc. 22 de la nueva Carta Magna se deja de lado la discusión abierta respecto de la adhesión por parte de nuestro país a la tesis dualista de incorporación interna (“Alonso c/ Haras Los Cardos”) o si bastaba su mera ratificación legislativa y depósito del texto del documento para su operatividad directa (Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántica S.A.).

La imperatividad del Derecho Internacional fue fijada por precedentes de nuestro máximo Tribunal Nacional.- Así al respecto señaló: “Lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos del recurso extraordinario. Con tal solución se abandona la distinción formulada en precedentes de la Corte Suprema, según la cual, cuando las normas del tratado funcionan como preceptos de derecho común, su interpretación no constituye cuestión federal. El referido abandono se debe a que cuando el país ratifica un tratado internacional **se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple**, obligación cuyo incumplimiento puede originar la responsabilidad internacional del Estado, circunstancia que configura cuestión federal suficiente” (C.S.J.N. – Sentencia de fecha 26-12-1995, Autos: “Méndez Valles Fernando c/ Pescio, A.M. S.C.A.”)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación con su nueva composición y recambio ideológico ha producido un importante movimiento motivacional a partir de sus pronunciamientos desde lo que se ha dado en llamar la “primavera laboral” de dicho Tribunal², integrado de manera definitiva a dichas normas jurídicas en la argumentación de justificación de sus decisorios, sobre la base de la prevalencia del ser humano, como amo y señor de los mercados, sobre cualquier otra consideración que atienda a aspectos instrumentales o económicos.

Es intención de esta breve investigación verificar de qué manera los instrumentos internacionales (tanto sea aquellos con rango constitucional, como otros de entidad jurídica diferente) han impactado sobre la disciplina laboral y en especial sobre la jurisprudencia en su utilización concreta a la hora de resolver el conflicto.

¹ Magistrado de la Sala Décima de la Cámara del Trabajo de Córdoba desde setiembre de 1.991.- Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Derecho. Profesor de Postgrado en Universidades Estatales y privadas.

² En referencia a tres fallos esencialmente: “Castillo c/ Cerámica Alberdi” (7 de setiembre de 2.004); “Vizzoti c/ AMSA” (14 de setiembre de 2.004) y “Aquino c/ Cargo” (21 de setiembre de 2.004)

También en este análisis se verificará el valor de la Declaración Socio Laboral del Mercosur y de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, estos últimos con especial referencia al ámbito del Derecho Colectivo del Trabajo y la protección de la libertad sindical.

2. A. PRINCIPALES NORMAS INCORPORADAS A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. ANÁLISIS NORMATIVO:

2.1: Declaración Universal de Derechos Humanos:

El art. 1 consagra como eje rector la igualdad ante la ley al señalar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

El art. 2.1 determina la prohibición de realizar trato discriminatorio al señalar:

“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Como se puede advertir dicha norma internacional es basamento contundente de la aplicación de la ley 23.592 a las relaciones laborales, ya que es una norma de textura abierta que no admite ningún tipo de rango de distingo en cuanto a la persona afectada o a las condiciones de dicha afectación, de modo tal que pudiera hacer presuponer que el sistema cerrado tarifado de la ley laboral (L.C.T., norma de jerarquía inferior al tratado analizado) pudiera desplazarlo en alguna variante de análisis por el hecho de confrontación normativa.

En la misma línea e incluso de manera más expresa y precisa debe señalarse que el art. 7 elimina cualquier posibilidad de duda (si es que la misma pudiera existir, lo que desde ya en este análisis se descarta) al especificar:

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.- Todos tienen derecho a igual protección contra la discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

El art. 19 de la Declaración consagra el derecho a la libertad de opinión y expresión y a no ser molestado por causa de tales opiniones.- Esta fue la principal argumentación dada por la Sala IX de la C.N.A.T. al resolver el encuadramiento dentro de la ley 23.592 a la conducta patronal en la causa “Greppi, Laura K. C/ Telefónica de Argentina S.A. s/ despido” al especificar: “resulta comprendido el despido de la reclamante en dicha categoría (la de la prohibición de la ley 23.592) por constituir una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional a propagar sus ideas (art. 14).

El art. 22 de la Declaración consagra el derecho del ciudadano a la seguridad social, lo que va a ser completado de manera más precisa y específica en el art. 25.

Por su parte el art. 23 es el que regula los Derechos Laborales disponiendo:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

De este catálogo normativo, la cuestión del derecho al trabajo, a tenor de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación parecería implicar una línea de tensión mucho más fuerte que el mero hecho

del pago de una indemnización tarifada por la pérdida incausada de la fuente laboral.- Cuando hablamos de incausada simplemente nos referimos a ausencia de hecho motivante de la decisión del desahucio provocada por el trabajador.

Este parecería ser el análisis que puede desprenderse del precedente "Madorrán c/ Adm. Nacional de Aduanas", cuando el máximo Tribunal señalara:

La aplicación de dichos principios y pautas, por lo demás, se justifica plenamente desde el momento en que el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el "derecho a trabajar", comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, tal como, por otro lado, surge de los trabajos preparatorios del citado Pacto, el cual, además, si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta (v. Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, ps. 197 y 293). Derecho al trabajo que, además de estar también enunciado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), debe ser considerado "inalienable de todo ser humano" en palabras de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a; "Vizzoti", Fallos: 327:3677, 3690). Incluso a la luz exclusiva de los ordenamientos nacionales, se ha juzgado que el "derecho al trabajo" también se concreta en el "derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo", es decir, a no ser despedido "si no existe una justa causa" (Tribunal Constitucional de España, sentencia 22/1981, del 2 de julio de 1981, Jurisprudencia Constitucional, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1981, t. 2, ps. 76, 89, f.j. 8). Luego, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales anteriormente aludidos y muy especialmente del mencionado Pacto (art. 2.1; "Aquino", cit., p. 3774/3777, y "Milone" cit., p. 4619), sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales" (Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación).

El último párrafo del primer inciso hace referencia al subsidio por desempleo consagrado normativamente en nuestro país por la ley 24.013 y cuya ausencia de actualización en momentos de alta inflación y negociación colectiva de salarios puede colocar a nuestro país en clara infracción de la normativa internacional por la "pulverización del real contenido económico del derecho que se pretende sostener" al licuar su valoración patrimonial por el notorio desfajase del mismo con respecto a los sueldos en actividad.

El inciso 2 estipula:

"Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual".

Nuevamente se refuerza el principio anti discriminatorio, en este caso con especial referencia a la esfera salarial, lo que figura receptado en los arts. 17 y 81 de la L.C.T y con el trasfondo constitucional previo del art. 14 bis.

El inciso 3 determina:

“Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

Esta disposición que aparece prima facie como de contenido programático, puede ser utilizada, llegado el caso, para exigir del Estado que la seguridad social se haga cargo de situaciones vinculadas con salarios insuficientes o con imposibilidad de percepción de remuneraciones por el hecho de la quiebra o desaparición de la entidad deudora de los mismos que le permitían vivir acorde a la dignidad humana y cuyo proyecto de vida quedara alterada por tal cambio.- Máxime cuando el Estado ha dictado la ley 23.472, cuya falta de vigencia real es exclusivamente imputable a la desidia del Poder Administrador ya que el art. 10 señala: “la presente ley será reglamentada dentro de los sesenta días de su publicación y entrará en vigencia a los treinta días de publicado el decreto reglamentario, fecha a partir de la cual serán exigibles las contribuciones previstas en el art. 2”³

El inciso 4 ingresa en el tema de la libertad sindical al estipular:

“Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”

Por su parte el art. 24 hace referencia a otros aspectos de la vinculación laboral, en cuanto a condiciones laborales al estipular:

“Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”.

El art. 25 determina en su primer inciso que:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial, alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia, por circunstancias independientes de su voluntad”

La cuestión vinculada con el seguro por enfermedad e invalidez entra en colisión con las normas de las leyes 24.557 y 24.241 en cuanto por el juego de las mismas podría ocurrir que el trabajador no tuviera derecho a las prestaciones de la ley de riesgos del trabajo (por no haberse acreditado nexo causal suficiente de sus patologías con la labor desarrollada o por haber considerado Comisión Médica que era inculpable y preexistente) y a su vez carecer de derecho al retiro por invalidez (por ser aportante irregular sin derecho) en función del período de aportes o cotización que pudiera demostrar.

Un artículo que quizás no aparece tan claramente ligado al esquema protectorio pero que sin embargo está plenamente inserto en el concepto del Ius Cogens es el art. 28 al disponer:

³ B.O. 25-3-1987.

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos”.

A mi entender no se podría tolerar en el contexto de las naciones jurídicamente organizadas que se vulneren los artículos de dicha Declaración en función de la ausencia de protección interna (vía legislativa o judicial) o de la carencia de ratificación normativa.

Esta ha sido en definitiva la conclusión a la que se arriba con la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo al sostenerse: “la cláusula central de la Declaración expresa el reconocimiento por parte de los Estados Miembros que al incorporarse a la O.I.T. han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización y que tales miembros, aún cuando no hayan ratificado los convenios aludidos tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios fundamentales que son objeto de esos convenios”⁴.

Dichos Derechos fundamentales son

- Libertad de Asociación y Libertad Sindical
- Reconocimiento efectivo del Derecho de Negociación Colectiva
- Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio
- Abolición efectiva del trabajo infantil
- Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

2.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

El art. II consagra la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación al disponer:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

Al igual que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estamos en presencia de una norma de textura abierta, lo cual implica que se admite su inclusión analógica, a diferencia de lo que acontece en la tipología penal.

El art. IV consagra la libertad de expresión de modo amplio y abierto al señalar:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio”

Como se analizara precedentemente en la causa “Greppi” el despido instrumentado por la patronal había tenido origen en el cuestionamiento por parte de ésta a “la misiva que por vía de e-mail remitiera la accionante a sus compañeros de trabajo, instándolos a adoptar acciones colectivas pacíficas en solidaridad con los trabajadores de Aerolíneas Argentinas”, lo que a juicio del tribunal actuante implicó un avasallamiento de las garantías individuales y derechos humanos y que encuentra protección en la marca de esta normativa, de manera adicional a la ya reseñada supra.

El art. VII consagra los derechos de la mujer embarazada al disponer:

⁴ VON POTOBSKY, Geraldo: “El devenir de las normas internacionales del trabajo”, en Revista de Derecho Social Latinoamericana, abril de 2.008, pág. 23.

“Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño tiene derecho a la protección, cuidado y ayuda especiales”

Ello es lo que en definitiva se encuentra consagrado en la L.C.T. en el capítulo específico de protección de la maternidad, que incluye el derecho a proporcionar lactancia al recién nacido por el término estipulado en la norma positiva (arts. 177 a 179 L.C.T.).

El derecho al trabajo y a su justa retribución está enunciado de manera genérica en el artículo XIV, sin que del mismo se desprendan obligaciones puntuales y específicas para los países.

En cambio el derecho a la Seguridad Social sí aparece consagrado de manera más categórica y enunciativa al establecerse:

XVI – Derecho a la Seguridad Social

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad, que proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, le imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Las normas de la legislación positiva que regulan los derechos enumerados en esta disposición son la ley 24.013 (en lo que hace al subsidio por desempleo), la ley 24.241 (en lo que refiere a las jubilaciones por invalidez y por edad), la ley 24.557 (en cuanto a la cobertura de los riesgos del trabajo) y la ley 20.744 en sus arts. 208 a 213 (al contemplar la protección en los supuestos de accidentes y enfermedades inculpables).- Debe destacarse también que entre los deberes del ciudadano figura en el artículo XXXV el deber de cooperar con el Estado y la comunidad en la asistencia y seguridad social, lo que justifica la decisión de imponer aportes al trabajador y contribuciones patronales como forma de mantenimiento solidario del sistema.

La cuestión sindical aparece regulada también como derecho genérico de protección a la libertad sindical en el artículo XXII dentro del derecho a la asociación que comprende el de asociarse con fin de ejercer y promover sus legítimos intereses de orden sindical

Por otra parte como contrapartida del derecho a trabajar, existe la obligación o deber de prestar tareas útiles y así se estipula:

Art. XXXVII – Deber de trabajo

“Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad”

2.3. Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica):

En este cuerpo normativo cobra importancia la garantía de derechos. Si bien las declaraciones antes analizadas contemplan diversos derechos receptados positivamente en la legislación nacional, la diferencia estriba en que en la Convención Americana de Derechos Humanos tiende a la operatividad de dichas disposiciones de rango supranacional y exige de los Estados suscriptores la adopción de políticas tendientes al efectivo reconocimiento práctico del derecho consagrado.

En ese sentido son contundentes los artículos 1 y 2

Así el art. 1 dispone:

Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y garantías 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.

Art. 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el art. 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El compromiso a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo los derechos a tenor de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación no puede constituir una cláusula sujeta al criterio de oportunidad del legislador local.

Es ilustrativo en ese sentido lo sostenido por el máximo Tribunal nacional en la causa "Vizzoti" al señalar:

Es bien sabido que esta última (la Constitución Nacional) asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano. Asimismo, los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último..."

Dentro de los derechos puntualmente reconocidos se encuentra el art. 16 que consagra la libertad de asociación, destacándose al respecto lo dispuesto por los arts. 1 y 3 al señalar:

Inc. 1: Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.

Inc. 3: Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.-

Como se advierte la cuestión del derecho de sindicación de quienes legalmente están autorizados a la portación de armas, o sea quienes detentan el poder de fuego, cuando pudiera entrar en conflicto con la seguridad nacional, es un derecho reservado a la óptica de los Estados.

Ello sin perjuicio de que a los integrantes de dichos cuerpos de seguridad se les deban garantizar los derechos laborales y de la seguridad social que se le reconocen a todos los ciudadanos por las disposiciones que hemos estado analizando.

El art. 24 ratifica dos derechos que figuran consagrados en todos los ordenamientos de derechos humanos y que son el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación.

En efecto, allí se dispone:

"Todas las personas son iguales ante la ley".

En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Resultan importantes también para la protección de los derechos laborales, el art. 25 que contempla la protección judicial y el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes y el art. 29 que estipula el modo en que ha de ser interpretada la convención de modo tal que la misma sea efectuada de manera de preservar los derechos y libertad y evitar la exclusión de aquellos derechos y garantías que son inherentes al ser humano.

2.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

a) Prohibición de discriminación:

El art. 2 inc. 2 especifica: "Los Estados Partes en el Presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

b) Garantía de la vigencia de los derechos internos reconocidos en forma previa:

El art. 5 inc. 2 señala: "No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.-

c) Derecho a trabajar: Está regulado en el art. 6 en sus dos incisos

1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

d) Condiciones de Prestación de Tareas:

El art. 7 por su parte fija el reconocimiento de derechos laborales al señalar como tales a la remuneración mínima (inc. a) a igualdad remuneratoria sin discriminación por género (inc. a I); a condiciones laborales dignas con seguridad e higiene en el medio ambiente laboral (inc. b y aparece reiterado en el art. 12 inc. b) y al trato igualitario a los fines de la promoción en el empleo sin más consideraciones que las derivadas de antigüedad y capacidad (inc. c), al descanso, disfrute de tiempo libre, jornada limitada, vacaciones periódicas pagas y remuneración de los días feriados (inc. d).

e) Garantías sindicales:

Surgen del art. 8 los derechos sindicales que deben ser garantizados tales como: 1. el derecho de cualquier trabajador de participar en la fundación del sindicato y de afiliarse al mismo. 2. el derecho de la entidad sindical a conformar federaciones y confederaciones y de éstas de integrarse en el contexto internacional de entidades sindicales transnacionales, 3. al funcionamiento sin obstáculos de los sindicatos, 4. al ejercicio del derecho de huelga conforme las normas internas que

reglamentan su ejercicio y 5. al reconocimiento del Convenio 87 de la O.I.T. referido a la libertad sindical y al derecho de sindicación.

f) Derecho a la seguridad social:

Se encuentra enunciado en el art. 9 y enumerado en su reconocimiento en el art. 10 al especificar como tales: 1. protección a la familia. 2. protección a la maternidad, licencia paga en período pre y post parto. 3 protección a la niñez sin distinción de filiación o de cualquier otra condición estableciendo prohibición de realizar tareas penosas, riesgosas o insalubres que pudieran afectar su salud y se debe limitar la edad de ingreso al trabajo dependiente.

2.5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo:

En función del mismo se destacan:

a) Compromiso de no discriminación – Está estipulado en el art. 2.1 en términos de redacción similares a los de los restantes tratados internacionales, con la garantía de protección efectiva contra todo acto de tal carácter determinado por el art. 26.-

b) Reconocimiento de derechos:

Art. 2.2 Cada Estado Parte se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas, para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

c) Derecho a asociarse, fundar sindicatos y afiliarse a ellos, con reconocimiento expreso de las garantías consagradas en el Convenio 87 de la O.I.T. (art. 22)

2.6. Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial:

Se considera tal a 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 de ejercicio, en condiciones de igualdad de los Derechos Humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

A esos efectos el art. 5 de la Convención consagra el catálogo enunciativo de derechos a ser reconocidos, que incluye entre ellos el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria.- De igual modo por el inciso e II) se reconoce el derecho a asociarse libremente en materia gremial y a fundar sindicatos.

2.7. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

Se considera tal a toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

A esos efectos los Estados se comprometen a:

- 1) Consagrar en sus legislaciones la igualdad de género, asegurando la realización práctica de dicho principio.
- 2) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro tipo, que prohiban tal accionar discriminatorio e impongan sanciones a sus infractores.-
- 3) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de la igualdad con el hombre.-
- 4) Abstenerse de incurrir en cualquier acto o práctica discriminatoria contra la mujer velando para que las autoridades e instituciones públicas así lo cumplan.-
- 5) Tomar medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por personas, organizaciones o empresas.-
- 6) Derogar todas aquellas disposiciones de derecho interno que consagren discriminaciones contra la mujer.-
- 7) La adopción de medidas afirmativas para lograr la igualdad de la mujer deberán ser temporarias y cesar cuando se haya alcanzado dicho objetivo.-
- 8) Las medidas de protección de la maternidad no se considerarán discriminatorias en contra de los trabajadores varones.
- 9) En materia del empleo asegurarán: 1. El derecho al trabajo. 2. El derecho a las mismas oportunidades de empleo, incluido los criterios de selección de personal. 3. El derecho a la elección libre de la profesión y a su promoción incluyendo en ello la capacitación y formación profesional. 4. El derecho a igual remuneración por igual tarea y a igualdad de trato. 5. El derecho a la seguridad social, contemplando en ello los casos de desempleo, vejez, invalidez, enfermedad. 6. El derecho a vacaciones pagas. 7. El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo
- 10) Para evitar la discriminación los Estados Partes deberán: 1. Prohibir el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad. 2 Prohibir el despido sobre la base del estado civil. 3. Implantar la licencia por maternidad, con sueldo pagado, sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.

2.8. Convención sobre los Derechos del Niño:

A los efectos de dicha convención se considera niño a todo ser humano menor de 18 años, salvo que por disposición legal, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

- 1) Se prohíbe todo tipo de discriminación basado en cualquier condición del niño, de sus progenitores o de sus representantes legales.-
- 2) Se deben adoptar todas las medidas para evitar todo tipo de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.-
- 3) En materia laboral, por el art. 32 se reconoce el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.- A esos efectos se deberá: 1. fijar una edad mínima para trabajar. 2. se dictará la reglamentación apropiada respecto de horarios y condiciones de trabajo, señalando las penalidades por el incumplimiento a dicha normativa.

2. B. Otras normas internacionales y su eficacia jurídica

2.B.1) La Declaración Socio Laboral del Mercosur

La Declaración Socio-laboral del Mercosur fue suscripta en Río de Janeiro el 10 de diciembre de 1998, y en ella los Estados integrantes del Mercosur adoptan los siguientes principios y derechos del trabajo, que en definitiva representan el nivel mínimo de derechos de los trabajadores.

En la esfera **individual** se establece:

- a) No discriminación.
- b) Promoción de la igualdad.
- c) Eliminación del trabajo forzoso.
- d) Prohibición del trabajo infantil y regulación del trabajo de menores.
- e) Derecho del empleador a organizar y dirigir su empresa.

Dentro del ámbito **colectivo**:

- a) Libertad de asociación.
- b) Libertad sindical.
- c) Negociación colectiva.
- d) Ejercicio del derecho de huelga.
- e) Promoción y desarrollo de procedimientos preventivos y de autocomposición de conflictos.
- f) Diálogo social.

Otros derechos:

- a) Fomento del empleo.
- b) Protección de los desempleados.
- c) Formación profesional y desarrollo de recursos humanos.
- d) Salud y seguridad en el trabajo.
- e) Inspección del trabajo.
- f) Seguridad social.

También por el art. 20 se crea la Comisión Socio-laboral, de seguimiento y cumplimiento de los principios fundamentales, como órgano tripartito, auxiliar del Grupo Mercado Común, que tendrá carácter promocional y no sancionatorio, se manifestará por consenso y tendrá las siguientes atribuciones y responsabilidades:

- a) Examinar, comentar y canalizar las memorias preparadas por los Estados parte, resultante de los compromisos de esta Declaración.
- b) Formular planes, programas de acción y recomendaciones tendientes a fomentar la aplicación y el cumplimiento de la Declaración.
- c) Examinar observaciones y consultas sobre dificultades e incorrecciones en la aplicación y cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Declaración.
- d) Examinar dudas sobre la aplicación de la Declaración y proponer aclaraciones.
- e) Elaborar análisis e informes sobre la aplicación y el cumplimiento de la Declaración.

f) Examinar e instruir las propuestas de modificación del texto de la Declaración, y darles el curso pertinente.

Los Estados parte deberán elaborar, por intermedio de sus ministerios de Trabajo, memorias anuales conteniendo:

a) El informe de los cambios ocurridos en la legislación o en la práctica nacional, relacionados con la implementación de los enunciados de esta Declaración.

b) El informe de los avances realizados en la promoción de esta Declaración y de las dificultades enfrentadas en su aplicación.

Con relación a la eficacia jurídica de la Declaración Socio-laboral del Mercosur, autores como Ermida Uriarte⁵ afirman que se puede entender que los principios y derechos proclamados en la Declaración constituyen el "bloque de constitucionalidad" nacional en materia de derechos fundamentales. Del mismo modo, si se admite que la Declaración se alinea con la recepción de los grandes pactos y declaraciones de derechos humanos que integran el patrimonio jurídico de la humanidad, se puede válidamente sostener que los derechos y principios contenidos en la Declaración son obligatorios, vinculantes y de eficacia jurídica plena, ya sea por su propio contenido, por la superioridad del ordenamiento internacional, o porque formen parte del cuerpo de derechos humanos básicos que constituyen el orden público internacional, más allá de todo acto de reconocimiento, ratificación o recepción por los ordenamientos jurídicos nacionales. En contra de esta postura, otros autores como Cristaldo⁶ consideran que esta Declaración es programática y no vinculante, en razón de no integrar el sistema de fuentes jurídicas del Mercosur (arts. 41 y 42, Tratado de Asunción).

Al respecto comparto lo expresado por el Profesor Oscar Ermida Uriarte que "el Derecho de los derechos humanos, punto de convergencia del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional admite la existencia de normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de orden público internacional, por constituir principios básicos de la convivencia internacional. Estos, que constituyen el denominado "jus cogens", incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados"⁷.

A nivel jurisprudencial argentino, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo incluye entre los fundamentos normativos operativos a la referida Declaración (junto con otros tratados y pactos internacionales de derechos humanos)⁸. Existen además otros tribunales nacionales y regionales que hacen mención a la misma.⁹

⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar, "La Declaración Socio-laboral del Mercosur y su eficacia jurídica", Eficacia Jurídica de la Declaración Socio-laboral del Mercosur, editado por la Organización Internacional del Trabajo y la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo, febrero de 2002, ps. 14 y ss.

⁶ CRISTADO M., Jorge Darío, Armonización normativa laboral del Mercosur. Una propuesta unificadora, Editora Litocolor, Asunción, 2000.

⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar: "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su Eficacia Jurídica", publicación de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Oficina Internacional del Trabajo, Montevideo, Uruguay, febrero de 2.002, p. 19.

⁸ Sentencia de fecha 20 de junio de 2000, en autos "Corsi, María Constanza c/ New Viking Investment Corporation Suc. Argentina s/ despido" y "Vargas, María Ricarda c/ Laboratorios Jamardo S.R.L. s/ despido".

⁹ En una entrevista al Dr. Rodolfo Capón Filas, éste menciona que es aplicada por la Jueza Marta Dib, de la Cámara Laboral de Resistencia y el Dr Héctor Hugo Boleso en Corrientes. En Brasil la aplica el Dr. Vargas Luis Quadros de Belem de Pará y también dos jueces de Uruguay. El punto central de la aplicación consiste en que cuando se comprueban violaciones a los ítems de la Declaración, hay que derivar el expediente al Ministerio de Trabajo para que lo tenga en cuenta cuando redacte la Memoria Anual del cumplimiento de la Declaración, lo que si bien –añade Capón Filas– parece una tontera burocrática, no lo es, ya que si todos los jueces del Mercosur mandaran el expediente a su Ministerio, se podría hacer un testeo de aquellas empresas que no cumplen con la Declaración Socio – Laboral del Mercosur. De ahí al "label" social (derecho de garantía) habría un paso muy pequeño «Mercosur ABC del 9-3-2006»

Además ha sido expresamente reconocido en los últimos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde se señalara:

"La llamada nueva cláusula del progreso, introducida en la Constitución Nacional para 1994, es prueba manifiesta del renovado impulso que el constituyente dio en aras de la justicia social, habida cuenta de los términos en que concibió el art. 75, inc. 19, con arreglo al cual corresponde al Congreso proveer a lo conducente al "desarrollo humano" y "al progreso económico con justicia social". No es casual, además, que en el proceso de integración del Mercosur, los estados partícipes se hayan atenido, en la Declaración Sociolaboral, al "desarrollo económico con justicia social" (Considerandos, párrafo primero)"¹⁰

2. C. Normas Internacionales de Aplicación en materia de Derecho Colectivo

En materia de derecho colectivo los convenios rectores en la materia son el Convenio 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación del año 1.948 y el Convenio 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación colectiva del año 1.949 y también reviste importancia el Convenio 135 de Protección de los Dirigentes Sindicales¹¹, el que sólo se encuentra ratificado por Argentina y Brasil, no así por el resto de los miembros plenos del bloque.

Con relación al primero de ellos, el art. 2 del Convenio 87 expresa: "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas".

Por su parte el art. 3 determina: "1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal".

Estas disposiciones, pilares de la libertad sindical, se encuentran plasmadas en los textos constitucionales y de la legislación laboral de los distintos países del bloque, tal cual ha sido comentado en el análisis comparativo efectuado en el Capítulo Primero.

Por su parte el Convenio 98 establece:

Art. 1: 1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.- 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas del trabajo, o con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

A su vez vinculado con el objeto de esta investigación tenemos el art. 2 que expresa:

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

¹⁰ C.S.J.N. Autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A." – Sentencia de fecha 21 de setiembre de 2.004.

¹¹ Ratificado por la República Argentina mediante la ley 25.801 (Sancionada: 05/11/2003 - Promulgada de Hecho: 28/11/2003 - Publicación en B.O.: 02/12/2003).

2. Se considerarán actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores con el objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

Ese tipo de accionar empresarial en Argentina faculta al afectado (ya sea el propio trabajador o la entidad sindical) a iniciar las acciones denominadas "querrela por práctica desleal".

Si por el contrario la injerencia emana del propio Estado, las organizaciones sindicales afectadas podrán efectuar la denuncia ante el Comité de Libertad Sindical o ante la Comisión de Normas.

Por otro lado el Convenio 135¹² consagra expresamente la protección de los trabajadores que ejercieran la acción sindical y en ese sentido determina:

Artículo 1. Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

Artículo 2.

1. Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones.

2. A este respecto deberán tenerse en cuenta las características del sistema de relaciones obrero- patronales del país y las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa interesada.

3. La concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada.

Artículo 3. A los efectos de este Convenio, la expresión "representantes de los trabajadores" comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate:

- de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o b) de representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos.

Artículo 4. La legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o las decisiones judiciales podrán determinar qué clase o clases de representantes de los trabajadores tendrán derecho a la protección y a las facilidades previstas en el presente Convenio.

Artículo 5. Cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario,

¹² Aprobado en la Quincuagésima Sexta Reunión (celebrada en Ginebra, del 2 al 23 de Junio de 1971)

para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes.

Artículo 6. Se podrá dar efecto al presente Convenio mediante la legislación nacional, los contratos colectivos, o en cualquier otra forma compatible con la práctica nacional.

Con relación al nivel de protección gremial, en Argentina se ha abierto un interesante debate respecto del grado de abarcabilidad de dicha protección, por cuanto tanto en lo que refiere a discusión doctrinaria como en precedentes judiciales dictados a partir del año 2.004 se ha desplegado la protección del dirigente de hecho o de "base" fundado justamente en el marco de los convenios internacionales de la O.I.T. y en normas de jerarquía supra legal vinculada con derechos humanos. La extensión de dicha protección lógicamente que genera una crisis en el esquema de representatividad dentro del modelo sindical argentino¹³.

Como se advierte el marco internacional resulta propicio para permitir el avance en materia de derecho colectivo y de negociación colectiva supranacional como modos de encarar la resolución de los diversos problemas que se plantean en el ámbito del Mercosur (trabajadores migrantes, registración, representación sindical, normas convencionales aplicables, sistema previsional, piso mínimo de derechos laborales, etc).

3. LA JURISPRUDENCIA

1. Principio de Progresividad:

"En el contexto que precede se advierte también una retrogradación de derechos consagrados por normas fundamentales -previamente receptados en las leyes que regulaban su ejercicio, como se reseñó en ítems anteriores- y que fueron abrogados -insisto- sin razones que lo legitimen, lo cual resulta inconcebible en el diseño constitucional moderno que consagra el principio de la progresividad de los derechos sociales, que tiene por función evitar el retroceso de aquello que es conducente al logro de la justicia social (art. 75, incisos 19, 22 y 23 de la C.N.; 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Esa retrogradación fue señalada por la propia Corte al evaluar la LRT, afirmando que la reforma introducida por la norma que regula los infortunios laborales pone a ésta en un grave conflicto con un principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos en general, y del PIDESC en particular; agregando -con cita, incluso, del artículo 2.1 del Pacto y del Comité respectivo- que todo Estado Parte se compromete a adoptar medidas para alcanzar progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Tratado, puntualizando que aquellas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Acuerdo y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga, derivándose una fuerte presunción contraria a que las medidas regresivas sean compatibles con el Pacto, sobre todo cuando su orientación no es otra -art. 11.1- que la mejora continua de las

¹³ A nivel doctrinario: A favor: CORNAGLIA, Ricardo J. "La relación entre la discriminación y la anulación del despido"; MAZZA, Miguel A.: El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas ; ELFFMAN, Mario: "Discriminación en el Empleo"; en contra RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge: "Como sancionar los despidos discriminatorios".- A nivel jurisprudencial los tres fallos más relevantes en la materia han sido: 1) Balaguer, Catalina T. c. Pepsico de Argentina S.R.L., de fecha 10-3-2004 dictado por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo; 2) Greppi, Laura Karina c/ Telefónica de Argentina SA s/ 'despido', de fecha 31-5-2005, dictado por la Sala IV de la C.N.A.T. y 3) Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. – Acción de Amparo, de fecha 14-6-2006, dictado por la Sala V de la C.N.A.T.

condiciones de existencia (v. Fallos: 327:3753, cons. 10; voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; y 328:1602)" (C.S.J.N. – Sentencia de fecha 26 de febrero de 2.008 – Autos: "Medina, Orlando Rubén y otro c/ Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro s/ interrupción de prescripción")

2. Derecho al Empleo y a la Salud en el Trabajo

"El art. 7 del instrumento internacional nombrado en primer término (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), al reconocer el "derecho al trabajo", dispone que éste comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida, lo cual se completa con el artículo siguiente en el que los estados reconocen que tal derecho supone que toda persona goce del mismo en condiciones equitativas y satisfactorias, que le aseguren condiciones de existencia dignas para el trabajador y para su familia, mencionando al respecto, de manera particular, la seguridad y la higiene en el trabajo, entre otras materias que —según lo allí previsto— deben ser garantizadas por los estados en sus legislaciones. A ello se suma el art. 12, relativo al derecho de toda persona al "disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", cuando en su inc. 2 dispone: "Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para [...] b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo [...]; c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades [...] profesionales". El citado art. 7.b, corresponde subrayarlo, implica que, una vez establecida por los estados la legislación apropiada en materia de seguridad e higiene en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados (Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, pág. 242). (C.S.J.N. 26-10-2004, Autos: "Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente - ley 9688").

3. Derecho a un proyecto de vida

Tal como lo ha juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos "[e]l 'proyecto de vida' se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte" (*Loayza Tamayo vs. Perú* (reparaciones y costas), sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C N° 42, párr. 148). (C.S.J.N. – Sentencia de fecha 8 de abril de 2.008 en autos: "Recurso de hecho deducido por Pablo Martín Arostegui en la causa Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.")

4. Derecho a no ser discriminado:

a) Por causa de salud:

“(la indemnización tarifada procederá) cuando esa conducta se ciña al ámbito estrictamente laboral, tal como expresara en el párrafo precedente, y no cuando se exceda dicho marco y se incurra -como en este caso específico- en una conducta particularmente disvaliosa por padecer el actor de una enfermedad terminal, pues la segregación laboral en semejantes circunstancias violenta el principio general de no discriminación amparado por la Constitución Nacional en sus arts. 14 bis y 16. Amén de lo prescripto en forma directa en la Carta Magna, ésta incorpora con categoría constitucional diversos tratados sobre derechos humanos que condenan específicamente tales conductas disvaliosas (ej.: Declaración Universal de Derechos Humanos art. 7, Convención Americana de Derechos Humanos art. 24, sin perjuicio de otros pactos que se refieren en forma específica a algún tipo concreto de discriminación como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial)”. (C.N.A.T. Sala V-Sentencia de fecha 6-5-2005 – Autos: “Rossi, Rodolfo A. c/ Orígenes AFJP S.A.”

b) Derivado del acceso a la justicia:

“En el caso, no cabe hesitación alguna en cuanto a que la actitud de la trabajadora al demandar a la Cooperativa, resultó sumamente molesta, así se expresó en la reunión llevada a cabo el día 25-11-03 por el Consejo de Administración, que “..la promoción de la demanda generó un malestar muy grande entre el personal de la entidad..” , y surgió también del testimonio de Echeverría, quien afirmó que “.. siendo empleada de la Cooperativa no se lo veía como una actitud digna ..” -se refiere a la iniciación del juicio-, al punto tal, que se decidió en el mismo momento que se adquiere conocimiento de su inicio, el despido de la trabajadora, lo cual me llevó a concluir en el veredicto, que la actitud de la demandada respondió a un fin discriminatorio al ejercer ésta el derecho de peticionar ante la justicia la reparación de un daño.

A mi juicio, el despido dispuesto por el empleador está ligado a un motivo discriminatorio arbitrario dado que en el caso ha existido una sanción impuesta a la accionante por ejercer el derecho constitucional de peticionar ante la justicia, derecho que tiene jerarquía constitucional propia, previsto en el art. 14 de la Constitución Nacional en concordancia con el art. 18 de la C.N.- Sobre el particular, Fernández Madrid ha señalado que el derecho a la no discriminación tiene su fundamento en la dignidad de la persona y en la igualdad de derechos entre todos los seres humanos, extremos que han recibido expreso reconocimiento en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales con jerarquía internacional.- (arts. 14 bis, 16, 37 y 75 inc. 22 C.N. y art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 1, 2, 7 y 23 y 2 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2, 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2, 3, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.” (Tribunal de Trabajo de Junín, Sentencia de fecha 13 de Junio de 2.007, Autos: SFAEIR, CAROLINA C/ COOPERATIVA ELECTRICA DE CHACABUCO LIMITADA S/INDEMNIZACION POR DESPIDO).

c) Por cuestiones gremiales

“Considero que la decisión patronal pugna con las directivas que emergen de los Convenios Nro. 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical (ratif. por ley 14.932) y del Convenio O.I.T. Nº 111 sobre discriminación, empleo y ocupación (ratif. por ley 17.677); ya que los actores al ser despedidos fueron objeto de una arbitraria discriminación por causa de su actividad gremial y, por lo tanto, aparece violentada

la garantía contenida en el art.16 de la Constitución Nacional, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad federal en el art.75, inc.22 de la C.N. basados en el principio de igualdad ante la ley. Consecuentemente, corresponde mantener la decisión de nulificar los despidos y ordenar la reinstalación de los actores, así como también el pago de los salarios caídos, como derivación de lo resuelto en torno al acto extintivo que implica considerar la subsistencia del vínculo de trabajo y su presupuesto, la disposición generadora de los salarios, en los términos de lo normado en el art.103 de la L.C.T." (C.N.A.T., Sala II, Sentencia de fecha 25/06/2007, Autos: "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo" - (Del voto en mayoría de la Dra. Graciela González al que adhirió el Dr. Miguel Ángel Maza)

5. Alcance de los Derechos consagrados en Pactos Internacionales

"Frente a ello, no cabe sino replicar lo dicho al respecto por la Corte Suprema, en el tantas veces referido precedente "Gottschau", cuando, fundándose en los arts. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, 29 inc. "b" del Pacto de San José de Costa Rica, y 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sostuvo que los tratados internacionales sólo pueden "... mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla", añadiendo que "... [a]quéllos no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes en el ordenamiento interno, al momento de su sanción" (Cons. 10º). Premisa de la que extrajo el siguiente corolario: "... si los extranjeros, en su carácter de habitantes de la Nación, están, en principio, habilitados para el empleo público -conforme la cláusula genérica del art. 16 de la Constitución Nacional ... -no puede acudirse a los tratados para limitar ese derecho. Para usar los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no puede pretextarse que el tratado no reconoce al derecho lo hace 'en menor medida' (conf. art. 5.2 de aquél)" (Cons. cit.)." (S.C.J.B.A. – Sentencia de fecha 19 de Diciembre de 2.007 – Autos: "Gerez, María Cecilia contra Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo")

6. Supremacía de Normas derivadas de Convenios de la O.I.T. frente al derecho positivo interno

"...En efecto el art. 103 bis indica que enumera pretendiendo que son prestaciones de la seguridad social. Sin embargo esas prestaciones se pueden, claramente, incluir en la definición de salario que da el convenio 95 de la OIT, ratificado por nuestro país el 24 de septiembre de 1956, según el cual "a los efectos del presente Convenio el término "salario" significa la remuneración o ganancia , sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo... debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar". Está claro, a mi entender, que ese convenio que nuestro país debe aplicar obligatoriamente define el objeto de la protección más allá del nombre que localmente se le otorgue. Si con el sólo requisito -¿ingenuo?- de no llamar salario al salario se pudiera evadir la aplicación del citado convenio sus alcances y validez se verían seriamente afectados. Sin embargo pareciera que de eso se trata ya que la ley 24.700 pretende que esas prestaciones "no son remunerativas, no dinerarias, no acumulables ni sustituibles en dinero", reiterando los términos de los decretos 1477/89, 1478/89 y 333/93, que fueran descalificados judicialmente (conf. CSJN, 24 de noviembre de 1998, "Della Blanca y otro c/ Industrias Pescarmona"). Si esa contradicción existiera,

como a mi entender existe, cuál de las normas debe prevalecer?. Estimo que la disposición del convenio 95 y ello por dos razones.

La primera es que el convenio 95 de la OIT es un tratado de acuerdo al art. 5º del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, que dispone que este ordenamiento 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" y por tanto, conforme el art. 27 del mentado Convenio de Viena, no se le puede oponer ninguna norma de derecho interno –dejando a salvo claro está el principio de primacía de la Constitución-, en el caso el tantas veces citado art. 103 bis de la L.C.T.

La segunda es que el Convenio 95 forma parte del plexo de normas que protegen al trabajador y, como tal, integra el conjunto de "derechos humanos" fundamentales (conf. la Memoria del entonces Director General de la OIT, en la 75º reunión de la Asamblea del organismo, titulada "Los Derechos Humanos son Responsabilidad de Todos", Ginebra –Suiza- 1988) y, consecuentemente, siendo un Tratado de Derechos Humanos aprobado por nuestro país y en vigencia goza de la jerarquía supra legal que le otorga el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional" CNAT, Sala V - 30/04/2007, Autos: "GARCIA FERNANDO ANDRES c/ HOSPITAL BRITANICO DE BUENOS AIRES ASOC. CIVIL S/ DESPIDO".

7. Modo de interpretación de las normas internacionales:

"...tal como los señalara la CSJN en "Simón, Julio y otros" (14/6/05) el art. 75 inc. 22 de la CN, refiere a las condiciones de vigencia de los diversos tratados internacionales, y pretende que se interpreten y se apliquen tal como son efectivamente interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional (Con cita en el caso "Girolidi", Fallos 328:514), ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina, tal como funcionan en el orden internacional incluyendo la jurisprudencia de dicho ámbito relativa a esos tratados. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional (Del voto del Dr. Simón, que adhiere al del Dr. Zas). CNAT Sala V Sentencia de fecha 14/6/06 – Autos: "Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo"

4. CONCLUSIONES

1. El análisis de la normativa internacional de aplicación directa resulta imprescindible y no puede ser ignorado u obviado, ya que ello lisa y llanamente implicaría el desconocimiento de la Constitución vigente.
2. Los restantes instrumentos celebrados por las autoridades del país deben ser entendidos en el contexto de la responsabilidad global que emana de los actos de un país soberano.
3. Todos aquellos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos resultan de aplicación por representar los criterios de la conciencia jurídica de la humanidad, que más allá de su ratificación formal o incorporación expresa en el derecho positivo interno, no admite posibilidad de desconocimiento, por violentar normas de orden superior y que tienden al reconocimiento del ser humano y de sus derechos inalienables.
4. Sostenemos que los Convenios de la O.I.T., debidamente ratificados por nuestro país, tienen fuerza superior a las leyes y demás actos emanados de la autonomía colectiva y por lo tanto ante conflictos interpretativos los desplazan en la consideración del intérprete judicial.

5. Creemos que es urgente un cambio en la mentalidad del operador jurídico del derecho y en especial del Derecho Laboral por sus características tuitivo, alimentario y asistencial, para encuadrar los casos analizados bajo la órbita del Derecho Internacional.

6. Ello también determinará que en los ámbitos académicos se deba variar la óptica de estudio de esta disciplina incluyendo expresamente como material a utilizar las normas internacionales (tanto las incorporadas expresamente al ordenamiento interno, como aquellas que lo son por vía de interpretación o de la actuación del Estado en la esfera del Derecho Internacional) con desarrollo teórico y con especial análisis de la jurisprudencia que dispone su aplicación.

7. Si esto efectivamente así ocurre, Argentina habrá dado un paso significativo, en el reconocimiento de aquellos derechos, que a juicio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se corresponden con el ritmo universal de los derechos humanos.