

TRABAJO

Derecho al trabajo y derechos de los trabajadores desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales*

*Rodolfo E. Piza Rocafort***

Derechos laborales y realidad latinoamericana

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Protocolo de San Salvador), reconocen el derecho a toda persona a trabajar (artículos 6 de ambos instrumentos). A ese derecho están ligados otros derechos como el salario mínimo –artículos 7.a) de ambos instrumentos–, la seguridad e higiene laborales –artículos 7.b y 7.e) respectivamente–, a ser promovido y a ascender en el trabajo –artículo 7.c) de ambos instrumentos–, al descanso, a los feriados, a las vacaciones pagadas y a la limitación de la jornada laboral –artículos 7.d del PIDESC y 7.g) y h) del Protocolo–, a la estabilidad en el empleo y a la indemnización por despido injustificado –artículo 7.d del Protocolo de San Salvador–, a la protección de los menores de 18 en su trabajo –artículo 7.f del Protocolo, 10.3 del PIDESC y Convención de los Derechos del Niño– y a la libertad sindical, a la huelga y a la negociación colectiva –artículos 8 de ambos instrumentos–.

* El texto corresponde a la versión escrita de la exposición del autor en el marco del Curso Interamericano de Derechos Humanos desarrollado por el IIDH, en San José, Costa Rica, en agosto del año 2004.

** El autor es Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Diplomado en Política Internacional por la Sociedad de Estudios Internacionales, Madrid, España, Especialista en Derechos Humanos y Doctor en Derecho, ambos por la Universidad Complutense de Madrid, España. Actualmente ejerce como profesor, abogado y Director del Proyecto Cumple y Gana de Fortalecimiento de los Derechos Laborales en Centroamérica y República Dominicana.

La realidad en América Latina, sin embargo, muestra que para muchos sectores esos derechos ni siquiera cumplen la condición de la que parten, porque existen millones de trabajadores desempleados, subempleados o informales. Menos de la mitad de la PEA y mucho menos del 40% de la población en edad de trabajar, ni siquiera cuenta con la condición de un trabajo formal.

En Venezuela, Uruguay, Panamá, Colombia y Argentina, el desempleo urbano supera claramente el 15% y el promedio en la región supera el 11%. En Centroamérica se ubica entre el 6% de Honduras y el 12% de Nicaragua. El único país con un desempleo menor al 6% es México¹.

El desempleo juvenil (menores de 24 años) en algunos países puede llegar al 50% (Argentina), al 40% (Uruguay) o al 30% (Brasil, Colombia, Panamá o Venezuela).

En todo caso, en América Latina el sector formal en promedio sólo cubre al 53% en el 2002 y cayó del 57% en 1990. Y ese porcentaje es menor en el caso de las mujeres (50%). Es decir, el sector informal cubre a casi el 50% de los trabajadores de nuestra región (trabajadores independientes, domésticos o microempresarios) y en algunos países ese porcentaje llega al 65% (Honduras). Únicamente en Chile el sector informal es menor al 40%. Menos del 50% solo en Brasil, Costa Rica, México, Panamá y Uruguay. En el resto de los países, la informalidad supera claramente el 50% de la PEA. Y estos datos son de las áreas urbanas, porque en el sector rural de nuestros países (donde trabaja cerca del 65% de la PEA), la informalidad supera claramente el 70% de los trabajadores.

Si los trabajadores son informales o están desempleados, difícilmente podrán ejercer sus derechos derivados del trabajo como el salario mínimo, el descanso, la limitación de la jornada laboral, la sindicalización y el derecho a la seguridad social. Incluso su libertad de trabajo, en ese contexto difícilmente puede ejercerse plenamente.

¹ Todos los datos estadísticos aportados, salvo que se exprese lo contrario, son del *Panorama Laboral 2003, América Latina y el Caribe* (impreso en Perú), 2003, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). No tiene datos de Cuba, Haití ni de Puerto Rico, por lo que no se toman en cuenta, para estos efectos, a esos Estados. Al parecer, la tasa de desempleo de Cuba es también inferior al 6%.

El PIDESC y el Protocolo de San Salvador reconocen el derecho de *toda persona* (no solo trabajadores) a la *seguridad social* (artículos 9 de ambos instrumentos), a la protección de los riesgos del trabajo (artículos 7.c y 7.e respectivamente) y a la salud (artículos 12 y 10 respectivamente). En la realidad, sin embargo, en cuanto a la seguridad social, únicamente el 63% de los trabajadores de la América Latina están cubiertos. 79% para el sector formal y únicamente el 26% en el sector informal, sin que existan graves diferencias por razón de género. Únicamente en Uruguay y Costa Rica, la cobertura total de la seguridad social cubre a más del 75% de los trabajadores (formales e informales)². Más del 65% únicamente en Chile, Colombia, Panamá, Brasil y México. En muchos países de la región, la cobertura de la seguridad social no llega ni al 30% de los trabajadores como en Paraguay, Bolivia, Haití, Nicaragua, Honduras y Guatemala.

La ausencia de cobertura afecta aun más sensiblemente la protección de la higiene y seguridad en el trabajo, el derecho a la salud de los trabajadores y sus familias (en algunos países la cobertura familiar es incluso mucho más restringida que la de los propios trabajadores) y el derecho a la pensión. De hecho, mucho menos del 50% de la población en edad de trabajar cotiza para una pensión o está cubierto por un sistema de protección social que le cubra los riesgos de invalidez, vejez o muerte.

El PIDESC y el Protocolo de San Salvador reconocen el derecho a la libertad de sindicalización en sentido amplio (a formar, a pertenecer o no y a la confederación o afiliación nacional e internacionales de los sindicatos), a la negociación colectiva y a la huelga, en el artículo 8 de ambos instrumentos. En América Latina, sin embargo, menos del 10% de los trabajadores del sector privado están sindicalizados y en algunos países el porcentaje no llega ni al 1%. En esas condiciones, difícilmente pueden ejercer los derechos ligados o derivados de la sindicalización como el derecho a la huelga y el derecho a la negociación colectiva. Incluso en el sector público, donde la sindicalización se ha extendido en las últimas décadas hasta cubrir a más del 50% de los trabajadores estatales en la mayoría de

² Aunque Cuba no aparece en el informe *Panorama Laboral* de la OIT, tiene también una cobertura superior al 90%.

los países, los derechos ligados o derivados como la negociación colectiva y a la huelga están ampliamente limitados.

Hay países donde la sindicalización no puede darse en el sector público de manera general (El Salvador, por ejemplo, lo restringe para los trabajadores del Gobierno Central, artículo 47, párrafo 1° de la Constitución). En algunos países que permiten la libertad sindical, la restringen en amplias áreas del empleo público además de las fuerzas armadas y la policía (donde la restricción es permitida por los convenios internacionales), en los “servicios públicos esenciales” (donde se permiten ciertas restricciones) e incluso en los “no esenciales”. En los países que permiten limitadamente la sindicalización en el sector público, restringen ampliamente el derecho a la huelga (no solo en los servicios esenciales, como se reconoce en los instrumentos internacionales). En Costa Rica, por ejemplo, la huelga es prohibida, en general en los servicios públicos (artículo 61 de la Constitución) y en la mayoría de los países se delega ampliamente en la Ley la regulación del derecho de huelga y sus limitaciones (sobre todo, en los servicios públicos). El derecho a la negociación colectiva es limitado muchas veces más allá de lo permitido *–prima facie–* por los instrumentos internacionales del trabajo (Convenios # 154 de la OIT). Este derecho queda limitado ampliamente en el ámbito del empleo público, por aplicación de otros principios constitucionales *–*legalidad, control presupuestario, etc. *–*.

Este es el contexto *–*la realidad*–* en el se desenvuelve la protección de los derechos laborales de los Convenios Internacionales de Protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Reconocimiento constitucional de los derechos laborales

Con algunas salvedades, todas las constituciones latinoamericanas reconocen los derechos laborales en igual o mayor medida que los pactos internacionales, conforme a los siguientes cuadros:

Derechos laborales individuales:

	Derecho y/o libertad de trabajo	Estabilidad y protección laboral	Salario mínimo o justo
Argentina	14, 14 bis	14 bis	14 bis
Bolivia	7, 156	157	7, 157
Brasil	5 XIII, 6 y 7 XIII	7 I, II, XXXIV	7 IV, X, XII
Colombia	25, 26	53	53
Costa Rica	56	56, 63	57
Cuba	45	45, 49	45
Chile	19 ord. 16	19 ord. 16	19 ord. 16
Ecuador	49	49.d	49.d
El Salvador	37	37, 38 ord. 11	9, 38.2, 41
Guatemala	101-103	102.s, 69, 106	102.b, c, f
Honduras	127	128, 127	128 ords. 3-5
México	5, 123	123	5, 123
Nicaragua	57, 80	80, 82	82
Panamá	60	60, 68, 70	61-62
Paraguay	86-100	94	92
Perú	2 ord. 15, 22-29	27	24
R. Dominicana	8 ord. 11	8 ord. 11	8 ord. 11
Uruguay	53	53	54
Venezuela	88	93, 94	91
PIDESC	6		7.a)
P. San Salvador	6	7.d	7.a)

Derechos colectivos del trabajo:

	Derecho y Libertad sindical	Derecho de huelga	Derecho a la negociación colectiva
Argentina	14 bis	14 bis	14 bis
Bolivia	159	159	157
Brasil	8 I-VII, 10-11	9	7 I, VI, XXVI
Colombia	39	56	55
Costa Rica	61	62	62
Cuba			
Chile	19.19	19.16	19.16
Ecuador	41.i)	49.j)	49.l)
El Salvador	47	48	39
Guatemala	102.g)	104	102.t)
Honduras	128.14	128.13	128.15
México	123	123	
Nicaragua	81, 87	83	88
Panamá	64	65	
Paraguay	96	98	97
Perú	28	42	28.2, 28.3
R. Dominicana	8.11	8.11	8.11
Uruguay	57	57	
Venezuela	95	97	96
PIDESC	8.1.a), b) y c), 8.2	8.1.d)	
P. San Salvador	8.1.a), 8.2, 8.3	8.1.b)	

Seguridad social y protecciones especiales a los trabajadores:

	Seguridad social	Protección al menor y a la mujer trabajadora	Derechos de los discapacitados	Protección a la salud (ver seguridad social)
Argentina	14 bis	37		
Bolivia	7, 158, 162, 164	2		158
Brasil	6-7, 194-195	7 XVIII, XX, XXXIII, 227.3		
Colombia	48		47	49
Costa Rica	73, 177	55, 71	51	73, 177
Cuba	48			49-50
Chile	19, 18		19, 9	19, 9
Ecuador	42	36, 50		
El Salvador	50	42	70	65-69
Guatemala	100	102.k), 102.l)	53	94
Honduras	142-144	123	120	245, 29
México	123			4
Nicaragua	61-63, 82, 105	74	62	59, 63, 105
Panamá	109-110, 113	68		105-107
Paraguay	95	89, 90	58	68
Perú	10-13	23		7
R. Dominicana	8.11, 8.17		8.17	
Uruguay	67			
Venezuela	86, 85, 88	88, 89.6	81	83-85
PIDESC	9	7.a), 10.3		12
P. San Salvador	9	6, 7.g),	6.2, 18	10, 9

Como se observa, el reconocimiento de los derechos de orden laboral a nivel constitucional es amplio y en muchos casos está profusamente desarrollado en los textos constitucionales. Incluso, desde el punto de vista de su “tipicidad”, el texto en el que se recogen esos derechos es completo y preciso en muchas ocasiones, aunque en otros casos, la redacción parece sugerir un conjunto de “buenos deseos” o aspiraciones legítimas, pero con poco contenido práctico (técnico-jurídico).

Por otra parte, el que determinados derechos de orden laboral no vengán específicamente enunciados, no significa que ellos no tengan un reconocimiento constitucional en virtud de la jurisprudencia o del desarrollo legislativo de los mismos. En algunos países, al reconocerse a los instrumentos internacionales de derechos humanos, como “derechos constitucionales” o de rango supralegal y, en todo caso, autoejecutables (*self executing*), la ausencia de un reconocimiento formal (“típico”) en el texto constitucional, no

significa la ausencia de un reconocimiento y de una exigibilidad constitucional. Por otro lado, la frondosidad del reconocimiento constitucional no significa que la Ley y la realidad desarrollen adecuadamente el derecho reconocido constitucionalmente. De hecho, como hemos apuntado, en la América Latina se reconocen a nivel constitucional más amplia y detalladamente los derechos económicos y sociales de carácter laboral que en Europa occidental y es evidente que la vigencia de esos derechos en Europa es mayor y más efectiva que en nuestro subcontinente.

En América Latina, el problema no está principalmente en el nivel del “reconocimiento” formal de los derechos laborales (a nivel constitucional, internacional o legal), sino en **los efectos jurídicos que ese reconocimiento tiene, en la ausencia o deficiencia de la “exigibilidad”** (de los mecanismos procesales previstos para su protección), y en **las condiciones materiales** (económicas, sociales, culturales, institucionales), **para hacerlos efectivos**. Tal parece que, en muchos casos, se trata más bien de aspiraciones de *lege ferenda*, que de “derechos” humanos verdaderamente exigibles. Hay en nuestra América una confusión generalizada sobre el sentido y alcance de las normas constitucionales y de los derechos humanos, al entenderlos más como “banderas” o “ideales” a alcanzar y menos como derechos identificables en sus contenidos, en sus obligaciones concomitantes, en los sujetos responsables, en sus mecanismos jurídicos para hacerlos exigibles.

Interrelación necesaria entre normativa y realidad para mejorar el cumplimiento de los derechos de orden laboral reconocidos internacional y constitucionalmente

La realidad y la vigencia efectiva de los derechos de orden laboral, como he dicho arriba, dista mucho de la proclamación jurídico constitucional e internacional, aunque en algunos países de nuestra América, la distancia entre esa realidad y la normativa sea mayor que en otros.

En general, aunque el reconocimiento normativo (tipicidad y exigibilidad) es importante, puede afirmarse que tan importante como la regulación normativa es el desarrollo socioeconómico. Parece obvio que a mayor desarrollo económico y social, mayor vigencia de los derechos sociales y laborales, de manera que una

parte muy importante de la vigencia de estos derechos pasa por impulsar el desarrollo económico y social. Si repasamos el Derecho comparado, descubriremos que el cumplimiento efectivo de los derechos económicos y sociales es, en muchas ocasiones, inversamente proporcional a la amplitud de su reconocimiento normativo (al menos, a nivel retórico). Haití, Bolivia o Nicaragua, por ejemplo, reconocen los derechos económicos y sociales y los derechos laborales (a nivel constitucional e internacional), más amplia y generosamente que Alemania, Suecia u Holanda. Lo que en los países europeos es un mero “principio rector de la política social y económica”, por ejemplo, en América Latina es un DERECHO ampliamente reconocido en su sistema normativo. Pero allá, ese reconocimiento tiene virtualidades y efectos jurídicos y aquí se queda muchas veces en el plano de lo retórico.

La protección de los derechos laborales, depende de 5 grandes condiciones:

1. Desarrollo y crecimiento económicos.
2. Desarrollo y operación de mecanismos públicos que impulsen, arbitren o apoyen el desarrollo social, independientemente de quiénes los ejecuten.
3. Reconocimiento normativo (constitucional, internacional o legal) de los mismos, incluyendo una “tipicidad” adecuada de esos derechos o valores³.
4. Desarrollo y operación efectiva de mecanismos jurisdiccionales que los protejan (lo que Jaime Ordóñez llama certeramente “exigibilidad”), incluyendo “desincentivos”, responsabilidades y sanciones por su incumplimiento o irrespeto.

³ Los conceptos de “tipicidad” y “exigibilidad” los he tomado de Jaime Ordóñez, en un trabajo muy sugestivo sobre el tema de los derechos económicos, sociales y culturales. Por tipicidad entiende la redacción o creación del tipo jurídico y la frontera jurídica del valor protegido (la forma en que se expresa el “derecho” y que coincide con lo que en inglés se conoce como “*legal rights*”) y por “exigibilidad” se entiende la “*justiciability*” o justiciabilidad, esto es, los mecanismos jurisdiccionales para obligar a la vigencia de los valores tutelados típicamente, para imponer responsabilidades y obligaciones concomitantes y para exigir reparación en caso de quebrantos de ese valor tutelado. Ver, Ordóñez, Jaime, “Los Derechos Fundamentales como Referente del paradigma de ciudadanía civil y de la definición de la frontera de exclusión social”, en la obra colectiva *Exclusión Social y Reducción de la Pobreza en América Latina y el Caribe*, editado por Gacitúa, Sojo y Davis para FLACSO y Banco Mundial, San José, Costa Rica, 2000, pags. 91 y ss.

5. Operación y vigencia de la Democracia y el Estado de Derecho

Ninguna acción debe contradecir a las demás. No puede impulsarse el desarrollo social y democrático a expensas del desarrollo y del crecimiento económico porque entonces los mecanismos públicos de orden social se desfinancian y se recortan inevitablemente. Tampoco el desarrollo económico puede contradecir el marco normativo, la democracia, el Estado de Derecho y el desarrollo de políticas sociales o de bienestar, porque entonces la sociedad como tal se beneficia muy poco de ese crecimiento y de ese desarrollo.

El Derecho, en todo caso, no puede desconocer la realidad en la que se inserta, en dos sentidos:

1. Debe arbitrar y adecuar sus mecanismos a la realidad, para corregir lo que se pretende corregir razonable y “progresivamente” (la expresión forma parte, tanto de la CADH en su artículo 26, del Protocolo de San Salvador en sus artículos 1 y 19.8, del PIDESC en sus artículos 2.1 y 22). El Derecho no puede nunca limitarse o contentarse con describir la realidad, porque tiene como vocación natural dirigir o encausar esa realidad hacia los objetivos de la normatividad. Es siempre una corrección de lo existente (del ser). Como recordaba Ortega y Gasset:

“El Derecho no es mero reflejo de una realidad preexistente, porque entonces es superfluo; el Derecho, la Ley son siempre algo que añadimos a una realidad insuficiente; es la corrección de lo roto; son un estímulo a lo que no es aún pleno; son, pues, incitaciones (...), la Ley es siempre, más o menos, reforma y, por tanto, suscitadora de nuevas realidades (...)”

2. Debe establecer y desarrollar esos derechos (en el ámbito sustantivo y procesal), tratar de encausar la realidad hacia la normatividad pero sin violentar o ignorar la realidad o lo que es consustancial a la misma, es decir, tratar de encausar la realidad hacia la normatividad, pero evitando la pretensión de hacer “ingeniería social” desvinculada de la misma. Ingeniería social que de acuerdo con Karl Popper, conlleva una fuerte tendencia al autoritarismo, o que de acuerdo con Hayek, lleva el peligro inexorable de la “servidumbre”.

Debe, pues, encontrarse el equilibrio entre un extremo y otro: renunciar a corregir la realidad o pretender que la realidad puede

cambiarse radicalmente por el mero hecho de quererlo o de reconocerlo normativamente. “El hambre no es el pan”, como recordaba J. Bentham hace casi 200 años.

Cuando el derecho y la realidad no coinciden, hay dos opciones extremas de las que debe huirse:

- a. Que el derecho se limite a reconocer la realidad y renuncie a su corrección.
- b. Que el derecho (las normas jurídicas y sus aplicaciones por los operadores del Derecho) pretendan imponerse a la realidad a cualquier precio, lo que se expresa cínicamente al afirmar que si la realidad no se adecua al Derecho, “peor para la realidad”⁴.

Cuando el derecho se contenta con describir la realidad sin pretender moldearla o corregirla, el Derecho deja de cumplir su papel esencial, de señalar los fines y las aspiraciones o, si se quiere, los deberes jurídicos de una sociedad. Es obvio que el Derecho no puede renunciar a esa vocación de corrección de la realidad, sin dejar de ser lo que es, un conjunto de normas de conducta y, por tanto, de deberes o aspiraciones que los seres humanos y sus instituciones deben cumplir, so pena de atenerse a las consecuencias jurídicas que el propio sistema normativo está llamado a señalar y a aplicar.

Cuando la realidad y el Derecho se divorcian o se contradicen de manera generalizada (no en los casos particulares, porque ello es consustancial al Derecho), puede afirmarse que el problema está también en el diseño inadecuado. Conviene recordar que el diseño institucional y normativo sí importan. El defecto puede estar en el plano sustantivo (en el “tipo normativo”) o en el plano procesal, lo que hace referencia a la “exigibilidad”. Un sistema jurídico que no establece mecanismos jurídicos, procesales e institucionales, para alcanzar sus fines o para proteger sus bienes tutelados, no reconoce adecuadamente (jurídicamente) esos bienes, porque la experiencia enseña que, muchas veces, los derechos valen lo que valen las garantías desde el punto de vista procesal y que, desde el punto de vista sustantivo y fáctico, valen lo que cuesta infringirlos. Si esos mecanismos jurídicos no son efectivos, porque no impulsan el

⁴ Los que hacen esta afirmación, olvidan que generalmente ocurre al revés, que cuando el derecho se divorcia de la realidad, el que lleva la peor parte es del Derecho.

cumplimiento de los derechos y de los fines jurídicos y no desincentivan o intimidan por el incumplimiento de éstos últimos (temor a la sanción), no se cumplen los elementos esenciales de una buena construcción jurídica.

Cuando se afirma que la Ley es muy buena y que el problema es que no se aplica de manera generalizada, cabe pensar que el diseño legal no puede ser tan bueno como se pregona, porque el Derecho se debe diseñar y construir para aplicarse a la realidad, para moldearla y adaptarla (o corregirla), pero no para negarla o contradecirla radicalmente. En todo ordenamiento jurídico hay ciertamente una vocación deontológica (deber ser) y unas aspiraciones legítimas que pretenden corregir la realidad, lo cual es válido y viable jurídicamente, pero esa vocación debe ser “realista”, tener los pies en la tierra. Como decía Simón Bolívar, no se trata de construir “repúblicas aéreas”, es decir, constituciones desconectadas de la realidad.

Como dije, si repasamos el Derecho comparado descubriremos que en muchas ocasiones el cumplimiento efectivo de los derechos económicos y sociales es inversamente proporcional a la profundidad de su reconocimiento normativo (al menos, a nivel retórico).

Todavía más, en muchos países de América Latina junto con el reconocimiento normativo de esos derechos, se arbitran también mecanismos procesales y jurisdiccionales con competencias plenas, legitimaciones amplias y sencillas, pero desconectadas de la realidad (del analfabetismo, de la dificultad de acceso fáctico, del cumplimiento de requisitos previos, de la ausencia de apoyo letrado, de la lentitud de los procesos, del desempleo, etc.). Dostoievski atribuía a uno de sus personajes de *Los Demonios* (o *Endemoniados*), la expresión de que “buscando la absoluta libertad, di en el absoluto despotismo”. En el área que nos interesa aquí, puede que nos acontezca que “buscando el desarrollo y la vigencia plena de los derechos laborales, demos en la absoluta desprotección de esos derechos” (por exceso o por defecto).

Pongamos el caso de la libertad de sindicalización como ejemplo. Ya sabemos que en nuestro subcontinente mucho menos del 10% de los trabajadores del sector privado está sindicalizado. Recuérdese que los empleadores privados son el principales empleadores,

formales e informales, porque el empleo público no llega al 20% de la PEA de América Latina y, en muchos casos, no llega ni al 10% (salvo en Cuba, donde de todas maneras no se afecta la afirmación porque allí esa libertad no se reconoce de la misma forma y su existencia queda condicionada ampliamente por las normas y la realidad)⁵.

Y no están sindicalizados, a pesar de que el reconocimiento de ese derecho y de esa libertad están garantizados constitucional e internacionalmente en forma amplia (salvo algunas restricciones normativas en pocos países, pero aplicables para el sector público). ¿A qué se debe esa disparidad entre la normativa constitucional y la realidad? Existen, me parece, algunas explicaciones posibles (que cito sin orden, ni prelación jerárquica):

- a) *La realidad socio económica y el mercado laboral*, particularmente el desempleo y la informalidad tan amplios en la región, no promueven el desarrollo de ese “derecho”. Es verdad que cuando más del 50% por ciento de los trabajadores está desempleado, subempleado o es “informal”, y además ese porcentaje está creciendo, es un poco iluso pensar en un amplio uso de ese derecho, el que tiene como condición básica tener un trabajo remunerado relativamente estable. Además, el derecho a sindicalizarse tiene como condición fáctica (y a veces también jurídica) que ese trabajo mayoritariamente se dé en empresas medianas o grandes (digamos de más de 20 trabajadores). En muchos países de nuestra América, más del 70% de los trabajadores remunerados formales (que es apenas el 50% de la PEA), trabajan en empresas de menos de 20 trabajadores⁶.
- b) *El perfil del desarrollo económico* también establece sus condiciones. En general, puede afirmarse que la “terciarización” y el *crecimiento del empleo formal en el campo*

⁵ Obsérvese la paradoja de que las restricciones constitucionales e internacionales a la libertad sindical ocurren más en el sector público o el gobierno central y muy poco en el sector privado, pero, en la realidad, la sindicalización es mucho más amplia en el sector público que en el sector privado.

⁶ El Derecho, ciertamente, poco puede hacer para enfrentar esta realidad, salvo aliviar algunas causas y efectos de la “informalidad” y del “desempleo”, los que están ligados ciertamente también a un exceso de “regulaciones” relativas a la actividad empresarial, a la propiedad y a la relación de trabajo.

de los servicios, en detrimento proporcional de la industria y de la agricultura de grandes empresas; desincentiva la sindicalización que fue pensada y desarrollada más para otros modelos o estructuras económicas. El Derecho poco puede hacer frente a este fenómeno, salvo adaptar algunas de sus regulaciones a esa realidad socioeconómica.

- c) También es verdad que la “*globalización y la competencia nacional e internacional*”⁷ pueden desincentivar la “sindicalización”, porque el margen de negociación local (de la empresa con sus trabajadores) de las condiciones laborales es menor y, con ello, es menor la utilidad práctica de la sindicalización por parte de los trabajadores. El Derecho, aunque puede incidir algo en el fenómeno, difícilmente puede enfrentarlo en su integridad, porque depende de variables no estrictamente jurídicas⁸.
- d) El “*desconocimiento*” (*knowledge*) del Derecho Laboral y del derecho a la libertad sindical, juega también su papel en el escaso desarrollo de esa libertad en la América Latina. Y esto es así, porque una cantidad mayoritaria de trabajadores (y de empleadores, aunque en menor grado) en nuestro subcontinente, difícilmente conocen las letras básicas, mucho menos sus derechos y obligaciones fundamentales y, por ello, tienden a no ejercer esos derechos y a no conocer y respetar sus obligaciones laborales, y dentro de ellas, las libertades

⁷ Un buen resumen sobre la Globalización y sus implicaciones, desde diversas perspectivas (incluidas las laborales y las ideológicas), puede encontrarse en la obra *La Globalización, ¿Un Futuro para Todos?* Biblioteca Actual Larousse, 2003, París. Sobre las implicaciones en lo laboral del comercio internacional, puede verse también, la bibliografía citada y el resumen sugestivo de Rodríguez, Patricia, que incorpora como Apéndice a su obra *¿Con Quién Negociamos? La Estrategia Comercial de los Estados Unidos en los últimos 20 años*, FUNPADEM, San José, Costa Rica, 2003. El Apéndice se titula “Opiniones de los académicos norteamericanos de si debe establecerse un capítulo de estándares laborales en la OMC y los Acuerdos Internacionales y algunas reflexiones finales” (pags. 97 y ss.).

⁸ Está perfectamente reconocido y documentado que la “sindicalización” tiende a ser menor en contextos competitivos que en contextos monopolizados o “cartelizados”, sean estos del sector público o del sector privado. Algunos autores, como Hayek, incluso consideran que la “sindicalización” es un fenómeno que solo puede sostenerse a partir del monopolio o del oligopolio, sea que éste venga impuesto por los patronos, por el Estado, o por los propios sindicatos y confederaciones. Ver Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial, 1962, Madrid.

sindicales. Es conocido que un mayor conocimiento de los derechos y obligaciones laborales ayudará a que ellos se cumplan y se respeten más. El Estado y el Derecho, pueden hacer algo más a este respecto, tanto en el plano de la educación formal y vocacional, como en el plano de la divulgación masiva y focalizada de esos derechos y obligaciones, pero aquí las acciones para alcanzar el respeto de esos derechos dependerá seguramente más de los mecanismos institucionales que de las imposiciones normativas.

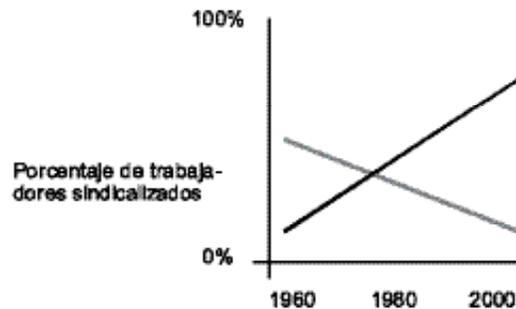
- e) Un *sistema normativo inadecuado*, por iluso –excesivo– o por impráctico –por ausencia de mecanismos jurídicos de exigibilidad–, puede prohiar el poco desarrollo y el irrespeto de ese derecho o libertad sindical. Eso puede ocurrir, porque: 1) su tipicidad es inadecuada, 2) su exigibilidad es insuficiente o inaccesible, 3) su reconocimiento normativo no aborda las causas y sus consecuencias de las violaciones más frecuentes a esa libertad sindical, 4) su reconocimiento normativo está divorciado de la realidad socio económica. La tipicidad inadecuada se da por exceso o por insuficiencia, como bien sabemos.
- f) Se debe probablemente también a las “*prácticas anti -sindicales*” de algunos sectores empresariales o de empleadores que actúan aprovechando la deficiente o incompleta normatividad e institucionalidad jurídicas. Esas prácticas antisindicales son muchas veces patrocinadas o no confrontadas adecuadamente por el Derecho. Por ejemplo, el despido injustificado de los dirigentes sindicales (generalmente antes de que se conviertan en líderes formales). Por ejemplo, las amenazas veladas a los trabajadores, o impedir que entren en las empresas líderes ajenos al trabajo, establecer o reconocer expeditamente “sindicatos blancos” u otro tipo de organizaciones laborales, tutelados y patrocinados por las empresas. El Derecho y la institucionalidad sí tienen mucho que hacer en este campo, porque esas prácticas son potenciadas por deficiencias del modelo jurídico de reconocimiento y tutela de esos derechos.
- g) Por último (*last but not least*), se explica también probablemente por la *falta de adaptación de los sindicatos a*

las nuevas realidades y al entorno socioeconómico, esto es, a la distancia entre el discurso y las reivindicaciones sindicales, con los intereses más prácticos de los trabajadores sindicalizables. Las luchas contra el “neoliberalismo”, el Fondo Monetario Internacional, o las luchas de solidaridad con grupos ajenos, aunque puedan ser muy importantes para los dirigentes, las sienten muchas veces como ajenas los trabajadores y, por ello, pueden no sentirse motivados a pertenecer a los sindicatos o a no sentirse debidamente representados por las centrales y los dirigentes sindicales.

Ese conjunto de condiciones, de acciones o de omisiones, enumerado sin ánimo exhaustivo ni de prelación (o de importancia y peso proporcional), puede explicar la escasa protección y vigencia del derecho a la libertad sindical. Frente a esas condiciones el Derecho puede actuar, para minimizarlas o restringirlas, pero esa actuación será diferente según la condición que se quiera enfrentar. En algunos casos, el papel jurídico será mínimo. En otros, es mucho más amplio el margen del Derecho y de sus operadores para hacer efectivo el ejercicio del derecho tutelado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por el Derecho Laboral (constitucional, internacional y legal). Eso ocurre, por ejemplo, cuando el problema o la condición es jurídica, como en el caso del párrafo “e”, o cuando el problema o la condición de origen no siendo jurídica es prohijada o al menos no contemplada adecuadamente por el Derecho, como en el caso del párrafo “f” (prácticas antisindicales).

Ese conjunto de circunstancias puede explicar, en parte, el fenómeno de la escasa participación y de la reducción sindical de los trabajadores del sector privado. En el sector público, como anotaba tempranamente la doctrina, lo que se nota es una ampliación de la sindicalización de los funcionarios y empleados públicos, sobre todo a partir de los años 80 del siglo XX⁹. Tendencia que se refleja en el siguiente cuadro, el que es aplicable a toda la región de manera genérica (no específica). Donde la línea oscura corresponde al sector público y la clara, al sector privado.

⁹ Sobre el tema, puede verse Troy, Leo, *The Right to Organize Meets the Market*, en la obra colectiva “Liberty, Property, and the Future of the Constitutional Development”, edited by Ellen Frankel and Howard Dickman, New York, Suny, 1990, págs. 305 y ss.



La razón de ello, es probable que coincida con las explicaciones citadas (sin orden de prelación ni de importancia) y sobre todo, con la mayor estabilidad consustancial (e incluso, inamovilidad práctica) de los trabajadores del sector público, con la existencia de menores prácticas antisindicales (al fin y al cabo, los “superiores” también son empleados públicos, aunque sean cargos políticos o de confianza), con la ausencia de competencia y existencia de monopolios u oligopolios públicos (lo que permite presionar por mejoras laborales desconectadas de la productividad y merced a la capacidad de trasladar los costos de esas mejoras a los usuarios o consumidores de los servicios y funciones públicas), etc. Esto último, por ejemplo, es impensable en el marco de empresas que están obligadas a competir, dado que un aumento injustificado de beneficios o remuneraciones laborales (desconectado de la productividad), puede sacar a esas empresas del mercado.

Algo similar ocurre con otros derechos laborales, como el derecho al trabajo. La estabilidad excesiva y la ausencia de flexibilización pueden afectar la creación de empleo, por los costos de transacción y de ajuste, lo que puede provocar el efecto contrario de lo que se pretende. La rigidez excesiva del mercado laboral incide negativamente en el derecho al trabajo. Los países anglosajones y los países desarrollados donde existe mayor movilidad o flexibilidad laboral (para el despido, etc.), por ejemplo, tienden a tener en los últimos años, menores tasas de desempleo en promedio que los de la Europa continental, donde la rigidez laboral es mayor. No se puede afirmar, sin embargo, que una flexibilidad (por ejemplo, para el despido) aumente la creación de empleo y la “formalización” del mismo. En verdad, un sistema demasiado rígido en lo laboral (en

jornadas, en despido, etc.) puede ser tan contraproducente como un sistema totalmente flexible (en jornadas, en despido, etc.). Por otro lado, reivindicaciones desfasadas de la realidad (jornada de 35 o 37 horas en Alemania y en Francia, por ejemplo), pueden provocar el aumento del desempleo, si esas conquistas están desconectadas de la productividad y de la competencia internacional¹⁰.

La curva de efectividad jurídica y los derechos de orden laboral

Todo sistema jurídico se rige por normas de equilibrio entre normatividad (deber ser) y realidad (ser), como hemos dicho. Esa realidad metajurídica impone condiciones a la normatividad (tipicidad, exigibilidad), que conviene conocer y reconocer jurídicamente, so pena de contradecir los objetivos legítimos y loables que se quieran alcanzar con las normas jurídicas y sus mecanismos para hacerlas exigibles y efectivas.

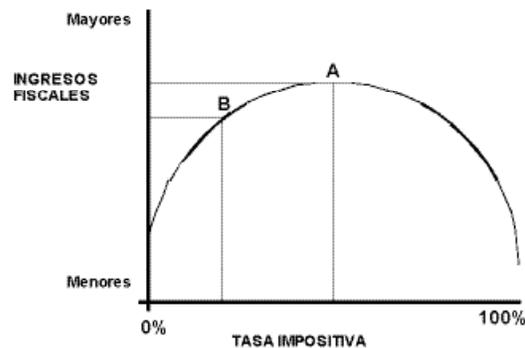
Ese equilibrio podemos definirlo a partir de lo que hemos de llamar la *Curva de efectividad jurídica* que también es aplicable a los derechos económicos y sociales de carácter laboral. El tema es conocido y aplicado ampliamente en el campo tributario y, recientemente también, en el campo penal y otras áreas del Derecho.

En el campo tributario viene de la llamada “Curva de Laffer” (una “curva” que aparentemente dibujó el economista Arthur Laffer en una servilleta durante los años 70 del siglo pasado y que es algo así como la Ley de los Rendimientos Decrecientes aplicada a la política tributaria)¹¹. Según está curva o “ley” económica, a partir de un cierto punto (A), aumentar la tasa y la carga tributaria no aumenta ni

¹⁰ Sobre el tema, véase recientemente el sugestivo título de *Newsweek*, de agosto 23 del 2004, “Labor Pains, Working Harder for Less Pay? Welcome to the New World Economy” y adentro de la revista, con el título “A Heavier Burden”. Págs. 33 y ss.

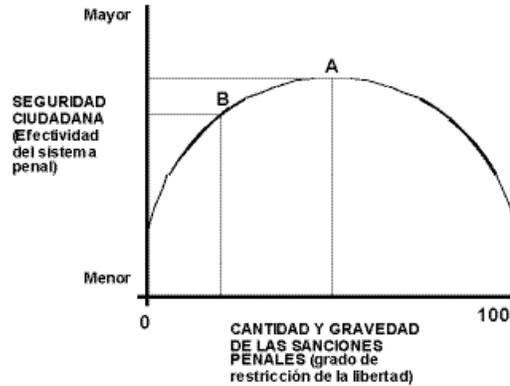
¹¹ Algunos autores han querido ver en esta Curva, una receta para el llamado “neoliberalismo” y para propugnar siempre la bajada en las tasas impositivas. Ello, me parece, no se deriva necesariamente de la curva, considerada en sí misma. Primero, porque es difícil saber en qué momento nos encontramos en lo más alto de la curva. Segundo, porque puede ser que estemos en situación o en necesidad de aumentar los impuestos para alcanzar los mayores ingresos y la efectividad social (es decir, que estemos en el lado izquierdo de la curva y todavía podamos ascender más).

quiera los ingresos tributarios. Si la carga, por ejemplo, es 0%, los ingresos tributarios serán iguales a cero, pero también si la carga tributaria fuera del 100% (sobre la renta neta, por ejemplo), los ingresos serían también cercanos a cero, porque sería poco probable que la gente trabajara e invirtiera para entregarle el 100% de sus esfuerzos y utilidades al fisco. Ello se expresa gráficamente así:



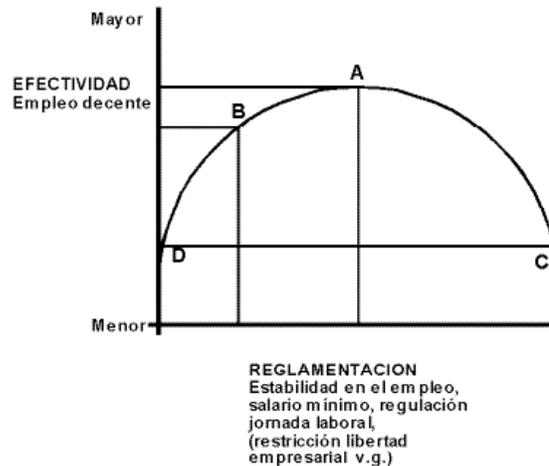
Esto último es también aplicable a las sanciones penales. La ausencia de penalidad, como sabemos, es poco efectiva para lograr el respeto de los derechos de terceros y la seguridad ciudadana, pero a partir de una cierta penalidad excesiva (A), ella deja de ser efectiva y el aumentarla restringirá severamente las libertades a cambio de que aumente muy poco la seguridad ciudadana y la lucha contra la criminalidad o que incluso ésta última se vea aumentada en detrimento de la seguridad ciudadana que se pretende alcanzar. En una sociedad democrática, es probable, por ejemplo, que un jurado o un juez penal prefieran absolver totalmente a un acusado cuando existe la más pequeñísima duda, que condenarlo si suponen que la condena será excesiva (v.g., la pena de muerte), porque no querrán llevar sobre sus conciencias esa eventualidad, a pesar de que las pruebas puedan apuntar a una culpabilidad del acusado¹². Esto se puede expresar gráficamente así:

¹² Algunos han llamado a este fenómeno, el efecto O. J. Simpson, por referencia al famoso caso del jugador de fútbol americano que fue absuelto en la vía penal y condenado en la civil por la muerte de su esposa. El Jurado, posiblemente,



Esto, que es aplicable a los campos tributario y penal, lo es también (*mutatis mutandis*) al campo de los derechos laborales y su efectividad.

En el campo laboral, la relación se puede expresar con el siguiente gráfico:



frente a la duda que se planteó durante el juicio, prefirió absolver al acusado, antes que llevar sobre su conciencia la aplicación de la pena de muerte o de una condena perpetua excesiva. Buscando la absoluta penalización podemos dar en la absoluta impunidad (la expresión es una paráfrasis de Dostoievski), por aquello de la que la inflación de sanciones, de reglas o de cargas, como toda inflación, no hace más que devaluar los objetos sobre los que recae (la expresión es una paráfrasis de Jean Rivero).

El exceso de reglamentación y protección de un derecho laboral, además de que puede afectar otros derechos (v.g., la libertad empresarial), en nada ayuda a la efectividad y protección del derecho que se pretende garantizar. Un exceso de sanciones, penas o medidas restrictivas puede afectar innecesariamente la vigencia de otros derechos (propiedad, libertad, v.g.) y no aporta nada para alcanzar el objetivo constitucional o internacional legítimo que se pretende alcanzar (el pleno empleo, la mayor cantidad de gente con “empleo decente”, descanso, vacaciones, prestaciones sociales, etc.).

En cambio, la ausencia de reglamentación y protección de un derecho como el derecho al trabajo (pero también como la limitación de la jornada laboral, el derecho de huelga, etc.), puede significar menor efectividad en la protección de ese derecho (del empleo decente, de la limitación de la jornada laboral, de los ingresos de los trabajadores, etc.). El óptimo estará seguramente entre el punto A y el punto B. Ambos corresponden al espectro posible del debate ideológico democrático. La pretensión del punto C (reglamentación excesiva) es absurda porque restringe severamente las libertades económicas, sin aportar nada (sino todo lo contrario) a alcanzar los derechos sociales o el “Estado de Bienestar”. La posición D (poca o nula reglamentación) tampoco es prudente, porque no protege ni promueve los derechos sociales y el derecho al empleo decente, a una jornada laboral razonable y saludable, etc., aunque aparente un reconocimiento de las libertades económicas, al no regularlas o complementarlas (lo que, al mismo tiempo, puede crear eventualmente un clima de incertidumbre y anarquía laborales, que podría atentar no solo sobre los derechos laborales de los trabajadores, sino también contra la paz social y la seguridad misma de las inversiones). El punto A (¿óptimo de Pareto?), aparenta un equilibrio entre restricciones a las libertades económicas y protección de los derechos sociales. El punto B, puede argumentar a su favor que a partir de ese punto, se restringen mucho (desproporcionadamente) las libertades económicas y el desarrollo económico, a cambio de un avance pequeño en el desarrollo de los derechos sociales (al empleo decente, a la limitación de la jornada laboral, al salario, etc.). Lo que queda claro es que la regulación excesiva puede ser tan contraproducente como la ausencia de regulación y que debe buscarse siempre el equilibrio entre los derechos y valores en juego.

Lo mismo cabe argumentar de la relación entre **salario mínimo y empleo**, entre **cargas de la seguridad social y empleo formal o desarrollo económico**. Fijar el salario mínimo por encima de las condiciones de competitividad y del mercado laboral de manera general, por ejemplo, puede afectar las variables de “desempleo”, subempleo o informalidad. El no fijarlo o no vigilar su respeto, puede afectar a determinados sectores laborales que, en condiciones de mercado, podrían no ser suficientemente considerados. En el caso de las cargas de la seguridad social, por ejemplo, si éstas son excesivas probablemente incitarán a la evasión, a la informalidad o al empleo sumergido y, por tanto, aportarán poco a la misma seguridad social y mucho menos al bienestar social. En cambio, si el sistema de seguridad social no existe o es débil (y por ello, tiene cargas insuficientes para sostenerlo adecuadamente), se provocará seguramente una mayor desprotección (al menos, de los sectores laborales y familiares más desfavorecidos) y con ello, mayores costos sociales para el país y también para el clima empresarial y las inversiones, al no tener disponibles coberturas de salud, de seguridad e higiene en el trabajo, del desempleo, de los riesgos de vejez, enfermedad, discapacidad, etc.¹³. El equilibrio no puede diseñarse teóricamente, sin referencia a una sociedad y a un desarrollo determinados. Lo que en unos países puede ser mínimo en otros

¹³ Sobre el tema, ver mi libro *Seguridad Social: Nova et Vetera*, EDNASSS, San José, Costa Rica, 2001, sobre todo el Capítulo I, Sentido, Límites y Posibilidades de la Seguridad Social, y particularmente a partir de la página 36 y el cuadro comparativo entre cargas y costos de la seguridad social y otras variables como desempleo, crecimiento económico y esperanza de vida al nacer. En él se demuestra que, paradójicamente, los países que tienen bajos costos de la seguridad social (i.e., de las cargas sobre las planillas, o “*payroll taxes*”), tienen mayores niveles de desempleo, informalidad, menores indicadores de esperanza de vida y no aumentan ni el crecimiento económico ni la libertad económica. De manera que los costos de la seguridad social (*lato sensu*), entre el 15% y el 25% del PIB, no afectan el crecimiento económico, ni la libertad económica y son compatibles con bajos niveles de desempleo, de informalidad laboral, y de alta esperanza de vida. En cambio, es probable que por debajo del 10% sobre el PIB (el promedio de América Latina en el 2000, fue del 8,8%) y por encima del 30% sobre el PIB, se afectarían seguramente los niveles de empleo formal a favor de la economía informal o sumergida, o el crecimiento económico y el propio bienestar social. Obviamente, los países más ricos son capaces de soportar cargas sociales más altas que los países menos desarrollados, para los que una carga superior al 20% sería difícil de sostener sin aumentar la evasión o afectar el empleo formal y el crecimiento económico. El margen tan bajo de algunos países, sin embargo, indica que es posible crecer en la mayoría de los países de América Latina, sin afectar el crecimiento económico y más bien aumentar el bienestar social y los derechos laborales.

puede ser suficiente. Lo que en unos países o zonas puede ser excesivo en otros puede ser adecuado. Pero el equilibrio debe buscarse y ajustarse siempre. Si hay mucho desempleo o está aumentando la informalidad, parece poco prudente, por ejemplo, subir desproporcionadamente (más allá de la inflación, por ejemplo) el salario mínimo, o mantener y aumentar la inflexibilidad laborales o bajar la jornada laboral. En condiciones más estables y de crecimiento económico, en cambio, ese tipo de políticas sociales pueden ser efectivas y pueden aumentar el bienestar social, sin comprometer la estabilidad macroeconómica, la seguridad de las inversiones, la competitividad de los empleadores y el crecimiento económico.

Tipos de exigencias de actuación gubernamental para garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos de orden laboral

La actuación estatal o pública, puede ser de cuatro tipos: a) actuación jurídica (en sentido estricto), b) actuación institucional, c) servicios públicos, d) ayuda o subsidios estatales.

- a) Por **actuación jurídica** vamos a entender: 1) el reconocimiento normativo de esos derechos y de las obligaciones concomitantes (de los terceros obligados y responsables), que hemos dado en llamar “tipicidad”, y 2) el reconocimiento de mecanismos jurídicos (procesales y/o jurisdiccionales) de protección de esos derechos y que hemos llamado “exigibilidad”. En el tema de los derechos económicos y sociales de carácter laboral, interesa especialmente el reconocimiento de esos derechos a nivel constitucional, internacional (normalmente los Convenios de la OIT) y legal (normalmente en el Código de Trabajo y leyes conexas), así como el reconocimiento y operación de normas procesales que arbitren y permitan la defensa jurisdiccional y administrativa de esos “derechos” ante los tribunales y otras instancias administrativas o cuasi jurisdiccionales de protección (defensorías, procuradurías de los derechos fundamentales, Ministerios de Trabajo, normas procesales y de organización de tribunales de trabajo, etc.).
- b) Por **actuación institucional** vamos a entender el establecimiento y mantenimiento de un sistema institucional (normalmente de

carácter “público” o “gubernamental”), capaz de dar garantía y sustento a los derechos o valores tutelados por el sistema jurídico. Por ejemplo, en lo que hace a los derechos laborales, la existencia y operación efectivas de un Ministerio de Trabajo, de una Dirección de Inspección eficiente, de una Dirección de Relaciones Laborales (negociación, mediación, conciliación, resolución alterna de conflictos) eficiente y accesible, de funcionarios públicos capaces, accesibles y honestos; unos Tribunales laborales (y constitucionales) accesibles, capacitados, eficientes y confiables, etc.

- c) Por **servicios públicos**, vamos a entender el conjunto de actividades (servicios) disponibles y accesibles para toda la ciudadanía en condiciones de equidad. Puede que esos servicios sean “administrados” por entidades públicas (centrales o descentralizadas) o por organizaciones privadas (con o sin fines de lucro), lo importante es que estén disponibles y sean accesibles para todas las capas sociales en condiciones de equidad, por lo que el costo de los servicios sociales tiene que considerar las diferencias culturales, económicas y sociales de los usuarios de los mismos, de manera que puedan subsidiarse o darse gratuitamente a los más desposeídos. En el campo de los derechos de carácter laboral, es necesaria la existencia y operación efectivas y disponibles de sistemas de seguridad social, de cobertura de los riesgos laborales, de capacitación para el trabajo, etc.
- d) Por **mecanismos de ayuda y/o de subsidios estatales** vamos a entender el conjunto de sistemas y servicios que colaboran con los sectores y grupos más necesitados para acceder al sistema institucional y jurídico y a los servicios públicos. En el campo de los derechos de carácter laboral, es conveniente que existan, por ejemplo, cuerpos de abogados y de asesoría laboral para los trabajadores ordinarios o de escasos recursos (e incluso “pequeños empresarios” y grupos laborales) para apoyarlos en la defensa de sus derechos, etc.

Como se observa, el reconocimiento y el cumplimiento de los derechos sociales de orden laboral, no depende tan solo del reconocimiento normativo y jurisprudencial de los mismos, sino de que ellos sean posibles de ejercer y desarrollarse en la realidad. Para ello, los otros componentes son tan necesarios como el primero (el

reconocimiento y la exigibilidad jurídicas). Y eso es aplicable para todos los derechos (*lato sensu*), aunque el énfasis y las necesidades puedan ubicarse más en unos instrumentos que en otros.

A este respecto, hay un tema y una exigencia jurídica, un tema y una exigencia de desarrollo institucional, y un tema y una exigencia de acciones estatal.

Entre los temas y exigencias jurídicos tenemos (como he dicho), la necesidad de

- Reconocimiento normativo (tipicidad) de esos valores o derechos laborales
- Mecanismos procesales de tutela (exigibilidad) de esos valores o derechos sustantivos.
- Efectividad y accesibilidad de esos mecanismos de tutela.

Entre los temas y exigencias institucionales tenemos la necesidad de

- Ministerios de Trabajo, oficinas inspección, de mediación y conciliación, de consulta y tutela laborales, disponibles, confiables y accesibles para todas las partes de una relación laboral.
- Tribunales laborales disponibles, confiables y accesibles para resolver todas las controversias y garantizar jurídicamente el respeto y el cumplimiento de los derechos y obligaciones laborales de todas las partes.

Entre los temas y exigencias de acción estatal o gubernamental tenemos la necesidad y la existencia de:

- Programas e instituciones que brinden educación, salud y otros servicios públicos, para toda la población en condiciones de equidad y que sean accesibles para todos los sectores sociales. Sin educación y sin salud (*lato sensu*) o, si se quiere, sin disponibilidad e inversión en “capital humano”, difícilmente podrá promoverse un trabajo “productivo” para los empleadores y, por tanto, capaz de ser crecientemente remunerado y reconocido por estos a favor de sus trabajadores.
- Programas de formación para el trabajo, de manera que se capacite mejor a la fuerza laboral y con ello se aumenten la

productividad del trabajo y las remuneraciones y derechos de los trabajadores. Estos pueden o no ser administrados por entidades públicas o estatales, por los propios empresarios, por sectores laborales, por entidades privadas o sociales, o por combinaciones de grupos (mejor aún, de todos los sectores) y otros mecanismos mixtos. Lo importante, una vez más, es que esos programas existan, estén disponibles, sean útiles (respondan a las necesidades empresariales y laborales y al entorno económico) y sean accesibles para los sectores empresariales y laborales que los necesitan.

- Estabilidad económica y social. Sin una estabilidad macroeconómica (inflación, déficit público), social y hasta política y jurídica, difícilmente puede impulsarse la inversión (pública y privada) necesaria para el desarrollo económico y, con él, para las finanzas públicas, para el financiamiento estable de los programas y políticas de infraestructura, de capital humano e institucionales que impulsen el crecimiento económico y la capacidad para sostener programas sociales de cobertura y acceso para toda la población (programas universales) y, especialmente para los sectores más desfavorecidos (programas focalizados de acción pública).
- Políticas que promuevan mayor igualdad material o al menos políticas no regresivas socialmente (una parte importante del gasto público en América Latina es regresiva socialmente y paradójicamente ello ocurre también en los llamados gastos sociales, como en las pensiones para empleados y funcionarios públicos, gasto para universidades, subsidios y exoneraciones para grandes empresas o grupos que están en los deciles superiores de ingreso, etc.). La igualdad de derechos y la no discriminación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH, como he dicho en otro lugar, tiene obviamente un alcance formal y de tutela de la “igualdad de derechos”, pero esa igualdad tiene también vocación de alcanzar mayor “igualdad de oportunidades”. Esa vocación permite e impulsa la adopción de “acciones afirmativas” para lograr mayor acceso y mejor ejercicio de los derechos para todos los seres humanos y particularmente para los más desfavorecidos. Esas acciones afirmativas pueden ser universales o focalizadas (dirigidas para grupos especialmente vulnerables o desprotegidos). Sin embargo,

cualquier que sea la política o acción afirmativa que se adopte, no debe contradecir la libertad ni la igualdad de derechos¹⁴.

- Políticas promotoras del crecimiento económico y el empleo formal. Lo primero es evitar cualquier acción o política que ahuyente la inversión sana y el desarrollo económico. Un test básico en política social, es verificar si la acción –bien intencionada o no– de un gobierno, puede provocar o impulsar el desempleo, disminuir la inversión productiva o la libertad de empresa y de trabajo. Es esencial, por otra parte, que se estudien y corrijan las causas que provocan la economía sumergida y promueven el empleo informal¹⁵. A veces, el sistema normativo e institucional juega en contra del derecho de las personas más pobres y más necesitadas, al exigir requisitos y reglas desproporcionadas e ilusas, que los sacan del mercado y del empleo formal (reglas o cargas sociales excesivas, requisitos burocráticos difíciles de cumplir e incluso de conocer adecuadamente, practicas discriminatorias en su aplicación, corrupción, etc.). Por otra parte, también es verdad que los mecanismos institucionales no funcionan adecuadamente para enfrentar la “informalidad” y la evasión del cumplimiento de reglas, que sí son razonables y que deberían y podrían exigirse adecuadamente.

Derechos de carácter laboral protegidos por los pactos de derechos económicos, sociales y culturales. La tipicidad de los mismos y sus problemas conexos

Artículo 6.1 (común a ambos instrumentos: PIDESC y Protocolo de San Salvador)

- **Derecho al trabajo** (derecho a trabajar, “oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo”, “oportunidad de obtener los medios

¹⁴ Sobre el tema, in extenso, mi libro *Igualdad de Derechos: Isonomía y No Discriminación*, San José, Editorial Universidad Autónoma de Centro América, 1998.

¹⁵ Sobre el tema en general, conviene repasar el trabajo de Hernando De Soto, *El Otro Sendero*, publicado en Lima, Perú, en 1986. Desde otra perspectiva y relacionado más con el derecho al trabajo se puede ver el trabajo sintético de Buesga Benito, Santos M, *La Economía Sumergida*, Madrid, Acento Editorial, 2000.

para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita”)

- **Libertad de trabajo** (libremente escogido y aceptado).

La redacción de este inciso en ambos instrumentos, sugiere la existencia de un derecho subjetivo (libertad de trabajo) y de un derecho como principio (el derecho a trabajar tiene virtualidades propias de un derecho en sentido estricto y de principio rector de la política social y económica).

Artículo 6.2 (común a ambos instrumentos)

Principios rectores de la política social y económica

- **“Pleno empleo”** (plena efectividad del derecho al trabajo, “ocupación plena y productiva)
- **Orientación vocacional y capacitación laboral**
- **Apoyo a los “minusválidos para trabajar”** (Protocolo de San Salvador)
- **Apoyo a la mujer** (para que pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo)
- **Adecuada atención familiar**

La redacción de este inciso sugiere más un principio rector de la política social y económica que un “derecho” en sentido estricto. El concepto de “pleno empleo” no existe más que en la teoría, dado que es difícil o imposible de alcanzar en la práctica (salvo en sociedades donde no hay “libertad de trabajo”), por lo que la doctrina lo refiere a una situación donde el porcentaje de desempleo, sea bajo (normalmente por debajo del 5% se considera prácticamente como pleno empleo) y, además, la situación de los desempleados no sea más que transitoria (digamos menor a seis meses). Cuando el desempleo (y el subempleo y el empleo disfrazado o informal) superan el 10% y además el “*turn over*” es bajo, se puede afirmar que estamos en la situación de antítesis del objetivo internacional (salvo situaciones explosivas y serias de crisis política, económica, social, etc.).

Las políticas de apoyo para la mujer o los discapacitados (el Protocolo de San Salvador los llama “minusválidos”), la capacitación y orientación laboral y a la “adecuada atención a la

familia”, se prestan más a políticas institucionales, económicas, de servicios públicos, y de apoyos o subsidios gubernamentales, que a mecanismos jurídicos de tutela y exigibilidad. La tutela y exigibilidad jurídica dependerá de la forma en que podamos articular estos principios rectores con la aplicación concomitante y paralela de los principios de igualdad y no discriminación, del debido proceso (aplicables también, aunque limitadamente, a las relaciones entre particulares y plenamente en la función pública) e inclusive del “contenido esencial” y de la razonabilidad.

Otra derivación del concepto de apoyo a la mujer en el trabajo tiene que ver con la maternidad y con las obligaciones propias y naturales de su condición de madre y que, al menos social y culturalmente, se diferencian de las propias del varón. En primer lugar, la protección especial que todas las legislaciones y los Convenios de la OIT dispensan a favor de la mujer trabajadora embarazada y que se concreta en dos derechos particulares: 1) derecho a licencia por maternidad (según los países, esa licencia va desde los 2 hasta los 6 meses) y/o por lactancia (normalmente incluida en el plazo citado, pero además con derecho de horarios especiales que permitan amamantar a sus hijos). Licencia que en la mayoría de las legislaciones debe ser pagada (aunque no necesariamente en un 100% y aunque ese pago corresponda indistinta o concurrentemente a los empleadores, el Estado o la Seguridad Social). 2) Derecho a “estabilidad laboral” reforzada durante el embarazo y el período de lactancia. En estos casos, la legislación tiende a exigir la existencia y a probar una causa justa para el despido. La reparación de las violaciones a esas exigencias, implicarán la reinstalación, los salarios caídos u otro tipo de indemnizaciones superiores a las que se aplican normalmente para el resto de los trabajadores o para ellas mismas cuando no tienen esa condición. 3) Algunas constituciones y legislaciones arbitran también la exigencia de tener guarderías en los centros de trabajo o en lugares accesibles para las mujeres trabajadoras, al menos para los hijos más pequeños, de manera que puedan dedicarse con seguridad a su condición de trabajadoras. En la práctica, sin embargo, salvo algunas excepciones, esa exigencia es más retórica que práctica en la mayoría de los países y casos.

Artículo 7 (común a ambos instrumentos)

a. Remuneración y salario mínimos. Salario equitativo e igual por trabajo igual

Se trata en verdad de dos derechos: 1) el derecho al salario mínimo, y 2) el derecho al salario igual por trabajo igual. Ambos derechos pueden articularse y tutelarse jurídicamente como “derechos subjetivos” (tutelables directamente en su contenido ante instancias administrativas y judiciales). El problema que plantea el derecho al salario mínimo, es que la fijación de ese mínimo es una decisión gubernamental que, además, está ligada directamente al desarrollo económico y al mercado de trabajo, por lo que no puede fijarse artificialmente alto (porque podría provocar desempleo o informalidad laboral) y de fijarse muy bajo, no tendría sentido práctico. En los países de nuestra América, el salario mínimo *minimorum* oscila entre US\$ 50 y poco más de US\$ 300. En ninguno de los casos, ese salario, por sí solo, permite sostener el costo de la canasta básica (no solo “alimentaria”) para una familia promedio.

b. Libertad de trabajo y derecho a cambiar de trabajo

Se reconoce en ambos pactos y se tipifica jurídicamente como un verdadero derecho subjetivo directamente exigible y tutelable. Aunque la realidad (diversidad y oferta de empleo disponible), pueda afectar la efectividad de este derecho, la libertad puede perfectamente ejercerse y exigirse jurídicamente¹⁶.

¹⁶ Claro que alguien podría decir que se articula como una libertad formal, por contraposición a la material, pero eso mismo es aplicable a buena parte de las libertades públicas y la experiencia enseña que esa formalidad es ya un avance importante para la dignidad humana. Es verdad que la libertad podría significar únicamente la libertad para dormir bajos los puentes del Sena (la expresión es de Anatole France para quejarse de la poca utilidad práctica de las libertades formales), pero esa verdad es apenas mediana, porque la libertad formal es el primer y fundamental paso para alcanzar una libertad real (*freedom from want, freedom from fear*, para usar las expresiones de Franklin D. Roosevelt), y ella tiene importantes efectos (jurídicos y sociales), por sí mismos (es decir, aun en ausencia de la plena libertad material). La expresión de Roosevelt se refiere a las que llamó “cuatro libertades básicas”, en su discurso ante el Congreso de los Estados Unidos el 6 de enero de 1941. En él afirmó que: “*In the future days, which we seek to make secure, we look forward to a world founded upon four essential human freedoms. The first is freedom of speech and expression—everywhere in the world. The second is freedom of every person to worship God in his own way—everywhere in the world. The third is freedom from want—which, translated into world terms, means economic understandings which will secure to every nation a healthy peacetime life for its inhabitants—everywhere in the*

c. Derecho a la promoción o ascenso en el trabajo

Este derecho se articula (se tipifica) más como un principio rector de la política social y económica que como un derecho subjetivo, pero permite consecuencias jurídicas muy importantes si se acompaña de la aplicación concomitante y paralela de los principios de igualdad y no discriminación, del debido proceso (aplicables también, aunque limitadamente, a las relaciones entre particulares y plenamente en la función pública) e inclusive del “contenido esencial” y de la razonabilidad.

d. Estabilidad laboral**a. Justa separación para el despido****b. Despido injustificado supone el reconocimiento de:****i. Indemnización****ii. Readmisión en el empleo****iii. Cualquier otra prestación prevista ley nacional
(¿seguro de desempleo?)**

El concepto de “estabilidad laboral” (reconocido como “estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación”, conforme al artículo 7.d, del Protocolo de San Salvador), supone una restricción a la “flexibilidad” del despido, aunque no imponga la “inamovilidad laboral” (al menos, para la “justa separación”).

Los efectos jurídicos del concepto, son complejos de definir *a priori*: ¿implica que el empleador no puede despedir libremente, aun pagando “prestaciones por cesantía y por preaviso” y los otros extremos laborales? ¿Implica que el despido debe ser justificado y

world. The fourth is freedom from fear-which, translated into world terms, means a world-wide reduction of armaments to such a point and in such a thorough fashion that no nation will be in a position to commit an act of physical aggression against any neighbor-anywhere in the world.” El discurso completo aparece en “www/thirdworldtraveler.com”, *Human Rights and Democracy Documents*.

motivado específicamente? ¿Implica que, en ausencia de “justa causa”, no se puede despedir a los trabajadores? Es obvio que el concepto internacional no es tan amplio como sugiere el nombre (estabilidad, seguridad en el empleo), porque el mismo queda matizado al establecer que esa estabilidad estará sujeta a “las características de las industrias y profesiones”, y porque la misma norma establece las opciones frente al “despido injustificado”, que pueden ser de tres tipos: a) indemnización, b) readmisión en el empleo (reinstalación), c) cualquier otra prestación prevista en la legislación laboral (v.g., salarios caídos, etc.).

Por ello, el concepto de “estabilidad” en el trabajo, está relacionado directamente con las consecuencias del despido “injustificado” (sin justa causa)¹⁷. Al punto que la doctrina ha distinguido entre “estabilidad propia” y “estabilidad impropia”. La primera puede ser “absoluta” o “relativa”¹⁸. En la “absoluta”, el empleador tiene vedada la posibilidad de despedir sin invocar una causa y está obligado a reincorporar al trabajador en caso contrario. En la relativa, en caso de despido injustificado debe pagarse una indemnización agravada. Generalmente, la “estabilidad propia” se da para protección de los empleados públicos o para los representantes gremiales o sindicales con ocasión del llamado “fuero sindical” (en ambos sectores: públicos y privados).

En la estabilidad “impropia”, no se garantiza la perduración del vínculo jurídico (laboral), sino una indemnización en caso de despido sin causa. Se trata de evitar el despido ilícito imponiendo una sanción indemnizatoria al empleador que incurre en esa causal, indemnización normalmente pretasada y proporcional al salario y a la antigüedad del trabajador despedido “sin justa causa”.

Por eso, respecto de la indemnización por “despido injustificado”, cabe preguntar si se trata únicamente de una “indemnización pretasada” o el pago de la cuantía prevista previamente por

¹⁷ Sobre el tema, en general, ver la obra colectiva *Estabilidad Laboral y Régimen Indemnizatorio*, publicado por la Asociación Costarricense del Derecho al Trabajo junto con la UCI, San José, 2000.

¹⁸ La distinción es de Grisolia, Julio A., “Actualidad del Derecho al Trabajo. Flexibilidad Laboral. Estabilidad y Régimen Indemnizatorio. Perspectivas”, en la obra colectiva *Estabilidad Laboral y Régimen Indemnizatorio*, publicado por la Asociación Costarricense del Derecho al Trabajo junto con la UCI, San José, 2000, pags. 41 y ss.

causa del despido “injustificado” (v.g., pagos predefinidos por preaviso o cesantía, o “prestaciones laborales” como se le conoce en muchos de nuestros países); o si se trata de una “indemnización” plena o “abierta” de “daños y perjuicios” (materiales y morales). La mayoría de la legislación laboral europea o latinoamericana sigue el principio de “indemnización tasada” (pago de prestaciones proporcional al salario y a los años laborados), en general. Sin embargo, hay casos en que la sanción implica la “readmisión en el empleo” o la reinstalación, particularmente en el caso de trabajadores del Estado, de líderes sindicales ilegítimamente despedidos, de trabajadoras embarazadas despedidas sin justa causa o de despidos “discriminatorios” (en función del sexo, la raza, el origen étnico, el hostigamiento sexual o la discapacidad). Ese modelo parece ser el más generalizado en América Latina, “estabilidad impropia” para la generalidad de los trabajadores y “estabilidad propia” para trabajadores especialmente tutelados. En este tipo de casos, se exige, normalmente, la reinstalación en el puesto de trabajo y, además, una indemnización complementaria por los daños sufridos (salarios caídos y otras formas de indemnización por despido injustificado). Tal vez, esto explica por qué en el Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá (Sentencia del 2 de febrero del 2001, complementada por Sentencia del 28 de noviembre del 2003), la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigió como indemnización por la “destitución arbitraria” de los 270 empleados públicos (ocurrida en diciembre de 1990)¹⁹, el “pago de salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan según su legislación” (ver Punto Resolutivo #6), el deber del Estado de “reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores (...) y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser

¹⁹ El caso hace referencia a la destitución “arbitraria” en diciembre del año 1990 (poco después de la intervención militar norteamericana y la reinstalación del régimen constitucional) de “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 quejas y demandas, se cometieron en su contra una sucesión de actos violatorios de sus derechos al debido proceso y a la protección judicial” (ver Introducción de la Causa #1, de la Sentencia del 2 de febrero de 2001). El caso se inició internacionalmente por denuncia (#11.325) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 22 de febrero de 1994 y fue elevado a la Corte Interamericana el 16 de enero de 1998. En el orden interno duró 3 años. En el orden internacional 9 años para la Sentencia Interpretativa del 2003 (o 7 años para la Sentencia sobre el Fondo).

despedidos (...)” (ver Punto Resolutivo #7), el daño moral (US\$ 3.000 para cada trabajador despedido, ver Punto Resolutivo #8), además de US\$ 120.000 general por “reintegro de gastos generados por las gestiones de las víctimas” y “costas” procesales (ver Punto Resolutivo #9).

e. Seguridad e higiene en el trabajo

El tema de seguridad e higiene en el trabajo supone la aplicación de políticas económicas y sociales junto a mecanismos jurídicos de tutela, encabezados por las inspecciones de los Ministerios de Trabajo y de otras dependencias gubernamentales y de mecanismos de incentivos al cumplimiento de condiciones de trabajo adecuado y desincentivos o sanciones por la siniestralidad y los riesgos del trabajo. Fijado el mínimo para cada actividad de manera objetiva por las autoridades públicas, cualquier violación a ese mínimo puede ser impugnada y dar lugar a responsabilidades jurídicas.

f. Protección de los menores en el trabajo

Este derecho y principio de la política social y económica tiene, potencialmente al menos, virtualidad y efectos jurídicos propios, tipificables y exigibles (al menos parcialmente) como derecho subjetivo en sentido estricto (sin perjuicio de su carácter de principio rector o directriz normativa). Ello supone la prohibición del trabajo subordinado a partir de cierta edad (normalmente 15 o 16 años, pero en algunos países se aplica a los 12 años), y la protección y tutela especial en el trabajo para los menores con capacidad jurídica de trabajar (entre los 15 y los 18, por ejemplo). Esto último implica la prohibición de cumplir ciertas jornadas de trabajo, en determinados horarios, etc.

Pero no nos hagamos demasiadas ilusiones. En determinadas sociedades latinoamericanas prohibir el trabajo infantil o adolescente, puede tener por efecto que en lugar de proteger a los menores puede empujarlos al “trabajo clandestino” o no “subordinado” y perderse una oportunidad (aunque mínima) de proteger algunos de sus derechos, por la exclusión que se provoca y la invisualización social de su trabajo. El mercado de trabajo y la situación económica y social de las familias, puede provocar efectos

negativos, si se exagera en la aplicación de normas desfasadas de la realidad. El Derecho Internacional (los pactos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Convenios de la OIT, la Convención sobre Derechos del Niño, etc.) y el derecho constitucional, sin embargo, no deben ni pueden renunciar a la tutela frente al trabajo o en el trabajo de los menores y deben articularse mecanismos efectivos y realistas de tutela de esos valores.

g. Límite de la jornada laboral y jornada limitada por trabajos peligrosos o nocturnos

La exigencia de límites a la jornada laboral, como demuestra la historia, ha sido posible de impulsar y tutelar jurídicamente con relativo éxito en sociedades medianamente desarrolladas. La protección tuvo un triple propósito (jurídico, que social e históricamente tuvo otros propósitos), proteger y cuidar de la salud de los trabajadores, tutelar su dignidad humana y establecer un mercado de trabajo regulado con protección para los trabajadores. Es típicamente un derecho subjetivo cuyo incumplimiento es una violación sancionada e indemnizable, que se puede exigir ante las instancias administrativas y judiciales del orden laboral.

El problema en América Latina se plantea, en primer lugar con los trabajadores informales y, respecto de los formales, con las consecuencias de salarios que no cubren las necesidades básicas, porque en ambas condiciones se obliga al trabajador a buscar jornadas superiores con sus propios patronos o con otros (doble jornada de trabajo), sin que se apliquen para muchos trabajadores, las consecuencias previstas para el trabajo “extra” (por encima de la jornada laboral máxima), como es la propia limitación de esa jornada extraordinaria y el pago superior de las horas extra laboradas. Los pactos no señalan el monto de la jornada laboral, pero el derecho comparado a nivel constitucional y legal señala para la América Latina, una jornada laboral máxima de 40 a 48 horas por semana. Algunos países europeos han bajado la jornada a las 36 o 37 horas (Francia y Alemania), pero hay signos que indican la posibilidad de un regreso a la jornada de 40 horas semanal. Algunos países la definen en función de la jornada diaria. En ningún caso, la jornada máxima la fijan por debajo de 8 horas y por encima de 10 horas la jornada ordinaria diurna (existen regulaciones que bajan la jornada

máxima para la noche y horarios mixtos). Muchos países exigen que la jornada total, ordinaria y extraordinaria, no sobrepase las 12 horas diarias. En nuestra América, al igual que en el resto del mundo, se discute la llamada “flexibilidad de la jornada laboral” en el marco de la flexibilización laboral. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, no habría problema especial en incorporarla, siempre y cuando se resguarde la salud e higiene de los trabajadores (una jornada diaria superior a 12 horas parece improcedente, por ejemplo) y no se reduzcan los máximos semanales o mensuales. Por lo pronto, cualquier planteamiento que obligara a trabajar más de 48 horas por semana sería difícilmente aceptable por los estándares internacionales del trabajo.

En cuanto a la jornada nocturna y de trabajos peligrosos, los Pactos no dicen mucho más, pero del texto y del contexto de los mismos, se colige que esas jornadas tendrán necesariamente que ser menores que las jornadas de trabajo ordinario (léase, diurno) y en trabajos “seguros” relativamente. En cualquiera de los casos, sin embargo, deben cumplirse las reglas de higiene, salud y seguridad ocupacionales, tuteladas por otros artículos en los instrumentos internacionales.

h. Derecho al descanso laboral

a. Descanso en la jornada

b. Tiempo libre

c. Vacaciones pagadas

d. Días feriados remunerados

El derecho al descanso laboral es también un derecho que puede comportarse y exigirse como derecho subjetivo (típico y exigible). Los pactos internacionales, sin embargo, no determinan los mínimos de tiempo libre, de descanso, de vacaciones, de días feriados, quedando ello a la discrecionalidad o al margen de disposición de la legislación (de la Ley en sentido formal) nacional. Sin embargo, el contenido esencial y la razonabilidad exigen que esos conceptos sean “progresivos” y no regresivos, desde la perspectiva de la situación actual, de manera que la legislación no podría reducirlos sin afectar esos derechos internacionalmente tutelados. En los países de la

América Latina, las vacaciones pagadas no bajan de 2 semanas por cada año laborado (en algunos países se otorga hasta un mes y en algunos países de Europa hasta 6 semanas, pero hay países asiáticos y los propios Estados Unidos donde las vacaciones son “no pagadas”). En todos los sistemas jurídicos de América Latina, por influencia quizás del Cristianismo, se reconoce, al menos, un día feriado por semana y los feriados propios de cada país (que van de 6 a 14 según el país). No parece que exista un derecho adquirido a los feriados de Ley, de manera que la legislación puede aumentarlos, cambiarlos o derogarlos sin violentar la normativa internacional. Lo que no puede hacer la Ley es reconocerlos sin exigir su remuneración, porque eso es una exigencia de orden internacional. Sobre el descanso en la jornada laboral, no hay legislación generalizada en la región, pero esa definición debe fundarse en las condiciones del trabajo y de acuerdo con las recomendaciones de salud, higiene y cumplimiento de las necesidades físicas y psicológicas (tiempo para los desayunos, merienda, almuerzo, cena, uso de los baños, etc.). La razonabilidad, el debido proceso y la igualdad serán mecanismos para tutelar ese “derecho” o “principio”.

Art. 8.1

- a. Derecho y libertad de formar o pertenecer a sindicatos**
- b. Derechos de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales e internacionales**
- c. Derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos**
- d. Derecho de huelga**

Artículo 8.2 Restricciones legales al ejercicio de esos derechos

Artículo 8.3 Referencia al Convenio de la OIT sobre Libertad Sindical

La tipicidad internacional, constitucional y legal de la **libertad sindical y del derecho de huelga**, determinan la condición de derechos subjetivos plenos, exigibles ante los tribunales en cuanto tales y con todas las consecuencias jurídicas de esa condición. Ese derecho es tutelable, incluso, como derecho “civil y político”, dado que aparece tutelado también como una manifestación particular del

derecho y libertad de asociación (ver artículo 16 de la CADH). En el caso de la libertad sindical, ella es, además, específicamente tutelable ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el “sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (ver artículo 19, inciso 6, del Protocolo de San Salvador).

Como toda libertad de asociación, la libertad sindical, es una libertad positiva (derecho a formar o integrarse a un sindicato) y una libertad negativa (derecho a no ser impelido, obligado o impulsado contra su voluntad a formar parte, a integrarse a un sindicato y derecho a dejar de formar parte de alguno en el momento que así lo considere). Ello restringe y prohíbe las prácticas sindicales que, *de facto* o *de iure*, impliquen esa obligación. Se prohíben, en consecuencia, los llamados “*closed shops*” del sindicalismo anglosajón, es decir, es prohibida la obligación de pertenecer a un sindicato para trabajar en una industria o actividad o para ser promovido o ascendido o para tener privilegios o ventajas que vayan más allá de la protección del “fuero sindical” (y las ventajas que se otorguen con el propósito de garantizar la representatividad y el trabajo sindical, v.g., permisos sindicales, etc.). Más allá de esos privilegios, y en cuanto sean razonables y proporcionados, la pertenencia o no a una organización sindical no debe dar derechos que no se otorgan a los trabajadores no sindicalizados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tuvo ocasión de referirse a este aspecto de la libertad sindical en el caso *Young, James and Webster* contra Inglaterra (Sentencia del 13 de agosto de 1981), al considerar que independientemente de la compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos del sistema inglés del “*closed shop*” en las empresas, la amenaza de despido y el despido de un trabajador por no pertenecer a un sindicato, es desproporcionada y violatoria de la libertad sindical.

En la versión positiva, la libertad sindical supone no solamente que no existan restricciones legales para ejercer ese derecho (más allá de las restricciones que permiten los propios instrumentos internacionales como es el caso de las fuerzas armadas, de la policía o de otras restricciones legítimas), en lo público y en lo privado, sino que, además, esa libertad quede tutelada (tipificada y exigible), al menos, frente a las prácticas “antisindicales” más conocidas.

Normalmente, supone también, el reconocimiento del llamado “fuero sindical”, es decir, de la protección reforzada de los dirigentes sindicales (en el proceso de formación del sindicato y en la operación del mismo), y en general de los trabajadores sindicalizados frente a los despidos injustificados (sin justa causa), lo que normalmente supone un reforzamiento de la “estabilidad laboral” y exigencias mayores de indemnización, exigencias de carga de la prueba y de mecanismos reparadores más amplios para los casos de despido ligados al ejercicio de ese derecho. En este sentido, casi todas las legislaciones y constituciones de América Latina reconocen el llamado “fuero sindical” y la exigencia de reinstalación de los trabajadores despedidos con ocasión de la afiliación o de la participación en un sindicato (reinstalación acompañada normalmente de pago de “salarios caídos” y de indemnizaciones complementarias por la violación y el despido ilegítimo). Esa protección es especialmente reforzada para los dirigentes sindicales (de manera general) y para los trabajadores sindicalizados o por sindicalizarse. En este último caso, la protección reforzada se daría únicamente por los actos relacionados con la actividad sindical (participación en manifestaciones, reuniones, adhesión de pronunciamientos, huelgas lícitas, etc.), pero no de manera general. En el sistema interamericano, la Corte Interamericana tuvo ocasión de desarrollar ampliamente estos derechos (tutelado más como derecho y libertad de asociación sindical al amparo del artículo 16 de la CADH), en el caso Baena Ricardo y Otros contra Panamá (Sentencia del 2 de febrero del 2001, complementada por Sentencia del 28 de noviembre del 2003). El caso hace referencia a la destitución “arbitraria” en diciembre del año 1990 (poco después de la intervención militar norteamericana y la reinstalación del régimen constitucional) de 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. La Corte, como dije, exigió como indemnización por la “destitución arbitraria” de los 270 empleados públicos (ocurrida en diciembre de 1990), el “pago de salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan según su legislación” (ver Punto Resolutivo #6), y el deber del Estado de “reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores”, el pago por daño moral, entre otras disposiciones resolutivas de la sentencia. Obsérvese que esa protección especial se dispensó no únicamente a “dirigentes sindicales”, sino a todos los trabajadores despedidos

injustamente (injusticia relacionada con la “participación en una manifestación por reclamos laborales”).

La obligación del Estado y demás entidades frente a este derecho, sin embargo, no se agota ahí, porque ha de incluir, como vimos, la acción negativa (no prohibir, ni sancionar ni interferir en el ejercicio de esa libertad sindical), la positiva de desarrollar normativamente los elementos esenciales y concomitantes de ese derecho y darles exigibilidad y tutela normativa, así como de regular y sancionar las prácticas antisindicales y de establecer los sistemas institucionales y los servicios públicos para hacer efectivo ese derecho (Ministerios y Tribunales de Trabajo efectivos, confiables y accesibles) y, eventualmente, cooperar con asistencia letrada y educativa para el desarrollo de ese derecho.

El derecho de huelga, por su parte, tiene un desarrollo normativo muy parco en los convenios internacionales, por lo que se convierte en un derecho (típico y exigible), pero a partir de un “concepto jurídico indeterminado” (aunque determinable administrativa y judicialmente en cada caso concreto). Este derecho, como cualquier otro (civil, político, económico, social y cultural), no es ilimitado, por supuesto. Más que un derecho individualizable en personas de carne y hueso (aunque también lo es), es un “derecho colectivo”, ejercitable, por tanto, por organizaciones de trabajadores (sindicatos o no, confederaciones, etc.) o incluso por los propios patronos (aunque en estos casos, la doctrina y la legislación prefieren llamarlo “paro patronal”, que tiene otras connotaciones). En todas las legislaciones, la huelga no puede decretarse sino después de un proceso infructuoso de negociaciones con las contrapartes (gubernamentales, empresariales o gremiales) y no puede afectar en los “servicios esenciales”. Concepto también indeterminado, pero tutelado en todas las legislaciones del orden interno e internacional. El concepto: 1) es diferente al más genérico de “servicios públicos”, dado que no todos los servicios públicos son “esenciales”, 2) no todos los aspectos de un servicio público esencial (salud, educación, transporte) “son esenciales” y 3) los “servicios esenciales” también pueden existir en servicios típicamente privados o prestados por particulares (vía concesión, por ejemplo), pero con implicaciones más allá de la empresa o de los gremios donde ese derecho se ejerce. El ejercicio del derecho de huelga, no debe afectar seriamente a la ciudadanía en general (salvo como efecto secundario y más allá de

las molestias propias de la vida en sociedad), sino principalmente contra el patrono o empleador frente al que se ejerce. Dentro de los servicios de salud, de electricidad, de agua, de terminales de transporte, de transporte remunerado de personas, por ejemplo, puede haber aspectos no “esenciales” (en el sentido restringido del término) que no requieran una tutela reforzada frente al derecho de huelga.

Por otra parte, el ejercicio de ese derecho de huelga debe afectar lo menos posible el ejercicio de otros derechos y los derechos de terceros, porque el ejercicio de un derecho no justifica la violación desproporcionada de otros derechos del mismo rango. Particularmente, no puede coaccionarse a nadie para que se incorpore al movimiento contra su voluntad, no debe afectarse el derecho de trabajar de otros trabajadores de la actividad o empresa en huelga (no así, de otros trabajadores ajenos o “antihuelgas”, salvo como contrapartida proporcional para la protección y operación de servicios esenciales), la libertad de circulación dentro y fuera de las instalaciones o en las vías públicas, ni habilita a tomar instalaciones o secuestrar personas (empleadores, etc.). Como con toda acción pública (reunión, manifestación), obviamente se permiten afectar limitadamente ciertos derechos (por ejemplo, de circulación por las vías públicas donde se ejerce ese derecho), pero siempre y cuando ello sea proporcionado (por ejemplo, se permita la circulación por otras vías alternas, etc.).

Las legislaciones y el derecho internacional exigen también el cumplimiento de requisitos procedimentales para ejercer ese derecho. Ello no es prohibido, sino más bien permitido por el ordenamiento jurídico y el DIDH, pero esa regulación debe ser razonable, proporcionada, no discriminatoria, debe respetar el debido proceso y no debe afectar el contenido esencial del derecho que se regula. La finalidad, no puede ser impedir o dificultar el ejercicio de un derecho sino garantizar derechos de terceros y el orden público en forma equilibrada, de manera que los derechos en juego puedan subsistir armónicamente.

El artículo 8 común a ambos convenios internacionales hace referencia a las “restricciones legítimas” a ambos derechos (a la libertad de sindicalización y al derecho a la huelga). Se exige 1) que las restricciones para ser legítimas deben estar “previstas por la

Ley”²⁰, 2) que sean compatibles o propias de “una sociedad democrática”; 3) que sean necesarios (no simplemente “útiles”)²¹ para “proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás”; 4) la Ley podrá limitar y restringir el ejercicio de esos derechos para “las fuerzas armadas y la policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales”. Obsérvese que no se trata de todos los servicios públicos, sino tan solo de los “esenciales”. Es la Ley (en el sentido que le da la Convención Americana) la única que puede establecer restricciones o limitaciones (sin perjuicio de que los jueces y jefes públicos “apliquen”, reglamenten o “ejecuten” las limitaciones legislativas). El concepto de sociedad democrática impone también límites a las restricciones o limitaciones y determina la legitimidad o no de éstas, porque ellas deben ser compatibles con el sentido “tópico” (en el sentido de “*topois*” o lugares comunes del Derecho)²², con la comprensión social y con el sentido jurídico de una “sociedad democrática”²³. Por último, la finalidad de esas restricciones o limitaciones no puede ser arbitraria (al arbitrio de los gobernantes o legisladores), sino que debe estar dirigida a tutelar derechos de igual o superior rango de los demás, conforme a lo dicho.

Artículo 9 Derecho de “toda persona” a la seguridad social

Por lo pronto, la concepción de los convenios internacionales es muy amplia, al reconocer el derecho a la seguridad social para “toda persona”, y no solamente a los “trabajadores” como se entendió originalmente, en los comienzos de la seguridad social y como lo reconoció tempranamente la OIT desde el Preámbulo de su carta constitutiva en 1919. Obviamente, algunos conceptos y coberturas de la seguridad social se refieren especialmente a los trabajadores

²⁰ Sobre el concepto de “Ley” en el sistema interamericano de derechos humanos, ver *Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

²¹ La Corte Interamericana, recogió la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia # OC-5/85.

²² Sobre el concepto, ver García De Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales de Derecho*, Civitas, Madrid, III edición.

²³ Sobre el concepto de “sociedad democrática” ver *Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, así como la *Carta Democrática de la OEA*.

(v.g., cobertura por riesgos de trabajo, desempleo), pero otros riesgos y coberturas, pueden y deben ampliarse a todas las personas o, al menos, a los familiares de los trabajadores en sentido amplio. En el caso del seguro y cobertura de salud (o de enfermedad, como se llama todavía en algunos países), los pactos internacionales lo reconocen a toda la población, al exigir la universalización progresiva del mismo (queda pendiente qué servicios de salud comprende, si todos los niveles y servicios, lo que no ocurre en ningún sitio, o solamente atención primaria, emergencias, servicios de segundo y tercer nivel, medicamentos, odontología, psicología, etc.). En el caso de maternidad, por su misma naturaleza, la cobertura se refiere a una condición especial de la mujer-madre y su relación con los menores, aunque existen legislaciones y sistemas que reconocen algunos derechos equivalentes a los padres trabajadores para el cuidado compartido de sus hijos recién nacidos. En el caso de la cobertura de pensiones, el sistema internacional permite y observa tres grandes grupos que reconocen una pensión universal (trabajadores o no, que tengan la condición por edad, invalidez o muerte), o pensión únicamente para los trabajadores asalariados que cumplan un mínimo de cuotas de seguridad social antes de que acontezca el riesgo previsto. Un tercer grupo de países, cubre a los trabajadores ordinarios, a los estatales y establece un régimen No Contributivo o de solidaridad para el resto de la población en edad o condición de jubilarse. A estos efectos, poco importa si el país cubre esa condición mediante un régimen de pensión de reparto (o, más bien, de capitalización universal), de capitalización individual, o mixto. Lo que importa es que esa pensión cubra el riesgo de vejez, invalidez y muerte y garantice un mínimo vital. En el caso de las “asignaciones familiares”, la inclusión en la seguridad social, parece más bien, un principio rector de la política social y económica. El seguro de desempleo, en cambio, es un derecho exigible como tal y puede ser cubierto legalmente por el patrono o por el Estado u otras dependencias gubernamentales.

La realidad en América Latina, como hemos visto, es que la seguridad social opera más como privilegio de algunos sectores laborales (formales y no todos los formales) y sus familias (pero aun así, limitadamente), que como un derecho de toda la población, salvo en algunos pocos países, donde la cobertura tiende o aspira a ser universal (Costa Rica, Cuba, por ejemplo), al menos para la salud o la enfermedad y la maternidad.

Algunos aspectos de la seguridad social, se pueden tipificar y exigir como verdaderos derechos subjetivos y algunos otros (las asignaciones familiares, por ejemplo), como principios rectores de la política social y económico o como derechos en sentido amplio (*lato sensu*) y, por tanto, de desarrollo y exigibilidad progresivos.

Derechos y/o principios rectores de la política social y económica. Implicaciones jurídicas

La “tipicidad” propia (forma de reconocerlos y regularlos) de estos “derechos” laborales (*lato sensu*), determina que algunos se definan y puedan operar como verdaderos **derechos** (*strictu sensu*) y que otros se definan y puedan operar más como **principios rectores de la política social y económica**, pero que son también “derechos” en un sentido amplio (*lato sensu*). *En cualquiera de los casos, se trata de obligaciones jurídicas que tienen implicaciones jurídicas y que pueden hacerse valer ante órganos con capacidad para resolver y proteger bienes jurídicamente tutelados* (normalmente ante los tribunales y ante las instancias administrativas gubernamentales). Por tanto, no puede hablarse en ninguno de los dos casos de lo que la doctrina italiana llamaba “derechos programáticos” (en el sentido de aspiraciones o valores “no exigibles”). *Pero el tipo y el alcance de la exigencia jurídica de unos y de otros son diferentes.*

Los primeros (“derechos” en sentido estricto) deben poder ejercerse como “exigibles” por sus titulares como “situaciones jurídicas de ventaja” directamente ante órganos con capacidad para resolver controversias y para garantizar derechos o sancionar “violaciones”. Su incumplimiento se convierte en una violación o irrespeto, con posibilidades de exigir, además, responsabilidades normativas (reparación, indemnización, sanción), y el contenido sustantivo del “derecho” tutelado. Entre esos derechos (*strictu sensu*), por ejemplo, tenemos la libertad de trabajo, la libertad sindical, el derecho de huelga, e incluso el derecho al salario mínimo (al menos para el trabajador formal), la limitación de la jornada laboral, el derecho al descanso, las vacaciones y algunos aspectos del “derecho al trabajo”, la “indemnización” por despido injustificado, el pago de días feriados, el salario equitativo e igual por trabajo igual, la no discriminación laboral, ciertas prestaciones de la seguridad social (pensión en función del número de cuotas aportadas o ciertas prestaciones de salud o sanitarias), etc.

Los segundos (que llamamos “Principios Rectores” pero que son “derechos” en un sentido amplio), son esenciales y tienen ciertamente consecuencias jurídicas, pero no las mismas ni de la misma naturaleza que los primeros (los que sí tienen capacidad de comportarse como “derechos” en sentido estricto). Entre estos principios tenemos las exigencias de búsqueda del “pleno empleo”, la “orientación vocacional y capacitación laboral”, el apoyo a “los minusválidos”, ciertos aspectos del apoyo a la mujer trabajadora (ver artículo 6 común al PIDESC y al Protocolo de San Salvador), el “derecho a la promoción o ascenso en el trabajo” (artículo 7) o algunos aspectos de la “seguridad social”, de la seguridad e higiene ocupacionales, de la protección de los menores en el trabajo y algunos alcances del concepto mismo del “derecho al trabajo”.

En esos casos, más que de “violaciones”, puede hablarse de “incumplimientos”; más que de “sanciones” a los responsables, debe hablarse de acciones políticas de desarrollo; más que de responsabilidades (penales o patrimoniales) de los sujetos pasivos de esos “principios”, lo que se dan son exigencias de desarrollo o de políticas “progresivas” de cumplimiento de esos valores u objetivos jurídicos. Son tutelables jurídicamente más a la manera de “derechos reaccionales” (la expresión es de García de Enterría) o de “derechos reflejos” (la expresión es de Piza Escalante), o de “intereses legítimos jurídicamente tutelados” (con todas las connotaciones de esa expresión en el Derecho Procesal Administrativo). Como recordaba mi padre en su voto separado –pero concurrente– de la Opinión Consultiva OC-4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y de otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir exigibles directamente por sí mismos, y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, exigibles indirectamente, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de los que se oponga o de lo que se otorgue con discriminación (...)

Estos habilitan para enfrentar jurídicamente acciones en contra de políticas contradictorias con esos valores pero que no significan, necesariamente, el reconocimiento del “derecho de fondo”. Por ejemplo, en el caso del derecho al trabajo permitirían impugnar un “despido injustificado” y exigir un régimen indemnizatorio concomitante, o impugnar una política institucional que despreteja el “trabajo” o que dificulte la creación y expansión de fuentes de trabajo; pero difícilmente podría implicar la exigencia de que determinado patrono o el Estado mismo, nos consiga y nos dé un trabajo específico. En cuanto al derecho a la promoción en el empleo, por ejemplo, ese principio sustentaría acciones que exijan equidad en los programas de promoción existentes (que no haya discriminación por razones de edad, sexo, origen social, etc.), o que estos existan y se desarrollen progresivamente, pero difícilmente darían lugar a una exigencia jurídica (sustantiva y procesal) de que me promuevan o me asciendan particularmente en un trabajo determinado.

La definición y la ubicación de cada valor jurídico protegido en una u otra categoría (como derechos *–strictu sensu–* o como principios rectores), depende mucho más de la forma en que esos “valores” son definidos por el texto normativo que los recoge o por el contexto en el que se insertan, por la naturaleza misma del valor tutelado o por los mecanismos procesales que el mismo sistema pone a disposición de los titulares (seres humanos) para garantizar esos valores. Por ejemplo, el Protocolo de San Salvador, en su artículo 19 inciso 6), le otorga a la libertad sindical (artículo 8.1) y al derecho a la educación (artículo 13), una tutela procesal reforzada y la posibilidad de utilizar los mecanismos y recursos de las peticiones individuales ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos²⁴. Esa tutela, sin embargo, no la arbitra directamente para otros derechos sociales o laborales, lo que no quiere decir que no sean tutelables jurídicamente.

La definición y el alcance normativo de unos valores y otros (derechos o principios rectores), sin embargo, no depende de la

²⁴ En el sistema constitucional español, sucede algo parecido, pues se reconocen como derechos exigibles por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad sindical, el derecho de huelga, el derecho a la educación y a la objeción de conciencia, lo que no ocurre con los llamados “principios rectores de la política social y económica” (ver artículos 53 y concordantes de la Constitución Española).

ubicación normativa de cada valor, ni del grupo al que pertenece (derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales), ni depende tampoco de la posición del Estado y de los poderes o entes públicos, frente a aquellos, pues unos y otros “derechos” (*lato sensu*) suponen obligaciones negativas (de abstención del Estado, dejar hacer), y positivas (de actuación estatal, de provisión de instrumentos jurídicos o materiales –instituciones y servicios públicos, etc.–). Es verdad que el énfasis puede estar en una dirección o en otra. Es verdad que algunos derechos civiles –y algunos sociales reclaman más una abstención del Estado que una actuación. Es verdad que algunos derechos sociales reclaman más una acción positiva o afirmativa del Estado que una abstención, pero unos y otros requieren algún grado de abstención y algún grado de actuación estatales. Lo mismo cabe decir de los “derechos políticos”, de los derechos económicos y de los derechos culturales.

Viabilidad jurídica de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de carácter laboral

Ya hemos anotado que los derechos laborales del PIDESC y del Protocolo de San Salvador son posibles de tutelar jurídicamente por las instancias nacionales e internacionales de tutela o protección de esos Derechos. Hemos anotado también, que en algunos casos la protección será **directa**, y en otros será más bien **reaccional** o **refleja**, es decir, como “acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga” o como acciones para garantizar que se desarrollen razonablemente y se reconozcan en condiciones de igualdad y sin discriminación. Pero la justiciabilidad (exigibilidad jurídica) de **todos** los derechos sociales de carácter laboral es posible y necesaria (con las diferencias y matizaciones arriba apuntadas), y para ello puede acudir a diversos métodos o procedimientos. Cito únicamente los más generales:

La primera y la más obvia, es la exigibilidad de los derechos laborales del orden internacional, que puedan exigirse como derechos tutelables directamente por los tribunales nacionales e internacionales, porque se definen (se tipifican) como derechos y porque actúan esencialmente como exigencias autoejecutables (*self executing*), sea porque actúan como verdaderas libertades que exigen esencialmente la abstención y el respeto de los demás (y del Estado

en primer lugar), sea porque no requieren principalmente de acciones o condiciones materiales²⁵, o porque esas condiciones materiales e institucionales se dan o se han alcanzado en una determinada sociedad. En el análisis que hice atrás se incluyen cuáles de esos derechos tienen ese carácter *prima facie*.

Para los casos en que se requiere, además, predominantemente, la existencia de condiciones institucionales o materiales, y el desarrollo de la sociedad lo permite objetivamente, se puede acoger la tesis defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso Airey contra Irlanda (sentencia del 6 de febrero de 1981).

La jurisprudencia del Caso Airey c/ Irlanda se refiere a la tutela judicial de la familia. En el caso, el TEDH reconoció la obligación **de los Estados, no solamente de respetar y reconocer los derechos de los seres humanos sometidos a su jurisdicción, sino de adoptar “obligaciones positivas”** (asistencia letrada para la defensa de derechos a la ayuda familiar o pensiones alimenticias para los hijos), para garantizar la exigibilidad del derecho tutelado (se refería al artículo 6.1 del CEDH sobre derecho a la tutela judicial en materia civil). Es decir, además del respeto a los ciudadanos de esos derechos y la existencia de condiciones institucionales (tribunales accesibles) para la protección de los derechos civiles y políticos, es necesario que el Estado y sus instituciones arbitren medios prácticos para que ellos sean accesibles **en la realidad** por todos los justiciables. Ese principio, es perfectamente aplicable a muchos de los derechos laborales de carácter económico y social.

En esos casos, también es aplicable la técnica del principio y derecho a la igualdad y a la no discriminación como criterio y medio de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

²⁵ Obsérvese que agrego “principalmente”, “predominantemente”, para recordar que todos los derechos (incluidos los civiles y políticos), también requieren condiciones materiales e institucionales para su desarrollo, solo que esas condiciones no son predominantes, sino la decisión y la abstención de las autoridades y de otros agentes sociales para respetarlos y protegerlos. Las libertades de asociación, de expresión o de sindicalización, por ejemplo, exigen predominantemente la abstención del Estado y de otros agentes para el ejercicio de las mismas, aunque también necesitan condiciones institucionales y hasta materiales para protegerse y desarrollarse plenamente, pero el acento no está en esas condiciones. En otros casos (el pleno empleo, v.g.), es obvio que lo que se requiere predominantemente es tener las condiciones materiales e institucionales para acercarse a ese objetivo internacionalmente tutelado.

En efecto, la **igualdad y la no discriminación** (artículos 1.1 y 24) es quizás el instrumento jurídico más utilizado para proteger los derechos económicos, sociales y culturales y ello es aplicable sensiblemente en el campo de los derechos laborales. Normalmente, toda violación a un derecho social, lleva aparejada la violación a la igualdad y a la no discriminación, incluso en el campo estrictamente formal de igualdad ante la Ley o en la aplicación de la Ley. Pero también, por la vocación de la igualdad formal a mayor igualdad material, la aplicación y utilización jurídica del principio permitiría impulsar y tutelar “acciones afirmativas”, siempre y cuando éstas últimas no alteraran en su contenido esencial la libertad y la propia igualdad de derechos (formal). Si hay un programa de vivienda, si se reconocen sindicatos, si se producen ascensos o promociones laborales, éstos deben darse en condiciones de igualdad para todos, de manera que las diferenciaciones de trato sean razonables, proporcionadas, relevantes y estén conectadas con la diferencia de hecho que se toma en consideración (*tertium comparationis*). Como ha dicho la Corte Interamericana (por todas, la OC-4/84 sobre las reformas constitucionales para la nacionalización en Costa Rica) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si se va a otorgar una nacionalidad o una prestación por desempleo, ésta debe otorgarse en condiciones de igualdad y no discriminación²⁶.

El **debido proceso de la CADH** (artículos 8 y 25), puede también jugar un papel insustituible en la justiciabilidad y tutela de los derechos laborales. Muchas veces, las violaciones más serias a esos derechos nacen de violaciones al debido proceso judicial, legal, administrativo e incluso civil o laboral para las relaciones entre particulares (empleadores y trabajadores, por ejemplo). De hecho, el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado muchas veces el debido proceso como instrumento de protección de verdaderos derechos laborales²⁷. En caso del sistema

²⁶ Sobre el tema de la Igualdad, in extenso, ver mi libro Piza Rocafort (Rodolfo E.), *Igualdad de Derechos: Isonomía y No Discriminación*, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1998.

²⁷ Sobre el tema, ver, entre tantos otros, el trabajo citado de Abramovich, V. y Courtis, C., *Hacia la Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, op. cit., pags. 311 a 315. Los autores recuerdan, especialmente, los casos Deumeland (Sentencia del 29/5/1986, contra la

interamericano, la norma clave del debido proceso (el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o CADH), es perfectamente aplicable si no a todos los derechos económicos sociales y culturales, sí que lo es a los de carácter laboral, por cuanto la CADH expresamente cobija ese concepto: “determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (artículo 8.1 CADH).

El **equilibrio entre el PIDESC y PIDCP**, impone, por su parte, que la aplicación de ciertos derechos quede limitada por la vigencia de los otros, de manera que no se pueden alegar libertades para violentar derechos laborales y éstos últimos no pueden utilizar válidamente como excusa o parapeto para violar derechos civiles y políticos²⁸.

El **respeto al “Contenido esencial”** del derecho tutelado internacionalmente también sirve de mecanismo de tutela jurisdiccional de los derechos laborales. Cualquier acción estatal de regulación y desarrollo de derechos laborales (v.g., jornada laboral, salario mínimo, libertad sindical, derecho de huelga, de negociación colectiva), debe respetar el contenido esencial del derecho al regularlo y esa regulación debe estar de acuerdo con el sentido y el contexto en el que ese derecho se inserta en el orden internacional e interno. ¿Cómo descubrimos ese contenido esencial? En cuanto derecho internacional o constitucional, ese contenido se descubre, me parece, a partir de tres principios jurídicos: el de *Razonabilidad*, el de Proporcionalidad y el de *Igualdad*, como parámetros de juridicidad de los mismos derechos sociales y laborales. Ello sin perjuicio del papel que le corresponde jugar a otros principios constitucionales o jurídico internacionales: principio de legalidad y

entonces República Federal de Alemania, sobre el derecho de pensión complementaria de una viuda con ocasión de la muerte de su esposo por un accidente laboral); Feldbrugge (Sentencia de la misma fecha, contra los Países Bajos sobre prestaciones por incapacidad laboral); el caso Salesi vs. Italia (Sentencia del 26/2/1993, donde se reconoció que el artículo 6.1 del Convenio sobre Debido Proceso, era aplicable en materia de seguros sociales aun cuando el beneficio del actor fuera más próximo a una prestación de asistencia social y no un seguro social); y el caso Schuler-Sraggen (Sentencia del 24 de junio de 1993 sobre derecho a pensión por invalidez de una mujer casada y con un hijo menor de 2 años).

²⁸ El principio parece obvio, pero las consecuencias del mismo son incommensurables y escapan a los fines de este trabajo, por lo que no entro, por ahora, a analizarlas.

de reserva de ley, de equilibrio presupuestario, de irretroactividad y de los actos propios, *pro-homine*, etc. Se dirá que no es posible reducir el análisis a la aplicación de esos principios, para construir el contenido esencial de los principios rectores de la política social de carácter laboral (recuérdese que no hablamos de aquellos que se comportan, se tipifican y se definen esencialmente como “derechos autoexigibles”), porque en ese caso los derechos laborales no tendrían contenido esencial en cuanto tal, pero destaco que en el caso de ciertos derechos laborales que actúan como principios (o derechos reaccionales o reflejos, conforme a la definición que hemos dado), estos debe **construirse o derivarse** de un contexto internacional o constitucional y de un contenido histórico y tópico, para los que la técnica jurídica de la razonabilidad y de la igualdad (como principio de interpretación y aplicación de los demás derechos internacionales y constitucionales, no estrictamente como derecho en sí mismo), son insustituibles, a menos que queramos quedarnos en vaguedades o definiciones sin contenido práctico²⁹. **De esta manera, ciertos derechos laborales y los derechos a la seguridad social en general, solo pueden entenderse como el derecho de todos a tener un sistema razonable y racional de protección y respeto de esos derechos (razonabilidad que depende de la capacidad de una sociedad para cubrirla técnica, profesional y financieramente). Como el derecho de todos los habitantes a tener acceso a ese sistema (con todas las limitaciones que le son inherentes) en condiciones de igualdad y sin discriminación (para garantizar que todos reciban el servicio que existe –no el que quisiéramos que existiera– sin discriminación y de acuerdo con los procedimientos y límites que le son inherentes).** Ello supone el reconocimiento práctico del derecho, al menos, a reaccionar jurídicamente contra los actos que violenten o menoscaben el ejercicio de esos derechos (o la aplicación discriminatoria, irrazonable o desproporcionada de los mismos en perjuicio de determinadas personas o grupos) y a exigir la restauración o reparación de esos menoscabos o violaciones. Si se desbordaran esos límites, afectaríamos en su esencia a los derechos laborales.

²⁹ De hecho, el artículo 5 del mismo Protocolo de San Salvador, establece que “las restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y la razón de los mismos”

Buscando la protección total, daríamos en el absoluta desprotección, al no poder sustentar un régimen básico –pero fundamental– para todos los ciudadanos y habitantes cubiertos por el sistema jurídico internacional y nacional.

La **razonabilidad** (técnica, material y jurídica), es junto al respeto a la igualdad de derechos y la no discriminación, la piedra angular para tutelar esa modalidad de derechos. Todo acto del Estado (negativo o positivo) debe ser **razonable** y por ello proporcionado y adecuado o idóneo para alcanzar los fines internacionales y constitucionales de una sociedad. Con los derechos laborales ocurre lo mismo y la técnica de la razonabilidad es aplicable plenamente a esos derechos, en el sentido de que, independientemente del contenido mínimo de cada derecho (recogido por la normativa constitucional, internacional o legal), las medidas para desarrollarlo o para delimitarlo deben, además, demostrar su razonabilidad, es decir, que se adecuan o sean idóneas para alcanzar los fines legítimos que se persiguen con la medida de desarrollo o delimitación. Los fines, por sí mismos deben ser legítimos, pero no basta con que lo sean, es necesario que la medida adoptada para alcanzarlos sea adecuada o idónea. Esto es, que no desdigan o contradigan la finalidad que se persigue y que, además, sean proporcionadas a ella.

Progresividad (contra regresividad) de los derechos laborales. Sentido jurídico posible

Conforme a las reglas del Derecho Internacional, los derechos económicos, sociales y culturales son, además de derechos en sentido estricto (al menos, cuando se tipifican y operaran como tales), son principios y objetivos de carácter progresivo. De ahí la expresión del artículo 26 de la CADH de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación (...), en la medida de los recursos disponibles, por la vía legal y otros medios apropiados.”

El principio es reiterado y completado en el artículo 1 del Protocolo de San Salvador al afirmar la obligación de los Estados de: “adoptar las medidas necesarias (...), hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación

interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.”

Por lo que los órganos encargados de su tutela “(...) tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo” (artículo 19, inciso 8).

Es obvio, por consiguiente, que se reconoce “la dificultad de alcanzar plenamente su realización en un período corto de tiempo” (la expresión es del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU), pero además, que la razón de ser del concepto implica la idea de progreso, “consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio”. De ahí que la obligación mínima asumida por el Estado, como recuerdan Abramovich y Curtis, es la obligación de **no regresividad, es decir, “la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población una vez adoptado el tratado internacional respectivo”**³⁰.

Esa progresividad y no regresividad, por lo pronto, están sujetas a la justificabilidad por los órganos competentes (en el orden interno e internacional), a quienes tocará valorar el cumplimiento del objetivo de los citados tratados, frente a acciones u omisiones concretas o generales de los autoridades públicas (y eventualmente también, de las privadas, bajo ciertas condiciones).

Sabemos que el alcance de algunos derechos laborales depende inevitablemente, como hemos visto, de las condiciones económicas, sociales e institucionales que lo hagan posible, por lo que su contenido es, necesariamente, histórico y contingente (al menos, en cuanto “principios rectores”).

¿Qué implicaciones jurídicas se derivan entonces de esa exigencia de progresividad y no regresividad? es la pregunta que corresponde plantearse ahora.

La respuesta no es, sin embargo, tan obvia como parece a primera vista. La razón es que, como el propio Protocolo de San Salvador y las Convenciones de Derechos Humanos en general establecen que

³⁰ Ver Abramovich y Curtis, op. cit., pág. 335.

es posible jurídicamente, bajo estrictas condiciones, restringir y limitar el goce y ejercicio de los derechos tutelados y por tanto, aplicar medidas restrictivas para los derechos laborales puede caber bajo la definición genérica de esas “restricciones y limitaciones” (el concepto, aparece, por ejemplo, expresamente referido en el artículo 5 del Protocolo de San Salvador). La pregunta por tanto, podría replantearse de esta manera: ¿bajo qué condiciones es válido adoptar medidas regresivas?

Esas condiciones, por lo pronto, estarían sujetas al más estricto escrutinio jurídico, dado que son desviaciones o excepciones a la regla de la regresividad. Deben, además, ser razonables, y por ello “no deben contradecir el propósito y la razón de ser” de las normas que tutelan esos derechos (ver artículo 5 del Protocolo de San Salvador), pero tampoco puede contradecir el objeto restrictivo de esas medidas que se van a adoptar.

Ello no quiere decir que ese contenido sea, o pueda ser, arbitrariamente ampliado o reducido. La amplitud o la limitación que pueda aplicarse, dependerá de la existencia de esas condiciones, objetiva y racionalmente valoradas. Lo normal es que su desarrollo sea “progresivo”, en el sentido de que pueda ampliarse su contenido, la cobertura y los ámbitos de protección. Pero puede ocurrir también, que para garantizar su propia existencia como principios y como derechos (integralmente considerados), se deba reducir su alcance, su cobertura y los ámbitos de protección (lo que es tutelable por el sistema jurídico). No puede ciertamente desaparecer ni desnaturalizarse, porque entonces su existencia como derecho y como principio, perderían sentido. Pero su “contenido” puede, y debe, legítimamente ampliarse y contraerse, en función de las condiciones objetivas (económicas, sociales e institucionales) que lo hagan posible. Por eso, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, se ha preguntado si ¿son irreversibles los contenidos alcanzados de los derechos sociales?

Se discute, por ejemplo, si las normas jurídicas al garantizar, como mínimo intocable, el *statu quo* de protección social y los derechos laborales, permiten corrección en algún sentido (v.g., aumentar la jornada laboral, bajar prestaciones acordadas por convenios colectivos, etc.). Algunos afirman la tesis de la irreversibilidad de las ventajas sociales, que podrían –según esa tesis– ser expandidas, pero no restringidas.

En cierta medida, es la tesis defendida por mi padre, en su Voto separado a la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la naturalización en Costa Rica (OC-4/84), y que recogen también Abramovich y Curtis al afirmar que: “los poderes públicos tienen vedado elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes”³¹.

O, para decirlo con las palabras del Juez Piza Escalante, “los contenidos históricos contingentes que el Estado libremente le dio (...)”³².

Esa tesis, por cierto, fue planteada preliminarmente en los Estados Unidos a propósito de las restricciones que se establecieron a partir de finales de los 70s en algunos derechos sociales, dieron lugar a una amplia jurisprudencia de su Tribunal Supremo, sobre la que da cuenta tempranamente en nuestro idioma, Enrique Alonso García, en un trabajo titulado precisamente “Los *welfare rights* y la libertad parlamentaria de ordenación del gasto público: la lucha de dos principios constitucionales de política socio-económica” (Rev. Española de Derecho Constitucional, #4, pags. 155 y siguientes); y más en concreto, en su trabajo “Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalidad de los derechos prestacionales del *welfare State* en Norteamérica” (Rev. Española de Derecho Constitucional, #11).

Satrústegui, López Guerra y otros, a propósito de esa polémica, han afirmado:

Una cosa es que sean inconstitucionales las leyes que desatiendan las obligaciones estatales que imponen los principios rectores y otra, bien distinta, que no pueda modificarse la política social existente, reduciendo o condicionando algunas de sus prestaciones. El principio democrático que fundamenta el ordenamiento constitucional exige, en efecto, que las opciones políticas permanezcan abiertas y que las decisiones políticas sean reversibles. Por ello, ni la opinión doctrinal mayoritaria, ni el Tribunal Constitucional han acogido esta tesis de la congelación de los derechos sociales” (Derecho Constitucional, Tomo I, pág. 365).

³¹ Ibidem, pág. 337

³² Piza Escalante (Rodolfo E.), Voto Separado OC-4/84, párrafo 31.

Piéñese, por ejemplo, en el contenido del derecho a una pensión, en una jornada laboral pactada por debajo de los máximos constitucionalmente permitidos, en determinadas prestaciones de salud, en un seguro de desempleo o en la cobertura de un riesgo del trabajo. El contenido de esos derechos no puede eliminarse sin violentar la Constitución, los Pactos Internacionales y los artículos que lo reconocen, pero su contenido no puede ser inmutable jurídicamente hablando. Así lo ha reconocido ampliamente la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de casi todos los países civilizados.

Pero si es cierto que el contenido de esos derechos no es ni puede ser inmutable y que, por tanto, bajo ciertos supuestos, puede restringirse (léase, adoptarse medidas regresivas), los Tratados Internacionales imponen limitaciones a esa mutabilidad.

1. En primer lugar, **en cuanto a su finalidad**: los cambios sólo pueden darse para garantizar mejor el objetivo de protección de esos derechos y, esencialmente, para buscar la ampliación de su goce y ejercicio por más personas.
2. Las medidas deben ser necesarias, no simplemente útiles, para enfrentar la situación que las justifica.
3. Las medidas deben ser razonables y proporcionadas a la situación que las justifica.
4. La carga de la prueba de la razonabilidad, por supuesto, ha de tenerla la medida “regresiva”.
5. **La regla ha de ser siempre la “progresividad”**, es decir, la tendencia a cumplir y cubrir mejor los derechos económicos, sociales y culturales para la mayor cantidad de población.
6. La obligación de no regresividad implica un control agravado de las medidas de carácter regresivo.
7. La progresividad debe entenderse en el orden general, y no en cada caso particular, porque puede ocurrir que ampliar la protección de más personas implique recortar prestaciones o beneficios a grupos anteriormente beneficiados.

Pongamos el caso de las pensiones “especiales” (o de privilegio, dirigidas a determinados grupos del sector público, por ejemplo). Desde el punto de vista del Derecho Internacional, ese beneficio

podría recortarse (exigir una jubilación a mayor edad y número de cuotas, u otorgar una tasa de reemplazo menor), si ello es necesario y proporcionado a una ampliación del sistema jubilatorio para toda la población o para garantizar su sostenibilidad, pero solo en esa medida.

Por otro lado, pongamos el caso real –que se ha planteado en Alemania y en Francia–, en que un grupo de trabajadores que, por convención colectiva u otro instrumento general, está obligado a laborar menos horas semanales que el resto de los trabajadores o que tiene beneficios particulares derivados de una convención colectiva. En esos casos, no sería ilegítimo reducir esos beneficios si ello fuera necesario y proporcionado para que la empresa o institución donde laboran, sobreviva o para garantizar que otros trabajadores puedan mejorar sus condiciones, o que no pierdan su trabajo o incluso que otros lo encuentren³³. También puede ocurrir que para reducir un nivel de desempleo estructural alto (v.g., superior al 10% de la PEA), o un alto nivel de informalidad en el empleo, sea necesario flexibilizar las condiciones y la “estabilidad” en el trabajo o el régimen de despido (siempre y cuando no se rebajen los mínimos constitucionales o legales), pero en cualquier caso, será siempre un requisito de validez jurídica demostrar que esa reducción es necesaria (no simplemente “útil”) y proporcionada al objetivo constitucional o social y que este objetivo sea lícito internacional y constitucionalmente.

En una dirección paralela y complementaria Abramovich y Courtis³⁴, han establecido que la especie legal (reglamentaria y restrictiva) no puede ser “directamente contraria al género constitucional” o internacional; que la restricción de los derechos se encuentre justificada por los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por los fines lícitos perseguidos por la norma; que exista la “adecuada proporcionalidad entre las restricciones y los antecedentes y fines de la medida”; que la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad, de manera que la carga de la prueba de la razonabilidad de la medida regresiva, como dije,

³³ Precisamente de este tema, trata el debate en Francia y Alemania para aumentar pactadamente la jornada laboral semanal otra vez a las 40 horas (desde 36 y 37 horas respectivamente), para garantizar la competitividad y el trabajo en las empresas de esos países. Ver cita (10).

³⁴ Abramovich, Christian, op. cit., p

han de tenerla quienes la establecen, por tratarse categorías sospechosas sujetas a un escrutinio estricto.

En ese sentido, debe entenderse y comprenderse la “progresividad” de los derechos sociales y de los derechos laborales en particular. La carga de la prueba de la razonabilidad, como dije, ha de tenerla la medida “regresiva”, porque la progresividad es la regla y debe perseguirse siempre, a menos que las condiciones objetivas (y no únicamente los deseos de un Gobierno o de un grupo social o empresarial), así lo impongan. La regla y el sentido del orden internacional es que los derechos laborales se extiendan y protejan más y mejor a sus titulares.