

Derecho Constitucional del Trabajo

Oscar Hernández Álvarez

DERECHO CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO
Una visión iberoamericana

Derecho Constitucional del Trabajo

Una visión iberoamericana

OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

PRÓLOGO
RAFAEL ALBURQUERQUE DE CASTRO

DERECHO CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO

Una visión iberoamericana

Autor: Oscar Hernández Álvarez

Primera edición: Agosto, 2023

Esta es una publicación de:



Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Centro de Estudios Constitucionales

Edificio Juan Pablo Duarte

Avenida 27 de Febrero esquina avenida Gregorio Luperón,

Plaza de la Bandera y del Soldado Desconocido,

Santo Domingo Oeste, República Dominicana,

Teléfonos: 809-274-4445 y 809-274-4446

www.tc.gob.do

Cuidado de la edición: Katherine Estévez

Diagramación: Yissel Casado

Diseño de portada: Enrique Read

Corrección ortográfica: Eduardo Díaz Guerra

Impresión: Serigraf

ISBN: 978-9945-643-75-6 (impreso)

ISBN: 978-9945-643-76-3 (digital)

Impreso en República Dominicana

Todos los derechos reservados

Las opiniones expresadas en esta publicación son del autor y no representan necesariamente las del Tribunal Constitucional o sus magistrados.

*A mis amigos y colegas iuslaboralistas
de América Latina y de Europa, fraternos compañeros
en la aventura vital del Derecho del Trabajo,
a quienes agradezco el fructífero intercambio
de experiencias que me ha sido fundamental
para el conocimiento de la disciplina.*

*A mis alumnos, compañeros en mi largo recorrido
por el proceso de enseñanza-aprendizaje,
en el cual nunca pude saber si era yo quien más enseñaba
o quien más aprendía. Especialmente a mis hijos laboralistas
Jaime y María Laura, alumnos en el aula y en el foro,
maestros en el complejo ejercicio del vivir.*

CONTENIDO

ABREVIATURAS	11
PALABRAS DE PRESENTACIÓN DEL MAGISTRADO PRESIDENTE DR. MILTON RAY GUEVARA	13
PRÓLOGO	17
CAPÍTULO I LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO	25
CAPÍTULO II LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	87
CAPÍTULO III LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO, TUTELA CONSTITUCIONAL O PROTECCIÓN COMO MEDIO DE TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES.	141
CAPÍTULO IV LA COLISIÓN ¿REAL O APARENTE? ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LABORAL.	201

CAPÍTULO V LOS DERECHOS LABORALES ESPECÍFICOS EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS	259
CAPÍTULO VI LOS DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS	407
CAPÍTULO VII DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO LABORAL.....	553
CAPÍTULO VIII EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES Y CORTES CONSTITUCIONALES	593
ÍNDICE ANALÍTICO	669
BIBLIOGRAFÍA.....	679

ABREVIATURAS

- C.E.** Consejo de Europa
- CIDH.** Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- O.E.A.** Organización de Estados Americanos
- O.N.U.** Organización de las Naciones Unidas
- O.U.A.** Organización de la Unidad Africana
- U.E.** Unión Europea
- OMPI** Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
- O.I.T.** Organización Internacional del Trabajo

PALABRAS DE PRESENTACIÓN DEL MAGISTRADO PRESIDENTE DR. MILTON RAY GUEVARA

Una vez más, el Tribunal Constitucional se honra en poner en circulación otra obra concerniente a la materia de su competencia jurisdiccional: el derecho constitucional. En esta ocasión se trata de la obra titulada “*Derecho Constitucional del Trabajo. Una visión iberoamericana*” del distinguido autor y doctor en derecho, Oscar Hernández Álvarez, un reconocido maestro de gran prestigio en su natal Venezuela e internacionalmente, en especial en la región iberoamericana. El doctor Hernández cuenta con una larga lista de publicaciones bibliográficas, y ha participado en numerosos congresos, seminarios, talleres y encuentros en nuestro país y en toda Iberoamérica.

Se trata de una novedosa obra para la comunidad jurídica dominicana, pues adopta un enfoque lógico-jurídico orientado exclusivamente a la óptica constitucional del derecho del trabajo. Si observamos con detenimiento el índice de su contenido, podremos comprobarlo. A modo introductorio, nos invita a analizar y conocer a profundidad lo que hoy conocemos como la constitucionalización del derecho laboral. Se abordan, en segundo lugar, los derechos fundamentales ligados al derecho del trabajo y, luego, la tutela de estas prerrogativas con rango constitucional desde su vía judicial por excelencia: el amparo. Sucesivamente, se

ejecuta un ejercicio analítico de lo que calificamos clásicamente como la colisión de los derechos fundamentales, escenario donde el juez tiene la labor de ponderar, a través de las interpretaciones regladas, previa y expresamente reconocidas desde la misma Constitución, cuáles derechos deben primar, dependiendo de la casuística que se someta a su escrutinio.

Más adelante, el autor realiza un análisis del derecho comparado, examinando de forma pormenorizada las constituciones más emblemáticas de Iberoamérica en lo relativo al derecho del trabajo. De ahí se abordan, escueta pero profundamente, aquellos derechos fundamentales que el autor decide llamar específicos e inespecíficos. Se trata (los primeros) de aquellos derechos que son taxativamente reconocidos en el texto constitucional, mientras que los segundos no encuentran una configuración formal en el referido texto, pero sí revisten una conexidad tal que pudieran considerarse, por igual, fundamentales en el ámbito del derecho del trabajo.

Finalmente, y en sus dos últimos capítulos, el autor aborda un tema de suma relevancia para la protección de los derechos fundamentales, que analiza a lo largo de su obra: sus garantías y el rol de las cortes y tribunales. Recordemos que un derecho fundamental llega a ser letra muerta si el sistema de derecho de que se trate no ofrece mecanismos judiciales y/o administrativos efectivos, que permitan proteger de una vulneración venidera o ya existente al derecho fundamental específico o a otros derechos conexos pero que recubren igual importancia.

Una autoridad de reconocido prestigio en la materia laboral nos honra con el prólogo de este libro: el ilustre maestro Rafael Albuquerque de Castro, muestra fehaciente de que nos encontramos ante una publicación que va, sin dudas, a impactar por completo al derecho constitucional dominicano y comparado, y servirá a la comunidad jurídica como pieza de apoyo en su labor

diaria, en su necesidad de conocer a profundidad el presente y el futuro del derecho del trabajo desde la óptica constitucional, a sabiendas de que nos encontramos ante una constitucionalización indetenible de todas las áreas del derecho.

Sin lugar a dudas, el derecho del trabajo es una rama del derecho social con un campo de estudio altamente especializado, donde la bibliografía es cada vez más abundante. Ante esta realidad, cuenta tenida de la gran preparación y conocimientos que posee su autor, el querido y admirado maestro y amigo, Oscar Hernández Álvarez, gran admirador de nuestro país, no cabe duda de que la obra *“Derecho Constitucional del Trabajo. Una visión iberoamericana”* constituirá un gran aporte para el crecimiento del derecho laboral en toda Iberoamérica pero, muy especialmente, para la República Dominicana.

PRÓLOGO

OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, doctor en Derecho de la Universidad Carabobo de Venezuela nos ofrece una nueva obra, que se agrega a su ya extensa bibliografía de veinticuatro libros publicados, unos de su autoría y otros que él ha coordinado. Esta vez el profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Lisandro Alvarado de Barquisimeto nos brinda un exhaustivo y enjundioso estudio sobre *“La Constitucionalización del Derecho del Trabajo. Una visión iberoamericana”* en el cual se dedica a examinar el nacimiento y la evolución del constitucionalismo social y la importancia de la Constitución como fuente de Derecho del Trabajo en América Latina.

Desde el primer capítulo de su nuevo texto, el expresidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social nos recuerda cómo desde Querétaro en 1917, con su conocido y extenso artículo 123, las constituciones de América Latina comenzaron a incorporar normas de contenido social y laboral, tales como la libertad de trabajo, el derecho al trabajo, la libertad de asociación, e incluso el derecho de huelga, y cómo, a partir de los años setenta del pasado siglo profundizaron y ampliaron el tratamiento de los derechos sociales en una nueva orientación que el maestro panameño Rolando Murgas Torraza ha calificado como “nuevo constitucionalismo social”. En este examen histórico HERNÁNDEZ ÁLVAREZ no

olvida lo acontecido en Europa con la Constitución alemana de Weimar en 1919 y la española republicana de 1931, pioneras en el Viejo Continente del constitucionalismo social, y el desarrollo experimentado por esta corriente a partir de los años finales del decenio del 70.

Su exposición histórica sobre el constitucionalismo social y su impacto en las legislaciones de trabajo en América Latina es completada con un examen de la importancia que reviste la Constitución en el Derecho Latinoamericano del Trabajo como base fundamental de su ordenamiento jurídico, así como de las garantías que se consagran para la protección de los derechos fundamentales vía la creación de tribunales especializados o de la propia jurisdicción ordinaria que ha originado una jurisprudencia que, a juicio del maestro peruano, Mario Pasco Cosmópolis, ha ido a contramano de la jurisprudencia tradicional y llegado incluso a posiciones lindantes con la función legislativa.

A partir de esta introducción el autor se expulsa en una vasto y profundo estudio sobre los derechos fundamentales y su tutela por conducto del procedimiento del amparo; examina con maestría un tema tan controversial como la colisión entre derechos fundamentales; nos brinda un análisis detallado sobre los derechos laborales específicos e inespecíficos en cada una de las legislaciones de América Latina; estudia la incorporación de los derechos y garantías constitucionales en el proceso laboral de los países del Continente para concluir con el papel jugado por los tribunales y cortes constitucionales en materia de trabajo.

Su examen sobre los derechos específicos e inespecíficos del ciudadano trabajador como del trabajador ciudadano en el orden constitucional de Iberoamérica revela la ardua labor de investigación emprendida por su autor. Es un verdadero ensayo sobre Derecho Comparado, que debió consumirle horas de búsqueda y desvelos, no solo para recopilarlos, sino también para

organizarlos y ofrecerlos al lector de un modo que le pudiera permitir su comprensión y cotejo, pues los alcances y limitaciones de estos derechos varían de país en país.

Igualmente, importantes e interesantes son las reflexiones que incluye el profesor Hernández Álvarez en temas tan trascendentes en la actualidad como lo es el denominado bloque de constitucionalidad. El maestro nos enseña que la determinación de ese bloque varía conforme a las culturas jurídicas nacionales y al desarrollo que su concepto va perfilando en las respectivas evoluciones jurisprudenciales, y advierte que dos tendencias pueden identificarse: una restrictiva, como la de Francia, que circunscribe su contenido a textos positivos internos, y otra, como la de España, que engloba en su definición las más variadas fuentes. En América Latina, explica Hernández Álvarez, se percibe una coincidencia general, que, a nuestro juicio, puede considerarse equidistante de ambas visiones, pues como se lee en la obra del maestro nuestros países incluyen en el bloque de constitucionalidad los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado, lo que no sucede ni en Francia ni en España.

Como una excepción a esta tendencia latinoamericana, las altas cortes en la República Dominicana se inclinan por una definición lata del bloque de constitucionalidad, y desde perspectiva se acercan al criterio sostenido por la jurisprudencia de España. En efecto, tanto el Tribunal Constitucional como la Suprema Corte de Justicia consideran al bloque de constitucionalidad integrado por las normas de la Constitución, los tratados y convenios sobre derechos humanos ratificados por el Congreso Nacional, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como por una serie de valores como el orden, la paz, la seguridad, la igualdad, la justicia y la libertad, que, al ser asumidos por el ordenamiento

jurídico se configuran como patrones de razonabilidad. Una noción tan amplia deriva en una indefinición notable, con el riesgo de convertir al bloque de constitucionalidad en un cajón de sastre en donde se podría incluir cualquier norma.

Otro tema que llama la atención en la obra es el análisis crítico que se ofrece sobre la técnica de la ponderación utilizada por nuestros tribunales para resolver la colisión entre derechos fundamentales. Como se sabe, gracias a ella el operador jurídico debe ponderar cuál de las soluciones inspiradas en uno u otro derecho en conflicto es más cónsona con los valores sustanciales propios del ordenamiento jurídico en juego y menos perjudicial en la vulneración que necesariamente se deberá aceptar. De este modo prevalecerá aquel de los derechos con mayor peso en el caso específico de que se trata. Pues bien, el autor entiende que existe un alto nivel de subjetividad en la técnica de la ponderación, y para sustentar su criterio apela a las opiniones de reputados tratadistas que denuncian el riesgo que se corre con la ponderación, pues esta puede conferir al juez el poder de generar derechos que pueden ir en contra del propio sistema normativo constitucional.

En la obra podremos conocer la opinión de varios autores que nos indican que la técnica de la ponderación “no es constitucionalmente adecuada para resolver los conflictos sobre derechos fundamentales”, pues todos gozan del mismo rango, sin que puedan ser jerarquizados, y por consiguiente, lo importante es delimitar el alcance de la protección que presta el derecho fundamental. Conforme a este nuevo criterio no es admisible sostener que un determinado derecho fundamental debe ceder ante otro, porque este tenga un rango inferior, sino que es la constitución que por medio de otra norma delimitada la extensión de aquella. El profesor Hernández Álvarez entiende que este nuevo criterio ofrece una solución más adecuada

que la lograda por la técnica de la ponderación debido a que elimina la subjetividad que la caracteriza. Para el autor, con la ponderación el juez ejerce un poder que excede las facultades que le son propias, pues es su valoración individual, y por tanto subjetiva, la que le permite establecer cuál de los derechos debe ceder; en cambio, con el recurso a la delimitación el juez podrá determinar con objetividad cuál de las conductas debe ser amparada por el derecho que aparentemente se encuentra en conflicto con otro, pero que realmente debe ser aplicado en el caso.

Un aporte igualmente atrayente es el estudio que el autor nos brinda sobre la tipología de las sentencias de los tribunales y cortes constitucionales. Hernández Álvarez nada tiene que objetar a las sentencias que se limitan a declarar una norma inconstitucional y a expulsarla del ordenamiento jurídico, como tampoco a aquellas que declaran cuál es la interpretación correcta de una norma, para evitar que en el futuro el operador jurídico pueda interpretarla erróneamente e incurrir en la inconstitucionalidad. No obstante, se muestra crítico con las sentencias constitucionales denominadas manipulativas en las cuales los jueces modifican la norma impugnada, sea para restringir el ámbito de aplicación de la norma o suprimir parte de su texto, sea para agregarle aspectos que han sido omitidos por el legislador o sea para declarar la inconstitucionalidad de una parte e incorporar un texto reemplazante que sea conforme a la Constitución.

En opinión del Maestro, con estas sentencias manipulativas los magistrados constitucionales ejercen una actividad que es propia del Poder Legislativo e invaden así la órbita de otro poder del Estado, pues esta atribución no está asignada a los tribunales y cortes constitucionales por la Carta Sustantiva de la nación. Las sentencias manipulativas, como lo afirma el

autor, exceden el simple control de constitucionalidad conferido por la Constitución a los magistrados constitucionales y exceden su ámbito de competencia, pues con ellas se arrojan funciones que corresponden al legislador. El tema es ampliamente desarrollado por el profesor Hernández Álvarez, quien concluye su estudio señalando que, “el tribunal constitucional actúa dentro de sus competencias cuando dicta una sentencia interpretativa propiamente dicha o una sentencia reductora o exhortativa, pero cuando introduce modificaciones, sea para agregar textos nuevos a la ley sometida a su consideración o sustituir textos, que considera inconstitucionales, por otros de su propia creación, que considera conformes a la Constitución, está realizando una labor para-legislativa que no le corresponde constitucionalmente”.

El lector tiene en sus manos una obra excepcional, de antología, fruto de la experiencia, el estudio y la investigación del profesor Oscar Hernández Álvarez, quien en su prolongada trayectoria como especialista del Derecho del Trabajo ha sido juez superior en las jurisdicciones contenciosa-administrativa y laboral del Estado Lara, Venezuela; profesor invitado de las universidades de Bordeaux I, Francia; Guayaquil, Ecuador; Salamanca, Vigo y Sevilla, España; Católica Madre y Maestra de Santo Domingo, República Dominicana, y muchas más, y expresidente de la Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Una obra que será de utilidad para todos los interesados en los estudios del neoconstitucionalismo y su penetración en la legislación laboral y un volumen que un abogado laboralista mostrará con orgullo en los anaqueles de su biblioteca.

Óscar, no solo es Maestro, es también un ser humano de condiciones excepcionales, que con su temperamento y su bonhomía cultiva amistades, lidera seminarios y congresos,

colabora con entusiasmo en los eventos académicos y anima publicaciones de su especialidad. Felicitaciones, por esta nueva obra, un logro en tu carrera editorial que será apreciado por estudiantes, abogados, profesores y jueces.

Rafael Albuquerque De Castro
Santo Domingo, Julio 2022.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

SUMARIO: I. El Derecho del Trabajo y las constituciones liberales. II. La Constitución de Querétaro. III. Tipología de normas constitucionales sociales. IV. El constitucionalismo social en América Latina. V. El constitucionalismo social en Europa. VI. El nuevo constitucionalismo social. VI.1. El Estado Social de Derecho. VI.2. La aplicabilidad directa de las normas constitucionales. VI.3. El bloque de constitucionalidad. VI.4. La incorporación constitucional de los principios del Derecho del Trabajo. VI.5. Los nuevos derechos fundamentales de los trabajadores. VI.6. Perfil reglamentario de los textos constitucionales. VI.7. El papel de la justicia constitucional. VII. La importancia de la Constitución como fuente de Derecho del Trabajo en América Latina. VIII. El bloque de constitucionalidad. IX. El bloque de convencionalidad y el control de convencionalidad. X. Conclusiones.

I. El Derecho del Trabajo y las constituciones liberales.

1. La gestación del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma fue un lento proceso iniciado a finales del Siglo XIX y constituyó fundamentalmente la respuesta de las sociedades democráticas liberales a los ingentes problemas que presentaba la denominada “cuestión social”. Frente a las alternativas revolucionarias que proclamaban la eliminación

de la propiedad privada y la instauración de la dictadura del proletariado, los estados democráticos burgueses, presionados por la presión de las luchas sociales, fueron promulgando normativas laborales particulares que, atendiendo a fines de justicia social y de protección al trabajador, crearon un régimen de excepción que se apartaba de las ideas clásicas de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar y se fue configurando lentamente una disciplina jurídica sustantiva tutelar de los trabajadores frente a la regulación tradicional que el Derecho Común hacía del contrato de arrendamiento de servicios. Esta disciplina ha sido considerada como una especie de pacto entre capital y trabajo, dentro de la óptica de la conciliación de clases. En este sentido Domingo Gil afirma que el Derecho del trabajo:

“es, en su esencia ideológica, un derecho que procura mantener indemne el statu quo del capitalismo, pues, en definitiva, es un derecho para la preservación del modelo de producción de la sociedad burguesa, caracterizada, en lo fundamental, por el predominio del capital sobre la fuerza de trabajo.”¹

En la medida en que el Derecho del Trabajo se consolida como una nueva rama del Derecho, orientada por principios fundamentales que le confieren un perfil propio y una autonomía científica, los estados comienzan a promulgar leyes generales que sistematizan en forma global la regulación del trabajo. Así, la promulgación de leyes sobre el contrato de trabajo, de leyes del trabajo y de códigos laborales, marca un hito importante en el desarrollo de esta disciplina. Este proceso, por obvias razones económicas, sociales y políticas, se cumple en primer lugar en

1 Domingo GIL, La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores, Revista Derecho del Trabajo, Universitas Fundación, N° 25, Barquisimeto, 2021, p. 51.

los países industrializados de Europa y más tardíamente en otras regiones del mundo, como la América Latina.

2. Las constituciones liberales que se fueron elaborando a partir de la Constitución de los Estados Unidos de América en 1787, y las posteriores del Siglo XIX y de inicios del Siglo XX se limitaron a estatuir las denominadas libertades clásicas, proclamadas por la revolución francesa, y que no sobrepasaban las relaciones entre el individuo y el Estado. En una segunda etapa, posterior a estas constituciones liberales, se produce una nueva vinculación entre el Derecho Constitucional y el Derecho del Trabajo. Esta vinculación es favorecida por el desarrollo de las normas laborales, que se caracterizan por ser de orden público, pues suponen la intervención estatal en el ámbito de las relaciones laborales entre particulares, estableciendo disposiciones protectoras de obligatoria aplicación, pues las partes en la relación laboral no tienen la capacidad de desaplicarlas mediante el ejercicio contractual de su autonomía de voluntad. Alburquerque señala:

“Esta naturaleza especial y particular del Derecho del Trabajo facilitó la vinculación con el ámbito público del Derecho. Así surgió un Derecho Administrativo del Trabajo, que organizó la intervención de las autoridades administrativas en las relaciones entre personas privadas y un Derecho Penal del Trabajo que se encargó de establecer los hechos incriminados en materia laboral y las sanciones a aplicar. En la esfera de lo constitucional la interrelación de ambos derechos también fue posibilitada porque de todas las ramas de las ciencias jurídicas, la del trabajo es la que más se compenetra con el entorno social y económico y en épocas de conmociones y avances revolucionarios, el hecho social desborda el ámbito estrictamente laboral hasta influir y penetrar en otras ramas de Derecho.”²²

2 Rafael ALBURQUERQUE DE CASTRO, Derecho Constitucional del Trabajo en Temas de Derecho Constitucional del Trabajo, Coordinador Manuel Herrera Carbuccia, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo, Santo Domingo, 2014, p. 26.

II. Constitución de Querétaro.

3. Una etapa importante, que demuestra la indudable jerarquía alcanzada por las normas ius laborales, está constituido por la incorporación de sus principios fundamentales a las constituciones de los estados, lo cual les da valor de garantías fundamentales que éstos establecen para sus ciudadanos. En un primer momento, no parecía factible que las normas laborales, que son normas de Derecho Privado, destinadas especialmente a regular relaciones entre particulares, tuviesen presencia en los textos constitucionales, destinados a establecer la organización del Estado y las relaciones de éste con los ciudadanos.

Es de observar que la constitucionalización no es un fenómeno exclusivo del Derecho del Trabajo, sino que se corresponde con una tendencia moderna que desplaza a la Ley por la Constitución como centro fundamental del ordenamiento jurídico de las sociedades, de modo que las constituciones no se limitan ya a establecer la estructura del Estado y los derechos primarios de los ciudadanos (derechos humanos de primera generación), sino que establecen de una manera más amplia y concreta un programa de vida de la sociedad.

El proceso de incorporación de los principios y normas laborales a los textos constitucionales, denominado constitucionalismo social, no se inició en uno de los países europeos pioneros en la disciplina laboral, sino en un país latinoamericano que en la segunda década del pasado siglo vivió una importante revolución social: México. La revolución triunfante en 1914 determinó que en varios de los estados integrantes de la Federación Mexicana se pusiesen en vigor avanzadas legislaciones sociales. Al reunirse la Asamblea Constituyente de 1917, algunos representantes plantearon la conveniencia de que la Constitución incluyese una declaración de los derechos mínimos garantizados a los trabajadores, evitando de esta

manera que el legislador federal ordinario o los legisladores de algunos estados federados promulgasen normas con un nivel de protección inferior. A este planteamiento se objetó que la técnica legislativa no aconsejaba que la Constitución contuviese una reglamentación de los derechos laborales, por ser ellos más propios de una Ley ordinaria que de la Carta Fundamental del Estado. Sin embargo, prevaleció el criterio contrario y los constituyentes aprobaron el artículo 123 de la Constitución Mexicana que establece un catálogo específico de las normas mínimas de protección a los trabajadores. Este artículo, reformado varias veces, tiene en la actualidad dos partes, la A, que regula los derechos de los trabajadores privados, tiene treinta y un párrafos o fracciones; y la parte B, que se refiere a los funcionarios públicos, tiene catorce fracciones.³

El artículo 123, más que una declaración de principios o una enunciación de garantías fundamentales del trabajo, constituye una síntesis de la base de la legislación laboral, elaborada mediante normas con carácter sustantivo y que tienen posibilidades de aplicación inmediata por los órganos administrativos y judiciales y, muy especialmente, por la jurisdicción constitucional, lo cual les confiere una particular importancia. Tales normas abarcan desde el establecimiento de derechos fundamentales como el de asociación profesional y el de huelga, hasta la regulación detallada de aspectos tan concretos como el porcentaje de remuneración adicional de las horas extraordinarias (100%) o el procedimiento para establecer la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas. Podemos afirmar que el texto mexicano dio inicio al proceso del constitucionalismo social, aun cuando

3 Para una historia detallada del proceso constituyente mexicano de 1917 véase Néstor DE BUEN, *Derecho del Trabajo*, México, 1989. Editorial Porrúa, Tomo I, pp. 330 y ss.

ninguna otra Carta Fundamental haya observado la misma técnica de especificación legislativa seguida por ella⁴.

4 El texto original del artículo 123, tal como fue aprobado por la constituyente mexicana de 1917 es el siguiente: **Art. 123.-** El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo:

I.- La duración de la jornada máxima será de ocho horas.

II.- La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de diez y seis años. Queda también prohibido a unas y otros el trabajo nocturno industrial; y en los establecimientos comerciales no podrán trabajar después de diez de la noche.

III.- Los jóvenes mayores de doce años y menores diez y seis, tendrán como jornada máxima la de seis horas. El trabajo de los niños menores de doce años no podrá ser objeto de contrato.

IV.- Por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos.

V.- Las mujeres durante los tres meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. En el mes siguiente al parto disfrutarán forzosamente de descanso, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por su contrato. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos.

VI.- El salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador será el que se considere suficiente, atendiendo las condiciones de cada región, para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia. En toda empresa agrícola, comercial, fabril o minera, los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades, que será regulada como indica la fracción IX.

VII.- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.

VIII.- El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento.

IX.- La fijación del tipo de salario mínimo y de la participación en las utilidades a que se refiere la fracción VI, se hará por comisiones especiales que se formarán en cada Municipio, subordinadas a la Junta Central de Conciliación, que se establecerá en cada Estado.

X.- El salario deberá pagarse precisamente en moneda de curso legal, no siendo permitido hacerlo efectivo con mercancías, ni con vales, fichas o cualquier otro representativo con que se pretenda substituir la moneda.

XI.- Cuando por circunstancias extraordinarias deban aumentarse las horas de jornada, se abonará como salario por el tiempo excedente, un ciento por ciento más de lo fijado por las horas normales. En ningún caso de trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias, ni de tres consecutivas. Los hombres menores de diez y seis años y las mujeres de cualquiera edad, no serán admitidos en esta clase de trabajos.

XII.- En toda negociación agrícola, industrial, minera o cualquiera otra clase de trabajo, los patronos estarán obligados a proporcionar a los trabajadores, habitaciones cómodas o higiénicas, por las que podrán cobrar rentas que no excederán del medio por ciento mensual del valor catastral de las fincas. Igualmente deberán establecer escuelas, enfermerías y demás servicios necesarios a la comunidad. Si las negociaciones estuvieren situadas dentro de las poblaciones, y ocuparen un número de trabajadores mayor de cien, tendrán la primera de las obligaciones mencionada.

XIII.- Además, en estos mismos centros de trabajo, cuando su población exceda de doscientos habitantes, deberá reservarse un espacio de terreno que no será menor de cinco mil metros cuadrados, para el establecimiento de mercados públicos, instalación de edificios destinados a los servicios municipales y centros recreativos. Queda prohibido en todo centro de trabajo el establecimiento de expendios de bebidas embriagantes y de casas de juego de azar.

XIV.- Los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aún en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.

XV.- El patrono estará obligado a observar en la instalación de sus establecimientos, los preceptos legales sobre higiene y salubridad, y adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte para la salud y la vida de los trabajadores la mayor garantía compatible con la naturaleza de la negociación, bajo las penas que al efecto establezcan las leyes.

XVI.- Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.

XVII.- Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y los patronos, las huelgas y los paros.

XVIII.- Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciere actos violentos contra las

personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquéllos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependan del Gobierno. Los obreros de los establecimientos fabriles militares del Gobierno de la República, no estarán comprendidos en las disposiciones de esta fracción, por ser asimilados al Ejército Nacional.

XIX.- Los paros serán lícitos únicamente cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje.

XX.- Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo, se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno.

XXI.- Si el patrono se negare a someter sus diferencias al Arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la Junta, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Si la negativa fuere de los trabajadores, se dará por terminado el contrato de trabajo.

XXII.- El patrono que despidiera a un obrero sin causa justificada, o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. Igualmente tendrá esta obligación cuando el obrero se retire del servicio por falta de probidad de parte del patrono o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos o hermanos. El patrono no podrá eximirse de esta responsabilidad, cuando los malos tratamientos provengan de dependientes o familiares que obren con el consentimiento o tolerancia de él.

XXIII.- Los créditos en favor de los trabajadores por salario o sueldos devengados en el último año, y por indemnizaciones, tendrán preferencia sobre cualquiera otros en los casos de concurso o de quiebra.

XXIV.- De las deudas contraídas por los trabajadores a favor de sus patronos, de sus asociados, familiares o dependientes, sólo será responsable el mismo trabajador, y en ningún caso y por ningún motivo se podrá exigir a los miembros de su familia, ni serán exigibles dichas deudas por la cantidad excedente del sueldo del trabajador en un mes.

XXV.- El servicio para la colocación de los trabajadores, será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas del trabajo o por cualquiera otra institución oficial o particular.

XXVI.- Todo contrato de trabajo celebrado entre un mexicano y un empresario extranjero, deberá ser legalizado por la autoridad municipal competente y visado por el Cónsul de la Nación a donde el trabajador tenga que ir, en el concepto de que además de las cláusulas ordinarias, se especificará claramente que los gastos de repatriación quedan a cargo del empresario contratante.

XXVII.- Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato:

- (a). Las que estipulen una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo.

III. Tipología de normas constitucionales sociales

4. El alcance y naturaleza de las normas sociales contenidas en una Constitución puede ser de distinto tipo. Pueden constituir declaraciones de principios teóricos que, aun siendo muy importantes, no son susceptibles de ser aplicables inmediatamente. Por ejemplo: *“el trabajo es un derecho y una obligación social”*. Otras normas establecen un programa de acción legislativa que deberá desarrollar el legislador ordinario: *“el Estado establecerá un sistema de seguridad social para los trabajadores”* *“El Estado propiciará la creación de un banco de propiedad de los trabajadores.”*

-
- (b). Las que fijen un salario que no sea remunerador a juicio de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.
 - (c). Las que estipulen un plazo mayor de una semana para la percepción del jornal.
 - (d). Las que señalen un lugar de receso, fonda, café, taberna, cantina o tienda para efectuar el pago del salario, cuando no se trate de empleados en esos establecimientos.
 - (e). Las que entrañen obligación directa o indirecta de adquirir los artículos de consumo en tiendas o lugares determinados.
 - (f). Las que permitan retener el salario en concepto de multa.
 - (g). Las que constituyan renuncia hecha por el obrero de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidente del trabajo, y enfermedades profesionales, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato o despedirse de la obra.
 - (h). Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores.

XXVIII.- Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios.

XXIX.- Se consideran de utilidad social: el establecimiento de Cajas de Seguros Populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y otros con fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de Instituciones de esta índole, para infundir e inculcar la previsión popular.

XXX.- Asimismo serán consideradas de utilidad social, las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas, destinadas a ser adquiridas en propiedad, por los trabajadores en plazos determinados.

Un tercer tipo de preceptos constitucionales establecen, aun cuando formuladas de manera muy general, normas jurídicas susceptibles de aplicación inmediata y cuyo cumplimiento puede ser accionado por los ciudadanos ante los tribunales, por ejemplo: *“los trabajadores tienen el derecho a la huelga”*.

IV. El constitucionalismo social en América Latina.

5. En América Latina tuvo amplia acogida la tendencia de incorporar en los textos constitucionales artículos referentes a los derechos de los trabajadores. En algunos casos, como la constitución de Chile en 1925, la reforma constitucional colombiana de 1936, las constituciones de Honduras, y de Venezuela del mismo año y la de El Salvador de 1939, se trató de declaraciones generales atinentes, entre otras materias, a la protección del trabajo, al trabajo de mujeres y menores, a la terminación de la jornada y al descanso, a la libertad de asociación e incluso, al derecho de huelga. Otras Constituciones, inspiradas por el cauce abierto por el modelo mexicano, aun cuando con un grado de elaboración menor que el logrado en el referido artículo 123, definen, con mayor o menor precisión, los derechos que el Estado garantiza a los trabajadores. Entre tales derechos suelen figurar los siguientes: libertad de trabajo, derecho al trabajo y deber de trabajar; irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados por la Constitución y por la Leyes; derecho a una remuneración equitativa, salario mínimo obligatorio, protección legal al salario; participación en los beneficios de las empresas, limitación a la jornada; descanso semanal remunerado; vacaciones remuneradas; normas protectoras de mujeres y menores; libertad sindical, protección a la negociación colectiva, derecho de huelga; seguridad social, etc. Entre las primeras constituciones que siguieron esta segunda modalidad podemos citar la de Perú de 1934; la de Uruguay del mismo año; la de Bolivia de 1938, la

de Nicaragua de 1939; la de Cuba de 1940; la de Guatemala de 1946; y la de Ecuador del mismo año. Es conveniente destacar que, entre todos estos textos, la Constitución Uruguaya de 1934, con sus reformas de 1952 y 1967, ha tenido una especial importancia como fuente de derecho, en virtud del abstencionismo legislativo que durante mucho tiempo prevaleció en ese país en materia de Derecho Colectivo de Trabajo.⁵

A lo largo del siglo pasado y en lo que va del presente muchas constituciones fueron reformadas o sustituidas, pero la tendencia al constitucionalismo social del Derecho del Trabajo ha prevalecido, al punto de que algunas nuevas Constituciones optaron por sustituir una declaración general de principios, por un articulado más detallado en materia de derechos laborales. Así, las Constituciones venezolana de 1961 y su antecedente de 1947 estatuyeron los derechos sociales garantizados por el Estado en una forma mucho más precisa que la originalmente establecida en la declaración contenida por el viejo texto de 1936. La Constitución de 1999 continuó esta tendencia. Al desarrollo de lo que se ha llamado el nuevo constitucionalismo está dedicado el punto 6 del presente capítulo.

En fin, es totalmente cierta la afirmación de Martín Carrillo Calle cuando dice: que *“en los países hispanoamericanos, está totalmente superado el debate sobre la inclusión o no de dispositivos laborales en sus textos constitucionales”* ... *“lo que hoy se incluye en la agenda, es el grado de detallismo o generalidad de las disposiciones, así como la incorporación, al mismo nivel y jerarquía, de las garantías de eficacia de los derechos reconocidos”*⁶.

5 Esta tradición de abstencionismo sufre un notable cambio con las disposiciones establecidas en la Ley 18556 del sistema de negociación colectiva de 2009.

6 Martín CARRILLO CALLE, *Los Derechos Laborales en Las Constituciones Hispanoamericanas: Bases para un Estudio Comparado en Constitución, Trabajo y Seguridad Social, Asociación Laboral para el desarrollo, ADEC-ATC, Lima; 1993.*

V. El constitucionalismo social en Europa.

6. Aun cuando el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo ha sido, por razones que señalaremos adelante, particularmente importante en América Latina, no es exclusivo de la región. En Europa tuvo su primera manifestación después de la primera post guerra en la Constitución republicana alemana de Weimar de 1919, la cual, aun cuando con un desarrollo menor que el contenido en la Constitución de Queretaro, incorporó importantes normas sociales. Así, declaró que el trabajo está colocado bajo la protección particular del Estado, que crearía un Derecho Unitario del Trabajo. Asimismo, esta carta constitucional destacó la importancia de la reglamentación internacional del trabajo a fin de garantizar a la clase obrera de todo el mundo un mínimo de derechos sociales y consagró una serie de derechos que el Estado alemán garantizaba a los trabajadores: el derecho al trabajo y el deber del Estado a proveer a la subsistencia de quien no tuviese acceso al mismo; la organización de un sistema de seguros sociales; el derecho de empleadores y trabajadores a la organización profesional y la participación de los trabajadores en pie de igualdad con los patronos en la determinación de los salarios, de las condiciones de trabajo y, lo que es más amplio, de la forma en que deberán desarrollarse las fuerzas económicas de producción.⁷ Años después, la Constitución española de 1931,⁸

7 Sobre la Constitución de Weimar puede verse, Reinhard RÜRUP, Génesis y fundamentos de la Constitución Weimar, https://web.archive.org/web/20120621012208/http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer5_05.pdf

8 El artículo 46 de la Constitución española de 1931 decía: Artículo 46: El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones

recogió la inspiración de Weimar y proclamó la vigencia para la nueva República de los principios fundamentales de protección al trabajo, de libertad de organización profesional y de seguridad social, estableciendo además un programa legislativo obligatorio para el Estado, el cual, incluía, además de los seguros sociales, la protección de mujeres y jóvenes; la jornada de trabajo; el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; la participación de los obreros en la dirección, administración y beneficios de las empresas; las condiciones del obrero español en el extranjero, etc.⁹ El advenimiento del nacional-socialismo alemán y el triunfo del franquismo en la Guerra Civil española dieron al traste con las constituciones que acabamos de referir.

Después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, el constitucionalismo social vive una etapa de renovación y vuelve a manifestarse en algunas constituciones europeas, aun cuando un tanto tímidamente. En Italia, en 1947, se promulgó una nueva Constitución cuyo primer artículo proclama que “Italia es una república democrática fundada sobre el trabajo” Este texto dice que “la república protege al trabajo en todas sus formas y manifestaciones” y además de hacer declaraciones generales de principios fundamentales en materia social, establece un programa de acción legislativa en materia de previsión y seguridad social, derecho individual y derecho colectivo del trabajo y contiene algunas normas específicas, referentes a la libertad sindical, el derecho de huelga, a la estipulación de contratos

del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económica jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores.

9 Sobre la Constitución española de 1931 puede verse: Niceto ALCALÁ-ZAMORA, Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional, Madrid, 1981; Santos JULIÁ, La Constitución de 1931, Iustel, Madrid, 2009.

colectivos obligatorios para todos los miembros, las categorías profesionales a las cuales se refieren, a la limitación de la jornada de trabajo, al descanso semanal y a las vacaciones anuales pagadas, a la igualdad del hombre y la mujer en el trabajo, a la remuneración, a la asistencia social y a la seguridad social. Esta Constitución tuvo una gran importancia como fuente efectiva, pues sus normas jugaron un papel fundamental en el Derecho del Trabajo italiano, pues, durante mucho tiempo, el mismo se caracterizó por un cierto abstencionismo legislativo, que determinó que los preceptos constitucionales, considerados por la jurisprudencia como normas de aplicación inmediata, constituyeron el marco normativo en que se sustentó el sistema de relaciones profesionales en Italia con anterioridad a la vigencia del Estatuto de los Trabajadores, promulgado en 1970 y, más recientemente, con algunas disposiciones especiales de orden legislativo y autonómico.¹⁰ Esta peculiar situación italiana presentaba ciertos rasgos de similitud con la anteriormente referida del Uruguay.

La Constitución alemana de 1949 es mucho más modesta en esta materia que la Constitución de Weimar; la francesa de 1946 no incorporó los principios sociales en el texto mismo de la Constitución, sino que los enunció en forma general en su preámbulo, el cual conserva vigencia por remisión expresa de la Constitución de 1958. En Francia se ha producido una abundante jurisprudencia en materia social, especialmente por parte del Consejo Constitucional, sobre la base de la aplicación de

10 Sobre este texto italiano puede verse La Constitución Italiana de 1947, Anibal S QUINTEROS MARENGO, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/12812/11477>, Valerio ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2004; Giuliano AMATO, *La Costituzione italiana fra le costituzioni del dopoguerra* (2008), in *Le istituzioni della democrazia*, Il Mulino, 2014,

los principios contenidos en el preámbulo de la Constitución de 1946¹¹. La Constitución de Luxemburgo de 1948 también garantiza en forma general la protección a la salud y al reposo de los trabajadores y garantías sindicales¹².

VI. El nuevo constitucionalismo social.

7. A partir de finales de los años setenta del siglo pasado, los textos constitucionales aprobados en Grecia,¹³ Portugal¹⁴ y España¹⁵, a raíz de la caída de los regímenes dictatoriales de los coroneles griegos, de Salazar y de Franco, hacen un amplio desarrollo de los derechos sociales.

Los artículos 22 y 23 de la Constitución griega contiene importantes y amplias disposiciones en materia de derechos sociales. Aparte de declarar que el trabajo está bajo la protección del Estado, la Constitución establece normas específicas como igual remuneración por trabajo de igual valor, la celebración de convenios colectivos de trabajo y arbitrajes, la prohibición de trabajo obligatorio, la seguridad social de los trabajadores, la garantía de la libertad sindical y el derecho de huelga.

-
- 11 Antoine JEAMMAUD, «Constitutionnalisation rampante» du droit du travail français, *les Cahiers de droit* (Facultad de Derecho de la Universidad Laval, Québec), n° de mars-juin 2007, pp. 93 y ss.
 - 12 Communauté Européenne du Charbon et de L'Acier. Les sources du droit du travail, Luxembourg, 1962.
 - 13 Sobre la Constitución griega puede verse Pavlos ELEFThERiADiS Constitutional Reform and the Rule of Law in Greece, <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01402380500059777>
 - 14 Sobre la Constitución portuguesa de 1976 puede verse: J GÓMEZ CANOTILHO / Vital MOREIRA, *a Constituição da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
 - 15 Sobre la Constitución española de 1978 puede verse: Estudios sobre la Constitución española Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), Civitas, Madrid, 1991.

La Constitución portuguesa de 1975 (Arts. 53 a 59) contiene un vasto elenco de derechos laborales, sólo comparable al de la Constitución de Querétaro, aun cuando con un tratamiento menos detallado. Entre otras cosas, se garantiza a los trabajadores la seguridad en el empleo y se prohíben los despidos sin causa justa o por motivos políticos e ideológicos; se reconoce a los trabajadores la libertad sindical, estableciéndose en términos amplios el carácter democrático e independiente de los sindicatos, especificándose las diversas manifestaciones de dicha libertad y otorgando a los sindicatos derechos tan importantes como los de participar en la elaboración de la legislación del trabajo, participar en la gestión de las instituciones de seguridad social y otras organizaciones que se propongan satisfacer los intereses de los trabajadores, dar su opinión en los planes económicos y sociales y supervisar su implementación, estar representados en los órganos de conciliación social de conformidad con la ley y participar en procesos de reestructuración corporativa, especialmente en relación con acciones de capacitación o cuando se modifiquen condiciones de trabajo; se establece que los trabajadores tienen derecho a crear comisiones de trabajadores para la defensa de sus intereses y la intervención democrática en la vida de la empresa, a las cuales se les otorga protección legal e importantes facultades de participación y control en la gestión de las empresas; se garantiza el derecho al trabajo y el derecho de los trabajadores a la retribución de su trabajo según la cantidad, naturaleza, y calidad del mismo, con observancia del principio a trabajo igual, salario igual, de tal forma que garantice la existencia digna, a una organización del trabajo en condiciones socialmente dignas, que faciliten la realización de la persona y hagan posible la conciliación de la vida profesional y familia, a la prestación del trabajo en condiciones de higiene, seguridad y salud, al descanso y al ocio, a un límite máximo de la jornada de trabajo, al descanso

semanal y a las vacaciones periódicas pagadas, a la asistencia material cuando el trabajador se encuentre involuntariamente desempleado, a la asistencia y adecuada reparación cuando el trabajador es víctima de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional. Se establecen una serie de deberes sociales del Estado, entre ellos la puesta en marcha de políticas de empleo; el establecimiento y la actualización del salario mínimo nacional, así como del salario máximo, teniendo en consideración, entre otros factores, las necesidades de los trabajadores, el aumento del coste de la vida, el nivel de desarrollo de las fuerzas productivas; las exigencias de la estabilidad económica y financiera y la acumulación para el desarrollo; la fijación de un horario nacional de trabajo; la protección especial del trabajo de las mujeres durante el embarazo y después del parto, así como del trabajo de los menores, de los que tengan mermadas sus facultades y de los que desempeñen actividades especialmente violentas o en condiciones insalubres; tóxicas o peligrosas; en cooperación con las organizaciones sociales asegurar el desarrollo sistemático de una red de centros de descanso; proteger las condiciones de trabajo de los trabajadores emigrantes y garantizar sus beneficios sociales; proteger las condiciones de trabajo de los trabajadores.

La Constitución española de 1978, que define a España como un Estado de Derecho Social y Democrático, no comprende una enunciación de los derechos de los trabajadores, sino que se concentra más bien en lo referente a la libertad sindical y el derecho de huelga y a la negociación colectiva (Arts. 28 y 37) y en establecer ciertos deberes sociales a los poderes públicos (Arts. 40 a 42), tales como el de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica; de realizar una política orientada al pleno empleo; de fomentar una política que ga-

rantice la formación y readaptación profesionales; de velar por la seguridad e higiene en el trabajo; de mantener un régimen público de Seguridad Social; de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, orientando su política hacia su retorno; de garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados, que es una de las pocas referencias que hace a derechos individuales de los trabajadores. Además se establece el deber de trabajar y el derecho al trabajo, la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo (Art. 35).

Es de observar que la constitución francesa de 1958 no se encuadra en la anterior orientación, pues su texto hace poca referencia a los derechos sociales, limitándose a establecer la vigencia del preámbulo de la Constitución de 1946, sobre cuya base la jurisprudencia ha venido construyendo lo que Jeammaud califica como una “constitucionalización progresiva”.¹⁶

La anterior orientación es seguida en los textos constitucionales de Ecuador de 1979, de Perú de 1980, reformado en 1993, de Honduras de 1982, de Haití de 1983, el de Nicaragua en 1986 y con mayor vigor, en las últimas reformas constitucionales (Brasil 1988, Colombia y Paraguay 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008, Bolivia 2009, República Dominicana 2010, y Cuba, 2019) constituyendo una nueva generación de constituciones que profundizan y amplían el tratamiento constitucional de los derechos sociales. En efecto, estas constituciones establecieron un desarrollo de los derechos laborales

16 Antoine JEAMMAUD, ob. cit. en la nota 11, pp. 93 y ss.

más amplio que el contenido en sus precedentes. Entre otras materias consagran los principios generales del Derecho del Trabajo; el derecho al trabajo; la protección del trabajo; el derecho a la igualdad y no discriminación; la libertad sindical, comprendiendo el derecho a la sindicalización, la protección legal a los sindicatos, el derecho a la negociación colectiva y a la huelga; el derecho a la seguridad social; el derecho a la formación profesional; el derecho a un salario suficiente, la protección del salario y el principio de igual salario para trabajo de igual valor; protección a la maternidad y a los menores; limitación de la jornada de trabajo y descansos y vacaciones remuneradas; protección del empleo; condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. De todas estas constituciones la que hace un tratamiento más detallado de los derechos laborales, al estilo de Querétaro, es la de Brasil.¹⁷

17 La constitución de Brasil de 1988 contiene las siguientes disposiciones laborales: Art. 6. Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, el descanso, la seguridad, la previsión social, la protección de la maternidad. Art. 7. Son Derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social:

1. el contrato de trabajo protegido contra el despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de la ley complementaria que establecerá indemnización compensatoria, entre otros derechos;
2. el seguro de desempleo, en caso de desempleo involuntario;
3. el fondo de garantía del tiempo de servicio;
4. el salario mínimo, fijado en ley y unificado para toda la nación, capaz de atender sus necesidades vitales básicas y las de su familia como vivienda, alimentación, educación, salud, descanso, vestido, higiene, transporte y seguridad social, con reajustes periódicos que preserven el poder adquisitivo, quedando prohibida su afectación a cualquier fin;
5. el salario base proporcional a la extensión y a la complejidad del trabajo;
6. irreductibilidad de salario, salvo lo dispuesto en convenio o acuerdo colectivo;
7. la garantía de un salario, nunca en la remuneración íntegra o en el valor de la pensión de jubilación;
8. el décimo tercer salario en base en la remuneración íntegra o el valor de la pensión de jubilación;
9. la remuneración del trabajo nocturno superior a la del diurno;

10. la protección del salario en la forma de la ley, constituyendo delito su retención dolosa;
11. la participación en los beneficios, o resultados, desvinculada de la remuneración, y excepcionalmente, participación en la gestión de la empresa, conforme a lo señalado en la ley;
12. el salario familiar para sus dependientes;
13. La duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y a cuarenta y cuatro semanales, facultándose la compensación de horarios y la reducción de jornada, mediante acuerdo o convenio colectivo de trabajo;
14. la jornada de seis horas para el trabajo realizado en turnos ininterrumpidos de alternancia, salvo negociación colectiva;
15. El descanso semanal remunerado, preferentemente en domingo;
16. La remuneración de horas extraordinarias superior, como mínimo, en un cincuenta por ciento a las normales;
17. el disfrute de vacaciones anuales remuneradas, por lo menos con un tercio más, que el salario
18. la licencia de embarazo, sin perjuicio del empleo y, del salario, con una duración de ciento veinte días;
19. la licencia de paternidad, en los términos fijados en la ley;
20. la protección del mercado de trabajo de la mujer mediante incentivos específicos, en los términos de la ley;
21. el aviso previo proporcional al tiempo de servicio, siendo como mínimo de treinta días, en los términos de la ley;
22. la reducción de riesgos inherentes al trabajo, por medio de normas de salud, higiene y seguridad;
23. la remuneración adicional para las actividades penosas, insalubres o peligrosas, en la forma de la ley;
24. la jubilación;
25. la asistencia gratuita a los hijos y personas dependientes desde el nacimiento hasta los seis años de edad en guardería y centros preescolares;
26. el reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos;
27. la protección frente a la automatización, en la forma de la ley;
28. el seguro contra accidentes de trabajo, a cargo del empleador, sin excluir la indemnización a que este está obligado, cuando incurriese en dolo o culpa;
29. la acción, en cuanto a los créditos resultantes de las relaciones laborales, con plazo de prescripción de:
 1. cinco años para el trabajador urbano, con el límite de dos años después de la extinción del contrato;
 2. hasta dos años después de la extinción del contrato para el trabajador rural;
30. la prohibición de diferencias salariales, de ejercicio de funciones y de criterios de admisión por motivos de sexo, edad, color o estado civil;
31. la prohibición de cualquier discriminación, en lo referente al salario y a criterios de admisión, del trabajador portador de deficiencias;

Todo este desarrollo constitucional ha dado lugar a lo que Rolando Murgas Torraza llama el “nuevo constitucionalismo social”, cuyas características enuncia así:

32. la prohibición de distinción entre trabajo manual, técnico e intelectual, o entre los profesionales respectivos;

33. la prohibición del trabajo nocturno, peligroso o insalubre a los menores de dieciocho años y de cualquier trabajo a las menores de catorce, salvo en condición de aprendiz;

34. la igualdad de derechos entre el trabajador con vínculo laboral permanente y el trabajador eventual. Párrafo único. Están aseguradas a la categoría de los trabajadores domésticos los derechos previstos en los incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI y XXIV, así como su integración en la seguridad social.

Art. 8. Es libre la asociación profesional o sindical, observándose lo siguiente: 1. la ley no podrá exigir autorización del Estado para la fundación de un sindicato, salvo el registro en el órgano competente, prohibiéndose al poder público la intervención en la organización sindical; 2. está prohibida la creación de más de una organización sindical, en cualquier grado, representativa de una categoría profesional o económica, en la misma base territorial, la cual será definida por los trabajadores o empleados interesados, no pudiendo ser inferior al área de un Municipio; 3. compete al sindicato la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de la categoría, incluso en cuestiones jurídicas o administrativas; 4. la Asamblea General fijará la contribución que, tratándose de categoría profesional, será descontada de la nómina, para el sostenimiento del sistema confederativo de la representación sindical respectiva, independientemente de la contribución prevista en la ley; 5. nadie estará obligado a afiliarse o a mantenerse afiliado a un sindicato; 6. es obligatoria la participación de los sindicatos en las negociaciones colectivas de trabajo; 7. el jubilado afiliado tendrá derecho a votar y a ser votado en las organizaciones sindicales; 8. está prohibido el despido del empleado afiliado desde el registro de la candidatura a cargo de dirección o representación sindical y, si fuera elegido, aunque fuese de suplente; hasta un año después de la finalización del mandato, salvo que cometiese una falta grave en los términos de la ley. Párrafo único. Las disposiciones de este artículo se aplican a la organización de sindicatos rurales y de colonias de pescadores respetando las condiciones que la ley establezca.

Art. 9. Se garantiza el derecho de huelga, correspondiendo a los trabajadores decidir sobre la oportunidad de su ejercicio y sobre los intereses que deban defenderse por medio de él. 1o. La ley definirá los servicios o actividades esenciales y regulará la satisfacción de las necesidades inaplazables de la comunidad. 2o. Los abusos cometidos someten a los responsables a las penas de la ley. Art. 10. Está asegurada la participación de los trabajadores y empleadores en las asambleas de los órganos públicos en que sus intereses profesionales o de seguridad social sean objeto de discusión y deliberación. Art. 11. En las empresas de más de doscientos empleados está asegurada la elección de un representante de éstos con la finalidad exclusiva de promover el entendimiento directo con los empleadores.

- “1. Se estatuye el llamado Estado Social de Derecho.*
- 2. Inclusión de normas directamente aplicables y posibilidad de acceso a su tutela judicial, sin necesidad de desarrollo legislativo específico.*
- 3. Incorporación al bloque de constitucionalidad o supremacía de los convenios internacionales sobre derechos humanos sobre la legislación ordinaria.*
- 4. Incorporación expresa de varios de los llamados principios del Derecho del Trabajo.*
- 5. Incorporación a los textos constitucionales de nuevos derechos fundamentales de los trabajadores.*
- 6. Perfil reglamentario de los textos constitucionales.*
- 7. Importante papel de los tribunales, salas y cortes constitucionales en la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionalmente garantizados.”¹⁸*

Siguiendo el acertado esquema propuesto por Murgas, veamos con detalle estas características:

VI.1. El Estado Social de Derecho.

8. Bajo las influencias de las doctrinas keynesianas y muy especialmente durante los “treinta años gloriosos” de la post guerra se fue afianzando la concepción del “Estado de Bienestar Social”, como un modelo de organización del Estado y de la sociedad que privilegia la formulación y aplicación de políticas públicas destinadas al logro de condiciones de bienestar para

18 Rolando MURGAS TORRAZZA, El Nuevo Constitucionalismo Social y su Relación con la Protección del Trabajo y con los Derechos Sociales como Derechos Humanos, en Revista Derecho del Trabajo, N° 15, Fundación Universitas, Barquimeto, 2013.

la generalidad de la población. El Estado de Bienestar Social emplea políticas fiscales y de redistribución de la riqueza que permiten el establecimiento de planes gratuitos o de bajo costo y universales de educación, salud, vivienda y otros beneficios sociales, así como el establecimiento de una legislación laboral proteccionista y de un eficiente sistema de seguridad social. Dentro de esta misma orientación, las constituciones de muchos estados, partiendo de la Constitución alemana de 1949, adoptaron la definición de estados sociales, democráticos o, como lo expresan las constituciones de España (1978), Colombia (1991), Paraguay (1992), Venezuela (1999), Bolivia (2009) y República Dominicana (2010) de estados sociales de derecho. El Estado Social de Derecho, dice Murgas, “es una concepción del Estado que busca mantener un equilibrio entre los tradicionales derechos individuales y una necesaria intervención del Estado, que asegure objetivos de justicia social, como una forma de atemperar las desigualdades materiales existentes en la sociedad.”¹⁹ Las constituciones que adoptan esta forma asignan al Estado el deber fortalecer y garantizar los derechos sociales, económicos y culturales de los ciudadanos. Es de observar que esta concepción se refleja de manera muy importante en el Derecho del Trabajo, el cual, como lo señala Sanguinetti, constituye “manifestación emblemática y principal del Estado Social”²⁰

Es de observar que, no obstante estas declaraciones constitucionales, la crisis de los años setenta favoreció la expansión de una concepción contraria, el neoliberalismo, según la cual el buen funcionamiento de la economía supone una drástica

19 *Ibidem*, p. 33

20 Wilfredo SANGUINETTI RAYMOND, *Derecho Constitucional del Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima, 200, p.15.

limitación de las funciones del Estado en la sociedad, de manera que se implante una economía libre de mercado, caracterizada principalmente por drásticas reducciones del gasto público y de la oferta monetaria, privatización de las empresas estatales, eliminación de obstáculos para la libre empresa, reducción del proteccionismo arancelario y fomento de la inversión extranjera. En materia social el neoliberalismo propugna la reducción de las políticas públicas sociales y, concretamente, en materia laboral, hace un llamado al retorno de la autonomía de la voluntad como fuente principal de la regulación de las relaciones de trabajo, propugnando la eliminación de lo que denomina rigideces proteccionistas que, sostiene, por crear distorsiones en la economía, en lugar de favorecer terminan perjudicando a la clase trabajadora. El neoliberalismo postula que debe dejarse al mercado libre para que funcione conforme a sus propias Leyes, lo cual, en definitiva, significa para el Derecho Laboral el abandono de la función tutelar de los trabajadores que caracteriza su esencia jurídica.

El pensamiento neoliberal, que alcanzó su más destacada expresión en la denominada Escuela de Chicago, liderada por Milton Friedman, ejerció una importante influencia en las políticas económicas y sociales llevadas a cabo en la dictadura militar de Augusto Pinochet en Chile, pero alcanzó su mayor expansión durante los Gobiernos de Reagan y Thatcher en los Estados Unidos y en el Reino Unido en la década de los ochenta en el siglo pasado. Posteriormente, los resultados de las políticas neoliberales favorecieron su cuestionamiento, pero aun cuando el pensamiento neoliberal ha perdido el auge que desarrolló en los referidos momentos, sigue ejerciendo influencia en distintos sectores y constituye un importante obstáculo a la fortaleza de la legislación social protectora y al normal desenvolvimiento de la acción sindical.

VI.2. La aplicabilidad directa de las normas constitucionales.

9. Ya se señaló en el punto 4 del presente capítulo que las normas sociales contenidas en una Constitución pueden constituir declaraciones de principios teóricos, establecer un programa de acción legislativa o establecer normas jurídicas susceptibles de aplicación inmediata y cuyo cumplimiento puede ser accionado por los ciudadanos ante los Tribunales.

Señala Iván Castro Patiño:

“las constituciones modernas tienen un mayor grado de complejidad que las constituciones de los inicios del constitucionalismo decimonónico. Ya no se limitan, como tradicionalmente lo hacían, a establecer sólo las normas básicas de la organización del Estado y a garantizar derechos civiles y políticos. En la actualidad, los textos constitucionales han dejado de ser meras cartas políticas, organizativas del poder, para consagrar en sus textos nuevos y fundamentales derechos, denominados por la doctrina como derechos de segunda y tercera generación, destinados a promover el bienestar económico, social, cultural, consagrar la paz, la preservación del medio ambiente, el derecho al desarrollo, entre otros.”²¹

En este orden de ideas, la figura tradicional de las denominadas “normas programáticas”, que establecen mandatos dirigidos al legislador o a otras autoridades que están en el deber de desarrollar la directriz formulada por la norma, pierden presencia ante la incorporación cada vez más frecuentes de las denominadas “normas preceptivas u operativas” destinadas a ser aplicadas directamente, sin necesidad de intermediación

21 Iván CASTRO PATIÑO, “La clasificación de las normas constitucionales” en Revista Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil, Enero 2004, p. 57

legislativa y cuyo aplicación a casos concretos es susceptible de ser accionada judicialmente. La “operatividad” o “receptividad” de estas normas proviene en algunos casos de su propia redacción y estructura (Por ejemplo: “*Se garantiza el pago de igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación de género o de otra índole y en idénticas condiciones de capacidad, eficiencia y antigüedad*” Artículo 62.9. de la Constitución de la República Dominicana); en otros casos de una declaración de la propia constitución (el artículo 22 de la Constitución de Venezuela, refiriéndose a los derechos y garantías contenidos en la constitución, dice: “*La falta de Ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*” y el artículo 11.3 de la Constitución de Ecuador dice: “*Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte*”). En fin, esta “operatividad” puede fundamentarse en un pronunciamiento judicial. Así, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana dijo en un fallo del año 2008:

“La Constitución ha dejado de ser un mero programa político, como era entendido por muchos y para convertirse en una verdadera norma jurídica sustantiva, como resultado de este nuevo enfoque, la Constitución es ubicada dentro del sistema de fuentes del Derecho y tal como su aplicación constituye una fuente para dar solución a los problemas jurídicos que se presenten, la Constitución es, pues, una norma directamente aplicable, y todo ciudadano puede invocarla en su favor para la solución de los diferendos jurídicos”²²

22 Sentencia de 12 de Noviembre del 2008, Núm. 15, BI 1176, Vol. II, pp. 871,872 en Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral de la Suprema Corte de Justicia, M.R. Herrera Carbuccia, Santo Domingo, 2015, p.140

Las más recientes normas constitucionales en materia laboral están redactadas de manera que no sólo determinan su aplicación directa, sin necesidad de Ley reglamentaria de su ejercicio, sino que condicionan la acción del legislador en materia laboral, pues establecen un marco normativo que configuran un sistema jurídico laboral del cual no puede apartarse el legislador ordinario. En este sentido Wilfredo Sanguinetti apunta:

*“en materia laboral, las constituciones no se contentan con delegar en el legislador la regulación sustantiva de las instituciones, ofreciéndole solamente pautas de carácter genérico, sino que optan por compartir con él la tarea de su diseño. De allí que se haya dicho que la norma fundamental posee una ‘virtualidad conformadora’ del ordenamiento laboral muy superior a la que ostenta tratándose de las otras disciplinas jurídicas privadas, en la medida en que, especialmente a través del sistema de derechos por ella previsto, estructura y delimita los criterios y principios que han de presidir su construcción.”*²³

Con igual orientación Villaverde Menéndez dice:

*“la apertura de los derechos fundamentales se impone a la libertad configuradora del legislador como un límite a la misma, ciñéndose a específicas opciones constitucionalmente posibles para la mencionada concreción y sometiéndole a un riguroso principio de intervención mínima, la cual debe estar siempre expresamente prevista”*²⁴

VI.3. El bloque de constitucionalidad.

10. Más allá de las normas contenidas expresamente en la constitución, se ha desarrollado el concepto de la existencia de un bloque de constitucionalidad que comprende, fuera de la

23 Wilfredo SANGUINETTI RAYMOND, ob. cit. en la nota 20, p. 143

24 Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, Los límites a los derechos fundamentales, en Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. Tecnos.2004.

letra estricta de la constitución, una serie de normas, e incluso, de principios y de sentencias cuyo contenido, aun no figurando expresamente en el texto constitucional, tienen la misma jerarquía jurídica de la constitución. La determinación del contenido del bloque constitucional, su ampliación o su reducción, es tarea que ha venido realizando, con sus propias particularidades, la jurisprudencia de cada país. A este tema me referiré con mayor amplitud en el punto VIII del presente capítulo

VI.4. La incorporación constitucional de los principios del Derecho del Trabajo.

11. El Derecho del Trabajo, como toda disciplina jurídica especializada, se fundamenta en principios peculiares que contribuyen a fundamentar su autonomía.

Manuel Alonso García define los principios del Derecho del Trabajo como “*aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho*”²⁵. Américo Plá Rodríguez propone una definición que, al concepto mismo de lo que son los principios, agrega las funciones que los mismos pueden cumplir. Así, Plá define los principios del Derecho del Trabajo como “*las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encausar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos*”²⁶

25 Manuel ALONSO GARCÍA, Derecho del Trabajo, Barcelona, 1960, Tomo I. p. 247

26 Américo PLÁ RODRÍGUEZ, Los principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p.9.

En todo caso, la concepción misma de principios, no sólo en Derecho del Trabajo, sino en todas las disciplinas jurídicas, parte de la idea de que los mismos no responden a contenidos normativos de la legislación positiva, sino que son enunciados lógicos extraídos por la doctrina y por la jurisprudencia del análisis de las orientaciones que caracterizan la ordenación jurídica de una determinada disciplina. Carnelutti dice que los principios *“se encuentran en dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el espíritu o la esencia de la Ley.”*²⁷

En América Latina el tema de los principios del Derecho del Trabajo ha sido especialmente objeto de un destacado tratamiento, en primer lugar, por la doctrina y la jurisprudencia y luego ha trascendido, no sólo a las leyes y códigos del trabajo, sino que ha encontrado recepción, especialmente, por las más recientes constituciones, las cuales han venido dedicando un importante espacio a este tema.

Una revisión de las constituciones de la región nos permite señalar los principios del Derecho del Trabajo que han sido incorporados más frecuentemente a los textos constitucionales:

- a) Principio protectorio: Argentina, art. 14 bis; Bolivia, art. 46 II; Chile, art. 19.16; Colombia, art. 25; El Salvador, art. 37; Guatemala, art. 103; Paraguay, art. 86; Perú, art. 23; Uruguay, art. 53; Venezuela, art. 89
- b) Principio in dubio pro operario: Brasil, art. 48 II; Colombia, art. 53; Ecuador, art. 326.3; Guatemala, art. 106; Perú, art. 26; Venezuela, art. 89.
- c) Principio de irrenunciabilidad: Bolivia, art. 48 III; Colombia, art. 53; Costa Rica, art. 74; Ecuador, art. 326.2; El Salvador, art. 152; Guatemala, art.106; Honduras,

27 Francesco CARNELUTTI, Sistema di diritto processuale civile, Padova, 1936, p.120.

- art. 128; México, art. 123 XXVII g; Panamá, art.71; Perú, art. 26.2; Venezuela, art. 89.
- d) Principio de primacía de la realidad: Bolivia, art. 48 II; Colombia, art. 53; Venezuela; art. 89.
- e) Principio de continuidad: Argentina, art. 14 bis; Bolivia, art. 48 II; Brasil, art. 7 I; Colombia, art.53; Costa Rica, art. 63; El Salvador, art. 111; Guatemala, art. 102.20; Honduras, art. 129; México, art. 123 XXII; Nicaragua, art.82.6; Panamá, art.74; Paraguay, art.94; Perú, art. 27 y Venezuela, art.93.

VI.5. Los nuevos derechos fundamentales de los trabajadores.

12. En el Siglo XX en la medida que fueron avanzando las concepciones del Estado de Bienestar Social y del Estado Social de Derecho los textos constitucionales fueron incorporando derechos colectivos, económicos sociales y culturales. Las más recientes constituciones han ahondado en el tratamiento de los derechos sociales, incorporando los denominados derechos de la tercera y cuarta generación. En los capítulos V y VI de la presente obra se hace referencia los derechos laborales específicos e inespecíficos incorporados a las constituciones.

VI.6. Perfil reglamentario de los textos constitucionales.

13. Como se ha visto y por las razones circunstanciales ya explicadas, la Constitución mexicana de 1917 incluyó un artículo (123) que estatuyó en forma muy detallada los derechos laborales, al punto de que podríamos decir que el artículo 123 constituye una especie de mini código del trabajo. Esta

tendencia, denominada “reglamentista” no fue seguida por las constituciones latinoamericanas posteriores a las de Querétaro, las cuales siguieron sus inspiraciones en el sentido de incorporar los derechos laborales, pero no en forma tan detallada. Así, como ya se señaló, las constituciones de Chile en 1925, la reforma constitucional colombiana de 1936 y en las constituciones de Honduras, y de Venezuela del mismo año, y de El Salvador de 1939, incorporaron declaraciones generales, mientras que, posteriormente, otras constituciones, arriba referidas, definieron con mayor precisión los derechos que el Estado garantiza a los trabajadores. Como se ha visto, esta orientación, iniciada por constituciones promulgadas en las décadas de los treinta y de los cuarenta del siglo pasado, es ampliada por las más recientes constituciones del presente siglo, que sin llegar al detallismo de la mexicana de 1917, se esmeran en incorporar un mayor elenco de derechos, en lograr una mayor precisión de su contenido y en asegurar los mecanismos que permitan la aplicación directa y protección efectiva de los mismos.

Como ejemplo de lo que ha sido la evolución del constitucionalismo social en los últimos cincuenta años, copiamos la normativa dedicada al trabajo en la Constitución dominicana de 1959, promulgada durante la tiranía de Trujillo y la incorporada en la Constitución dominicana de 2010, promulgada después de décadas de ejercicio democrático y de acuerdos de concertación social:

Constitución de 1959:

“Artículo 8: (...)

3. La libertad del trabajo. La Ley podrá, según lo requiera el interés general, establecer la jornada máxima de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los sueldos y salarios mínimos y sus formas de pago, los seguros sociales, la participación de los nacionales en todo trabajo, y en general, todas las providencias de protección y

asistencia del Estado que se consideren necesarias en favor de los trabajadores”.

Constitución de 2010:

“Artículo 62.- Derecho al trabajo. El trabajo es un derecho, un deber y una función social que se ejerce con la protección y asistencia del Estado. Es finalidad esencial del Estado fomentar el empleo digno y remunerado. Los poderes públicos promoverán el diálogo y concertación entre trabajadores, empleadores y el Estado. En consecuencia:

- 1) El Estado garantiza la igualdad y equidad de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho al trabajo;*
- 2) Nadie puede impedir el trabajo de los demás ni obligarles a trabajar contra su voluntad;*
- 3) Son derechos básicos de trabajadores y trabajadoras, entre otros: la libertad sindical, la seguridad social, la negociación colectiva, la capacitación profesional, el respeto a su capacidad física e intelectual, a su intimidad y a su dignidad personal;*
- 4) La organización sindical es libre y democrática, debe ajustarse a sus estatutos y ser compatible con los principios consagrados en esta Constitución y las Leyes;*
- 5) Se prohíbe toda clase de discriminación para acceder al empleo o durante la prestación del servicio, salvo las excepciones previstas por la Ley con fines de proteger al trabajador o trabajadora;*
- 6) Para resolver conflictos laborales y pacíficos se reconoce el derecho de trabajadores a la huelga y de empleadores al paro de las empresas privadas, siempre que se ejerzan con arreglo a la Ley, la cual dispondrá las medidas para garantizar el mantenimiento de los servicios públicos o los de utilidad pública;*
- 7) La Ley dispondrá, según lo requiera el interés general, las jornadas de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los salarios mínimos y sus formas de pago, la participación de los nacionales en todo trabajo, la participación de las y los trabajadores en los beneficios de la empresa y, en general, todas las medidas mínimas que se consideren necesarias*

a favor de los trabajadores, incluyendo regulaciones especiales para el trabajo informal, a domicilio y cualquier otra modalidad del trabajo humano. El Estado facilitará los medios a su alcance para que las y los trabajadores puedan adquirir los útiles e instrumentos indispensables a su labor;

8) Es obligación de todo empleador garantizar a sus trabajadores condiciones de seguridad, salubridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas para promover la creación de instancias integradas por empleadores y trabajadores para la consecución de estos fines;

9) Todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantiza el pago de igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación de género o de otra índole y en idénticas condiciones de capacidad, eficiencia y antigüedad;

10) Es de alto interés la aplicación de las normas laborales relativas a la nacionalización del trabajo. La Ley determinará el porcentaje de extranjeros que pueden prestar sus servicios a una empresa como trabajadores asalariados.”

VI.7. El papel de la justicia constitucional.

14. Como se ha visto, las nuevas constituciones establecen normas directamente aplicables que establecen derechos cuya aplicación efectiva puede ser accionada judicialmente por los ciudadanos. Ello ha dado lugar a una frondosa jurisprudencia constitucional. También ha dado lugar a que se perfeccionen los instrumentos de control del cumplimiento del ordenamiento constitucional. En términos generales, podemos decir que existen dos formas clásicas de control de constitucionalidad: el concentrado y el difuso. El control concentrado de la constitucionalidad lo ejerce un alto órgano judicial (Tribunal Constitucional, Corte

o Tribunal Supremo de Justicia, Consejo de Estado) que tiene la competencia de verificar si una norma o acto del poder público está conforme o no con la Constitución y, de no estarlo, declarar su nulidad con efectos “*erga omnes*”. El control difuso corresponde a todo el poder judicial, pues todo juez tiene competencia para constatar si una determinada norma o acto, público o privado, es o no conforme con la constitución. La diferencia estriba en que las decisiones del juez que ejerce el control difuso no tienen efectos “*erga omnes*”, sino exclusivamente para el caso que está bajo su consideración. Al lado de estos dos sistemas tradicionales ha surgido un tercer sistema, de naturaleza mixta, que combina los elementos de los otros dos, pues al tiempo que establece un control concentrado a cargo de un alto tribunal con facultades de decretar “*erga omnes*” la nulidad de los actos del poder público, permite un control difuso, a cargo de todos los jueces con competencia para desaplicar, para un caso concreto, una norma que consideren contraria a la Constitución.

En cuanto al control concentrado se refiere, es de relevar la creación de tribunales constitucionales en siete países de América Latina (Guatemala, Chile, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y República Dominicana), en España y en Portugal. En otros países, el control concentrado recae en Salas Constitucionales que forman parte del más alto tribunal de justicia (México, Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Paraguay, Honduras, Venezuela). La actuación de estos órganos ha dado lugar a interesantes cuestiones que serán tratados en el capítulo VIII de la presente obra.

En las últimas décadas y a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha desarrollado una doctrina que establece un nuevo tipo de control, el que se ha denominado control de convencionalidad al cual me refiero en el punto IX del presente capítulo.

VII. La importancia de la Constitución como fuente de Derecho del Trabajo en América Latina.

15. La importancia de la Constitución como fuente de Derecho del Trabajo en América Latina radica, no solamente en la mayor profusión de textos constitucionales de orden social, sino en las consecuencias que los mismos han tenido en dos aspectos fundamentales. En efecto, en la mayor parte de los países latinoamericanos, que al independizarse se inspiraron en el sistema constitucional norteamericano, la supremacía de la Constitución constituye la base fundamental del ordenamiento jurídico, que establece la vigencia y aplicación de las normas constitucionales por encima de las legales y reglamentarias. Para la garantía del cumplimiento de la Constitución se crea un especial sistema de protección de los derechos constitucionales que integran no sólo la jurisdicción constitucional propiamente dicha o en sentido estricto (tribunales especializados en materia constitucional), sino también muchos tribunales de variada competencia por la materia que están facultados para conocer acciones de amparo constitucional y para ejercer el denominado “control constitucional difuso”. Éste, como se ha visto, les permite desaplicar en casos concretos normas que consideren contrarias a la Constitución. En las últimas décadas, la jurisdicción constitucional ha venido elaborando una importante jurisprudencia en materia laboral y de derechos humanos, la cual, según Mario Pasco Cosmópolis, en muchos casos *“ha ido tan a contramano de la jurisprudencia tradicional que ha representado un verdadero vuelco interpretativo, llegando incluso a posiciones lindantes con la función legislativa”*²⁸. De allí que las normas laborales de las constituciones, provistas

28 Mario PASCO COSMÓPOLIS, Evolución y tendencia de la constitucionalización de los derechos laborales en América Latina, Revista de Derecho del Trabajo, N° 3, Fundación Universitas, Barquisimeto, 2007.

de esta importancia jerárquica y muchas veces de una aplicación inmediata tanto por los tribunales constitucionales como por los del trabajo, hayan tenido una influencia que excede las propias de una declaración de derechos o de un programa de acción legislativa establecido por el constituyente como directiva a seguir por el legislador ordinario.

Por otra parte, es necesario destacar que la presencia en los textos constitucionales de normas que establecen una regulación muy concreta de temas laborales, determina que la acción del legislador ordinario se encuentre muy condicionada por la normativa constitucional. En este sentido, Sanguinetti dice:

“aunque todos los preceptos constitucionales gozan de la misma fuerza normativa y, por lo tanto, de una capacidad de incidencia sobre el ordenamiento infraconstitucional aquellos que se enmarcan dentro de la denominada “constitución laboral” suelen desplegar una influencia sobre la configuración a nivel legislativo del ordenamiento laboral muy superior a la habitual. El Derecho del Trabajo es, desde esta perspectiva, un Derecho “constitucionalmente condicionado” en una medida muy superior a la que pueden serlo, por ejemplo, el Derecho Civil o el Derecho Mercantil”.

Dice el mismo autor:

“en materia laboral las constituciones no se contentan usualmente con delegar en el legislador la regulación sustantiva de las instituciones, ofreciéndoles pautas de contenido genérico, sino que optan por compartir con él la tarea de su diseño. De allí que haya dicho que la norma fundamental posee una “virtualidad conformadora” del ordenamiento laboral muy superior a la que ostenta tratándose de las otras relaciones jurídico-privadas, en la medida en que, especialmente en el sistema de derechos por ella previsto, estructura y delimita los criterios y principios que han de presidir su construcción”²⁹

29 Wilfredo SANGUINETTI RAYMOND, Ob. Cit. en nota 20 pp. 13 y 14.

Otro elemento a destacar es que la realidad política latinoamericana ha estado signada históricamente por la dramática lucha de tendencias autocráticas y libertarias, la cual ha comportado la presencia alterna de gobiernos dictatoriales y democráticos. Por encima de estas vicisitudes políticas el pensamiento constitucional latinoamericano ha permanecido, en general, fiel a la concepción democrática que inspiró estos países desde el momento de su emancipación³⁰. La presencia de los derechos sociales en la concreción formal de este pensamiento en las constituciones latinoamericanas del presente siglo ha sido un factor importante para la sobrevivencia del Derecho del Trabajo, especialmente de los aspectos individuales del mismo, aún dentro de regímenes autoritarios que han irrespetado los derechos humanos y restringido la libertad sindical.

Por último, se debe destacar que, no sólo en América Latina sino en el mundo, el Derecho del Trabajo ha sufrido, a partir de las últimas décadas del siglo XX la embestida de las tendencias flexibilizadoras y desreguladoras auspiciadas por el pensamiento neoliberal. En este marco, como lo afirma el profesor chileno José Luis Ugarte³¹, la Constitución y los derechos fundamentales han venido a convertirse en un refugio en el cual los principios y valores propios del Derecho del Trabajo buscan afianzarse más allá de las reformas legislativas neoliberales. En este sentido Mario Pasco afirma:

30 Las constituciones latinoamericanas, a partir de la independencia establecieron el modelo del Estado liberal y democrático. Como casos particulares que se apartaron de ese modelo podemos señalar la Constitución de Brasil de 1.937, derogada en 1.946, que diseñó el llamado Estado Novo, bajo la influencia de los regímenes corporativistas de Italia y Portugal y la Constitución de Cuba de 1.976, reformada en 1992 y en 2019, que formaliza las bases institucionales de un Estado socialista semejante a los que rigieron en la Europa Oriental.

31 José Luis UGARTE, Seminario de Derecho Constitucional del Trabajo, Universitas Fundación. Com/aulavirtual/.

“En tiempos de cambio, y en especial de cambio peyorativo, la Constitución actúa como un parapeto, tanto al orientar la legislación subordinada con un determinado derrotero ideológico, cuanto al impedir que los derechos laborales puedan ser arrasados. De allí la trascendencia que las Constituciones tienen como avanzada de nuevos derechos y como salvaguarda de los ya reconocidos”³²

VIII. El bloque de constitucionalidad.

16. El proceso de expansión del nuevo constitucionalismo no se ha limitado a la ampliación de los contenidos y fundamentos de los textos constitucionales propiamente dichos. Más allá de las normas contenidas expresamente en la constitución, se ha desarrollado el concepto de la existencia de un bloque de constitucionalidad que comprende, fuera de la letra estricta de la constitución, una serie de normas, e incluso, de principios y de sentencias cuyo contenido, aun no figurando expresamente en el texto constitucional, tienen la misma jerarquía jurídica de la constitución. Esta construcción doctrinaria fue originalmente elaborada por el pensamiento constitucional francés, especialmente por Louis Favoreu y posteriormente acogida por el Consejo Constitucional francés³³ El planteamiento original hace referencia a la existencia de un bloque de constitucionalidad compuesto por disposiciones y principios a los que se reconoce valor constitucional, aun cuando no figuren en el texto constitucional. Según Bobbio el bloque de constitucionalidad tiene las siguientes finalidades:

32 Mario PASCO, Ob. Cit. en nota 28

33 Al respecto puede verse L. FAVOREU, «El bloque de la constitucionalidad. Ponencia francesa en FAVOREU, L. Y RUBIO LLORENTE, F.: *El bloque de la constitucionalidad (Simposium franco-español)*. Universidad de Sevilla, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pp. 19 y ss

- “i) regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación;*
- ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso;*
- iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y*
- iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”³⁴*

17. La determinación del contenido del bloque, es decir de cuáles son esas normas y principios de jerarquía constitucional, varía de acuerdo con las diversas culturas jurídicas nacionales y al desarrollo que el concepto va tomando en las respectivas evoluciones jurisprudenciales.

En Francia, en donde se originó la noción, el desarrollo jurisprudencial se ha orientado hacia una reducción del contenido, al punto de que recientes sentencias excluyen del mismo a las normas internacionales y lo circunscriben a textos positivos internos, como lo son la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946, la Carta del Ambiente y las Leyes de la República en la medida en que sean portadoras de ciertos «principios fundamentales». Es de señalar que la referencia a “principios fundamentales” contenidas en las leyes de la República no constituye, como podría parecer, una ventana para la ampliación del contenido del bloque de constitucionalidad. Por ello contrario, el Consejo Constitucional ha establecido criterios restrictivos para la determinación de cuáles pueden ser tales principios, que entre otras cosas, deben estar contenidos en leyes anteriores a la vigencia del Preámbulo de la constitución de 1946³⁵

34 Norberto BOBBIO, *Principi Generali del Diritto*, NDI, XIII, UTET, Torino, p. 887.

35 Louis FAVOREU, ob. cit en nota 33

En cambio, en España el bloque de constitucionalidad tiende a comprender, además de la constitución de 1978, las normas que establecen y delimitan las competencias de las Comunidades Autónomas. Cuando el Tribunal Constitucional comienza a utilizar el concepto de bloque de constitucionalidad, en el año 1982, delinea el contenido del mismo con base en el artículo 150 de la Constitución española que establece que deben promulgarse Leyes relativas a las relaciones de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y en el Art. 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece que para llevar a cabo su función de control de constitucionalidad de normas con rango de Ley, el Tribunal Constitucional tomará en consideración tanto los preceptos constitucionales como las Leyes que, de acuerdo con los dictados de la norma fundamental, se hubieran elaborado para delimitar, regular o armonizar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, con lo cual hace referencia a los diferentes estatutos de estas comunidades. Posteriormente el Tribunal Constitucional ha venido ampliando paulatinamente las normas que utiliza como parámetro de constitucionalidad, sosteniendo que la configuración de la naturaleza de las normas del bloque (sentencia 75/85) deja un espacio *“abierto a distintas posibilidades legislativas, naturaleza que, en cuanto entraña un bien constitucional en sí mismo valioso, lejos de ser debilitada, ha de ser preservada y reforzada por este Tribunal.”*³⁶

Esta tendencia ha recibido críticas en el sentido de que se produce una indefinición sobre el contenido del bloque, generándose inseguridad jurídica. Así, Gómez Fernández quien dice que el *“bloc du constitucionalité”* francés y el *“bloque de cons-*

36 Tribunal Constitucional de España file:///F:/JURISPRUDENCIA/Sistema%20HJ%20-%20Resoluci%C3%B3n_%20SENTENCIA%2075_1985.html

titucionalidad español” “han dejado de ser términos de idénticos contenidos, términos gemelos podría decirse, para convertirse en primos lejanos que, sin dejar de estar conectados, no se definen ya del mismo modo”. Este autor crítica tal tendencia al afirmar:

*“se está arribando a una indefinición notable, de forma tal que ni siquiera está perfectamente determinado el elenco de las fuentes que lo componen, ni se pueden determinar éstas sobre la base de un común denominador, como su función o su naturaleza constitucional, y ni siquiera se puede hacer un listado cerrado a priori de las normas que integran el bloque, porque este listado va aumentando a medida que avanza la tarea hermenéutica del Tribunal Constitucional”.*³⁷

18. En América Latina existe una coincidencia general de que las normativas incluidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por un determinado Estado, forman parte de su bloque de constitucionalidad, ya que las mismas, por tener jerarquía constitucional, no pueden ser desconocidas por la legislación ordinaria. Como señala Barbagelata:

*“las disposiciones y principios de los instrumentos internacionales, sin perder tal condición, y sin dejar de estar sometidos al control de los organismos internacionales competentes para ello, se incorporan plenamente al ordenamiento nacional y, en la mayoría de los casos, se les reconoce superlegalidad expresamente o como consecuencia de su naturaleza”*³⁸

Esta situación no se observa en Francia en donde, como se ha visto, las normas internacionales están excluidas del “*bloc de constitutionnalité*” y tampoco en España, en donde, de acuerdo al artículo 10.2 de la Constitución, las normas internacionales

37 Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. Estudios de Deusto, Vol. 54/1, Bilbao, enero-junio 2006, pp. 67 y 68

38 Héctor HUGO BARBAGELATA, El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales, Derecho Laboral, N1 214, Junio 2014, Montevideo

no son integradas al sistema constitucional de derechos humanos, sino que se les atribuye la función de criterio obligatorio de interpretación de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades consagradas por la Constitución. Por el contrario, en América Latina la conformación del bloque de constitucionalidad, a diferencia de lo que ocurre en los mencionados países europeos, tiene mucho que ver con las normas internacionales sobre derechos humanos. Así, parece fundamentada la afirmación que hace Góngora de que “*pese a tratarse de una idea de origen europeo, es posible hablar de una conceptualización latinoamericana del bloque de constitucionalidad*”³⁹

Pero más allá de esa coincidencia general en la referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos como integrantes del bloque de constitucionalidad, se han presentado debates sobre la precisión de los límites del contenido del mismo. Así, se discute si las sentencias de la justicia constitucional nacional o las decisiones de los órganos internacionales sobre derechos humanos forman o no parte del bloque. Domingo Gil hace interesantes consideraciones que, si bien se refieren específicamente al estado del tema en República Dominicana, pueden ser de muy útil orientación para todos los países de la región. Gil considera que la “*ratio decidendi*” (motivación) y el “*decisum*” (decisión) de las sentencias constitucionales con efecto “*erga omnes*”, es decir las dictadas por los órganos que ejercen con ese alcance el control concentrado de la constitucionalidad, forman parte del bloque de constitucionalidad, no así los “*obiter dicta*” (consideraciones contenidas en la sentencia

39 Manuel Eduardo GÓNGORA, La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitucionale commune* latinoamericano. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, [www. juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) <http://biblio.juridicas.unam.mx>, p.302.

pero que no tienen relevancia directa con la decisión). Por el contrario, dice que, *“las sentencias que dictan los tribunales ordinarios en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad y que tienen un efecto inter partes carecen de la estabilidad normativa que deben tener las normas que integran el bloque de constitucionalidad”*.⁴⁰

La idea del bloque de constitucionalidad ha comportado importantes efectos en el Derecho Constitucional. A este respecto Góngora dice:

*“la inclusión de normas internacionales dentro del bloque de constitucionalidad tiene tres efectos jurídicos trascendentales: 1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna; 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y 3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales.”*⁴¹

Algunas constituciones latinoamericanas facilitan el proceso de integración de los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, señalando de manera expresa que tales normativas tienen valor constitucional⁴². Así, el artículo 23 de la Constitución venezolana de 1999 dice:

40 Domingo GIL, *El Proceso Laboral Dominicano a la Luz del Debido Proceso*, Impresos CRO, Santiago de los Caballeros, República Dominicana, 2010, pp. 23 y ss.

41 Manuel Eduardo GÓNGORA, ob. cit. en la nota 39, p. 301.

42 Algunos países incluyen esta cláusula desde el siglo XIX: Argentina, 1860, artículo 33; Bolivia, 1868, artículo 24, Constitución de 1871, artículo 33; Brasil, 1891, artículo 78; El Salvador, 1864, artículo 76; Honduras, 1894, artículo 72; Venezuela: 1858, artículo 28.

“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las Leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

En un sentido similar se orientan las constituciones de Colombia, 1991 (Art. 46); Paraguay 1992 (Arts. 142 y 145); Ecuador, 2008 (Art. 11.3 y 11.7); Bolivia, 2009 (Art. 13 IV); República Dominicana, 2010 (Art. 74.3). En las constituciones de Nicaragua, 1987 (Art. 46) y de Argentina, 1994 (inc. 22 del Art. 75) se señalan expresamente cuáles son los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los cuales se les reconoce valor constitucional.

Las normas internacionales generalmente comprendidas dentro del bloque de constitucionalidad en el ámbito latinoamericano, corresponden a los instrumentos sobre derechos humanos, casi todos aprobados después de la segunda post guerra, algunos de carácter universal y otros de ámbito regional. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son, fundamentalmente: La Convención sobre la esclavitud, O.N.U. 1926, la Declaración de Filadelfia de la O.I.T., 1944; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U., 1948; La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, O.N.U. 1965, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U., 1966 y el Protocolo facultativo de este pacto; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la O.N.U., 1966; La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, O.N.U. 1979, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degrada-

dantes, O.N.U. 1985, la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, 1998. Entre los instrumentos regionales podemos citar, en América, la Carta de la O.E.A., 1948; la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de la O.E.A., 1948; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de la O.E.A., 1969; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, O.E.A., 1985; la Declaración Socio Laboral de Mercosur, 1998. Entre los instrumentos europeos podemos citar el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Consejo de Europa, Roma, 1950; la Carta Social Europea, Unión Europea, Turín, 1961, la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores, Unión Europea, 1989 y la Carta sobre los derechos fundamentales de Europa, Estrasburgo, 2007. En África, en el marco de la Unión Africana, se firmó en 1981 la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

Es de señalar, que varias constituciones iberoamericanas incluyen la denominada cláusula abierta “de derechos constitucionales”, mediante la cual se establece que la enunciación de los derechos y garantías previstas en la legislación constitucional y ordinaria y en instrumentos internacionales, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en las fuentes normativas mencionadas. En ese sentido se orientan las constituciones de Brasil (Art. 5 LXXVIII – 2º y 3º), Costa Rica (Art. 74), Panamá (Art. 17 primer aparte), Paraguay (Art., 45), Perú (Art. 3), Portugal (Art. 16.1); República Dominicana (Art. 74 f), Uruguay (Art. 72) y Venezuela (Art.23).

Disposiciones como las anteriormente citadas crean una gran abertura para la incorporación de los derechos humanos al bloque de constitucionalidad, más allá de su reconocimiento expreso por

la legislación positiva. Ha correspondido a la jurisprudencia e, incluso a la doctrina, ir determinando los contenidos del bloque de constitucionalidad en cada ordenamiento jurídico nacional.

En América Latina, la noción del bloque de constitucionalidad comenzó a ser incorporada a los distintos sistemas jurídicos nacionales a partir de finales del siglo XX por vía de la jurisprudencia. Tal noción, según Góngora, cumple, en la región, dos funciones esenciales:

“1) resolver la cuestión de la jerarquía interna de los tratados de derechos humanos, estableciendo un mecanismo de armonización horizontal entre el derecho constitucional y el DIDH (este fue el caso, por ejemplo, de Colombia y Costa Rica); y 2) en procesos de transición democrática, consolidar la posición del poder judicial frente al ejecutivo y el legislativo, permitiendo el uso del derecho internacional como refuerzo a los compromisos del Estado en materia de derechos humanos y como límite de lo no negociable en el debate político (v.gr. en Panamá y Argentina).⁴³

Panamá fue el primer país en el cual la jurisprudencia constitucional hace uso del concepto de la noción del bloque de constitucionalidad. En sentencia del 30 de julio de 1990 la Corte Suprema de Justicia dijo:

“el Pleno de la Corte Suprema de Justicia entiende que efectivamente existe un conjunto normativo que integra, con la Constitución, un bloque de constitucionalidad que sirve a la Corte como parámetro para emitir un juicio sobre la constitucionalidad de una norma jurídica o acto sujeto al control judicial de constitucionalidad...”⁴⁴

La Corte expresó que si bien las normas internacionales ratificadas por Panamá, como regla general carecen de jerarquía

43 Manuel Eduardo GÓNGORA, ob. Cit. en la nota 39, p. 308

44 Gaceta Oficial N° 21.726 del 18 de febrero de 1991

constitucional, excepcionalmente podrían integrar el bloque de constitucionalidad convenios internacionales que consagren derechos fundamentales. Luego la jurisprudencia fue precisando el contenido de ese bloque, determinando su contenido. Así, en sentencia de 19 de marzo de 1991, el Pleno expresó que el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos integra un bloque de constitucionalidad conjuntamente con el artículo 32 de la Constitución, en cuanto se refiere a la garantía constitucional del debido proceso, con el sentido de ampliar un derecho fundamental que es esencial para el fundamento del Estado de Derecho.⁴⁵ Posteriormente, en sentencia del 23-5-91, excluyó del bloque de constitucionalidad a los convenios 87 y 98 de la O.I.T., a los cuales sólo otorgó rango de Ley.⁴⁶

En sentencia del 25 de octubre de 1993, la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, determinó que las sentencias dictadas por esa Sala en casos de acciones de inconstitucionalidad forman parte del bloque de constitucionalidad. La Sala dijo:

“Es conveniente destacar que la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido que en Panamá existe un bloque de constitucionalidad. Este se integra por un conjunto de normas que, conjuntamente con la Constitución formal, sirven a la Corte para emitir juicio sobre la constitucionalidad de Leyes y otros actos de servidores públicos sujetos al control de la constitucionalidad. En este sentido, se entiende que todas estas sentencias, a las que hemos hecho alusión, forman parte del bloque de constitucionalidad por lo que ante la incompatibilidad entre una norma legal con las sentencias integrantes de dicho bloque de constitucionalidad se debe proferir estas últimas a la luz de lo establecido en el artículo 12 del Código Civil.”⁴⁷

45 Citada por Manuel Eduardo GÓNGORA, ob. cit en la nota 39, p.308.

46 *Ibidem*, p.309

47 <http://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2016/03/Caso-Diogenes-Cede--o.pdf>

En sentencia de marzo de 1996 estableció que la Convención sobre los Derechos del Niño formaba parte de bloque de constitucionalidad, para lo cual se fundamentó en que tales derechos no eran regulados expresamente por el texto constitucional.⁴⁸

En Colombia la Corte Constitucional ha elaborado un interesante desarrollo jurisprudencial en relación al bloque de constitucionalidad, el cual ha sido empleado abundantemente en su jurisprudencia, tanto en sentencias de control de constitucionalidad, para integrar el parámetro de control, como en sentencias de tutela o amparo constitucional para delimitar el ámbito de protección de los derechos fundamentales.

Una sentencia pionera fue la Número C-225 de 1995 en la cual la Corte Constitucional dijo:

*“El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las Leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.” Para seguir: “El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la Ley”.*⁴⁹

La jurisprudencia constitucional ha ido precisando el concepto de bloque de constitucionalidad. Así la sentencia C-358 de 1997 aclaró:

“no todos los tratados internacionales que consagran derechos, como por ejemplo los tratados sobre libertades económicas, hacen parte del

48 Citada por Manuel Eduardo GÓNGORA, ob. citada en la nota 39, p.309.

49 www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm

*bloque, sino sólo aquellos que hacen referencia los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.*⁵⁰

En sentencia C-191 de 1998 la Corte señala que forman parte del bloque de constitucionalidad, no sólo los convenios de la O.I.T., sino también algunas de las decisiones de sus órganos de control, las cuales, señala, en ocasiones son vinculantes, cuando las recomendaciones de los órganos de control —como las emitidas por el Comité de Libertad Sindical— no son meras directrices, guías o lineamientos que debe seguir el Estado colombiano, sino que ellas constituyen una orden expresa vinculante para el Estado y cada uno de sus órganos, pues *“confronta las situaciones de hecho que se le presentan o las normas internas de los Estados, con las normas internacionales aplicables según los Tratados ratificados por los Estados involucrados; luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración, ya que éste es el órgano que puede emitir recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la Organización”*.⁵¹

La jurisprudencia colombiana ha distinguido dos nociones de bloque de constitucionalidad. Una noción “estricto sensu” según la cual el bloque de constitucionalidad *“se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción”*. Por otra parte entiende que el bloque de constitucionalidad “lato sensu” estaría compuesto de todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta excepción, el

50 www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-358-97.htm

51 www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-191-98.htm

bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.”⁵²

Según la jurisprudencia colombiana el bloque de constitucionalidad está integrado no sólo por normas sino también por principios. En relación a estos últimos Rey Cantor señala:

*“Según la definición jurisprudencial colombiana del bloque de constitucionalidad, además de las normas que reconocen los derechos constitucionales, los principios forman parte del bloque; existen principios en el derecho interno y en el derecho internacional. Seara Vásquez distingue entre principios generales del derecho y principios del derecho internacional. Los principios generales del derecho “son aceptados en el derecho interno de cada Estado, y que son susceptibles de aplicación internacional”. Los principios del derecho internacional, son “aquéllos que no tienen su origen en el Derecho interno, sino que son propios al Derecho internacional. En la vida internacional se manifiestan porque son invocados por los estados o el juez internacional, sin mencionar expresamente su fuente; y al actuar de esta manera no están creando la norma, sino que, por el contrario, la consideran tan evidente que, por parecerles axiomática, no tratan de justificarla o fundamentarla. En el derecho interno se distinguen los principios constitucionales explícitos e implícitos. La Constitución contiene, en su conjunto normativo, principios que irradian su proyección a todo el orden jurídico infraconstitucional. Por lo tanto, son de obligatoria aplicación los principios constitucionales e internacionales, entre otros, el principio pro homine—de origen internacional y que forma parte del contenido de la Constitución—, lo que significa que deberá aplicarse de preferencia en el caso concreto la norma que mejor proteja los derechos a la persona humana para resolver su problema jurídico.”*⁵³

52 Ernesto REY CANTOR, El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, Estudios Constitucionales. Año 4, N° 2, Universidad de Talca, 2006. pp.311 y 312.

53 *Ibidem*, pp.317 y 318.

En Venezuela, como se ha visto, el artículo 23 constitucional les otorga jerarquía constitucional a las normas internacionales sobre derechos humanos, lo cual facilita el manejo de la doctrina del bloque de constitucionalidad por parte de la jurisprudencia. Ésta amplió el contenido del mismo incluyendo los actos legislativos de la Asamblea Nacional Constituyente. Así, en sentencia número 1.563 del 13-12-2000, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió:

“a la Asamblea Nacional Constituyente correspondieron las potestades que le fueron atribuidas mediante referendo, es decir la discusión y aprobación de una nueva Constitución, así como la legislación que de inmediato la complementaría, lo que originó por parte de la Asamblea Nacional Constituyente el cuerpo de normas denominado Régimen de Transición del Poder Público, al igual que el Estatuto Electoral del Pueblo, dirigido - este último - a regular las elecciones para Presidente de la República y para el nombramiento de los miembros de la Asamblea Nacional. Se trata de actos de naturaleza constitucional que en conjunto forman un bloque de constitucionalidad.”⁵⁴

IX. El bloque de convencionalidad y el control de convencionalidad.

19. Como mencioné anteriormente en la últimas décadas y a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha desarrollado una doctrina que establece un nuevo tipo de control, el que se ha denominado control de convencionalidad que supone para los estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos humanos la obligatoriedad de verificar que las normas y prácticas nacionales en materia de Derechos Humanos estén en conformidad con la referida

54 <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>

Convención y demás tratados internacionales suscritos por los respectivos estados.

En la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, el 26 de Septiembre de 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó:

*“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.*⁵⁵

Para explicar los alcances de esta doctrina cito las palabras del Dr. Claudio Nash R, en una publicación editada por la Corte:

“En la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), ha surgido el concepto “control de convencionalidad” para denominar a la herramienta que permite a los estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas na-

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano Vs Chile, 2006, <https://sentencias.indh.cl/bitstream/handle/88/1/Sentencia%20Corte%20IDH%20Almonacid%20Arellano%20vs%20Chile.pdf?sequence=1>

cionales, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y "su jurisprudencia..."

... "El control de convencionalidad, tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional. En el ámbito internacional, dicha función la realiza la Corte IDH y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte.

En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el que deben realizar los agentes del Estado y, principalmente, pero no exclusivamente, los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) para analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. En dicho análisis de compatibilidad, los funcionarios públicos deben actuar en el ámbito de sus competencias y atribuciones. En este sentido, el objetivo del control es verificar la conformidad de las normas internas, así como su interpretación y aplicación, con la CADH y otros instrumentos de derechos humanos que vinculen al Estado y que exista una correcta aplicación de dichos estándares. Este ejercicio de control puede tener una serie de consecuencias, tales como, la expulsión del sistema interno de normas contrarias a la Convención (sea vía legislativa o jurisdiccional cuando corresponda); la interpretación de las normas internas de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado; el ajuste de las actuaciones de los órganos ejecutivos y legislativos a las obligaciones internacionales; la modificación de prácticas de los órganos del Estado que puedan ser contrarias a los estándares internacionales a los que se ha comprometido el Estado; entre otras formas de concreción de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

En definitiva, todo el aparato de poder público está obligado siempre a aplicar las normas de origen interno de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente.

En el derecho internacional, particularmente en el sistema interamericano de derechos humanos, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales

emanan las obligaciones de los estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.”⁵⁶

Es de señalar que la relación entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad puede comportar dificultades. Así, en Francia, según testimonio de Jeammeaud y Lyon-Caen:

declarado por el Consejo Constitucional puede constituir un obstáculo para una declaración ulterior de inconvencionalidad por causa de violación de una norma internacional sustancialmente análoga”.⁵⁷

Es de observar que, en criterio de la Corte, el control de convencionalidad debe verificar que las normas o prácticas examinadas sean conformes, no sólo con la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual considera vinculante para todos los estados miembros de la Convención, así no hayan sido partes en el juicio concreto que establezca tal jurisprudencia. Este criterio ha sido objeto de críticas por alguna parte de la doctrina, que considera que el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte no está establecido por la Convención. Así, Juan ALONSO TELLO MENDOZA afirma que: *“querer extender a la jurisprudencia de la Corte IDH la misma autoridad que detenta la letra de la CADH parece no encontrar fundamento en este control de convencionalidad que, en estricto sentido, prevé el art. 2º.”* Este autor crítica los fundamentos

56 Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7: control de convencionalidad, 2019, <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>.

57 Antoine JEAMMEAUD y Antoine LYON-CAEN, *Suprématie de la Constitution et droit social. Traité international de droit constitutionnel*, p. 710. Traducción del autor.

que la Corte utiliza para sustentar su criterio sobre el carácter vinculante “erga omnes” de su jurisprudencia. Dice así:

“Dada la ausencia de disposición en la Convención, así como la falta de fuentes del Derecho Internacional citadas cada vez que la Corte IDH desarrolla la doctrina del control de convencionalidad, cuando uno se embarca en la tarea de encontrar el fundamento jurídico para considerar el efecto “erga omnes” otorgado a sus sentencias, se encuentra principalmente con dos argumentos: en primer lugar, que la propia Corte IDH así lo ha establecido y, en segundo lugar, que la buena fe y el pacta sunt servanda hacen que la aceptación de su competencia contenciosa lo reconozca a su vez como último intérprete de las disposiciones de la CADH, siendo que sus sentencias son definitivas.

En relación al primero, efectivamente, a la fecha son por lo menos 32 las sentencias de la Corte IDH que refieren al control de convencionalidad. Sin embargo, concluir que la jurisprudencia de la Corte IDH goza de un efecto irradiador obligatorio —en virtud de la doctrina del control de convencionalidad—, pues la propia jurisprudencia de la Corte IDH así lo ha señalado, constituye una auténtica falacia petición de principio, dado que dicha argumentación presupone en sus premisas lo que está por demostrarse: si la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para todos”

En relación con el segundo argumento afirma:

“Esta argumentación tampoco resulta satisfactoria del todo, pues que la Corte IDH sea la autoridad final de interpretación en un proceso interamericano —siendo sus sentencias definitivas e inapelables (art. 67 de la CADH) no hace que las mismas sean vinculantes para las autoridades locales en todo proceso existente.

Como se aprecia, se trata de atributos distintos, tener la última palabra en un caso no significa que la doctrina jurisprudencial del mismo deba ser necesariamente seguida en otros casos o por otros tribunales. Para ello se necesitaría una regla adicional que establezca lo que en el common law se conoce como stare

decisis (precedente de obligatorio cumplimiento), cosa que al menos por ahora no existe en el sistema interamericano”

Para concluir:

“Consecuentemente, de lo dicho hasta el momento, se sigue que no existe actualmente fundamento convencional o extra-convencional sólido que permita afirmar sin lugar a dudas que las interpretaciones de la Corte IDH suponen un efecto “erga omnes” en todos los países de la región que han aceptado su competencia. Por tanto, desde la CADH y el Derecho Internacional, si bien las sentencias de la Corte IDH son vinculantes para los estados parte de un determinado proceso, en estricto sentido, gozan únicamente de un efecto irradiador orientador para los demás”⁵⁸

En relación a esta cuestión Domingo Gil dice:

“Para los Estados Partes de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos este instrumento tiene carácter vinculante de conformidad con el artículo 68 de este instrumento. En tal virtud, los Estados Partes que se hayan sometido a la jurisdicción de dicho órgano supranacional se obligan a cumplir sus decisiones, pero ello no quiere decir que la jurisprudencia de la corte se convierta, en tanto que tal, en norma interna para los estados y menos que sus sentencias adquieran rango constitucional. La jurisprudencia de la Corte Interamericana si se convierte en guía de orientación para los tribunales locales en el momento de aplicar internamente la normativa del Convenio, el cual, como se verá luego, forma parte de la normativa constitucional dominicana y, como tal, del bloque dominicano de constitucionalidad.”⁵⁹

58 Juan ALONSO TELLO MENDOZA, La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad, en Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2684>

59 Domingo GIL. Ob. cit. en la nota 40, pp.31 y 32

Varios altos tribunales latinoamericanos se han pronunciado, unos a favor y otros en contra de que las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos humanos, tengan carácter vinculante y “erga omnes” y por eso formen parte del denominado bloque de convencionalidad. Así, el tribunal Constitucional de Bolivia en sentencia número 0110/2010 decidió:

“En efecto, al ser la CIDH el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los Derechos Humanos, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del “Estado Constitucional”, que contemporáneamente se traduce en el Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos ejes principales entre otros, son precisamente la vigencia de los Derechos Humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer, por eso es que las Sentencias emanadas de este órgano forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infra-constitucional vigente.”⁶⁰

En un sentido similar se han pronunciado el Tribunal Constitucional del Perú, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana.⁶¹

Por su parte, en Uruguay la Suprema Corte de Justicia decidió en sentido contrario:

60 Tribunal Constitucional de Bolivia, <https://ley.exam-10.com/pravo/5175/index.html>

61 Sentencias citadas por Gerardo ETO CRUZ, La autopercepción del Control de Convencionalidad por la propia Corte Interamericana. Breves Apostillas Críticas en Revista Oficial del Poder Judicial. Revista de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Lima, 2019, pp. 20 y ss. <https://www.semanticscholar.org/paper/La-autopercepci%C3%B3n-del-control-de-convencionalidad-Cruz/4300952f759bf30a9a77b9a35a5c13807748a760>

*“nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos”*⁶²

En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que sólo las sentencias de la Corte IDH derivadas de casos en los que haya sido parte el Estado mexicano serán obligatorias “*en sus términos*”, y que aquellas provenientes de asuntos en los que no haya sido parte “*serán orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona*”⁶³

Con base a la doctrina del control de la convencionalidad se ha afirmado la existencia de un bloque de convencionalidad que resultaría diferente del bloque de constitucionalidad al cual ya me he referido. En este sentido Gerardo Eto Cruz dice:

“Así como los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales tienen como parámetro para ejercer el control constitucional su bloque de constitucionalidad –recuérdese que el lema “parámetro” alude a un término de referencia, de confrontación, utilizado por los Tribunales Constitucionales para verificar la constitucionalidad del objeto puesto en la base del juicio, estos mismos órganos de jurisdicción constitucional también hoy cuentan con otro parámetro a fin de enjuiciar y valorar si las normas sometidas a su control, cumplen y respetan ese corpus iuris que hoy integra el derecho internacional de los derechos humanos. Pero no sólo se trata de todos los tratados sino también de los fallos que emiten los tribunales como son los de la Corte IDH, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, el bloque está compuesto por normas expresadas en los tratados,

62 Suprema Corte de Justicia del Uruguay. *Caso M. L., J. F. F., O.* Excepción de inconstitucionalidad. Sentencia de 22 de febrero de 2013. Caso 16474.

63 Citada por Juan ALONSO TELLO MENDOZA, ob. cit. En la nota 58.

pactos o convenios, así como los fallos o sentencias que emiten estos órganos de jurisdicción supranacional.

Por tanto, el bloque de convencionalidad está expresado por ese corpus iuris que identifica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”

Este autor establece una neta diferencia entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad, porque para él:

“El primero está compuesto -y debe estar compuesto- por normas internas de rango constitucional, aun cuando muchas de estas normas no sean fruto de un Poder Constituyente. Lo segundo está conformado sólo por los tratados y convenciones en materia de Derechos Humanos que son, prima facie de orden regional, incluyendo los Protocolos y la doctrina jurisprudencial sentada por la Corte IDH.”

Eto Cruz sostiene que

“El bloque de constitucionalidad no puede incorporar a los tratados y si esto está ocurriendo se está generando una equívoca percepción de los países ya citados que confunden su bloque de constitucionalidad, que debe estar conformado por las normas que ellos estimen que tienen rango constitucional.”⁶⁴

No obstante, es necesario señalar que es característico de la doctrina latinoamericana sobre “el bloque de constitucionalidad” el incorporar, a diferencia de lo que ocurre en Francia y en España,

64 Gerardo ETO CRUZ, La autopercepción del Control de Convencionalidad por la propia Corte Interamericana. Breves Apostillas Críticas en La autopercepción del Control de Convencionalidad por la propia Corte Interamericana. En Revista Oficial del Poder Judicial. Revista de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Lima, 2019, pp. 20 y ss. <https://www.semanticscholar.org/paper/La-autopercepci%C3%B3n-del-control-de-convencionalidad-Cruz/4300952f759bf30a9a77b9a35a5c13807748a760>

los tratados internacionales sobre de derechos humanos al referido bloque. Pero tal incorporación no sólo es común en la jurisprudencia y en la doctrina, sino que es expresamente señalada por varias constituciones latinoamericanas (Argentina, (inc. 22 del Art. 75); Colombia, (art., 46); Nicaragua, (art. 46); Paraguay (arts. 142 y 145); Ecuador, (art. 11.3 y 11.7); Bolivia, (art. 13 IV); República Dominicana, (art. 74.3) y Venezuela, (art. 23).

X. Conclusiones

Primera: El desarrollo del Derecho del Trabajo en muchos países determinó la incorporación de sus principios fundamentales a las constituciones de los estados, lo cual les da valor de garantías fundamentales que éstos establecen para sus ciudadanos. Esta situación es especialmente relevante en América Latina.

Segunda: Las normas sociales contenidas en las constituciones latinoamericanas son de distinto alcance y van desde declaraciones generales atinentes, entre otras materias, a la protección del trabajo, al trabajo de mujeres y menores, a la terminación de la jornada y al descanso, a la libertad de asociación e incluso, al derecho de huelga hasta la definición, con mayor o menor precisión, de los derechos que el Estado garantiza a los trabajadores. Entre tales derechos suelen figurar los siguientes: libertad de trabajo, derecho al trabajo y deber de trabajar; irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados por la Constitución y por la Leyes; derecho a una remuneración equitativa, salario mínimo obligatorio, protección legal al salario; participación en los beneficios de las empresas, limitación a la jornada; descanso semanal remunerado; vacaciones remuneradas; normas protectoras de mujeres y menores; libertad sindical, protección a la negociación colectiva, derecho de huelga; seguridad social, etc.

Tercera: A partir de las últimas décadas del Siglo XX se ha venido consolidando una nueva generación de constituciones que profundizan y amplía el desarrollo de los derechos sociales, dando lugar a lo que Rolando Murgas Torraza llama el “nuevo constitucionalismo social”, cuyas características enunciamos anteriormente.

Cuarta: La importancia de la Constitución como fuente de derecho en la América Latina radica en dos aspectos fundamentales. Por una parte, al ser incorporados en la Constitución, estos derechos no pueden ser derogados por la legislación ordinaria, lo cual ha sido especialmente útil para la supervivencia del Derecho del Trabajo en los regímenes autoritarios, que han existido frecuentemente en la región. Por otra parte, los derechos laborales constitucionalizados gozan del especial régimen de protección de las normas constitucionales que establecen la generalidad de los países.

Quinta: Más allá de las normas contenidas expresamente en la Constitución, se ha desarrollado el concepto de la existencia de un bloque de constitucionalidad que comprende, fuera de la letra estricta de la constitución, una serie de normas, e incluso, de principios que, aun no figurando expresamente en el texto constitucional, tienen la misma jerarquía jurídica de la Constitución. En América Latina la doctrina del bloque de constitucionalidad ha puesto énfasis en la incorporación al mismo de las normas internacionales sobre derechos humanos, las cuales son dotadas de jerarquía constitucional por varias de las constituciones de la región. En todo caso, la determinación del contenido del bloque constitucional, su ampliación o su reducción, es tarea que ha venido realizando, con sus propias particularidades, la jurisprudencia de cada país. Igualmente se habla, especialmente en América, de un bloque de convencionalidad, integrado por la Convención Americana de Derechos Humanos, otros tratados

internacionales sobre la materia y, conforme a la doctrina, no unánimemente compartida, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por las sentencias y opiniones consultivas de este alto tribunal.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

SUMARIO: I. Introducción. II. La noción de los derechos fundamentales. III. La denominación. IV. Caracteres de los derechos fundamentales: a) Universalidad. b) Alta importancia ético-política. c) Proyección colectiva. d) Historicidad. e) Carácter expansivo y efecto irradiante. f) Formulación positiva en términos usualmente genéricos. g) Indisponibilidad, inapropiabilidad, imprescriptibilidad e interdependencia. h) Indivisibilidad e interdependencia. V. Concepto de derechos fundamentales. VI. Eficacia de los derechos fundamentales. VII. Límites. VIII Problemas de aplicación de los derechos fundamentales. IX. Los Derechos fundamentales en la era digital. X. Conclusiones.

I. Introducción.

20. El tema de los derechos fundamentales ha cobrado mucha importancia en la literatura jurídica. Ha pasado a ser de un tema propio de la filosofía del derecho a ser un tema vinculado a todas las disciplinas jurídicas, en las cuales, con mayor o menor intensidad, hace sentir su presencia. La génesis de ese cambio puede encontrarse en la toma de conciencia sobre los derechos humanos que se produce con posterioridad a las devastadoras violaciones a los mismos que se produjeron con motivo de la segunda guerra mundial y sus antecedentes. En América Latina la relevancia que han adquirido derechos fundamentales tiene

que ver, en buena parte, con los cambios políticos democráticos ocurridos con posterioridad a la caída de las dictaduras militares que sistemáticamente violaban tales derechos. Es de hacer notar que la acción de importantes organizaciones no gubernamentales, varias de ellas de naturaleza internacional, dedicadas a los derechos humanos ha contribuido notablemente al interés que se ha desarrollado sobre este tema.

Desgraciadamente, la violación de los derechos humanos ha sido una constante en la historia de la humanidad, especialmente en situaciones bélicas, pero nunca tales violaciones habían alcanzado proporciones tan terribles como las que se produjeron durante la segunda guerra mundial. A la conclusión de la misma, se crea la Organización de las Naciones Unidas y se inicia un proceso de normativización internacional de los derechos humanos. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U., en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración de Filadelfia de la O.I.T., en 1948, y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, se proclama la existencia de derechos que corresponden al ser humano, de manera universal, los cuales reclaman su vigencia independientemente de la voluntad de los gobiernos. Esta noción de derechos humanos fundamentales es recogida en algunas constituciones de la post guerra y logra un sostenido y trascendental desarrollo con los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Sociales y Económicos de la O.N.U., de 1966 y con la incorporación de tal noción en sucesivas reformas constitucionales a lo largo del Siglo XX. De allí, la conocida expresión de Bobbio, que caracteriza al siglo XX como “el siglo de los derechos”.⁶⁵ En fin, la noción de los derechos fundamentales

65 Norberto BOBBIO, *El Tiempo de los Derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 57.

del ser humano desborda las aulas y los textos de la filosofía del derecho y pasa a tener una presencia efectiva en la vida práctica, dando lugar a constituciones que proclaman su vigencia, legislaciones que le dan sustento a su aplicación práctica y tribunales especializados, nacionales e internacionales, que deciden casos con base en tales derechos, procurando su tutela efectiva.

Refiriéndose al tema de los derechos fundamentales, Héctor Jaime Martínez dice:

“La vigencia del tema y la trascendencia del mismo permite que en él se integre lo público y lo privado, que se superen las barreras nacionales para dominar el ámbito internacional, a punto tal que la necesidad de proteger la dignidad de las personas ha llevado al reconocimiento del individuo como sujeto internacional”⁶⁶.

La construcción del concepto de derechos fundamentales tiene que ver con el contexto político en el medio del cual el mismo se fue elaborando. Siqueira Neto dice que se trata de

“los típicos derechos históricos, es decir, construidos históricamente mediante el proceso de fricción permanente trabado entre los defensores del mantenimiento de los patrones jurídicos y políticos establecidos con resistencia a la efectuación de nuevos derechos, de un lado, y de otro lado, los postulantes de nuevas libertades y nuevos derechos”⁶⁷.

Es por ello por lo que existe una estrecha vinculación entre la vigencia de los derechos fundamentales y la vigencia del sistema democrático. Una de las características de los sistemas

66 Héctor JAIME MARTÍNEZ, conferencia en el VI Seminario Internacional de Derecho Comparado del Trabajo Isla de Margarita, Mayo 2016. (<https://drive.google.com/file/d/1n4yYpbTGydKhpH1v55C5tSITfdOzhNF0/view?usp=sharing>) p.2.

67 José Francisco SIQUEIRA NETO. Derecho Del Trabajo y Derechos Humanos Fundamentales, en XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Libro de informes generales, p. 162, Montevideo, 2003

democráticos es el respeto y protección de los derechos fundamentales, los cuales encuentran en la democracia un amplio cauce de desarrollo del cual carecen en los regímenes autoritarios.

En este sentido Villaverde afirma que “*la constitucionalización de los derechos individuales no es una simple opción de entre muchas de naturaleza política, sino una imposición jurídica derivada del principio democrático.*”⁶⁸

II. La noción de los derechos fundamentales.

21. Aun cuando ampliamente tratada por las constituciones, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina, no obstante la noción de derechos fundamentales dista de ser unívoca. No lo es siquiera su denominación, ya que aun siendo, tal vez, la denominación de derechos fundamentales, la más generalizada actualmente, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia y en los propios textos constitucionales se usan denominaciones diferentes. Es de recordar que Bobbio, uno de los más importantes teóricos en la materia, señala que “*a pesar las tentativas innumerables de análisis definitorios, el lenguaje de los derechos fundamentales permanece muy ambiguo, poco rigurosos y usado a menudo retóricamente*”⁶⁹.

III. La denominación.

22. El término *droits fondamentaux* es utilizado por primera vez por el movimiento revolucionario francés de finales

68 Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, Concepto, contenido y límites a los derechos fundamentales, en *La Democracia Constitucional Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 321.

69 Norberto BOBBIO, ob. cit. en la nota 65, p.21.

del siglo XVIII. Pero su uso por la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia no se viene a generalizar sino pasada la segunda mitad de siglo XX y muy particularmente a partir de su empleo por la Constitución portuguesa de 1976⁷⁰. Las declaraciones de la O.N.U., de la O.E.A. y de la Comunidad Europea de mediados del siglo XX prefirieron utilizar el vocablo “derechos humanos”, criticado por Peces-Barba, porque no sólo más retórico sino, además, es impreciso y ambiguo lo que, según él, dificulta *“poder elaborar una reflexión sobre el concepto y fundamento de los derechos.”*⁷¹

Este autor establece una distinción entre “derechos fundamentales” y “derechos humanos”. Para él *“alguien tiene un derecho o un deber fundamental sólo lo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece,”* mientras que la expresión “derechos humanos” *“se usa con un sentido más amplio, incluyendo también aquellos supuestos en los cuales esos “derechos humanos” no están incorporados al Derecho positivo.”*⁷²

En el mismo sentido se expresa Bobbio para quien la expresión derechos humanos resulta muy vaga⁷³. Bidart Campos establece una distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. Considera que la denominación de derechos fundamentales, alude a su consagración por parte del derecho positivo, sin la cual, no podría atribuírsele al derecho el carácter

70 El Preámbulo de la Constitución portuguesa dice: “La Asamblea Constituyente proclama la decisión del pueblo portugués de defender la independencia nacional, garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos”. Los artículos 2,9 y 16 hacen referencia a los derechos fundamentales

71 Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Curso de Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995, p.24

72 Gregorio PECES BARBA Derechos Fundamentales, versión castellana de la voz “Diriti e doveri fondamentali” destinada al Novísimo Digesto Italiano en la parte referente a los derechos, <https://core.ac.uk/download/pdf/30043495.pdf>, p. 2.

73 Norberto BOBBIO, op. cit, en la nota 65, p. 55.

de fundamental, en tanto que, la de derechos humanos se fundamenta en el valor justicia (en el reconocimiento de la dignidad de persona) sin que sea necesaria su consagración por parte del derecho positivo⁷⁴. Igualmente Pérez Luño asevera que el carácter fundamental le viene a los derechos humanos por el hecho de su positivización en las constituciones estatales⁷⁵.

Según esa distinción los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos sin hacer ningún tipo de distinción de sexo, nacionalidad, lengua, religión u otra condición, son derechos que les corresponden a todas las personas sin ningún tipo de discriminación. Los derechos fundamentales por su parte son facultades que tiene una determinada persona y que son reconocidas por medio del ordenamiento jurídico vigente, y permiten a una persona el gozar de un derecho, poder realizar una cosa o poder demandar su cumplimiento por parte del Estado.

La primera de las constituciones iberoamericanas que incorpora en forma explícita la expresión “derechos fundamentales” fue la Constitución cubana de Febrero de 1976, cuyo capítulo VI se intitulaba “Derechos, deberes y garantías fundamentales”, siendo de observar que en la reforma de 2019 el título correspondiente se denomina TÍTULO V Derechos, deberes y garantías, eliminando la palabra “fundamentales”. Dos meses después de aprobada la Constitución cubana, la Constitución portuguesa, promulgada con ocasión de la denominada “revolución de los claveles” que puso fin al régimen dictatorial que desde hacía casi cuatro décadas existía en Portugal, empleó en su artículo 3 la expresión “derechos fundamentales”. Posteriormente, en

74 Germán BIDART CAMPOS, *Teoría General de los Derechos Humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1991, pp. 29 y ss. El texto entre paréntesis es del autor.

75 Antonio PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*; Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 31.

1978, la Constitución española producto de la transición de la dictadura franquista a la democracia, proclama los derechos fundamentales y las libertades públicas. El constituyente español no fue muy preciso en el uso de la terminología. El Título Primero de la Constitución se intitula De los Derechos y Deberes fundamentales, incluye dos secciones, la primera, denominada De los derechos fundamentales y de las libertades públicas (artículos 15 a 29) incluye una serie de derechos y libertades y la segunda, denominada Los derechos y deberes de los ciudadanos, incluye otros derechos. Ello ha dado lugar a debates en la doctrina española, planteándose la duda de si los derechos incluidos en la sección segunda, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a la propiedad y la libertad de empresa, son o no fundamentales.⁷⁶ En América Latina después de la Constitución cubana de 1976, la Constitución peruana de 1979, redactada por una asamblea constituyente convocada con el fin de facilitar el retorno de la democracia, tras más de una década de gobierno militar empleó la expresión “derechos fundamentales”. Es notable que entre las constituciones pioneras, tres, la portuguesa, la española y la peruana, sean precisamente, el producto de movimientos políticos de profunda renovación democrática.

En América Latina, con posterioridad a las constituciones de Cuba y de Perú, la expresión “derechos fundamentales” fue empleada por las constituciones de Brasil 1988 (Art. 17); Colombia 1991 (Capítulo I del Título II, arts. 23, 44 y 250.3); El Salvador 1983 (Título II); Paraguay 1992 (Art. 63); Bolivia 2009 (Título II, Capítulo Segundo, art.137); Perú de 1979 (art. 3) y de 1993 (Capítulo I del Título I) y República Dominicana 2010 (Título II, Capítulo I, Capítulo II, arts. 7, 26.4, 38, 39.4, 56, 68, 72, 74.4, 75, 112, 169 Párrafo 1, 184 y 191).

76 Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, ob. cit. en la nota 68, p.318

Las constituciones de México (1917) y Venezuela (1999) hablan de “derechos humanos”. Las constituciones de Argentina (1994), Costa Rica (1949), Cuba (2019), Ecuador (2008), Honduras (1982), Nicaragua (1986), Panamá (1972) y Uruguay (1996) incluyen un título, capítulo o sección con la denominación de “Derechos y Garantías” y en el mismo formulan los derechos garantizados por el Estado.

Es de observar que la terminología de derechos y garantías no es empleada de manera unívoca. Así, Argentina, Costa Rica, El Salvador y Uruguay, emplean indistintamente ambos términos. Otras, son más precisas. Así, las constituciones de Cuba, Paraguay, Perú y República Dominicana desarrollan en varios títulos o capítulos (uno para cada área) los derechos proclamados por el Estado y reservan otro para establecer las garantías que el Estado establece para el cumplimiento efectivo de tales derechos. La Constitución venezolana incluye un título denominado De los derechos humanos y garantías y de los deberes, que inicia con un artículo que dice:

“Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligaciones para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.

A continuación, en los artículos 20 al 129, enuncia, de manera no muy sistemática derechos y garantías, lo cual ha dado lugar a cierta confusión. En este orden de ideas es importante referirse a la sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de Octubre de 1997 que dice:

“Al efecto esta Corte Observa que las expresiones garantías y derechos utilizadas por el constituyente no podrían interpretarse como tér-

minos equivalentes, por cuanto la técnica constitucional no habría permitido nunca la peligrosa repetición de los mismos conceptos bajo nombres diferentes.

Se trata en consecuencia de nociones que deben ser perfectamente nítidas y diferenciables y la diferencia sencilla es la que se basa en que el derecho es el núcleo de los intereses jurídicamente protegidos, en tanto que la garantía es el medio de protección de las situaciones jurídicas que la Constitución y la Ley establecen y tutelan”⁷⁷

IV. Caracteres de los derechos fundamentales.

23. a) Universalidad.

El rasgo más característico de los derechos fundamentales es su universalidad. Bobbio afirma que “*los derechos humanos son de por sí Universales.*”⁷⁸ Incluso aquella parte de la doctrina según la cual la incorporación a un texto constitucional es un requisito “*sine qua non*” para que un derecho pueda ser considerado como fundamental, sostiene que los derechos fundamentales son universales, pues hacen referencia a prerrogativas jurídicas que corresponden a todos los seres humanos, sin distingos de nacionalidad, raza, religión, sexo, condición jurídica ni distinción de ninguna clase.

La vocación de universalidad es una nota omnipresente en las declaraciones históricas de derechos, que constituyen fuentes de primordial importancia para el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales.

Así, en la declaración de Derechos Virginia de 1776, que inspiró las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América se dice: “*todos los hombres son por naturaleza igualmente*

⁷⁷ Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 2 de octubre de 1997. Expediente 920 (Alcaldesa del Municipio El Hatillo, Estado Miranda en acción de nulidad. Ramírez & Garay: Jurisprudencia. Caracas, 1997, Tomo CXLV, p.753

⁷⁸ Norberto BOBBIO, ob. cit. en la nota 65, p.22.

libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden ser privados o desposeídos con posterioridad por ningún pacto; a saber: el goce de la vida y la libertad, como medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad.”

En la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se dice:

“Artículo 1: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

El primero de los trascendentales documentos sobre derechos humanos firmados en el siglo XX fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en abril de 1948, que declara que *“los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”*⁷⁹.

79 La declaración americana dice:

“La IX Conferencia Internacional Americana CONSIDERANDO:

Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad;

Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana;” ...

“ACUERDA:

adoptar la siguiente **DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE**

Preámbulo

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U., aprobada en 1948, seis meses después, se dice que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.⁸⁰

En el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en Noviembre de 1950, se dice

“esta declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ellas enunciados”⁸¹.

CAPÍTULO PRIMERO

Derechos

Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

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

80 En la declaración de la O.N.U. (www.un.org.universal-declaration-human-rights) se dice:

“Preámbulo. Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;” ... Convenio Europeo (www.acnur.org › fileadmin › Documentos › BDL):

“Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

81 El Convenio Europeo dice:

“Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, Considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; Considerando que esta declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ellas enunciados; Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los

En todos estos instrumentos y en otros más sobre la misma materia, se evidencia una conciencia en la comunidad internacional sobre el hecho de que existen derechos que se derivan de la dignidad inherente a la persona y que por tanto corresponden universalmente a todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad y del territorio político en que habiten.

Esta nota de universalidad de los derechos fundamentales atiende, como bien lo señala Fernando Valdés Dal Ré, no sólo a un sentido subjetivo, sino también a su sentido material.⁸² El sentido subjetivo atiende a la titularidad de los mismos (todos los seres humanos) y el sentido material a su contenido y al papel que juegan en la sociedad (los derechos fundamentales son los

medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan; Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal, Han convenido lo siguiente:

Artículo 1. Reconocimiento de los derechos humanos.

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.

Artículo 2. Derecho a la vida.

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.”

Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley.

- 82 Fernando VALDÉS DAL RÉ, Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador, en XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Libro de informes generales, Montevideo, 2003, p.38.

mismos para todas las naciones y promueven en la comunidad internacional una concepción del Estado de Derecho inspirado en unos valores universales).

La universalidad propia de los derechos fundamentales y la intención de darles protección ante la actitud de gobiernos que los violan flagrantemente, ha determinado la internacionalización de los mismos, de modo que, como acertadamente señala Héctor Jaime Martínez, los derechos fundamentales *“han dejado de ser un asunto doméstico para convertirse en un tema que el interés y atención de la comunidad internacional al punto de que se han creado cortes con jurisdicción supranacional para la defensa de los mismos”*⁸³. En relación a la internacionalización de los derechos fundamentales, su alcance y su limitación, Gregorio Peces Barba apunta:

“la defensa de los derechos humanos en la sociedad actual exige la concentración de los Estados para una defensa más eficaz (derecho a la vida frente al terrorismo, o de otros derechos frente al crimen organizado a nivel internacional). Esa defensa no se puede producir en el estrecho marco del Estado, porque el enorme progreso de las comunicaciones abre al hombre el universo en su integridad. Hoy el espacio del mundo es asequible para todos en poco tiempo y las organizaciones de todo tipo tienden a desbordar las fronteras nacionales. Así se entienden las dos dimensiones básicas que están en la raíz de la progresiva tendencia a un tratamiento de los derechos fundamentales a nivel internacional. Por un lado esta extensión se funda en planteamientos de filosofía política, abierta a la idea del Estado mundial o de la supranacionalidad y de la superación de la soberanía, y por otro en exigencias más pragmáticas, usando los instrumentos clásicos del Derecho internacional especialmente los tratados multilaterales o bilaterales.” *“La dificultad mayor en este proceso de internacionalización”, señala el autor español, “está en la inexistencia de un poder político efectivo, por encima del Estado, y capaz de garantizar*

83 Héctor JAIME MARTÍNEZ, ob. cit. en la nota 66, p.11.

*la eficacia del Derecho internacional de los derechos fundamentales. Este subsiste aún con el acuerdo de los Estados, aunque en el área de los veintiún países del Consejo de Europa se haya producido el hecho nuevo del recurso individual, que abre al ciudadano a la condición de sujeto de ese Derecho internacional*⁸⁴

24. b) Alta importancia ético política.

No todo derecho tiene la entidad requerida para ser considerado fundamental. La fundamentalidad requiere que el derecho en cuestión tenga una alta importancia ético política, bien sea para el normal desarrollo de la vida del individuo o para el cumplimiento de los fines de la sociedad. No todos los derechos tienen esa connotación. Hay derechos, que aun siendo legítimos, se refieren a aspectos puntuales que no tocan la esencia de la vida del individuo ni de la organización social. Tales derechos afectan solamente la personalidad, el patrimonio y la vida de su titular. Los derechos fundamentales, en cambio, se proyectan mucho más allá de la esfera jurídica de su titular, pues afectan la vida misma de la sociedad. Peces Barba, explicando por qué usa el adjetivo de “fundamentales”, tanto para derechos como para deberes, dice:

*“Ambos supuestos se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia en los que el Derecho actúa a través de la atribución de un derecho subjetivo a los individuos en el marco de la satisfacción de necesidades fundamentales de la condición humana, o a través de obligaciones que normalmente se establecen por el poder, titular de la soberanía, y que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y funcionamiento del Estado y de la Sociedad”*⁸⁵

84 Gregorio PECES BARBA, ob. cit, en la nota 72, p.19

85 *Ibidem*, p.1.

Según Valdés Dal Ré los derechos fundamentales son

“aquellos que se perciben, se entienden y actúan como fundamento de todo un orden jurídico-político plasmado en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales”⁸⁶. Según Ferrajoli: “los derechos que por su importancia deben ser garantizados son aquellos cuya defensa es necesaria para la paz, los derechos de igualdad de las minorías que garantizan un pleno multiculturalismo y los derechos que protejan a los débiles frente al más fuerte”⁸⁷.

Vistos los derechos fundamentales desde esta perspectiva, pienso que es necesario concluir que no todo derecho, por el hecho de estar contenido en la Constitución, debe ser considerado fundamental, puesto que no lo será si no reviste la connotación propia de la fundamentalidad. Por ejemplo el derecho a portar armas, establecido en la segunda enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, no es, a mi juicio, un derecho fundamental de la persona humana, que pueda ser objeto de la protección internacional de que gozan tales derechos, como tampoco lo es el derecho que la Constitución mexicana establece, para los trabajadores cuyos centros de trabajo estén fuera de las poblaciones y que tengan más de doscientos trabajadores, a que se reserve un espacio de terreno, que no será menor de cinco mil metros cuadrados, para el establecimiento de mercados públicos, instalación de edificios destinados a los servicios municipales y centros recreativos.

25. c) Proyección colectiva.

Aun cuando los derechos fundamentales son derechos subjetivos cuyo titular es una persona individual, los mismos se caracterizan

86 Fernando VALDÉS DAL RÉ, ob. cit. en nota 82, p. 38

87 Luigi FERRAJOLI, Sobre los Derechos Fundamentales, (Trad. Miguel Carbonell), Cuestiones Constitucionales, Núm. 15, julio-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006, p. 113

por tener una proyección colectiva. En efecto, el carácter democrático de una sociedad y la existencia de un verdadero Estado de Derecho está condicionado a la aplicación efectiva de los derechos fundamentales así se trate de derechos típicamente individuales, como es el caso del derecho a la vida, a la libertad personal y a la propiedad, sin cuya vigencia una sociedad no puede considerarse ni justa ni democrática. En este sentido. Anzures Gurría dice: que los derechos fundamentales *“son el punto de mediación y síntesis entre las libertades individuales con las de carácter social”*⁸⁸

26. d) Historicidad.

Al hablar de los caracteres de los derechos fundamentales, Héctor Jaime Martínez dice:

*“Otro carácter que merece ser destacado es el histórico, si bien encuentran su fundamento en la naturaleza misma del hombre en cuanto persona humana, son fenómenos históricos, no han sido reconocidos desde siempre, sino que lo han sido con la concepción del Estado moderno en la que se produce un cambio en la relación entre el individuo y el Estado, cuando aquel pasa de ser un súbdito para convertirse en un ciudadano. El reconocimiento de tales derechos es producto de una continuada lucha entre el poder y los ciudadanos, de allí que su reconocimiento por el ordenamiento jurídico no se ha producido al mismo tiempo”*⁸⁹

En la misma orientación Sorondo señala que los derechos humanos son, ante todo, *“valores que poseen una dimensión histórica determinada”*.⁹⁰

88 José Juan ANZURES GURRÍA, presentación al libro *Los derechos fundamentales* de Antonio Enrique PÉREZ LUÑO en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. vol. 40 no. 120 Ciudad de México sep./dic. 2007. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttex-t&pid=S0041-86332007000300017

89 Héctor JAIME MARTÍNEZ, ob. cit. en la nota 66, p.11.

90 Fernando SORONDO, *Los Derechos Humanos a través de la Historia*, en Ed. Servicio Paz y Justicia, Montevideo.

Es por ello por lo que la formulación, contenido y alcance de los derechos fundamentales han variado en el transcurso de las diversas épocas de la historia de la humanidad y continúa variando, como se verá en el literal siguiente.

27. e) Carácter expansivo y efecto irradiante.

A través del tiempo, los derechos fundamentales han tenido un carácter expansivo, que se ha manifestado no solamente por su difusión geográfica cada vez mayor, sino también porque que el número y variedad de los mismos ha tenido un constante crecimiento. Valdés Dal Ré apunta:

“Lejos de configurarse como una categoría cerrada de una vez por todas, los derechos fundamentales han ido incorporando a su catálogo nuevos intereses, bienes y expectativas como consecuencia de las sucesivas y no agotadas reivindicaciones y luchas de los individuos a fin de lograr mayores y más decentes espacios de igualdad y libertad”⁹¹.

Los regímenes absolutistas que prevalecieron desde la antigüedad hasta la edad moderna, le daban poco espacio a los derechos fundamentales. De hecho, los primeros movimientos que se realizaron en favor de los mismos fueron intentos, en ocasiones con importantes logros, de poner algún límite al poder absoluto del príncipe. Así, la Carta Magna impuesta a Juan Sin Tierra en 1225, los fueros de Aragón redactados por las cortes del reino a mediados del Siglo XIII y que debían ser jurados por los monarcas aragoneses y castellanos, y “the Bill of Rights,” que a partir de 1689 debieron jurar los monarcas ingleses al ascender al trono.

En la época moderna el Estado liberal burgués que sucedió a la abolición del “ancien regime” proclamó, a partir de finales

91 Fernando VALDÉS DAL RÉ, ob. cit. en la nota 82, p. 39

del siglo XVIII y en el siglo XIX, los básicos derechos civiles individuales y derechos de participación política del individuo que constituyen la denominada primera generación de derechos humanos, que comprenden entre otros el derecho a la libertad y la igualdad, el derecho a la dignidad de la persona, y a su autonomía y libertad frente al Estado, su integridad física, las garantías procesales y los derechos de participación del ciudadano en la vida política y en el ejercicio y control del poder público.

En el Siglo XX en la medida que fueron avanzado las concepciones del Estado de Bienestar Social y del Estado Social de Derecho los textos constitucionales fueron incorporando derechos colectivos, económicos sociales y culturales, primigeniamente en la Constitución de Querétaro, México en 1917 y en la Constitución de Weimar, Alemania, en 1919, pero de manera más generalizada en las constituciones aprobadas después de la post guerra (Alemania, Luxemburgo, Italia) y las posteriores a partir de los años cincuenta y sesenta. Estos derechos de un contenido que trasciende lo individual, son conocidos como derechos de la segunda generación y, en general están contenidos en la declaración de la O.N.U. de 1948, en la americana del mismo año y en la europea de 1950, así como en los pactos de la O.N.U. de 1966.

A partir de los años ochenta la teoría de los derechos fundamentales formula derechos que pretenden renovar y actualizar los contenidos de los instrumentos internacionales referidos, incluyendo temas tienen que ver con la solidaridad entre los pueblos y que se derivan de preocupaciones globales que se plantean a partir de las últimas décadas de siglo XX, los cuales trascienden los ámbitos tradicionalmente tratados. Estos derechos, llamados de la tercera generación o derechos de los pueblos, hacen referencia a temas como el derecho al desarrollo sostenido, el derecho a la paz, el derecho a la identidad cultural,

el derecho a gozar un medio ambiente, el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales.

Algunos autores hablan de una cuarta generación de derechos, que, por una parte, deben referirse a temas como los relativos al derecho a la paz y a la intervención desde un poder legítimo internacional en los conflictos armados; el derecho a crear un Tribunal Internacional que actúe en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad; el derecho a un desarrollo sostenible que permita preservar el medio ambiente natural y el patrimonio cultural de la humanidad; el derecho a un mundo multicultural en el que se respeten las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas; el derecho a la libre circulación de las personas, no sólo de capitales y bienes, sino también de trabajadores inmigrantes y, por otra parte, a una protección más global e imaginativa de los derechos de los individuos ante la omnipresencia de la tecnología en la vida social.⁹²

Es de observar, que los derechos fundamentales, además de su carácter expansivo, poseen lo que la doctrina ha llamado un “efecto irradiante”, en el sentido de que los mismos impregnan las diversas áreas del ordenamiento jurídico. Presno Linera explica ese efecto irradiante como

“su necesaria proyección como norma de principio en todos los sectores del ordenamiento jurídico, con lo que su presencia tiene que hacerse notar a la hora de interpretar y aplicar las normas que integran cada una de las ramas (civil, mercantil, penal, laboral, administrativa...) del mencionado ordenamiento.”

En lo que a los poderes creadores de derecho se refiere, señala este autor:

92 Javier BUSTAMANTE DONAS, Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica., en Revista Iberoamericana de ciencia y tecnología, Sociedad e innovación, N° 1, Buenos Aires, Septiembre-Diciembre, 2002

*“el efecto irradiante se manifiesta en la obligación que se les impone de que tengan bien presentes los derechos fundamentales en su labor normativa; en especial, por lo que respecta al Legislador, le está prohibido desconocer la eficacia de los derechos en las regulaciones, orgánica y ordinaria, tanto de las relaciones jurídico-públicas como de las jurídico-privadas. Pero no se trata tan solo de que no contravenga el contenido esencial de los derechos, sino de la obligación de disciplinarlos de la manera más favorable para su observancia, y como mínimo de forma que no se desconozca el citado contenido esencial, lo que adquiere una importancia singular para dotar de eficacia a los derechos en las relaciones entre particulares (eficacia horizontal). Por lo que respecta a los integrantes del Poder Judicial, la irradiación les obliga a que en su labor aplicativa del ordenamiento controlen la adecuación de las concretas normas en presencia a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.”*⁹³

28. f) Formulación positiva en términos usualmente genéricos.

Los textos constitucionales suelen formular los derechos fundamentales en términos muy genéricos, sin especificar las circunstancias y condiciones de su aplicación. Presno Linera escribe:

*“Se dice que el enunciado normativo de las normas de derechos fundamentales es abstracto porque no incluye referencias al modo, tiempo y lugar de ejercicio del derecho, y se le califica de abierto porque, en principio, cualquier conducta que encaje en el enunciado normativo está protegida por el derecho fundamental.”*⁹⁴

93 Miguel Ángel PRESNO LINERA. Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales en 2016, *Liber Amicorum* homenaje al profesor Luis Martínez Roldán, Ediciones de la Universidad de Vigo, 2016, pp.577 y ss.

94 *Ibidem*, p. 577

De allí que Alexy sostenga que los derechos fundamentales constituyen normas de “principios”, concebidas como mandatos de optimización que se cumplen en la mayor medida de las posibilidades reales, con un contenido abierto, en términos más bien vagos y abstractos y no formulan un supuesto de hecho concreto al cual se le atribuyan consecuencias jurídicas determinadas. Por tanto, en esta concepción, los derechos fundamentales no son “reglas”, pues éstas contienen mandatos concretos, que parten de la formulación de un supuesto de hecho específico al cual se atribuyen consecuencias jurídicas determinadas.⁹⁵

En mi criterio la distinción entre principios y reglas, ha venido perdiendo validez, especialmente en el área de los derechos sociales, por cuanto el nuevo constitucionalismo social ha determinado una tendencia a la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales que consagran derechos, incluso cuando lo hagan en forma general. Ello determina que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, aun cuando lo sean en forma genérica, puedan tener prevalencia frente a reglas concretas legislativas, al punto de que se ha dado el caso de declaratoria de inconstitucionalidad de normas legislativas o reglamentarias que regulan específicamente una materia, por cuanto se han considerado contrarias a un principio constitucional. En este sentido, en Francia, tanto el Consejo Constitucional, como el Consejo de Estado y la Corte de Casación, han establecido el carácter normativo de los principios contenidos en el Preámbulo de la Constitución de 1946, vigente por expresa disposición de la Constitución de 1958.⁹⁶

95 Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. pp. 81 y ss.

96 Véase Antoine JEAMMEAUD y Antoine LYON-CAEN, ob. cit. nota 57, pp. 712 a 726.

29. g) Indisponibilidad, inapropiabilidad e imprescriptibilidad.

Los derechos fundamentales, siendo inherentes a la persona humana, pertenecen de manera indisoluble a su titular, quien no tiene disponibilidad sobre los mismos. En consecuencia, cualquier acto que suponga una renuncia o transferencia de un derecho fundamental es automáticamente nulo. Sólo el titular puede ejercer su derecho fundamental.

De igual manera nadie puede ser despojado de un derecho fundamental del cual es titular. Tampoco los mismos están sujetos a prescripción. La circunstancia de que durante mucho tiempo una persona no haya hecho ejercicio de un derecho fundamental, nunca podrá suponer la pérdida del mismo.

Es necesario aclarar que las anteriormente mencionadas características se refieren a la titularidad de derecho, más no a los objetos concretos del mismo. Así, la renuncia que una persona haga de su derecho a la propiedad no es válida, como tampoco lo sería un acto del Estado que lo prive de tal derecho. Pero esa persona puede válidamente vender o de cualquier otro modo legal transferir la propiedad de un objeto que les propio. De igual manera el Estado, en los supuestos y con los procedimientos de ley puede expropiar un determinado bien propiedad de esa persona. El derecho del trabajador a recibir una justa remuneración por su trabajo es imprescriptible, pero la generalidad de las legislaciones establecen un plazo de prescripción, vencido el cual, un trabajador no podrá reclamar el pago de las remuneraciones y otros derechos que se le adeuden.

Es de observar, que no obstante lo referido en el párrafo anterior, la indisponibilidad de los derechos fundamentales se refleja estableciendo limitaciones en los actos de disposición que una persona ejerza sobre los concretos objetos derivados de

un derecho fundamental que le corresponda. Así, por ejemplo, dado que lo indispensable es el derecho de un trabajador a la remuneración y no el importe de la misma, el trabajador puede, en determinadas condiciones, llegar con el empleador a acuerdos que afecten tal importe, bien sea conviniendo una disminución de la que la remuneración convenida o llegando a una transacción en un juicio en el cual reclame diferencias salariales. Pero las legislaciones establecen límites a estos posibles acuerdos. Así, en términos y con alcances que cambian en cada país, las legislaciones suelen establecer en qué circunstancias se puede acordar una disminución salarial y también se establecen condiciones específicas y restrictivas para la validez de una transacción laboral. Fuera de esos límites legalmente establecidos no tiene validez ni el acuerdo de disminución salarial ni la transacción.

30. h) Indivisibilidad e interdependencia.

El artículo I.5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de Junio de 1993 dice:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

El artículo 11.6 de la Constitución de Ecuador dice:

“Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”

En sentido similar se pronuncian el artículo 13 I de la Constitución de Bolivia, el artículo 5. 1º de la Constitución de Brasil, el artículo 41 de la Constitución de Cuba, 1 y el artículo 19 de la Constitución de Venezuela. A este respecto César Arese dice:

*“Todos los derechos humanos, sean éstos los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la Ley y la libertad de expresión, los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.”*⁹⁷

Ningún derecho fundamental tiene primacía sobre otro. Esto puede dar lugar a que, en la solución de un caso concreto, se presenten conflictos entre soluciones sugeridas por la aplicación de uno u otro entre dos o más derechos fundamentales, lo cual ha sido objeto de un particular tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia y al cual se refiere el Capítulo IV de la presente obra.

V. Concepto de derechos fundamentales.

31. Aun cuando en las últimas décadas se ha producido una abundante literatura sobre los derechos fundamentales, el tema del concepto de los mismos no suele ser suficientemente tratado. Los textos constitucionales y algunos legislativos proclaman la vigencia de los derechos fundamentales y establecen una normativa regulatoria de los mismos, sin detenerse a determinar cuáles

97 César ARESE, *Derechos Humanos Laborales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2014, p. 30

derechos son fundamentales. A este respecto, Héctor Jaime Martínez señala:

*“En el ordenamiento jurídico, como es lo usual en el derecho positivo, no existe un concepto de lo que debe entenderse por derechos humanos o derechos fundamentales, la precisión de este concepto se ha dejado al campo de la doctrina y la jurisprudencia. Las faltas de definiciones en las normas positivas garantizan, hasta cierto punto, la amplitud y extensión de lo que debe entenderse como derechos fundamentales.”*⁹⁸

Por su parte, Siqueira Neto observa que *“los derechos fundamentales se presentan de forma descriptiva y referencial. Hay un cuidado generalizado en la conceptualización de los derechos fundamentales”*. Para luego continuar: *“El recelo es el de restringir el ámbito y la amplitud de esos derechos a través de una definición legal”*. En este sentido varios ordenamientos cuentan con una regla de seguridad estableciendo que

*“la enunciación de los derechos y garantías previstas en la legislación constitucional y ordinaria y en instrumentos internacionales, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en las fuentes normativas mencionadas.”*⁹⁹

Esta regla, denominada “de seguridad” o “cláusula abierta de derechos fundamentales” puede encontrarse en varias constituciones latinoamericanas. Así, en el artículo 22 de la Constitución venezolana se establece:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo

98 Héctor JAIME MARTÍNEZ. ob. cit. en nota 66, p.8.

99 José Francisco SIQUEIRA NETO. ob. cit. en nota 67, p.104

inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Fórmulas similares están contenidas en las constituciones de Argentina (Art. 33), Bolivia (Art. 13.II), Colombia (Art. 94), Costa Rica (Art. 74), Ecuador (Art. 11.7), Guatemala (Art. 44), Honduras (Art. 63), Panamá (Art. 17 primer aparte), Paraguay (Art. 45), Perú (Art. 3), Portugal (Art. 16.1); República Dominicana (Art. 74 f) y Uruguay (Art. 72).

En ese mismo sentido, el artículo 29 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos prohíbe a los Estados signatarios, interpretar la convención de manera que pueda: “c) *Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.*

Para parte de la doctrina la conceptualización de los derechos fundamentales es relativamente sencilla, porque considera derechos fundamentales solo a aquellos que están establecidos como tales por la Constitución. Ya hemos visto como para Bidart Campos¹⁰⁰ y para Pérez Luño¹⁰¹ los derechos fundamentales son aquellos consagrados como tales por el derecho positivo. En el mismo sentido opina Carballo, para quien “*la fundamentalidad de un derecho deriva de su consagración en un texto constitucional.*”¹⁰²

Este concepto, de claro corte positivista, no es compartido por la parte de la doctrina que sostiene que el carácter universal de los derechos fundamentales determina que todos los seres humanos sean titulares de los mismos, independientemente de

100 Germán BIDART CAMPOS, Ob. cit. En la nota 74, p.29.

101 Antonio PÉREZ LUÑO, Ob. Cit en la nota 75, p.31

102 César Augusto CARBALLO MENA: Libertad Sindical. La Perspectiva de los derechos fundamentales. Caracas, 2012, p.92

su consagración por el derecho positivo. En este sentido Héctor Jaime sostiene: “Vale la pena acotar que los derechos fundamentales no constituyen una creación del derecho positivo, éste tan sólo reconoce su existencia e instituye los sistemas de protección.” Para continuar. “El Derecho positivo no crea o consagra los derechos fundamentales, su papel se limita al reconocimiento de la existencia de los mismos. Éstos corresponden al hombre por el sólo hecho de ser persona y de portador de un valor fundamental que es su dignidad.”¹⁰³

La concepción expuesta por Jaime encuentra fundamento en la idea del Derecho Natural, aun cuando no puede decirse que todos los que la comparten sean propiamente ius naturalistas en el sentido clásico. La idea del derecho natural tiene orígenes muy antiguos. En la Oratio Pro Milone Ciceron decía a los jueces: “No es esto, entonces, jueces, una ley no escrita, sino nacida, que no hemos aprendido, recibido, leído, sino que verdaderamente nos ha sido atribuida por la misma naturaleza.”¹⁰⁴ Varios siglos después, Santo Tomás de Aquino escribió: “Y tal participación de la Ley eterna en la creatura racional es lo que llamamos Ley natural, por lo que la Ley natural no es otro cosa que aquella parte de la Ley eterna que corresponde a la criatura racional.”¹⁰⁵ Más recientemente autores como Mauricio Beuchot¹⁰⁶ John Rawls¹⁰⁷ y Ronald Dworkin¹⁰⁸ han hecho aportes doctrinarios sobre los derechos fundamentales bajo óptica de una concepción ius naturalista. Entre los iberoamericanos podemos citar a Luis Recasens Siches, quien dice:

103 Héctor JAIME MARTÍNEZ ob. Cit, en la nota 66, p.8.

104 Marco Tulio CICERON: Pro Titus Annio Milone Oratio. IV. Página web: <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/milo.shtml>.

105 Santo Tomás de Aquino: Summa Theologiae. Biblioteca de Autores Cristianos. Edición bilingüe. Madrid, 1954. I-II, q91, a2.

106 Mauricio BEUCHOT, Derechos humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo, UNAM, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Filológicas, México, 1996.

107 John RAWLS, Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.

108 Ronald DWORKIN, Taking Rights Seriously, Duckworth, London, 1977.

“los derechos humanos son principios o máximas de estimativa jurídica que se expresan como criterios supremos que deben ser obedecidos y desenvueltos prácticamente en la elaboración del derecho positivo, tanto por el legislador como por los órganos jurisdiccionales. Con estas palabras se trata de indicar que la validez intrínseca de esos principios no depende de ningún accidente histórico, no depende de la voluntad o del reconocimiento de los hombres.”... “Los derechos humanos proyectan la esencia de lo humano en el mundo jurídico y deben ser obedecidos por el legislador y los jueces.”¹⁰⁹

La orientación que afirma la existencia universal de los derechos fundamentales independientemente de que estén o no establecidos en el ordenamiento positivo de algún Estado, ha sido adoptada por buena parte de la doctrina laboral. Así, Jorge Rosenbaum afirma:

“los derechos fundamentales para ser tales, no requieren estar consagrados en el derecho positivo. Se trata de derechos que no nacen de la Constitución; a lo sumo, las normas constitucionales lo que hacen posteriormente a su implantación, es reconocerlos o declararlos como derechos en vigor, con la finalidad de hacerlos ingresar al derecho positivo.”¹¹⁰

En el mismo sentido Carlos De Buen dice que *“los Derechos fundamentales existen antes que el Derecho”¹¹¹*.

Esta concepción ha ganado apoyo, a partir de las últimas décadas del Siglo XX, en la idea de la vigencia de un “ius cogens”

109 Luis RECASENS SICHES, Los derechos Humanos, en Revista Dianoa, Vol. núm. 20, 1974. UNAM, México, p.133

110 Jorge ROSENBAUM RIMOLO, El “balancing test” en los conflictos entre derechos fundamentales vinculados con el trabajo, en Estudios de Derecho del Trabajo en Homenaje al Profesor Octavio Racciatti, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017, pp.55 y ss.

111 Exposición de Carlos DE BUEN UNNA, en VI Seminario Internacional y Comparado sobre Derecho del Trabajo, Isla de Margarita, Venezuela, mayo de 2016.

supranacional. En el artículo 53 (**Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”)**) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se establece:

“es nulo todo tratado que, en el momento de su elaboración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de esta Convención una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.”

El artículo 64 (**Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**) establece:

“Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Estas disposiciones de la Convención de Viena han fundado la concepción, desarrollada por la doctrina y muy especialmente por la jurisprudencia, de la existencia del denominado *ius cogens*, como cuerpo contentivo de normas y principios reconocidos de manera general por la comunidad internacional y que tiene primacía sobre cualquier otra norma nacional o internacional. Esta concepción es especialmente importante para la teoría de los derechos fundamentales, pues éstos, por antonomasia, forman parte del *ius cogens* y, en consecuencia, son exigibles aun a aquellos Estados que no los hayan incorporado a sus legislaciones positivas, ni mediante actos legislativos internos, ni mediante la ratificación de tratados internacionales. En este sentido Arturo Bronstein afirma:

*“para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el valor añadido del ius cogens es indiscutible. En primer lugar, un Estado puede que no haya ratificado un tratado sobre derechos humanos; sin embargo en su calidad de miembro de la comunidad internacional de Estados en su conjunto debe no obstante respetar aquellos principios de Derecho Internacional general reconocidos como ius cogens. Lo mismo sucede si considera denunciar un tratado que garantiza un derecho reconocido como ius cogens, o suscribir un tratado que manifiestamente es violatorio de un principio de ius cogens. En ambos casos perdurará su responsabilidad internacional, ya que las normas del ius cogens son inderogables.”*¹¹²

En el mismo sentido, Oscar Ermida Uriarte dice que los derechos fundamentales se caracterizan, entre otras cosas, porque *“obligan a todos los Estados, hayan o no ratificado los instrumentos supranacionales.”*¹¹³

Tomando en cuenta las anteriores reflexiones y las características de los derechos fundamentales, expuestos en el número anterior, me atrevo a proponer una definición de derechos fundamentales como aquellos derechos inherentes a la persona humana que de acuerdo con la conciencia jurídica universal prevaleciente en un momento histórico determinado poseen tal trascendencia que los lleva a ser reconocido como tales.

VI. Eficacia de los derechos fundamentales.

32. Los textos que pueden ser considerados como pioneros en la proclamación de derechos fundamentales (Carta Magna,

112 Arturo BRONSTEIN, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho del Trabajo. En ANUARIO 2013, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ y Manuel HERRERA CARBUCCIA, Coordinadores, Santo Domingo, 2016, p.181.

113 Oscar ERMIDA URIARTE, Derechos Laborales y Comercio Internacional en V Congreso regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001, p.11.

Bill of Rights, Declaración de Virginia, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano), fueron declaraciones formales, con un importante valor ideológico y político, tendientes a la limitación del poder público en protección al individuo, pero que presentan un jurídico relativo. En efecto, de tales instrumentos no se derivaban normas jurídicas vinculantes que permitieran a los ciudadanos accionar judicialmente en defensa de tales derechos. En esa concepción, los derechos fundamentales eran considerados principios, más que normas, y como tales no podían ser accionados judicialmente. La accionabilidad judicial de un derecho, aun cuando el mismo fuese proclamado por un texto constitucional, requería de un específico desarrollo legislativo.

Hay un momento histórico importante para el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales, aun cuando para ese momento la denominación usual era la de derechos humanos, cual es la incorporación de textos declarativos de derechos en las constituciones de Querétaro en 1917, de Weimar, en 1919 y en la Constitución republicana española de 1931, a las cuales me he referido con anterioridad. Las normas sobre derechos incorporados en esos textos no eran ya meras declaraciones formales, sino que tenían un valor de derecho positivo, aun cuando limitado, porque, si bien creaban la obligación del Estado de respetar esos derechos frente a sus ciudadanos y, en algunos casos, la obligación de desarrollar un programa legislativo para lograr su efectiva vigencia, no daban un sustento amplio para que los ciudadanos pudiesen ejercer una acción judicial ciudadana en reclamo del incumplimiento de cualquiera de esos derechos. Igual aconteció con los primeros desarrollos constitucionales ocurridos después de la finalización de la segunda guerra mundial.

Tal como expone acertadamente Rolando Murgas Torrazza, el denominado nuevo constitucionalismo social, que se desarro-

lla a partir de la Constitución portuguesa de 1976, determina la inclusión de normas directamente aplicables y con posibilidad de acceso a la tutela judicial, sin necesidad de desarrollo legislativo específico. Murgas señala:

*“con las constituciones de nuevo cuño, las que impulsan el nuevo constitucionalismo social, es más evidente el mencionado tipo de normas, tanto por su enunciación como por los mecanismos estatuidos para garantizar su efectividad, ya sean de derecho material o de carácter procesal. Se está en presencia de un diseño más integral de los derechos fundamentales, entre ellos los relativos a la protección del trabajo, con un elenco cada vez más creciente y de mayor reglamentarismo.”*¹¹⁴

Dentro de esta concepción se abandona el concepto de disposiciones programáticas, que se aplicaba a aquellas normas constitucionales que no estaban concebidas para su aplicación inmediata, sino que establecían un programa de acción a ser desarrollado por el legislador ordinario atendiendo a las pautas establecidas por la Constitución. El paradigma de aplicación directa de los derechos constitucionales está claramente establecido en la Constitución portuguesa de 1976, que en su artículo 18.1 establece la aplicación directa de las normas constitucionales relativas a los derechos, libertades y garantías establecidos en la misma y en los instrumentos internacionales son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas. Las constituciones de Bolivia (Art. 109.I), Colombia (Art. 85), España (Art.53.2.), Ecuador (Art. 11.3) y Venezuela (Art. 22) establecen disposiciones en el mismo sentido.

En una primera etapa los derechos fundamentales tenían únicamente lo que se ha denominado una eficacia vertical, es decir eran aplicables únicamente a las relaciones entre el Estado

114 Rolando MURGAS TORRAZZA, ob. cit. en la nota 18, p.35.

y los ciudadanos. Con el desarrollo del constitucionalismo social, los derechos fundamentales adquirieron una eficacia horizontal, extendiéndose su aplicación a las relaciones entre particulares. Esta orientación, ha sido establecida no sólo por la nueva doctrina y jurisprudencia constitucionales, sino que ha sido expresamente acogida por algunas constituciones (por ejemplo, la portuguesa, art.18.1; la chilena, art. 6.2; la argentina, art. 43; la griega, art.25). La misma abre la posibilidad de que los particulares puedan accionar contra otros particulares y no sólo contra el Estado, para exigir judicialmente el respeto a sus derechos fundamentales. Esta posibilidad, que es una característica de la nueva dimensión de los derechos fundamentales, tiene una fundamentación lógica, pues los valores que tales derechos postulan, trascienden el ámbito del sector público y se encuentran presentes necesariamente en el sector privado. En este sentido Valdés Dal Ré afirma:

“lo público’ y ‘lo privado’ no forman zonas recíprocamente estancas sino, antes al contrario, áreas mestizas, de cruce y de encuentro e, incluso, intercambiables a veces (privatización del poder público y publicación del poder privado; que la ‘supremacía privada’ asume muy a menudo una relevancia social, que crea situaciones inter privados de tanta o mayor sujeción que la que se da en la relación pública , que la existencia de verdaderos centros de poder privado, dotados de vigorosas potestatis agendi, hace ya tiempo que ha dado al traste con la idílica visión de un sistema de relaciones competitivas dominadas por el par libertad/igualdad”. En definitiva, el poder público ha perdido la credencial de ser ‘el único enemigo’ de las libertades fundamentales, compartiendo ahora esta condición con otros poderes económicos y sociales, que en muchas ocasiones son “más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales.”¹¹⁵

115 Fernando VALDÉS DAL RÉ, ob. cit. en la nota 82, p. 68. La última frase entre en comillas es una cita de A.E. PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, 3ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid. P.42.

En esta misma orientación la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

*“de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en la cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *dirittwirkung das gundrecthe*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.”¹¹⁶*

VII. Límites.

33. Los derechos fundamentales no son absolutos. Las primeras limitaciones se encuentran en los términos de su expresión en el texto jurídico que los consagren (Constitución, ley ordinaria o tratado internacional). Ello nos plantea un problema interesante. Desde la concepción que postulo, el ordenamiento jurídico positivo no crea, sino que reconoce los derechos fundamentales, cuya existencia se debe a que son inherentes a la dignidad de la persona humana. Desde esta óptica, las limitaciones que un texto constitucional establezca a un derecho fundamental podrían no ser válidas, si contrarían el contenido que se desprende de ese derecho en función de su atribución como condición inherente a la persona humana. Así, no sería válida la limitación que estableciere un texto constitucional o legal que, en el contexto de un sistema de “apartheid”, proclame derechos fundamentales que sólo sean aplicables a las personas de raza blanca. Por el contrario, son válidos, por ejemplo, los textos constitucionales que, al proclamar el derecho de propiedad, establecen que el mismo

116 CIDH, Opinión consultiva número zz+°18, párrafo 140)

está sujeto a limitaciones en atención al cumplimiento de una función social. Y es que el concepto de la función social de la propiedad, no es incompatible con el derecho fundamental a la propiedad que corresponde al ser humano. Por ello, cuando, cumpliendo con los adecuados trámites legales establecidos y pagando una indemnización adecuada, se expropia un bien por razones de utilidad pública, no se está violando el derecho constitucional a la propiedad, pues los límites constitucionales y legislativos establecidos a ésta como consecuencia de su función social de la propiedad, no son contrarios a la naturaleza propia de este derecho.

En segundo lugar, el derecho fundamental de cada persona se encuentra limitado por los derechos fundamentales de las demás personas y de la sociedad en general. Así, el derecho a libre expresión que corresponde a una persona está limitado por el derecho al respeto a la dignidad y decoro que corresponde a todas las demás. En consecuencia, no puede una persona difamar a otra fundándose en que está ejerciendo su derecho a la libertad de expresión.

Esta limitación está claramente expresada por la Constitución de Honduras en su artículo 62 que dice:

“Artículo 62. Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

Aquí se pueden plantear interesantes problemas, en cuanto se puede presentar la posibilidad de que para un caso concreto se propongan soluciones contradictorias inspiradas cada uno por derechos fundamentales diversos presentes en dicho caso. Como señalé anteriormente, este complejo problema ha sido especial objeto de atención por parte de la doctrina y será objeto de estudio en el capítulo IV de esta obra.

En algunas constituciones se prevé que, en circunstancias excepcionales, con el fin de preservar el orden público y el funcionamiento normal de la sociedad, el Estado, bien sea por disposición del poder ejecutivo, del parlamento o mediante actuación combinada de ambos, pueda suspender temporalmente el disfrute de algunos derechos constitucionales. Esta posibilidad de suspensión está sujeta a un régimen muy restringido. Solamente puede proceder en los casos previstos de manera muy precisa por la ley; estas causas deben ser interpretadas de manera restrictiva; debe tratarse de situaciones muy graves, cuya solución exija necesariamente el Estado de suspensión, cuya duración está limitada por la ley. La doctrina entiende que algunos derechos, como el de reunión, el de libre tránsito, el del libre comercio, pueden ser objeto de estas medidas de suspensión, pero que otros, como el derecho a la vida o a la nacionalidad no pueden serlo.

Este carácter restringido de la posibilidad de suspender derechos fundamentales está previsto en muchas constituciones y en tratados internacionales sobre la materia. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 29, segundo apartado, dice:

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 4, dice:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado,

éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.”

VIII. Problemas de aplicación de los derechos fundamentales.

34. Entre los atributos que suelen darse a los derechos fundamentales se destaca que, en general, están consagrados por normas abstractas y abiertas. Presno Linera define así estos atributos:

Se dice que el enunciado normativo de las normas de derechos fundamentales es abstracto porque no incluye referencias al modo, tiempo y lugar de ejercicio del derecho, y se le califica de abierto porque, en principio, cualquier conducta que encaje en el enunciado normativo está protegida por el derecho fundamental.”¹¹⁷

En general, las normas que consagran derechos fundamentales lo hacen en términos muy generales, consagrando la vigencia de un derecho, pero sin desarrollar los alcances del mismo ni las condiciones de su aplicación. Se establece, por ejemplo, la vigencia del derecho a la propiedad, pero no se determinan las condiciones para adquirir la cualidad de propietario de un bien, ni para transferir tal cualidad a un tercero, ni el contenido mismo del derecho ni las circunstancias que determinan la extinción de la cualidad de propietario. En materia laboral, por ejemplo, se proclama el derecho fundamental a la huelga, pero la norma que lo consagra no suele establecer a quién corresponde la titularidad de ese derecho, ni las condiciones y procedimientos para

117 Miguel Ángel PRESNO LINERA, Ob. Cit. en la nota 93, p.577

su ejercicio, ni los efectos que produce la huelga. Estos detalles suelen dejarse a la regulación legislativa, por lo cual el legislador, como bien lo acierta Valdés Dal Ré, se convierte “*en el colaborador necesario para que el derecho fundamental pueda desplegar de manera apropiada esa eficacia. Ahora bien, ese legislador ya no dispone de un poder normativo ilimitado, el suyo es un poder vinculado a la Constitución.*”¹¹⁸ El legislador debe “delimitar” el derecho fundamental, es decir precisar su contenido y los supuestos de hecho a los cuales es aplicable. Debe igualmente establecer sus límites y restricciones. Pero al llevar a cabo estas operaciones el legislador debe ceñirse al contenido esencial del derecho fundamental, sin que la regulación que establezca pueda desvirtuarlo. El legislador, señala Jaime Martínez, “*no crea límites sino que debe descubrir los límites que, de manera explícita o implícita, la propia Constitución impone.*”¹¹⁹ Esta subordinación del legislador al texto constitucional, que impide que la regulación de un derecho fundamental desvirtúe su contenido esencial, es consecuencia de la supremacía de la Constitución, establecida no sólo por la teoría constitucional, sino también en forma expresa por diversos textos positivos.

Así, la Constitución de Ecuador de 2008 dice en su artículo 424:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.”

Refiriéndose concretamente a la regulación legislativa de los derechos fundamentales dice en su artículo 11 numeral 5:

118 Fernando VALDÉS DAL RÉ, Ob. Cit en la nota 82, p. 59.

119 Héctor JAIME MARTÍNEZ, Ob. Cit en la nota 66, p.26.

“Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las Garantías constitucionales.”

La Constitución dominicana de 2010 dice en su artículo 74:

“Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad”

La supremacía de la Constitución está establecida por el artículo 410 de la Constitución boliviana que dice:

“Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.”

La constitución venezolana de 1999 establece en su artículo 25:

“Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”

En el ámbito europeo podemos citar el Art.19.2, de la Ley Básica alemana dispone:

“En ningún caso puede desvirtuarse la esencia de un derecho fundamental”.

De manera similar el artículo 53.1 de la Constitución española contempla:

“Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).”

El Proyecto de Constitución de la Unión Europea contiene una disposición en este sentido:

“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.”

En relación con esta materia la Sala Política Administrativa de Corte Suprema de Justicia de Venezuela de fecha 19 de junio 1997 estableció:

“Sin embargo, si bien el constituyente estableció la forma en la cual pueden limitarse los referidos derechos de rango constitucional, nada dijo sobre la extensión que ésta pudiera tener, razón por la cual ha sido labor de esta Corte Suprema de Justicia —actuando tanto en Sala Plena como en esta misma Sala— precisar cuál es el “contenido esencial” de dichos derechos, a los efectos de establecer una barrera o área de protección inexpugnable aún para el propio legislador, de forma tal que la mencionada limitación legislativa no pueda transformarse en una supresión absoluta del derecho constitucional”.

El carácter genérico con que suelen ser formulados los derechos fundamentales pueden presentar obstáculos al operador jurídico cuando no existe una legislación que delimite y limite

su contenido, o cuando, existiendo, no ha sido elaborado en forma suficientemente clara y específica o en aquellos casos en que la regulación promulgada en lugar de ayudar obstaculiza el ejercicio del derecho fundamental, lo cual, lamentablemente, no es tan infrecuente como debería serlo. En todos estos casos se presenta una evidente dificultad para la aplicación en la práctica del derecho fundamental, generalmente consagrado en términos generales por una norma constitucional o por una norma internacional.

Ante estas dificultades el operador jurídico debe suplir la poca especificidad de la norma mediante los recursos que le proporciona la interpretación de la misma. Y en este sentido es necesario señalar que el tipo de interpretación que facilita este cometido no es la clásica interpretación usual en el derecho común que se basa en buscar el sentido gramatical de las palabras del legislador y la intención que se deriva de las mismas. Estas técnicas interpretativas no prestan mucha ayuda para precisar el contenido, alcance y condiciones de aplicación de los derechos fundamentales, porque las normas que los proclaman están generalmente e intencionalmente expresadas con unas características tales de generalidad que hacen que el análisis de su expresión gramatical no suela aportar elementos suficientes para que el intérprete pueda avanzar en la búsqueda de las precisiones que requiere. Por eso la doctrina ha señalado la existencia de principios propios para la interpretación de los derechos fundamentales.

Así, José Luis Ugarte enumera los siguientes principios:

- a) Principio pro homini, según el cual se debe emplear la interpretación más extensiva para determinar el contenido de un derecho humano fundamental y a la más restrictiva al precisar sus limitaciones.*
- b) Principio de posición preferente, según el cual en la interpretación debe tener un lugar predominante las razones fundadas en derechos fundamentales.*

c) Principio de progresividad, según el cual se deben preferir las interpretaciones que contribuyan a la mayor efectividad de las normas que consagran derechos fundamentales y

d) Principio de interpretación conforme a la Constitución, según el cual las normas infra constitucionales que deban aplicarse a un caso de derechos fundamentales deben ser interpretadas conforme a los parámetros propios del bloque de constitucionalidad.¹²⁰

Otro problema que puede presentarse en la aplicación de los derechos fundamentales surge cuando en un caso concreto la solución sugerida por la aplicación del derecho fundamental de una persona aparece en contradicción con la solución sugerida por la aplicación de un derecho fundamental de otra persona. Dado que ningún derecho fundamental tiene primacía sobre otro, en estos casos corresponderá al operador jurídico competente proporcionar la solución del caso, lo que equivale a determinar cuál de las soluciones contradictorias debe prevalecer. Esta problemática ha sido objeto de un particular tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia. El tema es objeto de estudio en el Capítulo IV de la presente obra.

IX. Los derechos fundamentales en la era digital.

35. El Siglo XX, bien llamado, en la conocida expresión de Bobbio, “el siglo de los derechos”¹²¹, es también el siglo en que se genera la revolución informática o la denominada “era digital”. Entre el movimiento que refuerza la atención de la humanidad por la importancia de los derechos humanos y la irrupción de la digitalización, hay un espacio de décadas, pues mientras aquél

120 José Luis UGARTE CATALDO, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010, p- 57 y ss.

121 Norberto BOBBIO, *Ob. cit.* en la nota 65

comienza a desarrollarse a mediados del siglo pasado, ésta lo hace en sus últimas décadas. En todo caso, al existir una relativa coincidencia cronológica entre ambas realidades, cabe preguntarse qué interrelación puede observar entre ellas. A esta interrogante dedico esta breve reflexión.

La innovación tecnológica, que fue singularmente lenta hasta el Siglo XIX, comienza a ser más rápida a partir de la revolución industrial que entonces se produce. A partir de la segunda mitad del siglo XX y muy particularmente en el presente siglo, con los desarrollos logrados por la microelectrónica, la renovación tecnológica alcanza una inusitada aceleración que ha venido convulsionando los esquemas que venían rigiendo el desarrollo industrial de las sociedades y ha ejercido considerable influencia sobre los sistemas jurídicos y particularmente sobre los sistemas de relaciones de trabajo.

En el centro mismo de la revolución tecnológica y, por tanto, de las consecuencias que la misma determina en el mundo del trabajo, se encuentra el desarrollo de las nuevas ciencias como la electrónica, la microelectrónica, la cibernética, la robótica, la informática y la nanotecnología, tan vinculadas unas a las otras que no resulta fácil su diferenciación. La máquina por excelencia de la nueva revolución tecnológica es el computador y, más específicamente, el micro chip, del cual podría decirse que es a la actual revolución tecnológica lo que la máquina de vapor fué a la revolución industrial. Los computadores optimizan la información, que es el recurso más importante de las nuevas tecnologías y, en la actualidad, tienen la característica fundamental de que son capaces de controlar su propia actividad, así como la de otras máquinas que actúan bajo su comando. Por eso se habla de “inteligencia artificial”.

La “era digital” toma ese nombre en referencia al código de comunicación de la informática. Se trata del “reino de los unos

y de los ceros”, en el cual la más extensa de las informaciones puede ser reducida dentro de los límites intemporales de un chip.

La digitalización influye no sólo en la industria, el comercio y los modos de producción en general, sino que tiene una influencia clara en nuestro modo de vida, en nuestros hábitos y costumbres. El teléfono celular es un indicativo claro de cómo la digitalización influye en nuestra vida cotidiana. En un pequeño artefacto se encuentra incorporada una variedad de funciones y aplicaciones de manera tal que hace apenas unos años era inimaginable. En el planeta más de 5.000 millones de personas tiene un teléfono celular, lo cual equivale al 75 % de la población mundial. En el Commonwealth el porcentaje de teléfonos celulares en relación a la población es del 148 %, mientras que en África es del 82%. Por otra parte se estima que más de 4.000 millones de personas tiene acceso propio a internet, mientras que cada día, sobre todo en los países más desarrollados, se generaliza la existencia de accesos gratuitos y públicos a la red. Se calcula que hay alrededor de 50.000 millones de dispositivos conectados a Internet. La industria y el comercio se han transformado y los medios digitales se han hecho fundamentales para el desarrollo de su actividad. Las cinco empresas de mayor facturación en el mundo no son ya las famosas “cinco hermanas” petroleras, sino compañías vinculadas a las telecomunicaciones y a la tecnología. “*El nuevo petróleo*”, dicen Eloy Velasco Núñez e Iñaki Ortega, “*son los datos que estas empresas obtienen masivamente de sus usuarios, en ocasiones de manera inconsciente.*”¹²²

La realidad antes descrita comienza a generarse en las últimas décadas del siglo XX y se extiende vertiginosamente en lo

122 Eloy VELASCO NÚÑEZ e Iñaki ORTEGA, *Los derechos fundamentales en la era digital*, El País, España, 19-3-2018. https://elpais.com/elpais/2018/03/19/opinion/1521474015_301808.html

que va del siglo XXI. En el mismo período se ha desarrollado una especial atención al tema de los derechos fundamentales del ser humano. Nunca en la historia de la humanidad este tema había estado tan presente en el pensamiento y en la acción de gobernantes, políticos, académicos, activistas y de la sociedad en general. Más allá del planteamiento pesimista y catastrófico que voces agoreras hacen de la situación actual de la humanidad, la realidad es que ésta, en general, nunca antes había vivido en mejores condiciones. Es cierto que millones de personas viven en la pobreza, que en muchas partes del planeta se cometen serias violaciones a los derechos humanos y que la modernidad, al tiempo que genera progreso, también genera serios problemas ambientales y de otra naturaleza. Pero las proporciones de pobreza y atraso social son muy inferiores a las que prevalecían en siglos anteriores. A partir de la segunda post guerra millones de personas han superado la pobreza y en muchas partes del mundo existen sistemas de protección social que eran desconocidos con anterioridad. Los niveles de alfabetismo, educación, salud y la esperanza de vida se han elevado notablemente en las últimas décadas. Pero lo más importante es que en la consciencia de la humanidad el valor del ser humano y de sus derechos ha cobrado una relevancia que antes no tenía. Durante siglos la esclavitud existió como una institución no solo tolerada, sino requerida por la sociedad. La guerra fue durante siglos una institución igualmente tolerada, lo que es más, era una forma normal de relacionarse entre las naciones. Los vencidos en la guerra carecían de derechos y estaban a merced red la voluntad del vencedor. Hoy día siguen existiendo guerras, pero ellas tienen un rechazo del mundo civilizado que anteriormente no tenían, pues eran vistas como un fenómeno normal. Ciertamente la guerra de Rusia contra Ucrania ha comportado terribles violaciones a los derechos del ser humano, pero los mismos han recibido el

rechazo de la comunidad internacional que ha acordado duras sanciones a Rusia. En siglos pasados era impensable que el mundo reaccionara de una manera similar ante la guerra emprendida por un Estado contra otro. La soberanía de los estados implicaba el derecho de iniciar una guerra cuando entendía que su interés nacional lo reclamaba y los otros estados, podían permanecer ajenos al conflicto o involucrarse en el mismo, si fuere el caso, pero no condenaban el uso de la guerra como tal.

Coinciden, pues, en las últimas décadas del siglo XX y en lo que va del XXI, la implantación progresiva de las tecnologías digitales con el mayor desarrollo de la atención a los derechos humanos. Las nuevas tecnologías han significado, en general, un aporte a las mejores condiciones de vida del ser humano, pero también han comportado serios problemas. En este sentido Michele Bachelet dice:

La tecnología digital ya nos proporciona múltiples beneficios. Su valor para el desarrollo y los derechos humanos es enorme. Podemos conectarnos y comunicarnos en el mundo entero como nunca antes. Podemos empoderar, informar e investigar. Podemos usar comunicaciones codificadas, imágenes transmitidas por satélite y flujos de datos para defender y promover directamente los derechos humanos. Hasta podemos emplear la inteligencia artificial para predecir y prevenir vulneraciones de derechos humanos.

Pero no podemos hacer caso omiso de su lado oscuro. Y no podría expresarlo de manera más enérgica que con esta fórmula: La revolución digital plantea un considerable problema de derechos humanos a escala mundial. Sus beneficios indudables no anulan sus riesgos evidentes... Cada vez son más numerosos los aspectos de nuestra vida que son rastreados, archivados y utilizados –a veces, mal utilizados– por conducto de sistemas informáticos .”¹²³

123 Michele BACHELET, *Derechos humanos en la era digital*. ¿Pueden marcar la diferencia? Discurso programático Japan Society, Nueva York, 17 de octubre de 2019. <https://www.ohchr.org/es/2019/10/human-rights-digital-age>.

Efectivamente, las tecnologías digitales han generado importantes problemas en relación con los derechos fundamentales. Las mismas no solo facilitan la obtención de una información cada vez más amplia y optimizan las posibilidades de su procesamiento y difusión, sino que también generaron nuevas y más intensas posibilidades de control de los ciudadanos.

La incidencia que las nuevas tecnologías es particularmente importante en la relación de trabajo. Entre otros factores se mencionan el aumento del trabajo autónomo, la intensidad del control, la pérdida de privacidad y de intimidad, la tendencia a extender la jornada de trabajo, irrespetando los tiempos de descanso y dificultando la conciliación entre la vida laboral y la vida familiar etc.

A este respecto Pazos Pérez señala:

“La provisión de bienes y servicios on line y servicios a demanda, unida a la descentralización productiva, la externalización del empleo, y las necesidades de acceso al empleo de categorías vulnerables excluidas del mercado de trabajo, contribuyen al aumento del autoempleo, motivado por el auge que brinda la nueva era tecnológica”¹²⁴

Raso Delgue describe así la incidencia de la tecnología en la relación laboral:

“A través de la tecnología se desarrollan mecanismos para conocer los aspectos más reservados de la conducta y vida del trabajador, monitorearlo en tiempo real a lo largo de su jornada laboral y – lo que más debe preocupar – ir almacenando información a lo largo de su vida laboral. No solo ha cambiado la morfología de la subordinación, sino que ésta se ha vuelto más intensa que en el pasado”. Para continuar: “El empleador tiene un control más preciso, más exacto

124 Alexandre PAZOS PÉREZ, *Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 25.

*y en tiempo real de los movimientos del trabajador. El controlador satelital (GPS), las computadoras adaptadas a la producción y a los servicios, hacen que el control se extienda retomando actualidad el concepto de productividad y quedando menos espacios del trabajador inactivo o a la orden*¹²⁵.

En el capítulo VI de esta obra se analiza con mayor detenimiento la influencia de las nuevas tecnologías en los derechos de los trabajadores.

Una importante actividad jurídica se ha desarrollado para establecer límites racionales a la incidencia de las nuevas tecnologías en la vida ciudadana. En el antes referido discurso Bachelet sostiene:

*“Para que estos derechos sean respetados en nuestro mundo que tan rápido evoluciona, debemos asegurarnos de que la revolución digital está al servicio de las personas y que no ocurre al revés. Debemos garantizar que cada proceso mecánico y cada sistema de inteligencia artificial cumplen con los principios fundamentales de transparencia, justicia, responsabilidad, supervisión y reparación.”*¹²⁶

Los ordenamientos jurídicos no se circunscriben a limitar el alcance y los efectos de las tecnologías digitales en relación con los derechos del ser humano, sino que a su vez han venido desarrollando los que se han denominado “derechos digitales”. Éstos han sido definidos como “*aquellos que permiten a las personas acceder, usar, crear y publicar medios digitales, así como acceder y utilizar ordenadores, otros dispositivos electrónicos y redes de comunicaciones*”¹²⁷

125 Juan RASO DELGUE, Impacto de las herramientas digitales en las relaciones laborales, en Revista Derecho del Trabajo, N° 23, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2020, pp. 131 y 132.

126 Michele BACHELET, ob. cit. en la nota 123.

127 www.iberdrola.com › innovacion › que-son-derechos-digitales

Algunos derechos fundamentales regulados desde hace décadas por las constituciones y por las legislaciones nacionales e internacionales tienen especial relación con las tecnologías digitales. Así, los derechos a la información, al secreto de las comunicaciones, a la intimidad y a la protección de los datos personales, analizados todos en el capítulo VI de esta obra.

Más recientemente se han generado otros derechos digitales específicos, que aún tiene un tratamiento legal más bien incipiente. Así, el derecho al olvido, a la muerte digital y a la neutralidad de la red.

Por derecho al olvido se entiende el que corresponde a los ciudadanos para solicitar que sus datos personales sean suprimidos cuando éstos ya no cumplan el fin para el cual fueron requeridos, cuando fueron recogidos ilegalmente o, simplemente, cuando la persona interesada retire su consentimiento para que sus datos estén en poder de otra persona. Este derecho está previsto por varias de las relativamente numerosas legislaciones dedicadas a la protección de datos personales, a las cuales hago referencia en el capítulo VI de esta obra.

Por derecho a la muerte digital se entiende el que corresponde a los ciudadanos para decidir el destino de que tendrá, después de su muerte, todo lo que hayan publicado en internet durante su vida. Se trata, pues, del derecho de formular una especie de testamento digital. La materia ha sido objeto de muy escasa regulación legislativa. En Francia se aprobó en Octubre de 2016 la Ley N° 2016-1321 de 7 de octubre de 2016 para una República Digital, que, entre otras materias, regula la muerte digital. En Catalunya se aprobó una norma legislativa sobre el tema en 2017, pero su aplicación fue suspendida por una acción intentada por el Estado central alegando que la misma invadía sus competencias. No obstante la poca regulación legal, algunas

operadoras han diseñado sus propios protocolos para facilitar la muerte digital de los usuarios de sus redes.¹²⁸

Por derecho a la neutralidad de la red se entiende el derecho que corresponde a todos los ciudadanos de acceder sin discriminaciones a internet, de modo que los operadores deben garantizar un trato igualitario a todos los usuarios, sin establecer preferencias ni limitaciones a unos o a otros. En varios países se ha presentado un vivo debate, con intervención de autoridades políticas y judiciales y de académicos, sobre el tema de la neutralidad de la red. En la Unión Europea, Japón, Noruega y Canadá se han aprobado normativas al respecto, mientras que en Estados Unidos se aprobó, en junio de 2018 una ley que limita la misma¹²⁹.

En fin, la digitalización es una realidad cada vez más presente y dominante en la sociedad contemporánea. El reto de juristas, políticos y legisladoras es crear los cauces para que la misma sea un instrumento de beneficio para la humanidad y no una amenaza para sus derechos fundamentales.

X. Conclusiones.

Primera: Aun cuando el tema de los derechos fundamentales ha sido ampliamente tratado por las constituciones, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina, su noción dista de ser unívoca.

Segunda: Para precisar la noción de derechos fundamentales es conveniente referirse a los caracteres que les son propios:

128 Raúl NAVARRO, Muerte digital: del derecho a la Ley, Revista Plaza N° 41, 2018. Alicante, <https://alicantepiazza.es/muerte-digital-derecho-sin-ley>

129 Véase Christopher T. MARSDEN Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro, en Revista de Internet, Derecho y Política, número 36, 2022, Universitat Oberta de Catalunya, España, DOI: <http://dx.doi.org/10.7238/issn.1699-8154>

a) **Universalidad:** hacen referencia a prerrogativas jurídicas que corresponden a todos los seres humanos, sin distingos de nacionalidad, raza, religión, sexo, condición jurídica ni distinción de ninguna clase.

b) **Alta importancia ético política:** Para que un derecho sea considerado como fundamental debe tener una alta importancia ético política, bien sea para el normal desarrollo de la vida del individuo o para el cumplimiento de los fines de la sociedad.

c) **Proyección colectiva.** Aun cuando los derechos fundamentales son derechos subjetivos cuyo titular es una persona individual, los mismos se caracterizan por tener una proyección colectiva.

d) **Historicidad:** los derechos fundamentales tienen un carácter histórico, su formulación y alcance han variado en el transcurso de las diversas épocas de la historia de la humanidad y continúa variando.

e) **Carácter expansivo:** A través del tiempo, los derechos fundamentales han tenido un carácter expansivo, que se ha manifestado no solamente por su difusión geográfica cada vez mayor, sino también porque que el número y variedad de los mismos ha tenido un constante crecimiento.

f) **Indisponibilidad, inapropiabilidad e imprescriptibilidad:** Los derechos fundamentales, pertenecen de manera indisoluble a su titular, quien no tiene disponibilidad sobre los mismos. De igual manera nadie puede ser despojado de un derecho fundamental del cual es titular. La titularidad de los derechos fundamentales no está sujeta a prescripción. Estas características se refieren a la titularidad de derecho, más no a los objetos concretos del mismo.

g) Indivisibilidad e interdependencia: Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Ningún derecho fundamental tiene primacía sobre otro. Esto puede dar lugar a que, en un caso concreto, puedan presentarse soluciones contradictorias sugeridas por la aplicación de dos o más derechos fundamentales.

Tercera: En la actualidad las normas sobre derechos fundamentales son directamente aplicables y con posibilidad de acceso a la tutela judicial, sin necesidad de desarrollo legislativo específico. Se está abandonando el concepto que se aplicaba a aquellas normas constitucionales que no estaban concebidas para su aplicación inmediata, sino que establecían un programa de acción a ser desarrollado por el legislador ordinario atendiendo a las pautas establecidas por la Constitución.

Cuarta: En su desarrollo contemporáneo, los derechos fundamentales tienen no sólo una eficacia vertical, siendo aplicables a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino que cuentan igualmente con una eficacia horizontal, extendiéndose su aplicación a las relaciones entre particulares, de modo que éstos pueden accionar contra otros particulares y no sólo contra el Estado, para exigir judicialmente el respeto a sus derechos fundamentales.

Quinta: Los derechos fundamentales no son absolutos. Pueden encontrar limitaciones en los términos de su expresión en el texto jurídico que los consagren (Constitución, Ley ordinaria o Tratado internacional). Si partimos de la concepción de que el ordenamiento jurídico positivo no crea, sino que reconoce los derechos fundamentales, las limitaciones que los textos positivos establezca a un derecho fundamental, podrían no ser válidas, si contrarían el contenido que se desprende de ese derecho en función de su atribución como condición inherente a la persona humana.

Por otra parte el derecho fundamental de cada persona se encuentra limitado por los derechos fundamentales de las demás personas y de la sociedad en general, lo cual puede dar lugar al problema de la colisión entre derechos fundamentales.

En algunas constituciones se prevé que, en circunstancias excepcionales, a fin de preservar el orden público y el funcionamiento normal de la sociedad, el Estado, bien sea por disposición del poder ejecutivo, del parlamento o mediante actuación combinada de ambos, pueda suspender temporalmente el disfrute de algunos derechos constitucionales.

Sexta: Dada la trascendencia de los derechos fundamentales, los ordenamientos jurídicos suelen establecer mecanismos especiales para su tutela. La garantía normativa por excelencia está dada por la incorporación de los derechos fundamentales en la Constitución y por el establecimiento de un ordenamiento jurídico que contemple un adecuado sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad. Este sistema preferiblemente debería contemplar tanto el control concentrado, generalmente reservado al tribunal constitucional o sala constitucional de más alto tribunal, con competencia de declarar la nulidad de cualquier acto, público o privado, como el control difuso, que corresponde a todos los jueces, quienes, al decidir un caso particular, pueden, para el caso concreto, desaplicar una norma por considerarla contraria a la Constitución. Entre las garantías constitucionales procesales, la acción de amparo, tutela o protección constitucional es la más importante.

LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO, TUTELA CONSTITUCIONAL O PROTECCIÓN COMO MEDIO DE TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES.

SUMARIO: I. La Tutela de los derechos fundamentales. II. El procedimiento de amparo, tutela o protección como medio de tutela de los derechos fundamentales. III. Antecedentes históricos del amparo. IV. Naturaleza Jurídica. V. Características VI. Competencia jurisdiccional. VII. Sujetos. VIII. Procedimiento IX. El amparo en materia laboral. X. Acciones procesales especiales para atender determinados casos de infracción a derechos laborales. XI. Conclusiones.

I. La tutela de los derechos fundamentales.

36. Dada la trascendencia de los derechos fundamentales, los ordenamientos jurídicos suelen establecer mecanismos especiales para su tutela. Fernando Marques Rivas dice:

“El simple reconocimiento o positivización de los derechos fundamentales no es garantía de su cumplimiento y efectividad, para que no se queden como simples buenos deseos, es necesario que el

*ordenamiento jurídico les dote de garantías tanto normativas, procesales e institucionales.*¹³⁰

La garantía normativa por excelencia está dada por la incorporación de los derechos fundamentales en la constitución. Para que tal garantía exista efectivamente, debe tratarse, por una parte, de una norma codificable por el legislador ordinario y, por la otra, de un ordenamiento jurídico que contemple un adecuado sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad. Este sistema debería contemplar preferiblemente tanto el control concentrado, generalmente reservado al tribunal constitucional o sala constitucional de más alto tribunal, con competencia para declarar la nulidad de cualquier acto, público o privado, como el control difuso, que corresponde a todos los jueces, quienes, al decidir un caso particular, pueden, para ese caso, desaplicar una norma por considerarla contraria a la constitución. Las garantías procesales están constituidas por los medios específicos que el ordenamiento jurídico contempla para que un ciudadano que considera que un determinado acto, público o privado, viola un derecho fundamental del cual es titular, pueda accionar judicialmente para lograr la restitución de la situación jurídica infringida y la eventual reparación de los daños que experimentó como consecuencia de esa violación

Las garantías institucionales están constituidas por los medios de autocontrol de la constitucionalidad de sus autos que corresponden a las propias instituciones públicas, las cuales, sin necesidad de esperar intervención judicial, pueden desechar una determinada actividad por ser contraria a la constitución.

130 Fernando MARQUES RIVAS, Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo, en Revista Ex lege electrónica, Año 3, N° 16, México, 2013

II. El procedimiento de amparo, tutela o protección como medio de tutela de los derechos fundamentales.

37. Entre las garantías constitucionales procesales de los derechos fundamentales, el procedimiento conocido más generalmente como amparo merece especial referencia. De acuerdo con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela:

*“el amparo constitucional es una acción de carácter extraordinario, por lo que su procedencia está limitada sólo a casos en los que sean violados a los solicitantes de manera directa, inmediata y flagrante derechos subjetivos de rango constitucional o previstos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, para cuyo restablecimiento no existan las vías procesales ordinarias, eficaces, idóneas y operantes”*¹³¹.

Mario Pasco Cosmópolis releva que

*“la acción de amparo o tutela es deliberadamente desigual destinada a salvaguardar los derechos supremos que dimanar de la Carta constitucional, tiene un carácter marcadamente tutelar (de allí su nombre en Colombia) y está configurada por un trámite lineal expresamente sencillo, expeditivo y pretendidamente célere.”*¹³²

En América Latina varias constituciones consagran el amparo, el cual en Colombia se denomina tutela, en Ecuador y Chile protección y en Brasil mandado de segurança. Las constituciones de Bolivia (Art. 128.7 y 129) y de México (Arts. 106 y 107) no se limitan a consagrar la acción, sino que establecen procedimientos para su tramitación. Por el contrario otras constituciones proclaman, en términos más o menos amplios,

131 Sentencia N° 80 del 9 de marzo de 2000. WWW.TSJ.GOV.VE

132 Mario PASCO COSMÓPOLIS, ob. cit. en la nota 28.

el derecho de los ciudadanos a accionar el amparo en caso de violación de sus derechos constitucionales y dejan el tema procedimental a la determinación del legislador ordinario. Tal es el caso de las constituciones de Argentina (Art. 43), Brasil (Art. 5 XIX y XXI), II, Colombia (Art. 86), Costa Rica (Art. 48), Ecuador (Art. 88), Guatemala (Art. 256), Honduras, (Art. 183), Nicaragua (Art..45), Paraguay (Art. 134) Perú (Art. 200) y Venezuela (Art. 27).

III. Antecedentes históricos del amparo.

38. Humberto Nogueira Alcala señala que los primeros antecedentes del amparo:

*“se encuentran en Roma, a través del Interdicto de “Homine libero exhibendo” consagrado en el título XXIX, libro XLIII del Digesto, el cual concedía a todo hombre libre, púber o impúber, varón o mujer, estuviera o no sujeto a potestad ajena, recurrir al Pretor, el cual resolvía por edicto ordenar a quién tuviere ilegalmente a otra persona exhibirla ante él (exhibe al hombre libre que retienes con dolo malo)”.*¹³³

Varios autores citan como antecedente histórico de nuestro actual amparo a las instituciones medievales aragonesas. Las crónicas hablan de unos pactos de Sobrarbe, celebrados para resolver conflictos en el monarca y los nobles, en los cuales se estableció la obligación del rey de jurar los fueros antes de ser coronado como tal. Las crónicas señalan que con base en tales pactos se creó, en 1215 la figura del Justicia Mayor, encargado de velar el cumplimiento de los fueros. Este funcionario conocía de las

133 Humberto NOGUEIRA ALCALA “El habeas corpus o recurso de amparo en Chile con información comparativa de América del Sur: Evolución y Situación Actual”, Revista Jurídica del Perú, Revista N° 13.

denuncias de incumplimiento de los fueros y tenía competencia para amparar al denunciante en el ejercicio de sus derechos, pudiendo dejar sin efecto los actos de las autoridades, incluyendo al Rey, que violasen los fueros y leyes. Ignacio Burgos señala:

“Uno de los fueros que más significación tiene para la antecendencia hispánica de algunas de nuestras garantías individuales, es sin duda el llamado Privilegio General que en el reino de Aragón expidió don Pedro III en el año de 1348, estatuto que ya consagraba derechos fundamentales en favor del gobernado oponibles a las arbitrariedades del poder público en lo que concierne a la libertad personal. Las garantías de seguridad jurídica que dicho fuero general contenía en beneficio de dicha libertad, se hacían respetar a través de distintos medios procesales que él mismo instituía y los cuales se conocen con el nombre de “procesos forales”, constituyendo algunos de ellos verdaderos antecedentes o precedentes hispánicos de nuestro juicio de amparo.”¹³⁴

Los antecedentes más claros del actual amparo hay que buscarlos en el derecho inglés. La famosa Carta Magna, acordada como solución a complejos conflictos entre nobles normandos e ingleses y entre el Rey y los nobles, fue promulgada por el Rey Juan Sin Tierra en 1215. En este documento se establece que un súbdito no puede ser detenido, expulsado o despojado de sus propiedades sin que exista una justificación acreditada en un juicio público y conforme a la ley, sin que la sola voluntad de una autoridad pueda constituir causa justificante de la detención. En 1640 se dicta la Ley de Habeas Corpus y en 1649 se dicta otra ley en la cual se establecen los procedimientos necesarios para que la persona agraviada pueda accionar para lograr su libertad. Estos procedimientos tienen similitud con los que aplican actualmente en los juicios de amparo. En la demanda el solicitante del

134 Ignacio BURGOA, *El Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 1983 p. 58

habeas corpus debía basarse en motivos razonables y acompañar pruebas del agravio que había sufrido. El funcionario que había ordenado el acto objeto del recurso estaba obligado a presentar la persona detenida ante el Tribunal y debía rendir a éste un informe sobre la situación planteada, estableciéndose fuertes multas para quienes incluyesen falsedades en dicho informe. El Tribunal, actuando sumariamente, debía decidir la solicitud, otorgando el habeas corpus en aquellos casos en los cuales se hubiese demostrado que la detención no estaba justificada.

Es de destacar que en América Latina la institución del amparo ha tenido gran raigambre en México. Fue establecida por primera vez en la Constitución del Estado de Yucatán en 1841, fue incorporada al acta constitutiva y de reformas de 1847 y finalmente adoptada por la Constitución federal de 1857. En 1868 se dictó una Ley Orgánica Constitucional sobre el Juicio de Amparo. Desde mediados del siglo XIX se produjeron sentencias decretando amparos. A lo largo de los siglos XX y XXI ha habido una abundante jurisprudencia y doctrina en la materia, y el amparo constituye una práctica recurrente en el foro mexicano.

En la actualidad el amparo está consagrado en la mayoría de las constituciones latinoamericanas y en varios países en los que no está establecido constitucionalmente lo está en leyes especiales.

IV. Naturaleza Jurídica.

39. Uno de los aspectos más debatidos en la doctrina sobre el amparo es el de su naturaleza jurídica. Los autores discuten sobre si el amparo es una acción, una garantía, un recurso o un juicio. Quienes dicen que se trata de una acción destacan que

el amparo es un medio procesal que confiere a los ciudadanos el derecho de poner en movimiento el aparato jurisdiccional para lograr la restitución de derechos fundamentales que le han sido vulnerados. Otros autores lo califican como un recurso procesal mediante el cual los ciudadanos pueden lograr la anulación de un acto que vulnera sus derechos. Hay quienes sostienen que es una garantía en el sentido de que es un medio constitucional legalmente establecido para proteger el cumplimiento de los derechos fundamentales del ciudadano. En fin, otros autores prefieren destacar que el amparo es un juicio intentado por quien ha visto infringido sus derechos en contra de quien los infringió. Como veremos de seguida, las legislaciones de los distintos países latinoamericanos son diferentes en cuanto a la calificación de la naturaleza del amparo, optando por una u otra de las anteriores concepciones y en algunos casos, empleándolas indistintamente.

En algunos países el amparo está concebido como una acción. Es el caso de Argentina (Art. 43 C.N.), Bolivia (Art. 128 C.N.), Colombia (Art. 86 C.N.), Ecuador (Art. 88 C.N.), El Salvador (Art. 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales), Perú (Art. 200 C.N.), República Dominicana (Art. 72 C.N. y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales), Uruguay (Ley 16.011 Acción de Amparo) y Venezuela (Art. 27 C.N. y Art. 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) que, de manera expresa, califican al amparo como una acción.

En Guatemala (Art. 1 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad) y Honduras (Art. 182 C.N.), el amparo está concebido como una garantía, pero en Honduras la Ley sobre Justicia Constitucional habla indistintamente del amparo como una garantía y como una acción.

En México el amparo está diseñado como un juicio especial de protección a los derechos constitucionales.

En otros países, como el caso de Costa Rica (Art. 48 C.N.8 y Título III de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), Nicaragua (Arts. 45 y 188 C.N. y Art. 3 Ley de Amparo), está establecido como un recurso. En Chile el Art. 20 C.N. concibe el amparo como un recurso de protección de las garantías constitucionales, pero el artículo 1 del Auto de la Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales habla indistintamente de acción o recurso de protección, siendo mayor la confusión en Panamá, en donde la Constitución y el Código Judicial hablan indistintamente de recurso, acción y garantía para referirse al amparo. En Paraguay el Código Procesal Civil (Título II) habla de juicio y de acción. En Venezuela, como se ha dicho, el amparo está establecido como una acción contra cualquier acto de entidades públicas o de particulares que vulneren derechos constitucionales, pero también se puede ejercer contra una sentencia que incurra en tal supuesto, lo que pudiera dar pie a sostener que es a la par una acción y un recurso.

Por mi parte, pienso que el amparo es una acción, porque le da a los ciudadanos que vieren infringidos sus derechos constitucionales el derecho a acudir ante los organismos jurisdiccionales para obtener su restitución y no un recurso, porque éstos se dan en el contexto de un proceso para obtener la modificación de una decisión tomada en el mismo y el amparo puede intentarse cuando no exista un proceso abierto. Por otra parte el amparo está concebido como una garantía de los derechos constitucionales. En fin, cuando se intenta un amparo se inicia un juicio entre el querellante y el querellado. Por todo lo expuesto, evitando estas discusiones doctrinales, prefiero referirme al amparo como un medio procesal concedido a los ciudadanos que consideren

vulnerados sus derechos constitucionales para que acudan ante los órganos jurisdiccionales a fin de pedir su restitución. Bien se considere una acción, un juicio, un recurso o una garantía, el amparo es, en todo caso, un medio procesal, un instrumento que permite que el ciudadano actúe jurisdiccionalmente en defensa de sus derechos.

V. Características.

40. La doctrina y la jurisprudencia son abundantes en cuanto a la determinación de las características propias del amparo. Trataré de hacer un resumen simplificado de tales características, tomando en cuenta las distintas manifestaciones del amparo en el Derecho Comparado, debiendo observar que no en todos los países se presentan de la misma manera las mismas características.

1. El amparo es un medio procesal rápido y eficaz, que se tramita en forma gratuita, breve y sumaria. En este sentido se pronuncian expresamente las normativas de Argentina (Art. 43 C.N.); Bolivia (Art. 3 Código Procesal Constitucional); Brasil (Art. 17 Lei N° 1.533 mandado de segurança); Colombia (Arts. 83 C.N. y 1 Ley de Acción de Tutela); Ecuador (Art. 8 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional); Guatemala (Art. 5 Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad); Honduras (Art. 45 Ley sobre Justicia Constitucional); Panamá (Arts. 50 C.N. y 2615 Código Judicial); Perú (Arts. III, y Disposición Final Quinta del Código Procesal Constitucional); República Dominicana (Arts. 72 C.N. y 7 y 66 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales) y Venezuela (Arts.

27 C.N. y 16 Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

2. Es un medio procesal de naturaleza extraordinaria. En consecuencia:

- 2.1. Tiene carácter subsidiario. Sólo procede cuando no exista una acción ordinaria con eficacia suficiente para restablecer el derecho constitucional vulnerado. En este sentido se pronuncian expresamente las normativas de Argentina (Arts. 43 C.N. y 2 Ley 16986); Bolivia (Arts. 129 C.N. y 54 Código Procesal Constitucional); Brasil (Art. 5 Lei Nº 1.533 mandado de segurança); Colombia (Arts. 83 C.N. y 6 Ley de Acción de Tutela); El Salvador (Art. 12 Ley de Procesos Constitucionales); Nicaragua (Arts. 44 y 46 de Ley de Amparo); Paraguay (Art. 134 C.N.); Perú (Arts. 1; 5.2 y 38 Código Procesal Constitucional); República Dominicana (Art. 70 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales); Uruguay (Art. 2 Ley 16.011 de Acción de Amparo) y Venezuela (Art. 5 Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

- 2.2. En la mayoría de los países tiene un objeto limitado: restituir al agraviado en el disfrute y ejercicio pleno de sus derechos constitucionales vulnerados. Por eso se dice que tiene una naturaleza restablecedora. En principio el juez de amparo no debería conocer el fondo del asunto, ni acordar indemnizaciones, sino limitarse a determinar si el querellado ha sido vulnerado en sus derechos constitucionales, y, en caso afirmativo, a restituirle a la mayor brevedad en el disfrute y ejercicio de tales derechos. Si el Juez de amparo entrase a decidir el

fondo del asunto, si debiese considerar la procedencia y el monto de posibles indemnizaciones, el análisis del caso le llevaría más tiempo del que requiere la decisión del amparo como medio expedito e inmediato para la restitución de los derechos constitucionales vulnerados. Por eso, en la mayoría de los países el juez de amparo se limita a precisar si existe una violación de un derecho constitucional y, en ese caso, a restituir la situación jurídica infringida. Las partes conservan el derecho a acudir ante la justicia ordinaria para que ésta resuelva la totalidad de sus pretensiones. Así, por ejemplo, si un empleador despide a un dirigente sindical que goza de inamovilidad por alegar que ha cometido una falta grave y si este trabajador no puede lograr mediante la justicia ordinaria la inmediata restitución de la situación jurídica infringida e intenta un amparo, el juez, al determinar que se ha infringido un derecho constitucional, debe ordenar inmediatamente la restitución del trabajador a su empleo, sin entrar a analizar si efectivamente cometió o no una falta. Esta sentencia de amparo no impide que el empleador acuda a la justicia ordinaria para solicitar que se le autorice el despido con vista a la falta grave alegada, la cual debe probar, así como tampoco impide que, a su vez, el trabajador acuda a la justicia ordinaria para exigir el pago de indemnizaciones por el daño que con su acto antijurídico le haya causado el empleador, el cual debe probar. El carácter restitutorio del amparo está establecido expresamente en las normativas de Bolivia (Art. 57 Código Procesal Constitucional); Costa Rica (Art. 49 Ley de Jurisdicción Constitucional); Chile (Art. 20 C.N.); El Salvador (Art. 35 Ley de Procesos Constitucionales); Guatemala (Art. 265 C.N.

y 4 Ley de Amparo; Exhibición Personal y Constitucionalidad.); Honduras (Art.183.1 C.N.); México (Arts. 107 II C.N. y 73 Ley de Amparo); Nicaragua (Arts. 45 C.N. y 44 y 46 Ley de Amparo); Perú (Art. 1 Código Procesal Constitucional) y República Dominicana (Art. 91 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales).

Por el contrario, en Colombia se prevé que en algunos casos la sentencia de amparo pueda condenar a indemnizaciones y costas (Art. 25 Ley de Acción de Tutela), lo cual está previsto de manera similar en Ecuador (arts. 17,18 y 19 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

2.3. En la mayoría de los países el amparo procede cuando se haya violado una norma constitucional de manera directa, inmediata y clara. En esos países el juez de amparo no puede conocer de los casos de violaciones de normas legales o reglamentarias. En este sentido se pronuncian expresamente las normativas de Colombia (Art. 86 C.N.); Costa Rica (Arts. 48 C.N. y 1 Ley de Jurisdicción Constitucional); Chile (Art. 20 C.N.); Ecuador (Arts. 88 C.N. y 39 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional); El Salvador (Art. 12 Ley de Procesos Constitucionales); Honduras (Art. 46 Ley sobre Justicia Constitucional); México (Arts. 107 I y 1 Ley de Amparo); Nicaragua (Arts. 188 C.N. y 3 Ley de Amparo); Panamá (Arts. 50 C.N. y 2615 Código Judicial); Perú (Arts. 200 C.N. y 41 Código Procesal Constitucional); Uruguay (Art.1 Ley 16.011 de Acción de Amparo) y Venezuela (Art. 27 C.N.) Por el contrario, en Argentina (Art. 43 C.N.);

Bolivia (Art. 128 C.N.) y Guatemala (Art. 265 C.N.), se permite el amparo por la violación de derechos establecidos en las leyes. En el caso argentino es procedente incluso por la violación de derechos consagrados en tratados internacionales. En Brasil el “mandado de segurança” (equivalente al amparo) se concede para proteger “direito líquido e certo,” sin referirse al origen normativo de tal derecho (Art. 5 LIXI C.N.).

2.4. En materia de amparo la cosa juzgada tiene efectos limitados. La institución de la cosa juzgada es fundamental para la seguridad jurídica de la sociedad. El principio general es que una vez que se produzca una sentencia definitivamente sobre un determinado caso, el mismo no puede ser objeto de un nuevo juicio, pues de lo contrario podría abrirse una interminable cadena de procesos, lo cual podría desestabilizar el sistema judicial. Por cuanto en la mayoría de las legislaciones el amparo tiene un objeto delimitado, cual es el de constatar si el querellante ha sido vulnerado en el disfrute y ejercicio de un derecho constitucional, y, en caso afirmativo, restituirle en el mismo, la sentencia dictada en el juicio de amparo causa cosa juzgada relativa, pues, una vez firme, impide a las partes ejercer un acción destinada a modificar el dispositivo de la sentencia, bien sea que la misma acuerde o niegue el amparo solicitado. No obstante, la sentencia de amparo no impide que las consecuencias del acto u omisión que la motivó puedan dar lugar al ejercicio de acciones jurisdiccionales de cualquiera de las partes ante la justicia ordinaria. En el ejemplo propuesto en el punto 2.2, si la sentencia declara con lugar el amparo ejercido por el sindicalista que fue despedido en violación a su

derecho constitucional al fuero sindical, la misma no impide que el empleador ejerza una acción ordinaria para obtener una autorización para despedir al dirigente basándose en que el mismo cometió faltas graves que justifican su despido.

El alcance de la cosa juzgada en los procedimientos de amparo y de exhibición de la persona, en el sentido anteriormente expuesto, está claramente establecido en el artículo 81 de la Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador, que dice así:

“Artículo 81. La sentencia definitiva en los dos procesos mencionados en el artículo anterior produce los efectos de cosa juzgada contra toda persona o funcionario, haya o no intervenido en el proceso, sólo en cuanto a que el acto reclamado es o no constitucional, o violatorio de preceptos constitucionales. Con todo, el contenido de la sentencia no constituye en sí declaración, reconocimiento o constitución de derechos privados subjetivos de los particulares o del Estado; en consecuencia la resolución dictada no puede oponerse como excepción de cosa juzgada a ninguna acción que se ventile posteriormente ante los Tribunales de la República.”

La Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales de Venezuela, expresa muy claramente cuáles son los efectos de la sentencia de amparo, tanto en el caso de que éste se haya declarado con lugar o de que se haya desestimado:

“Artículo 36. Efectos de la sentencia de amparo. La sentencia firme de amparo producirá efectos jurídicos respecto al derecho o garantía objetos del proceso, sin perjuicio de las acciones o recursos que legalmente correspondan a las partes.

Artículo 37. Efectos de la sentencia de desestimación. La desestimación del amparo no afecta la responsabilidad civil o penal en que hubiese podido incurrir el autor del agravio, ni prejuzga sobre ninguna otra materia.”

La misma orientación puede encontrarse en las legislaciones de Argentina (Art. 13 Ley 16.986); Brasil (Art. 15 Lei Nº 1.533 mandado de segurança); El Salvador (Art. 81 Ley de Procedimientos Constitucionales); Honduras (Art. 72 Ley Sobre Justicia Constitucional).

En sentido contrario y sin explicar el alcance de su expresión el Código Judicial de Panamá en su artículo 2630 dice:

“Artículo 2630. En las demandas de amparo; las providencias que se dicten; son inimpugnables; salvo la resolución que no admita la demanda. Tampoco se podrán proponer ni admitir demandas de amparo sucesivas contra el mismo funcionario y contra la misma orden dictada por él; aunque se propongan ante tribunales competentes distintos. La sentencia definitiva funda la excepción de cosa juzgada.”

Por su parte el artículo 6 de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales de República Dominicana dice:

“Artículo 6.- Cosa Juzgada. En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.”

Esta disposición no me resulta muy clara. Se aplica al amparo puesto que está considerado como un proceso constitucional; pero; como se ha visto, el amparo no decide sobre el fondo, sino que se limita a “prescribir las medidas necesarias para la pronta y completa restauración del derecho fundamental conculcado al reclamante o para hacer cesar la amenaza a su pleno goce y ejercicio”; tal como lo establece el Art 91 de la misma ley. La interpretación que se ha dado a esta disposición es que en el procedimiento de amparo sólo causan cosa juzgada las decisiones

que versen sobre lo principal de la demanda y no las que decidan incidencias.

3. El amparo forma parte del sistema de control de constitucionalidad. La constitución es el elemento clave de la organización política y jurídica de la sociedad, en la cual se establece no sólo la estructura jurídica de los poderes públicos sino también los deberes y derechos de sus ciudadanos. La supremacía de la constitución es una premisa para el buen funcionamiento de la sociedad, en la cual todas las normas jurídicas y todas las actuaciones tanto del poder público como de los particulares deben ajustarse a ella. En un Estado de Derecho es fundamental la existencia de un sistema de control de constitucionalidad que tenga la competencia para constatar que no sólo la legislación; sino también las actuaciones de los poderes públicos sean conformes a la constitución. Ese sistema debe tener competencia para anular o desaplicar aquellas normas y actos, públicos o privados, que sean violatorios del texto constitucional.

Como se refirió en el Capítulo I los sistemas de control de constitucionalidad pueden ser concentrados, difusos o mixtos. En principio, en aquellos países en los cuales existe el control difuso de la constitucionalidad, el amparo forma parte del mismo, pues el Juez de amparo tiene competencia para constatar si la norma, acto u omisión contra la cual se ejerce el amparo, efectivamente viola los derechos constitucionales del querellante y; de ser así es igualmente competente para desaplicar la norma impugnada al caso concreto, si fuere el caso, o para anular el acto u omisión; reintegrando al querellado el ejercicio de sus derechos constitucionales. Excepcionalmente; el amparo puede formar parte del control concentrado de la constitucionalidad;

cuando es ejercido conjuntamente con una solicitud de nulidad intentada ante un órgano judicial con competencia para declarar tal nulidad.

En Argentina (Art. 43 C.N.); Honduras (Arts. 183.2 C.N. 41 Ley Sobre Justicia Constitucional); México (Arts. 207 II C.N. y 78 y 231 Ley de Amparo); Perú (Arts. VI y 3 Código Procesal Constitucional) y Venezuela (Arts. 3 y 4 Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales) existen normas que expresamente permiten al juez de amparo desaplicar, en el caso concreto, una determinada norma por considerarla contraria a la Constitución.

VI. Competencia jurisdiccional.

41. La determinación de cuál es el órgano judicial competente para conocer del amparo varía mucho de acuerdo a las legislaciones de los diversos países. Mientras en algunos países hay una tendencia a ampliar la competencia, de manera que se facilite a los ciudadanos la interposición del amparo, en otros se considera que por tratarse de una materia muy delicada, las competencias jurisdiccionales para el conocimiento del amparo deben ser reducidas.

En Argentina (Art. 4 Ley 16.986); Bolivia (Art. 129 C.N.); Colombia (Art. 37 Ley de Acción de Tutela); Ecuador (Art. C.N.); México (Art. 207 VII); Paraguay (Art. 566 Del Código Procesal Civil); República Dominicana (Art. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales); Uruguay (Art.3 Ley 16.011 de Acción de Amparo) y Venezuela (Art. 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) hay un criterio amplio de competencia y los jueces de instancia son competen-

tes para conocer la acción de amparo, siendo de observar que en Venezuela se establece que las acciones de amparo contra determinados altos funcionarios deben ser conocidas por el Tribunal Supremo de Justicia.

En Perú (Art. 51 del Código Procesal Constitucional) son competentes los jueces civiles del lugar donde se afectó el derecho o del domicilio del afectado a elección de demandante y la Sala Civil de La Corte Superior de Justicia si la infracción se origina en una resolución judicial.

En Guatemala (Arts. 11 a 16 de la Ley de Amparo; Exhibición Personal y de Constitucionalidad); Honduras (Arts. 9 a 12 de la Ley sobre Justicia Constitucional) y Panamá (Art. 2616 del Código Judicial) la competencia se reparte entre diversos Tribunales; desde los de primera instancia hasta las más altas instancias, de acuerdo con la jerarquía de los funcionarios en contra de los cuales se haya intentado el amparo. En Guatemala los jueces de primera instancia son competentes para conocer de los amparos intentados contra entidades privadas.

En otros países, en cambio, se considera que por lo delicado del tema, su competencia debe concentrarse en determinados y reducidos tribunales. Así, en Chile el recurso de protección se debe intentar ante la Corte de Apelaciones de la jurisdicción en donde se cometió el hecho que da lugar al recurso (Art. 1 Auto de la Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales). En Costa Rica el conocimiento de los amparos es competencia exclusiva de la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia. También en El Salvador la competencia recae en la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional (Art. 247 C.N.).

En Nicaragua la Ley de Amparo, número 49 de 1988 modificada en 1995, establece un particular sistema de competencia mediante el cual el amparo debe intentarse ante la Corte de ape-

laciones con competencia territorial, la cual sustancia el procedimiento hasta la etapa en que debe decidir si el acto impugnado debe suspenderse o no. Si el acto se suspende el expediente pasa a la Corte Suprema de Justicia, a la cual compete la decisión definitiva del caso.

En mi criterio la atribución de competencia exclusivamente a un alto tribunal no facilita, sino que obstaculiza la función fundamental del amparo, cuál es la de que todo ciudadano que vea vulnerados sus derechos fundamentales tenga un medio procesal eficaz y expedito para lograr que se le restituya el ejercicio de los derechos afectados.

En Brasil la legislación no establece que juez es competente para conocer el “mandado de segurança” y la jurisprudencia ha establecido que la competencia se definirá de acuerdo con la naturaleza de la autoridad que se haya demandado como autora de la infracción que da lugar al proceso.

VII. Sujetos.

42. En materia de sujetos activos las normativas sobre amparo son muy amplias. En general cualquier persona que se sienta vulnerada en sus derechos fundamentales tiene la titularidad para ejercer el amparo. La legislación venezolana exige que si el querellante es una persona jurídica debe estar domiciliada en el país y que si se trata de una persona natural debe residir en el territorio nacional (Art.1 Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales). En algunas legislaciones se permite que además del afectado, ciertos funcionarios públicos, como representantes del Ministerio Público, Defensores del Pueblo, etc. o ciertas entidades, como sindicatos, partidos políticos, organizaciones de derechos humanos, etc. puedan ejercer el amparo. En ese sentido norman las legislaciones de Bolivia (Art. 52 Código

Procesal Constitucional); Brasil (Art. 5 LXX C.N.); Colombia (Art. 12 Ley de Acción de Tutela); Ecuador (Art. 9 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional); Perú (Art. 39 Código Procesal Constitucional) y República Dominicana (Art. 40 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales).

En materia de sujetos pasivos del amparo el tema es más complicado. Se pueden identificar una tendencia amplia y otra restringida, con soluciones intermedias. En algunos países; como Argentina (Art. 43 C.N.); Bolivia (Art. 128 C.N.); Chile (Art. 20 C.N.); Paraguay (Art. 134 C.N.); República Dominicana (Art. 68 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales); Uruguay (Art. 1 Ley 16.011 sobre Acción de Amparo) y Venezuela (Art. 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) el amparo puede dirigirse tanto contra autoridades estatales como contra particulares.

En El Salvador (Art. 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales) y Panamá (Art. 50 C.N. y Art. 2615 del Código Judicial) el amparo sólo puede intentarse contra autoridades estatales o servidores públicos. En otros países si bien, en principio, el sujeto pasivo debe ser una autoridad pública, se permite que pueda intentarse contra los particulares en casos especiales determinados por la ley. Es el caso de Brasil que permite accionar contra particulares cuando éstos ejerzan una función pública por delegación estatal (Lei 1.533. mandado do segurança). También el de Guatemala (artículo 9 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad) y Honduras (Art. 42 de la Ley sobre Justicia Constitucional), que en términos muy similares permiten el ejercicio del amparo contra particulares que actúen por delegación de los órganos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante y el de

Nicaragua (Art. 188 C.N), que permite el amparo “*en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política*”.

En Colombia, la Ley sobre la Acción de Tutela (Art. 42) establece una serie de excepciones en las cuales se puede intentar tutela contra los particulares. Este régimen de excepciones es bastante amplio, porque comprende no solo a particulares que actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, y de aquellos que tengan a su cargo la atención de servicios públicos, sino también a otros casos, entre los cuales me parece interesante mencionar el indicado en el ordinal 4 que dice:

*“Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y **cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.**”* (negritas mías)

Algo semejante ocurre en Costa Rica cuya Ley de Jurisdicción Constitucional establece en su artículo 57:

*“El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, **o se encuentren, de derecho o de hecho en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a), de esta Ley.**”* (negritas mías)

En términos similares el artículo 88 de la Constitución de Ecuador permite el amparo contra “*una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona*

afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”

A mi juicio, las excepciones establecidas por las leyes de Costa Rica, Colombia y Ecuador, cuando se refieren a la relación de subordinación o al encontrarse en una situación de poder, abren paso a que los trabajadores puedan intentar tutela contra sus empleadores para defender sus derechos, aun cuando se traten de personas privadas.

El caso mexicano es curioso, porque de acuerdo con la Constitución el amparo sólo procede contra autoridades públicas, pero la Ley de amparo, reglamentaria de los artículos, 103 y 107 de la Constitución del año 2013 señala en su artículo 5 Párrafo 2:

“Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Esta contradicción ha dado lugar a un amplio debate en la doctrina y en la jurisprudencia mexicana. Una interpretación restringida del texto constitucional puede dar lugar a sostener la inconstitucionalidad de la disposición de la Ley de Amparo que permite que, en determinados casos, pueda intentarse el juicio de amparo contra particulares. No existe una sentencia que declare en forma determinante la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la referida Ley. Ha habido sentencias contradictorias que en aplicación de la Ley de Amparo, han determinado la procedencia o improcedencia de un juicio de amparo contra particulares. Así, mientras unas sentencias establecen que los organismos directivos de las universidades privadas actúan como autoridades responsables cuando emiten actos tales como inscripción o expulsión de alumnos, emisión de títulos etc., siendo

procedente el juicio de amparo en su contra, otras sentencias les niegan tal carácter de autoridad y en consecuencia declaran inadmisibile el amparo contra sus actos. En igual sentido se han dictado sentencias en relación con los organismos directivos de las instituciones bancarias, autoridades tradicionales de pueblos y comunidades indígenas, notarios públicos, directivos de entidades deportivas, asamblea de ejidatarios etc.¹³⁵

En mi criterio la naturaleza horizontal que la doctrina contemporánea confiere a los derechos fundamentales, los cuales rigen no sólo en las relaciones de los particulares con el Estado, sino también en las relaciones entre dos o más particulares, debería determinar que el amparo pueda ejercerse no sólo contra las autoridades públicas, sino también contra personas privadas, algunas de las cuales han alcanzado un poder parangonable con el del estado, lo cual es una razón para considerar que pueda ejercerse contra ellas el amparo.

VIII. Procedimiento.

43. El procedimiento de amparo varía en las diversas legislaciones, por lo cual en un estudio general como el presente, que no se refiere a la legislación de un país en particular, no es oportuno entrar en el análisis detallado de los diversos aspectos procedimentales que pueden plantearse en relación al ejercicio

135 Sobre este tema debaten, entre otros autores: Javier MIJANGOS y GONZÁLEZ, El Juicio de Amparo Contra Particulares: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/19.pdf> Rubén SANCHEZ GIL. El Concepto de “Autoridad Responsable” en la nueva Ley de Amparo. *Bol. Mex. Der. Comp.* [online]. 2014, vol.47, n.139 [citado 2020-10-31], pp.315-330. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000100011&lng=es&nrm=iso Humberto SUAREZ CAMACHO, El Juicio de Amparo Contra particulares.<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/20.pdf> Carlos DE BUEN UNNA, Particulares Como Autoridades Responsables en el Juicio de Amparo (inédito).

del amparo. Sin embargo, sí es posible referir a un esquema procesal que, en general, observan la mayoría de las legislaciones.

En primer lugar se puede anotar que, como se refirió con anterioridad, los procesos de amparo se caracterizan por su celeridad, simplicidad, gratuidad. En general las legislaciones simplifican las formalidades y otorgan autoridad y medios procesales eficientes para que el Juez de amparo decida sumariamente el caso sometido a su consideración. Es de observar que no obstante las prescripciones legislativas, no en todos los casos el amparo es tramitado y resuelto con la debida celeridad.

Las legislaciones suelen establecer los requisitos que debe llenar la demanda de amparo, procurando que, desde el inicio, se proporcionen al juez elementos que faciliten su pronta decisión. En algunos países se exige que junto con la demanda se acompañen las pruebas pertinentes. Así, en Argentina (Arts. 6 y 7 Ley 16.986 Acción de Amparo); Colombia (Art. 14 Ley de Acción de Tutela); Ecuador (Art. 10 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional); El Salvador (Art. 14 Ley de Procedimientos Constitucionales.); Guatemala (Art. 21 Ley de Amparo; Exhibición personal y Constitucionalidad); Honduras (Art. 49 Ley sobre Justicia Constitucional); México (Arts. 108 y 175 Ley de Amparo); Nicaragua (Art. 27 Ley de Amparo); Panamá (Art. 2619 Código Judicial); Paraguay (Art. 569 Ley n° 16.011 Acción de Amparo); República Dominicana (Art. 42 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales); Uruguay (Art. 5 Ley de Amparo) y Venezuela (Art. 18 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales).

Una vez presentada la demanda, el Juez examinará si esta es admisible, en cuyo caso inmediatamente pondrá a la parte querellada del conocimiento de la misma. Generalmente se establece que el Juez solicite a la parte querellada un informe sobre los hechos objetos del amparo. Se suele establecer que la falta de

presentación de ese informe trae consecuencias procesales adversas a quien lo omitió. Generalmente comporta una presunción de veracidad de los hechos alegados por el querellante o se suspende provisionalmente el acto impugnado. Así, en Argentina (Art. 8 Ley 16.986 Acción de Amparo); Colombia (Art. 19 Ley de Acción de Tutela); Costa Rica (Art. 43 Ley de Jurisdicción Constitucional); Chile (Art. 3 Auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales); El Salvador (Arts. 2 y 84 Ley de Procedimientos Constitucionales); Guatemala (Art. 33 Ley de Amparo; Exhibición personal y Constitucionalidad.); Honduras (Arts. 52 y 53 Ley sobre Justicia Constitucional); México (Arts. 115 a 117 y 142 Ley de Amparo); Nicaragua (Art. 37 Ley de Amparo); Panamá (Art. 2620 Código Judicial); Paraguay (Arts. 572 y 584 Ley n° 16.011 Acción de Amparo); República Dominicana (Art. 54 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales) y Venezuela (Art. 23 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales).

Algunas legislaciones prevén que el juez pueda dictar medidas cautelares tendientes a asegurar la protección del querellante. Estas medidas requieren generalmente que haya un indicio o principio de prueba de la violación de un derecho constitucional del querellante. Pueden ser la suspensión temporal del acto objeto del amparo o de la suspensión de la aplicación de la norma impugnada; si fuere el caso. Estas medidas están expresamente reguladas por las legislaciones de Bolivia (Art. 9 Código Procesal Constitucional); Brasil (Arts. 7 II Lei 1.533. mandado de segurança y Arts. 1b; 2 y 5 Lei M° 4.348 normas processuais relativas a mandado de segurança); Colombia (Art. 7 Ley de Acción de Tutela); Costa Rica (Art. 41 Ley de Jurisdicción Constitucional); Chile (Art. 3 Auto de la Corte Suprema; sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales);

Ecuador (Arts. 26 a 38 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional); El Salvador (Arts. 19;20; 23;24 y 25 Ley de Procedimientos Constitucionales); Guatemala (Arts. 24; 27 a 32 Ley de Amparo; Exhibición personal y Constitucionalidad); Honduras (Arts. 57 a 62 Ley sobre Justicia Constitucional); México (Arts. 207 X C.N. y 125 a 139 y 190 y 191 Ley de Amparo); Nicaragua (Arts. 31 a 36 Ley de Amparo); Paraguay (Art. 571 Ley nº 16.011 Acción de Amparo); Uruguay (Art. 6 Ley de Amparo) y Venezuela (Art. 26 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales).

El juez fijará sin dilación una audiencia en la cual las partes harán sus alegatos y evacuarán sus pruebas. Esta audiencia suele ser oral y pública y desarrollada en una sola oportunidad, sin prolongaciones y fijada con mucha prontitud, en algunos casos cuarenta y ocho (Bolivia) o setenta y dos horas (Paraguay). Así, en Argentina (Art. 8 Ley 16.986 Acción de Amparo); Bolivia (Art. 56 Código Procesal Constitucional); Ecuador (Arts.13 y 14 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional); El Salvador (Arts. 27 y 30 Ley de Procedimientos Constitucionales) Guatemala (Arts. 35 y 37 Ley de Amparo; Exhibición personal y Constitucionalidad); México (Art. 184 Ley de Amparo); Paraguay (Arts. 573 Ley nº 16.011 Acción de Amparo); Uruguay (Art. 6 Ley de Amparo) y Venezuela (Art. 26 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales).

Una vez hechos los alegatos y evacuadas las pruebas, el juez decidirá si hubo o no violación de un derecho constitucional del querellado y, en caso afirmativo, dispondrá la restitución de la situación jurídica infringida. El plazo para la decisión es perentorio. En el menor de los casos es de veinticuatro horas en Uruguay (Art. 6 Ley de Amparo) y Venezuela (Art. 26 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales); siendo de dos días Argentina (Art. 8 Ley 16.986 Acción de Amparo); Ecuador (art. 15

14 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional); Panamá (Art. 2624 del Código Judicial); Paraguay (Artículo 5 Ley nº 16.011 Acción de Amparo). En República Dominicana (Art. 53 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales) el plazo es de cinco días y en Colombia (Art. 1º Ley de Acción de Amparo) el plazo es de diez días. Contrariamente a esta tendencia de brevedad, el Art. 17 de la Ley de Amparo de Nicaragua establece un plazo de sesenta días para que se produzca la decisión.

En la mayor parte de los países el Juez limitará su decisión a constatar si hubo violación de derecho constitucional del querellante y, en caso de haberla habido, a restituir a este en el disfrute y ejercicio de su derecho, sin entrar a analizar otras cuestiones relativas al fondo del asunto. En algunos países, como se ha visto con anterioridad, el juez tiene competencia para acordar indemnizaciones y reparaciones.

Generalmente se establecen medios expeditivos para la ejecución de la sentencia y severas sanciones, en algunos casos de orden penal, para que no den cumplimiento a la misma. Así, en Argentina (Arts. 6 y 7 Ley 16.986 Acción de Amparo); Colombia (Arts. 27, 52 y 53 Ley de Acción de Tutela); Costa Rica (Art. 53 Ley de Jurisdicción Constitucional); Chile (Art. 15 Auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales); El Salvador (Art. 37 Ley de Procedimientos Constitucionales.); Guatemala (Arts. 50 y 78 Ley de Amparo; Exhibición personal y Constitucionalidad); Honduras (Art. 49 Ley sobre Justicia Constitucional); México (Arts. 207 XVI y XVII C.N. 190 a 198 Ley de Amparo); Nicaragua (Arts. 49 y 50 Ley de Amparo); Panamá (Art. 2632 Código Judicial); Paraguay (Arts. 583 y 584 Ley nº 16.011 Acción de Amparo); República Dominicana (Art. 59 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los

Procedimientos Constitucionales) y Venezuela (Art. 31 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales).

En algunos casos, sobre todo en aquellos países que establecen una competencia amplia para el conocimiento de los amparos, permitiendo que jueces de instancia conozcan de los mismos, se suele establecer un recurso de apelación y, en ocasiones, de consulta obligatoria. Así, en Argentina (Art. 15 Ley 16.986 Acción de Amparo); Brasil (Art. 12 Lei N° 1.533 mandado de segurança); Colombia (Arts. 31 a 33 Ley de Acción de Tutela); Chile (Art. 6 Auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales); Ecuador (Art. 24 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional); Guatemala (Art. 60 Ley de Amparo; Exhibición personal y Constitucionalidad); Honduras (Art. 68 Ley sobre Justicia Constitucional); Panamá (Art. 2625 Código Judicial); Paraguay (Art. 581 Ley n° 16.011 Acción de Amparo) República Dominicana (Art. 57 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales); Uruguay (Art. 10 Ley de Amparo) y Venezuela (Art. 35 Ley de Amparo y Garantías Constitucionales)

En México se hace particular distinción entre amparo directo y amparo indirecto. Amparo directo es el que se intenta ante un tribunal colegiado, en contra de los laudos o sentencias de los tribunales laborales, que son instancia única y el amparo indirecto es el que se dicta ante un juez de distrito, en contra de resoluciones de trámite que se consideran irreparables o de resoluciones posteriores al laudo o sentencia, tratándose de la última que se emita.

IX. El amparo en materia laboral.

44. En América Latina ha tenido amplia acogida la tendencia de incorporar en los textos constitucionales artículos referentes a los derechos de los trabajadores. A partir de la Constitución

mexicana de Querétaro de 1917, las constituciones latinoamericanas fueron incorporando, con mayor o menor precisión de detalles, los derechos que el Estado garantiza a los trabajadores. Entre tales derechos suelen figurar los siguientes: libertad de trabajo, derecho al trabajo y deber de trabajar, irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados por la Constitución y por la leyes, derecho a una remuneración equitativa, salario mínimo obligatorio, protección legal al salario, participación en los beneficios de las empresas, limitación a la jornada, descanso semanal remunerado, vacaciones remuneradas, normas protectoras de mujeres y menores, libertad sindical, protección a la negociación colectiva, derecho de huelga, seguridad social, etc.

Hemos señalado que una de las consecuencias importantes de la constitucionalización del Derecho del Trabajo es que, en aquellos países en los cuales funciona un especial sistema de protección de los derechos constitucionales, integrado tanto por la jurisdicción constitucional propiamente dicha como por tribunales de variada competencia por la materia que en determinadas circunstancias actúan como jueces constitucionales, los derechos laborales consagrados constitucionalmente pasan a estar protegidos por ese especial sistema.

Por cuanto los derechos laborales tienen rango constitucional, resulta lógico concluir que, aun cuando la legislación de un país no lo establezca de manera expresa, los trabajadores disponen del amparo como un medio procesal para la defensa de los derechos que la Constitución le otorga. Esta conclusión general tendría dificultades de aplicación en El Salvador, en donde el artículo 13 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, con una orientación distinta a la que establece el artículo 247 de la Constitución, que señala que toda persona puede pedir amparo a por violación de sus derechos constitucionales, contiene una norma claramente excluyente que establece que el juicio de

amparo es improcedente en asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales.

Para determinar el alcance de la procedencia del amparo como medio de defensa de los derechos constitucionales de los trabajadores, hay que hacer dos precisiones. En primer lugar hay que recordar la naturaleza subsidiaria que caracteriza al amparo. Este sólo procede en aquellos casos en que la restitución del derecho infringido no pueda alcanzarse de manera eficiente e inmediata mediante los medios propios de la justicia ordinaria. La legislación laboral otorga a los trabajadores medios para hacer valer sus derechos. En principio, un trabajador que vea vulnerados los mismos debe hacer uso de tales medios. Sólo podrá acudir al amparo en aquellos casos excepcionales en que los mismos no sean eficientes para lograr el restablecimiento inmediato y completo de situación jurídica infringida. Así, un trabajador de una empresa que esté en una situación normal de funcionamiento no podría hacer uso del amparo para cobrar los créditos laborales que le deba su empleador, sino que tendría que acudir a la justicia laboral común, haciendo uso de los medios ordinarios concedidos por la legislación. Pero si esa empresa se encuentra en estado de insolvencia y existe posibilidad cierta de que sea rematada judicialmente, ese trabajador podría alegar que los medios ordinarios no son eficientes para lograr el restablecimiento de la situación jurídica infringida por el empleador que no le paga su beneficios laborales y en consecuencia intentar un amparo para lograr tal restablecimiento.

Otra precisión necesaria tiene que ver con las limitaciones que las legislaciones establecen en cuanto al sujeto pasivo del amparo, aspecto analizado en el punto 6 del presente artículo. En algunos países, el amparo no procede sino exclusivamente contra las autoridades públicas. En consecuencia, en esos países los trabajadores de empleadores privados no tienen acceso al

amparo. En otros países, si bien, en principio, el amparo es reservado, para ser ejercido contra las autoridades públicas, se establecen excepciones en las cuales puede ser usado contra particulares. En estos casos los trabajadores de empleadores particulares podrán hacer uso del amparo contra sus empleadores, cuando sus respectivos casos configuren una de las excepciones que la legislación permite. Las excepciones suelen referirse a particulares que actúen como agentes públicos, por delegación del Estado en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante. Pero, tal como se ha visto con anterioridad, en Colombia, Costa Rica y Ecuador se mencionan, dentro de las excepciones, el hecho de que “*el solicitante tenga una relación de subordinación* o indefensión con tal organización.” (Colombia) o que “*se encuentren, de derecho o de hecho en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales*” o a que se refiere el artículo 2, inciso a), de esta Ley.” (Costa Rica) o “*si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.*” (Ecuador). Estas excepciones facilitan que en estos tres países los trabajadores puedan intentar amparo contra los empleadores privados para defender sus derechos.

X. Acciones procesales especiales para atender determinados casos de infracción a derechos laborales.

45. Más allá de que en la mayoría de los países los trabajadores pueden intentar un amparo para obtener la restitución de sus derechos constitucionales, para lo cual deben seguir el procedimiento general de amparo establecido por la Constitución y regulado por las disposiciones especiales sobre amparo, parte de la doctrina ha planteado que la eficaz protección de los derechos

fundamentales de los trabajadores requiere de la existencia de medios procesales eficientes a cargo de la jurisdicción laboral ordinaria. En este sentido en Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador, República Dominicana y Uruguay existen algunas acciones jurisdiccionales especiales para atender determinados casos de infracción a derechos laborales.

En Argentina la Ley 23.551 sobre asociaciones sindicales establece una serie de disposiciones sustantivas sobre la constitución, organización y funcionamiento de los sindicatos y la protección de la libertad sindical. En su artículo 47 dispone:

“Artículo 47. — Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical.”

Como cosa curiosa puede señalarse que el procedimiento del artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial es menos expedito que el contemplado en la ley 16986 sobre La Acción de Amparo. La Ley 23.551 permite que el trabajador afectado pueda *“demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación de su puesto, más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo”*, lo cual no podría hacer si demandase por el amparo general.

En Costa Rica la Ley 9343 de Reforma Procesal Laboral de 2016 estableció un procedimiento sumario de tutela mediante el cual los trabajadores que en virtud de un fuero legal gocen de estabilidad pueden impugnar el despido, medida disciplinaria o cualquier otra medida discriminatoria de que hayan sido objeto.

No se requiere, como en el amparo general, que la tutela se fundamente en la violación directa de un derecho constitucional, basta alegar la violación del fuero legal.

Esta tutela puede ser presentada ante un juzgado de trabajo de primera instancia, lo cual la hace mucho más accesible que el amparo general que es conocido por la Corte Suprema de Justicia.

La tutela se tramitará conforme a un procedimiento sumario que establece el Código del Trabajo, pudiendo el Juez suspender el acto impugnado. Si la decisión declara con lugar la tutela, el Juez condenará a la parte agravante el pago de salarios caídos y a la indemnización de los daños y perjuicios que hubiese ocasionado el acto impugnado, lo cual no ocurre en el amparo general.

El juez de la tutela se limitará, a la comprobación del quebranto de la protección, el procedimiento o los aspectos formales garantizados por el fuero y, si la sentencia resultara favorable a la parte accionante, se decretará la nulidad que corresponda y se repondrá a la situación previa al acto que dio origen a la acción, y condenará a la parte empleadora a pagar los daños y perjuicios causados. Si los efectos del acto no se hubieran suspendido, se ordenará la respectiva reinstalación, con el pago de los salarios caídos. La sentencia no prejuzgará sobre el contenido sustancial o material de la conducta del demandado.

En Chile la Ley 20.087 de 2006 estableció un procedimiento de tutela laboral, que no protege todos los derechos constitucionales de los trabajadores, sino exclusivamente los referidos al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada: la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público: la

libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, y la libertad de trabajo y su protección. Este procedimiento puede intentarse tanto por el trabajador afectado como por la organización sindical la cual pertenezca y puede presentarse ante un juez laboral competente, lo cual significa que el mismo es de más fácil acceso que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Nacional, que solo puede intentarse ante las Cortes de Apelaciones. Si la decisión que se dicte es favorable al querellante, la misma no se limitará restituirlo en el ejercicio de sus derechos, como ocurre con el recurso constitucional de protección, sino que comprenderá una condenatoria por los salarios caídos y por indemnizaciones. Curiosamente no se estableció un procedimiento sumario para la tutela, sino que su trámite debe seguirse por las normas del proceso laboral ordinario.

En Ecuador el artículo 195.2 del Código del Trabajo establece un procedimiento sumarísimo denominado acción de despido ineficaz que permite que el trabajador despedido acuda ante el juez del trabajo, el cual en un plazo de veinticuatro horas ordenará la citación del empleador, pudiendo acordar medidas cautelares de reintegro mientras dure el procedimiento. La audiencia se realizará a las cuarenta y ocho horas de practicada la citación y al final de la misma el juez debe dictar El Código Orgánico General de Procesos del Ecuador establece la posibilidad de que los trabajadores que no hayan recibido oportunamente el pago de sus salarios mensuales o adicionales podrán intentar su cobro mediante un juicio monitorio que comprende lapsos abreviados siempre que el valor reclamado no supere un monto equivalente a 50 salarios básicos unificados del trabajador en general.

En la República Dominicana la Ley 834 de 1978 regula la ordenanza de referimiento, que es una decisión provisional rendida a solicitud de una parte y que permite al juez ordenar

inmediatamente ciertas medidas. El artículo 667 del Código de Trabajo permite que el presidente de la corte pueda prescribir en referimiento las medidas conservatorias que se impongan, sea para prevenir un daño inminente, sea para hacer cesar una perturbación manifiestamente ilícita. La demanda en referimiento está subordinada a una doble condición: a) que se esté en presencia de un caso de urgencia y b) que las medidas a tomar no coliden con una controversia seria o que estén justificadas por la existencia de un diferendo. El juez de referimiento puede ordenar las medidas que estime oportunas, siempre que no se inmiscuya con el fondo del derecho. El referimiento tiene un objeto más amplio que el amparo, pues mientras éste se destina a proteger derechos fundamentales, el referimiento no es sólo garante de los derechos fundamentales, sino también de cualquier otro derecho. En la práctica judicial dominicana, dado el carácter subsidiario del amparo, es mucho más generalizado el uso del referimiento. Ello atiende, entre otras cosas, a que, con base en la exigencia de subsidiariedad el Tribunal Constitucional ha decidido que el procedimiento laboral ofrece al trabajador los más elevados niveles de seguridad y protección jurídica (TC/0165/14, 7 agosto 2014) y que por tal razón, si los conflictos laborales son sometidos al amparo se desnaturalizaría la razón de ser de la jurisdicción laboral y se entorpecería la labor del juez laboral (TC/0004/16, 19 enero 2016).

En Uruguay la Ley N° 17.940 sobre Libertad Sindical establece varias disposiciones sustantivas en protección a la libertad sindical (artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8 y 9) y crea un proceso de tutela especial para proteger a los trabajadores que han sido objeto de actos discriminatorios contra su libertad sindical (Arts. 2 y 3). Esta Ley dispone que para la tramitación del proceso especial de tutela el trabajador debe acogerse a las disposiciones referentes al proceso extraordinario (Arts. 346 y 347 del Código General

del Proceso) y a los artículos 4 a 10 de la Ley de Amparo. Como característica particular de esta tutela especial puede señalarse que atribuye al empleador la carga de la prueba de que el despido se realizó por una causa razonable y que dispone que la sentencia que ordena la reincorporación del trabajador debe otorgar a éste el derecho a percibir la totalidad de los jornales que le hubiere correspondido cobrar durante el período que insuma el proceso de reinstalación y hasta que ésta se haga efectiva.

Por último, hay que señalar que en algunos países, como Bolivia y Venezuela, existen procedimientos administrativos muy expeditos que permiten a la administración del trabajo ordenar la rápida reincorporación a su puesto de trabajo de trabajadores que gozan de inamovilidad laboral y que son, sin embargo, despedidos por sus empleadores.

XI. Conclusiones.

Primera: la incorporación de los derechos fundamentales a los textos constitucionales no comporta una protección de los mismos si no está acompañada de instrumentos jurídicos eficientes para garantizar a los ciudadanos el goce y ejercicio efectivo de esos derechos. En este sentido, si está rodeado de ciertas condiciones, el amparo puede ser un importante medio procesal para que los ciudadanos puedan reclamar ante los órganos jurisdiccionales que tales derechos les sean restituidos de una manera eficaz e inmediata cuando los mismos hayan sido vulnerados

Segunda: A mi juicio el amparo es una acción, porque le da a los ciudadanos que vieren infringidos sus derechos constitucionales el derecho a acudir ante los organismos jurisdiccionales para obtener su restitución. No debería calificarse como un recurso, porque éstos se dan en el contexto de un proceso para obtener la modificación de una decisión tomada

en el mismo y el amparo puede intentarse cuando no exista un proceso abierto.

Tercera: El procedimiento para intentar, sustanciar y decidir el amparo debe ser fácilmente accesible y para ello debería poder intentarse ante los jueces de instancia del lugar donde ocurrió la violación del derecho, debe ser accionable por cualquier agraviado, por el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo o ente similar contra cualquier persona que viole un derecho fundamental, bien se trate de entes públicos o de particulares, su tramitación debe ser gratuita, breve y de resultados eficaces. Un procedimiento de amparo que no llene estas características no puede cumplir con la misión que le corresponde, cual es la de restituir al querellante de una manera eficiente e inmediata el derecho constitucional que le ha sido vulnerado.

Cuarta: El amparo forma parte del control difuso de la constitucionalidad, pues el Juez de amparo tiene competencia para constatar si la norma, acto u omisión contra la cual se ejerce el amparo, efectivamente viola los derechos constitucionales del querellante y, de ser así es igualmente competente para desaplicar la norma impugnada al caso concreto, si fuere el caso, o para anular el acto u omisión, reintegrando al querellado el ejercicio de sus derechos constitucionales. Excepcionalmente, el amparo puede formar parte del control concentrado de la constitucionalidad, cuando es ejercido conjuntamente con una solicitud de nulidad intentada ante un órgano judicial con competencia para declarar tal nulidad.

Quinta: Por cuanto los derechos laborales tienen rango constitucional resulta lógico concluir que, aun cuando la legislación de un país no lo establezca de manera expresa, los trabajadores disponen del amparo como un medio procesal para la defensa de los derechos que la Constitución le otorga.

Sexta: Resulta interesante la experiencia de varios países latinoamericanos que han diseñado modalidades especiales de

acciones procesales especiales para atender determinados casos de infracción a derechos laborales. Tales modalidades deberían preservar las características requeridas por el amparo general, entre ellas las de tener un procedimiento expedito.

APÉNDICE CAPÍTULO III DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE AMPARO

ARGENTINA

“Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

BOLIVIA

“Sección II

Acción de Amparo Constitucional

Artículo 128°.- *La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.*

Artículo 129°.-

I. La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados.

II. La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial.

III. La autoridad o persona demandada será citada en la forma prevista para la Acción de Libertad, con el objeto de que preste información y presente, en su caso, los actuados concernientes al hecho denunciado, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde la presentación de la Acción.

IV. La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente recibida la información de la autoridad o persona demandada y, a falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca la persona accionante. La autoridad judicial examinará la competencia de la servidora pública o del servidor público o de la persona demandada y, en caso de encontrar cierta y efectiva la demanda, concederá el amparo solicitado. La decisión que se pronuncie se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo.

V. La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo, quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley”.

BRASIL

“Artículo 5

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público,

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional,*
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados,*

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

COLOMBIA

“Artículo 86. *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo,

que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

COSTA RICA

“Artículo 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental, establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10”.

ECUADOR

“Artículo 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales, y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

GUATEMALA

“Artículo 265.- Procedencia del amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.”

HONDURAS

“Artículo 183. El Estado reconoce la garantía de amparo.

En consecuencia toda persona agraviada o cualquiera en nombre de ésta, tiene derecho a interponer recurso de amparo:

- 1. Para que se le mantenga o restituya en el goce y disfrute de los derechos o garantías que la Constitución establece, y,*
- 2. Para que se declare en casos concretos que un reglamento, hecho, acto o resolución de autoridad, no obliga, al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualquiera de los derechos reconocidos por esta Constitución.*

Reformado mediante Decreto No. 381-2005 de fecha 20 de enero del 2006, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 30,920 de fecha 4 de febrero del 2006”.

MÉXICO

“Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

Párrafo reformado DOF 25-10-1993, 06-06-2011

I. *El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución*

y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa,

Fracción reformada DOF 06-06-2011

II. *Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.*

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria.

Cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberán recabarse de oficio todas

aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.

En los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales, o de los ejidatarios o comuneros, el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, pero uno y otra sí podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la Asamblea General o el segundo emane de ésta,

Fracción reformada DOF 02-11-1962, 25-10-1967, 20-03-1974, 07-04-1986, 06-06-2011

III. *Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:*

a) *Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. En relación con el amparo al que se refiere este inciso y la fracción V de este artículo, el Tribunal Colegiado de Circuito deberá decidir respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquéllas que, cuando proceda, advierta en suplencia de la queja, y fijará los términos precisos en que deberá pronunciarse la nueva resolución. Si las violaciones procesales no se invocaron en un primer amparo, ni el Tribunal Colegiado correspondiente las hizo valer de oficio en los casos en que proceda la suplencia de la queja, no podrán ser materia de concepto de violación, ni de estudio oficioso en juicio de amparo posterior.*

La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado, podrá presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado. La ley determinará la forma y términos en que deberá promoverse.

Para la procedencia del juicio deberán agotarse previamente los recursos ordinarios que se establezcan en la ley de la materia, por virtud de los cuales aquellas sentencias definitivas, laudos y resoluciones puedan ser modificados o revocados, salvo el caso en que la ley permita la renuncia de los recursos.

Al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, deberán hacerse valer las violaciones a las leyes del procedimiento, siempre y cuando el quejoso las haya impugnado durante la tramitación del juicio mediante el recurso o medio de defensa que, en su caso, señale la ley ordinaria respectiva. Este requisito no será exigible en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, al estado civil, o al orden o estabilidad de la familia, ni en los de naturaleza penal promovidos por el sentenciado,

Inciso reformado DOF 10-08-1987, 06-06-2011

b) *Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y*

c) *Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio,*

Fracción reformada DOF 25-10-1967

IV. *En materia administrativa el amparo procede, además, contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y que causen agravio no reparable mediante algún medio de defensa legal. Será necesario agotar estos medios de defensa siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de oficio o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, con los mismos alcances que los que prevé la ley reglamentaria y sin exigir mayores requisitos que los que la misma consigna para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con dicha ley.*

No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa si el acto reclamado carece de fundamentación o cuando sólo se aleguen violaciones directas a esta Constitución,

Fe de erratas a la fracción DOF 14-03-1951. Fracción reformada DOF 25-10-1967, 06-06-2011

V. El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:

Párrafo reformado DOF 10-08-1987, 06-06-2011

a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares.

b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal,

Inciso reformado DOF 10-08-1987

c) En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común.

En los juicios civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales, y

d) En materia laboral, cuando se reclamen laudos dictados por las Juntas Locales o la Federal de Conciliación y Arbitraje, o por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado,

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, del Fiscal General de la República, en los asuntos en que el Ministerio Público de la Federación sea parte, o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

Párrafo adicionado DOF 10-08-1987. Reformado DOF 31-12-1994, 10-02-2014

Fracción reformada DOF 25-10-1967, 06-08-1979

VI. *En los casos a que se refiere la fracción anterior, la ley reglamentaria señalará el procedimiento y los términos a que deberán someterse los Tribunales Colegiados de Circuito y, en su caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dictar sus resoluciones,*

Fracción reformada DOF 25-10-1967, 06-08-1979, 10-08-1987, 06-06-2011

VII. *El amparo contra actos u omisiones en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra normas generales o contra actos u omisiones de autoridad administrativa, se interpondrá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia,*

Fe de erratas a la fracción DOF 14-03-1951. Fracción reformada DOF 25-10-1967, 06-06-2011

VIII. *Contra las sentencias que pronuncien en amparo los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia:*

Párrafo reformado DOF 31-12-1994

a) *Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo normas generales por estimarlas directamente violatorias de esta Constitución, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad.*

Inciso reformado DOF 25-10-1993, 06-06-2011

b) *Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de esta Constitución.*

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, del Fiscal General

de la República, en los asuntos en que el Ministerio Público de la Federación sea parte, o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrá conocer de los amparos en revisión, que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

Párrafo reformado DOF 31-12-1994, 10-02-2014

En los casos no previstos en los párrafos anteriores, conocerán de la revisión los tribunales colegiados de circuito y sus sentencias no admitirán recurso alguno,

Fe de erratas a la fracción DOF 14-03-1951. Fracción reformada DOF 25-10-1967, 08-10-1974, 10-08-1987

IX. *En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras, Fracción reformada DOF 25-10-1967, 10-08-1987, 11-06-1999, 06-06-2011*

X. *Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social.*

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la promoción del amparo, y en las materias civil, mercantil y administrativa, mediante garantía que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión pudiere ocasionar al tercero interesado. La suspensión quedará sin efecto si éste último da contragarantía para asegurar la reposición de las cosas al Estado que guardaban si se concediese el amparo y a pagar los daños y perjuicios consiguientes,

Fe de erratas a la fracción DOF 14-03-1951. Fracción reformada DOF 25-10-1967, 06-06-2011

XI. *La demanda de amparo directo se presentará ante la autoridad responsable, la cual decidirá sobre la suspensión. En los demás casos la demanda se presentará ante los Juzgados de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito los cuales resolverán sobre la suspensión, o ante los tribunales de los Estados en los casos que la ley lo autorice, Fracción reformada DOF 25-10-1967, 10-08-1987, 31-12-1994, 06-06-2011*

XII. *La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII.*

Si el Juez de Distrito o el Tribunal Unitario de Circuito no residieren en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez o tribunal ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca,

Fe de erratas a la fracción DOF 14-03-1951. Fracción reformada DOF 25-10-1967, 31-12-1994

XIII. *Cuando los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Fiscal General de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, los mencionados tribunales y sus integrantes, los Jueces de Distrito, las partes en los asuntos que los motivaron o el Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrán denunciar la contradicción ante el Pleno del Circuito correspondiente, a fin de que decida la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.*

Párrafo reformado DOF 10-02-2014

Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito o los Tribu-

nales Colegiados de un mismo Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, según corresponda, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los mismos Plenos de Circuito, así como los órganos a que se refiere el párrafo anterior, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, con el objeto de que el Pleno o la Sala respectiva, decida la tesis que deberá prevalecer.

Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo cuyo conocimiento les compete, los ministros, los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, los Jueces de Distrito, el Fiscal General de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, el Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, o las partes en los asuntos que las motivaron, podrán denunciar la contradicción ante el Pleno de la Suprema Corte, conforme a la ley reglamentaria, para que éste resuelva la contradicción.

Párrafo reformado DOF 10-02-2014

Las resoluciones que pronuncien el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia así como los Plenos de Circuito conforme a los párrafos anteriores, sólo tendrán el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectarán las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción, Fe de erratas a la fracción DOF 14-03-1951. Fracción reformada DOF 25-10-1967, 31-12-1994, 06-06-2011

XIV. *Se deroga,*

Fracción reformada DOF 25-10-1967, 17-02-1975. Derogada DOF 06-06-2011

XV. *El Fiscal General de la República o el Agente del Ministerio Público de la Federación que al efecto designe, será parte en todos los juicios de amparo en los que el acto reclamado provenga de procedimientos del orden penal y aquéllos que determine la ley,*

Fracción reformada DOF 10-02-2014

XVI. Si la autoridad incumple la sentencia que concedió el amparo, pero dicho incumplimiento es justificado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento previsto por la ley reglamentaria, otorgará un plazo razonable para que proceda a su cumplimiento, plazo que podrá ampliarse a solicitud de la autoridad. Cuando sea injustificado o hubiera transcurrido el plazo sin que se hubiese cumplido, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable y a consignarlo ante el Juez de Distrito. Las mismas providencias se tomarán respecto del superior jerárquico de la autoridad responsable si hubiese incurrido en responsabilidad, así como de los titulares que, habiendo ocupado con anterioridad el cargo de la autoridad responsable, hubieran incumplido la ejecutoria.

Si concedido el amparo, se repitiera el acto reclamado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley reglamentaria, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable, y dará vista al Ministerio Público Federal, salvo que no hubiera actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo podrá ser solicitado por el quejoso al órgano jurisdiccional, o decretado de oficio por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando la ejecución de la sentencia afecte a la sociedad en mayor proporción a los beneficios que pudiera obtener el quejoso, o cuando, por las circunstancias del caso, sea imposible o desproporcionadamente gravoso restituir la situación que imperaba antes de la violación. El incidente tendrá por efecto que la ejecutoria se dé por cumplida mediante el pago de daños y perjuicios al quejoso. Las partes en el juicio podrán acordar el cumplimiento sustituto mediante convenio sancionado ante el propio órgano jurisdiccional.

No podrá archivarse juicio de amparo alguno, sin que se haya cumplido la sentencia que concedió la protección constitucional,

Fracción reformada DOF 31-12-1994, 06-06-2011

XVII. La autoridad responsable que desobedezca un auto de suspensión o que, ante tal medida, admita por mala fe o negligencia fianza o contrafianza que resulte ilusoria o insuficiente, será sancionada penalmente,

Fracción reformada DOF 06-06-2011

XVIII. Se deroga.

Fracción derogada DOF 03-09-1993

Artículo reformado DOF 19-02-1951

Artículo 107. *Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:*

I. *El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.*

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa,

II. *Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.*

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de

la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria.

Cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.

En los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales, o de los ejidatarios o comuneros, el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, pero uno y otra sí podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la Asamblea General o el segundo emane de ésta,

III. *Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:*

a) *Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. En relación con el amparo al*

que se refiere este inciso y la fracción V de este artículo, el Tribunal Colegiado de Circuito deberá decidir respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquéllas que, cuando proceda, advierta en suplencia de la queja, y fijará los términos precisos en que deberá pronunciarse la nueva resolución. Si las violaciones procesales no se invocaron en un primer amparo, ni el Tribunal Colegiado correspondiente las hizo valer de oficio en los casos en que proceda la suplencia de la queja, no podrán ser materia de concepto de violación, ni de estudio oficioso en juicio de amparo posterior.

La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado, podrá presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado. La ley determinará la forma y términos en que deberá promoverse.

Para la procedencia del juicio deberán agotarse previamente los recursos ordinarios que se establezcan en la ley de la materia, por virtud de los cuales aquellas sentencias definitivas, laudos y resoluciones puedan ser modificados o revocados, salvo el caso en que la ley permita la renuncia de los recursos.

Al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, deberán hacerse valer las violaciones a las leyes del procedimiento, siempre y cuando el quejoso las haya impugnado durante la tramitación del juicio mediante el recurso o medio de defensa que, en su caso, señale la ley ordinaria respectiva. Este requisito no será exigible en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, al estado civil, o al orden o estabilidad de la familia, ni en los de naturaleza penal promovidos por el sentenciado,

b) *Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y*

c) *Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio,*

IV. *En materia administrativa el amparo procede, además, contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y que causen agravio*

no reparable mediante algún medio de defensa legal. Será necesario agotar estos medios de defensa siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de oficio o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, con los mismos alcances que los que prevé la ley reglamentaria y sin exigir mayores requisitos que los que la misma consigna para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con dicha ley.

No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa si el acto reclamado carece de fundamentación o cuando sólo se aleguen violaciones directas a esta Constitución,

V. *El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:*

a) *En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares.*

b) *En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal,*

c) *En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común.*

En los juicios civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales, y

d) *En materia laboral, cuando se reclamen laudos dictados por las Juntas Locales o la Federal de Conciliación y Arbitraje, o por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado,*

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, del Fiscal

General de la República, en los asuntos en que el Ministerio Público de la Federación sea parte, o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten.”

NICARAGUA

“Artículo 45.- Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de exhibición personal o de amparo, según el caso y de acuerdo con la Ley de Amparo.”

PARAGUAY

“Artículo 134.- Del Amparo

Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley.

El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral.

El Amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes.

La ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado.”

PERÚ

“Artículo 200: *Son garantías constitucionales:*

1. *La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.*

2. *La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.*

(Inciso reformado por Ley N° 26.470 del 12 de junio de 1995.)*

3. *La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2°, incisos 5) y 6) de la Constitución.*

(Inciso reformado por Ley N° 26.470 del 12 de junio de 1995.)*

4. *La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.*

5. *La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.*

6. *La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.*

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el Artículo 137º de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.”

REPÚBLICA DOMINICANA

“Artículo 72.- Acción de amparo. Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades.

Párrafo.- Los actos adoptados durante los Estados de Excepción que vulneren derechos protegidos que afecten irrazonablemente derechos suspendidos están sujetos a la acción de amparo.”

VENEZUELA

“Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se

asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.”

LA COLISIÓN ¿REAL O APARENTE? ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LABORAL.

SUMARIO: I. La contradicción entre normas jurídicas vigentes y su especial manifestación en relación a los derechos fundamentales. **II.** La solución de casos de colisión entre derechos fundamentales: la técnica de la ponderación. Los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. **III.** Problemas que presenta la técnica de la ponderación o “balancing test”. **IV.** ¿Desplazamiento de un derecho fundamental frente a otro o lógica determinación de los límites de los derechos? **V.** La contradicción de derechos fundamentales en el ámbito laboral. **VI.** Alguna jurisprudencia. **VII.** Conclusiones.

I. La contradicción entre normas jurídicas vigentes y su especial manifestación en relación a los derechos fundamentales.

46. En la generalidad de los sistemas jurídicos existe una pluralidad de fuentes del Derecho. Es por ello explicable que las normas de una fuente puedan colidir con las provenientes de otra. Pero, además, también pueden existir contradicciones entre normas jurídicas provenientes de una misma fuente. Por eso la Teoría General del Derecho ha establecido principios cuya aplicación resuelve los casos en que existe una colisión o

contradicción entre varias normas jurídicas vigentes. Uno de esos principios es de la jerarquía: las normas de mayor jerarquía privan sobre las de menor jerarquía. Una norma constitucional priva sobre una norma legislativa, y una legislativa sobre una reglamentaria. Otro principio es el de la especialidad: las normas especiales privan frente a las normas generales. Si se trata de un asunto comercial, la norma mercantil priva sobre la norma civil. Si se trata de un asunto laboral, la norma laboral tiene aplicación preferente sobre la norma civil o mercantil. Otro principio es el de temporalidad: las normas más nuevas privan sobre las más antiguas.

Independientemente de que se trate de conflictos reales o, de que, como apunta parte de la doctrina que se examinará más adelante, se trate de conflictos aparentes, dado el carácter abstracto y abierto de los derechos fundamentales, en relación a los mismos se pueden presentar con mayor facilidad situaciones en que un determinado caso puede ser objeto de soluciones contradictorias, por encontrarse involucrados en dicho caso dos o más derechos fundamentales, cada uno de los cuales apunta hacia una diversa solución. Estos casos pueden ocurrir no sólo cuando los mismos derivan de diferentes normas, sino incluso cuando los mismos son establecidos por una misma norma. En el primer caso, puede presentarse, por ejemplo, una colisión entre el derecho fundamental al descanso en domingos y festivos, establecido por una Ley o Código del Trabajo, y el derecho fundamental a la salud, que determina, que una ley especial de servicios de salud autorice a las empresas de este ramo a trabajar los días festivos y los domingos. Pero también puede producirse una colisión de derechos fundamentales establecidos por una misma norma, por ejemplo la Constitución. Así, por ejemplo, ocurre cuando entran en colisión el derecho fundamental del empleador a dirigir la empresa, consecuencia lógica de su dere-

cho de propiedad, el cual le autoriza a establecer en la misma los sistemas de vigilancia que sean necesarios, y el derecho fundamental del trabajador a intimidad, dignidad y decoro personal, los cuales podrían verse afectados por los sistemas de vigilancia establecidos por el empleador.

En estas situaciones, los criterios tradicionales de temporalidad, especialidad o jerarquía no resultan útiles para encontrar una solución adecuada. Los derechos fundamentales tienen la misma jerarquía, independientemente de la fuente de donde deriven. El hecho de ser fundamentales resta importancia a la circunstancia de que provengan de una norma general o especial, así como también a la antigüedad temporal de su fuente. Y es que los derechos fundamentales, que consagran principios y valores éticos de carácter universal, revisten una categoría tal que la aplicación a un caso concreto de uno u otro derecho fundamental sobre otro no puede determinarse por los criterios clásicos que hemos mencionado en relación a la contradicción entre jurídicas vigentes: mayor o menor antigüedad, jerarquía o especialidad.¹³⁶

136. El tema ha sido objeto de amplio estudio por la doctrina. Puede verse entre otros: Robert ALEXYS: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2002, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 111 y ss; Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pág. 13 y ss., Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, en *El canon neoconstitucional*, Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA JARAMILLO, Editorial Trotta, Mexico, 2010 pág. 106 y ss. César ARESE, en *Seminario Sobre Derecho Constitucional del Trabajo*, Universitas Fundación, Aula Virtual, <http://universitasfundacion.com/aulavirtual/> Jorge BAQUERIZO MINUCHE, Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación, en *Revista Jurídica de Derecho Público* No. 1, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009. <http://www.revistajuridictaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>; *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; *Derechos fundamentales ponderación y racionalidad*, en *El canon neo-constitucional*, Coordinación Miguel CARBONELL SÁNCHEZ, Leonardo GARCÍA JARAMILLO, 2010. Juan Antonio BARRERO-BERAR-

II. La solución de casos de colisión entre derechos fundamentales: la técnica de la ponderación. Los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

47. Ante la ineficacia de los criterios tradicionales, los operadores jurídicos han debido buscar nuevas fórmulas para resolver aquellos casos en que uno o más derechos fundamentales apuntan a soluciones contradictorias. Visto que la fundamentación de unos determinados derechos se basa esencialmente en la trascendencia de los principios y valores éticos que les sirven de base, parte importante de la doctrina ha considerado que para dar preferencia, en una determinada situación, a un derecho fundamental frente a otro, se requiere partir, no de una valoración formal, como la que proporcionan los tradicionales criterios de

DINELLI, El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Lüth de 1958, 20 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 213-246 (2012). Carlos BERNAL PULIDO, El Principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Universidad Externado, Bogotá, 2014; La racionalidad de la ponderación, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 77, 2006, pág. 51 y ss. Juan Antonio GARCÍA AMADO. El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica, en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación coloquio Jurídico europeo, Madrid, 2007; Tres sentencias del Tribunal constitucional o de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares, en *Estudios de Derecho*, núm. 139, 2005, pág. 101 y ss.; Un debate sobre la ponderación, *Palestra/Temis*, Lima/Bogotá, 2012. Daniel Gustavo GORRA, Argumentación jurídica y ponderación de principios, en *Revista Jurídica La ley*, Argentina, 2012). Iván MIRABAL RENDON, Nota sobre los derechos fundamentales laborales y la teoría de la ponderación, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Barquisimeto, N° 17, 2014. pp.15-37. Miguel Angel PRESNO LINERA Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales, Universidad de Oviedo, 2016 (en página web: www.presnolinera.wordpress.com/2016/09/20/una-critica-al-uso-de-la-teoria-de-la-ponderacion-en-los-conflictos-aparentes-entre-derechos-fundamentales) Jorge ROSENBAUM RIMOLO, El “balancing test” en los conflictos entre derechos fundamentales vinculados con el trabajo, en *Estudios de Derecho del Trabajo ten Homenaje al Profesor Octavio RACCIATTI*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017. Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO: El control de proporcionalidad de la actividad administrativa, Tirant, Valencia, 2004.

jerarquía, especialidad y temporalidad, sino de una valoración ética, que facilite determinar a cuáles valores debe darse más importancia cuando los mismos colisionan en una particular situación de hecho. Rosenbaum nos orienta señalando:

*“la jurisprudencia ha demostrado una tendencia por la técnica de la ponderación, encaminada no por criterios jurídicos, como los de la jerarquía, temporalidad o especialidad de las normas (según lo mencionáramos supra), sino por juicios de valor y apreciación ética (recurriendo a la equidad más que al Derecho).”*¹³⁷

Este autor describe la técnica de la ponderación, también conocida como “balancing test”, como “*un procedimiento valorativo que procura sopesar los derechos y su importancia en cada caso concreto, determinando lo más equitativamente posible cuál de ellos ha de preponderar por sobre el otro u otros.*”¹³⁸ En palabras de Presno Linera:

*“el criterio de la ponderación presupone, en primer lugar, que hay un auténtico conflicto entre dos derechos fundamentales y, en segundo término, que para resolverlo el órgano encargado de tal cometido –normalmente, un tribunal– debe indagar qué valor o interés persigue cada uno de esos derechos para, una vez conocida tal cosa, dar valor preferente en el caso concreto a la expectativa que persiga el valor o interés más cualificado o importante”*¹³⁹

Al considerar la colisión de dos derechos fundamentales que inspiran soluciones contradictorias para una determinada situación, la técnica de la ponderación, empleada originariamente por la jurisprudencia alemana, pero acogida por tribunales de diversos países, parte de reconocer la igualdad de importancia

137 Jorge ROSENBAUM RIMOLO, ob. cit. en la nota 110.

138 *Ibidem.*

139 Miguel Ángel PRESNO LINERA, ob. cit. en nota 93, p. 581

de todos los derechos fundamentales y busca determinar, en relación a la situación en la cual se presenta el conflicto entre dos o más derechos fundamentales, cuál de ellos tiene mayor peso para la solución del caso concreto. El operador jurídico debe ponderar, cuál de las soluciones inspiradas en uno u otro derecho, produce consecuencias más favorables y más conformes al sistema de valores en que se inspira el ordenamiento jurídico de que se trate. Hecha esta determinación, se dará precedencia, en el caso concreto, al derecho que proponga la solución más conforme a los valores éticos propios del sistema jurídico en cuestión y, en consecuencia, el otro derecho fundamental en conflicto, deberá ceder frente al otro derecho que resulte favorecido por la técnica de ponderación. En otras palabras, el derecho que, según la determinación hecha por el operador jurídico a través de la ponderación, tenga menor peso en la situación sujeta a su consideración, deberá ceder ante el derecho de mayor peso. Esta técnica supone, pues, y solamente para el caso concreto, el sacrificio de un derecho fundamental frente a otro derecho fundamental.

La técnica de la ponderación se aplica a los derechos fundamentales, por cuanto los mismos, según criterio de quienes la sustentan, constituyen principios y no reglas propiamente dichas. Los principios, dice Alexy, “*están concebidos como mandatos de optimización que se cumplen en la mayor medida de las posibilidades reales*”⁴⁰. Tienen un contenido abierto, en términos más bien vagos o abstractos y no formulan un supuesto de hecho concreto al cual se le atribuyan consecuencias jurídicas determinadas. Por el contrario, las reglas contienen mandatos concretos, que parten de la formulación de un supuesto de hecho específico al cual se atribuyen consecuencias jurídicas

140 Robert ALEXY, Ob. Cit. en la nota 95, p.86

determinadas. Esta diferenciación explica, según la técnica de la ponderación, el diferente papel que debe jugar el operador jurídico frente a un conflicto de reglas y frente a un conflicto de principios. En el primer caso el operador debe subsumir la realidad en las reglas en conflicto y, aplicando los recursos tradicionales de la hermenéutica jurídica, debe determinar cuál es el supuesto de hecho que va a determinar la aplicación o no de una consecuencia jurídica previstamente expresamente en la norma. Como los principios carecen, como se ha visto, de la estructura tradicional del silogismo jurídico, el intérprete no pueda seguir la misma técnica empleada en relación a las reglas y debe optar por una valoración de contenido deontológico, estableciendo, en función de los valores propios del sistema jurídico, cuál de los derechos fundamentales en conflicto tiene mayor peso en un determinado caso.

Para realizar la ponderación, la jurisprudencia, basándose en la propuesta de Alexy¹⁴¹, realiza tres juicios de valor para determinar la precedencia de un derecho fundamental frente a otro. Rosenbaum describe los juicios de valor en estos términos:

*“Un primer juicio recaerá sobre la **adecuación** del acto (conducta, imposición, pretensión). Equivale, en nuestro concepto, a preguntarnos si es la medida más idónea o apropiada para obtener el fin que persigue la empresa; si responde a una causa objetivamente comprobable. Una segunda opinión acerca de su **necesidad**, vale decir, si se trata del único recurso disponible al que puede apelar la empresa. Un tercer dictamen sobre su **proporcionalidad**, o sea, si ello resulta de un equilibrio razonable.”*¹⁴²

Estos tres juicios o criterios vienen a ser instrumentos que, en caso de colisión entre derechos fundamentales, el operador

141 *Ibidem*, pág. 111 y ss.

142 Jorge ROSENBAUM RIMOLO, *Ob. Cit.* En la nota 110.

jurídico utiliza para llevar a cabo su compleja tarea de determinar cuál de los de los derechos en conflicto debe ceder frente al otro derecho en la solución del caso concreto planteado.

El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido una secuencia lógica en que el juzgador debe considerar los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Así, en sentencia número 045-2005-AI señaló:

*“Primero se ha de examinar la idoneidad de la intervención, si la intervención en la igualdad – el trato diferenciado- no es idónea, entonces, será inconstitucional. Por tanto, como se afirmó, no corresponderá examinarlo bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado -la intervención- fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el sub principio de necesidad. Si aún en este caso, el trato diferenciado superare el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.”*¹⁴³

Un ejemplo permitirá ilustrar la operatividad de estos juicios en el ámbito laboral. En una farmacia que es la única que se encuentra en una zona relativamente alejada del centro de la ciudad y en la cual se ha constatado un importante nivel de sustracción de productos, el empleador, para evitarla, dispone que los familiares de sus trabajadores no puedan entrar a la farmacia. En este caso el empleador toma esa medida en ejercicio de su derecho fundamental a la propiedad y consecuentemente a la dirección de la empresa. Pero esa medida afecta el derecho fundamental a la salud de los familiares de los trabajadores, los cuales, si necesitan con urgencia algún medicamento, se ven en dificultades de adquirirlo pues no hay otra farmacia cercana. Si esta colisión de derechos se somete al examen de un juez, éste, aplicando el juicio de idoneidad, debería declarar que el derecho

143 <https://blogs.ua.es/perudoxa/files/2012/06/Caso-PROFA1.pdf>

a la salud de los familiares de los trabajadores priva frente al derecho empresarial a la dirección, ya que la medida tomada no es idónea para perseguir el fin de evitar la sustracción de productos. En efecto, la sustracción de productos puede seguir ocurriendo pues no hay evidencia de que la misma se lleva a cabo mediante la participación de los familiares en complicidad con los empleados. No obstante esa medida, los propios empleados, sin ayuda de los familiares o los clientes, pueden seguir sustrayendo productos. En consecuencia, no siendo la medida adoptada idónea para lograr el fin perseguido, el juez debería sentenciar su anulación, dando preferencia al derecho de los familiares de los trabajadores a su salud, y haciendo ceder frente, al mismo, el derecho del empleador a la propiedad y dirección de la empresa.

Si en la farmacia del ejemplo, el empleador ha logrado determinar que los productos sustraídos no están al acceso de los clientes, sino solamente de los empleados, resulta lógico y, además idóneo, que se tomen medidas de control sobre los empleados para evitar la sustracción. En vista de ello, el empleador decide que los empleados deben ser requisados cada hora para ver si en sus ropas tienen productos sustraídos. Aquí se produce un choque entre el derecho de dirección del empresario y el de los trabajadores a su intimidad y dignidad personal. Para la decisión de este conflicto, el juez debería considerar que, si bien la medida es idónea, pues sirve al fin de determinar si los trabajadores sustraen productos, no es necesaria, porque bastaría con una revisión en el momento de salir del centro de trabajo para hacer esa determinación.

En el mismo ejemplo y partiendo del supuesto de que se haya determinado que sólo los trabajadores pueden sustraer los productos, el empleador decide que, a la salida del centro de trabajo, los trabajadores deben someterse a una revisión para determinar si llevan productos sustraídos. Esta medida

es idónea, porque su aplicación permite determinar si un trabajador sustrajo o no productos, es necesaria porque la única forma de hacer esa determinación es revisar a los trabajadores a su salida. Pero sucede que para hacer la revisión el empleador hace pasar a los empleados a una habitación en la cual deben desnudarse para que la vigilancia pueda averiguar constatar si llevan artículos sustraídos en su ropa interior. Sometido el caso a la consideración del juez, éste, aun acertando en forma positiva los juicios de idoneidad y de necesidad, debería enfrentar el juicio de proporcionalidad o de ponderación en sentido estricto, y considerar si la violación a la intimidad y la consiguiente humillación experimentada por los trabajadores, resulta proporcional al interés legítimo del empleador de cuidar su propiedad y evitar las sustracciones. En este caso, en una decisión razonable, el juez debería decidir que el derecho a la intimidad prevalece y que el empleador debe emplear otro tipo de mecanismo de revisión que no comporte una flagrante violación al derecho del trabajador a su intimidad.

II. Problemas que presenta la técnica de la ponderación.

48. La solución de aquellos casos en que se pueden presentar soluciones contradictorias provenientes de la aplicación de uno u otro derecho fundamental, presenta especiales dificultades a la hermenéutica jurídica. Ésta, concebida en sus términos tradicionales, ofrece, como se ha visto, soluciones muy claras a los casos en que diversas normas jurídicas entran en conflicto para la solución de un caso concreto. Los criterios de temporalidad, jerarquía y especialidad, anteriormente referidos, permiten al operador jurídico solucionar el conflicto de una manera clara y sencilla. El operador jurídico no requiere enfrentar mayores problemas de interpretación ni de valoraciones jurídicas ni éticas

para determinar, en un caso concreto, cuando una norma es jerárquicamente superior, es de más reciente vigencia o forma parte de una regulación especial de la materia a que dicho caso se refiere. Pero ya hemos visto las razones que determinan que esos criterios, tan claros y objetivos, no son mayormente útiles cuando se trata de derechos fundamentales. En este caso, como se ha indicado, la tendencia doctrinaria y jurisprudencial que vengo de comentar indica que el operador jurídico debe enfrentarse a una técnica de ponderación que le permitirá determinar cuál derecho fundamental debe ceder frente a otro. Y eso si requiere un delicado proceso argumentativo de interpretación y valoración. De los tres juicios utilizables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, los dos primeros, si bien requieren una ingente tarea de interpretación, al menos ofrecen al operador jurídico ciertas bases objetivas que en las cuales puede sustentar sus conclusiones. Pero el tercer juicio, el de la proporcionalidad, implica un mayor nivel de subjetividad, ya que va corresponder al interprete, determinar, de acuerdo su propio criterio y a su propia valoración, no solamente jurídica sino también ética, cuál de las soluciones posibles es más acorde con el sistema de valores propios del respectivo ordenamiento jurídico, la que se logra dando preferencia, en el caso concreto, a uno u a otro de los derechos fundamentales cuya aplicación se pretenda

Esta técnica, apunta Ignacio Villaverde, “*determina que el límite a los derechos fundamentales ya no deriva de una norma constitucional, sino de la resolución ponderada que haga el juez en cada caso concreto*”¹⁴⁴. En consecuencia de ello se corre el riesgo de que los jueces, en virtud de ese vastísimo poder de interpretación del que pueden hacer uso para la solución de conflictos entre derechos fundamentales, incurran en un papel diferente al que

144 Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ob. cit. en la nota 24.

constitucionalmente les corresponde y en lugar de limitarse a aplicar el Derecho, asuman la generación de reglas jurídicas. En este sentido Arese señala que la ponderación *“implica un riesgo de deconstruir el sistema ideado por el legislador, supra nacional o nacional, vale decir, colocar en manos de los jueces, la generación de normas, la generación de derechos, que pueda ir en contra del propio sistema normativo constitucional”*.¹⁴⁵

En orientación similar Barrero Bernardinelli dice:

*“Tampoco creo que la apertura de los principios a la interpretación los convierta en tipos constitucionales en blanco a ser llenados de manera irrestricta por el operador jurídico, pues estos no revisten tal grado de generalidad como para que las operaciones que con ellos se realicen sean ilimitadas en la materia.”*¹⁴⁶

Por eso, puede considerarse que esta subjetividad es el “talón de Aquiles” de la técnica de la ponderación, al punto de que es posible que un mismo supuesto de hecho a ser decidido bajo una misma normativa jurídica, puede dar lugar a soluciones muy distintas dependiendo de ellas valoraciones axiológicas de los jueces a quienes corresponda decidir. Así, por ejemplo, en un ordenamiento jurídico en el cual no exista una permisón o prohibición expresa del aborto, una mujer que voluntariamente haya abortado podría estar sujeta a sentencias muy distintas, dependiendo de las convicciones ideológicas o religiosas del juez que le tocara. Si se trata de un juez “pro vida”, considerará que dicha mujer ha cometido un homicidio calificado, quitando la vida al ser más indefenso que hay: un feto. Por el contrario, un

145 César ARESE, en Seminario Sobre Derecho Constitucional del Trabajo, Universitاس Fundación, Aula Virtual, <http://universitاسfundacion.com/aulavirtual/>

146 Juan Antonio BARRERO-BERARDINELLI, El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Lüth de 1958, 20 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 213-246 (2012).

juez “feminista” considerará que esa mujer ha obrado en ejercicio del derecho fundamental de disponer de su cuerpo y de decidir sobre su futuro personal y familiar

Entre las observaciones críticas que pueden hacerse a la técnica de la ponderación es que uno de sus pilares de sustentación, cuál es la distinción entre principios y reglas, ha venido perdiendo validez, especialmente en el área de los derechos sociales, por cuanto el nuevo constitucionalismo social, analizado en el capítulo I de esta obra, ha determinado una tendencia a la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales que consagran derechos, incluso cuando lo hagan en forma general. Ello determina que los derechos fundamentales establecidos en la constitución, aun cuando lo sean en forma genérica, puedan tener prevalencia frente a reglas concretas legislativas, al punto de que se ha dado el caso de declaratoria de inconstitucionalidad de normas legislativas o reglamentarias que regulan específicamente una materia, por cuanto se han considerado contrarias a un principio constitucional

Barrero Bernardinelli señala:

“la mayor dificultad de esta técnica interpretativa no está dada por determinar cuál norma prevalece, sino por identificar si una determinada disposición es un principio o una regla constitucional, porque en una misma puede estar contenido a la vez un principio y una regla, como en efecto ocurre en el contenido dispositivo del artículo 11 de la Constitución colombiana, relativo al derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte, o por ejemplo, en el caso del artículo 29 superior, en el que comparten lugar un conglomerado de subprincipios y subreglas que integran el debido proceso.”

Para luego apuntar que el riesgo de la ponderación está dado, no solo por el alto grado de discrecionalidad que le asiste al operador jurídico, que es:

“quien tiene la llave maestra que resuelve las colisiones.”... “sino, adicionalmente, porque los principios, al ser concebidos como mandatos de optimización que se cumplen en la mayor medida de las posibilidades reales, esto hace que los derechos de contenido social no sean tan exigibles, ya que no pasan a ser obligaciones objetivas para el Estado, en tanto que debe garantizarlos únicamente si puede y no si debe, supeditando así las obligaciones de naturaleza social a la capacidad asistencialista del Estado y no a la necesidad humana. De esta manera, el principio de la progresividad de los derechos sociales queda desprovisto de toda fuerza normativa y condenado a no permitir el tránsito decidido del ineficiente Estado social de derecho al auténtico Estado de dignidad social.”¹⁴⁷

Es de observar que el mismo Alexi, como lo señala Covarrubias, “con posterioridad a su *Teoría General*, ha alterado el alcance fuerte de la distinción, al afirmar que hay un sentido amplio de los derechos fundamentales donde son formulados como principios y, otro estricto, donde son observados “como regla”.¹⁴⁸

Por último, se ha criticado el lenguaje empleado por la técnica de la ponderación. Así, Barrero Bernardinelli apunta:

“con el tiempo los métodos de interpretación basados en la ponderación han adquirido un lenguaje cifrado, tanto en el test de igualdad norteamericano desarrollado mediante niveles de intensidad desde 1920, así como en el test de proporcionalidad europeo utilizado desde 1958 con la aplicación de subprincipios y la compleja mezcla resultante de la fusión entre estas dos metodologías que desde el 2001 se hizo en Colombia y que fue bautizado Test Integrado o Test de Razonabilidad, es poco más que un jeroglífico, propio de élites de conocimiento que convierten en fórmulas complejas el elemental concepto de la justicia. Esto se evidencia con mucha cla-

147 *Ibidem*

148 Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy. REVISITA IUS E PRAXIS, Año 24, Número 3, 2018. pp. 477-524

*riedad, por ejemplo, en la confusa operación del balanceo, refinada por una escala triádica: leve, moderada y seria, que en definitiva conduce a una falta de certeza empírica, normativa y aplicativa de todo orden”.*¹⁴⁹

IV. ¿Desplazamiento de un derecho fundamental por otro o lógica determinación de los límites de los derechos?

49. Una de las doctrinas que critica la técnica de la ponderación parte de considerar que, en aquellas situaciones en que un determinado caso puede ser objeto de soluciones contradictorias por encontrarse involucrados en dicho caso dos o más derechos fundamentales cada uno de los cuales apunta hacia una diversa solución, no existe un conflicto entre los derechos fundamentales aparentemente en pugna, sino un problema de determinación de los límites de cada uno de esos derechos. En este sentido Presno Linera afirma:

“Hemos venido hablando de conflicto «aparente» de derechos porque, en rigor, no hay tal enfrentamiento entre ellos, entre la libertad de expresión y el derecho al honor, entre la libertad ideológica y el derecho a la salud, sino que ese «conflicto», de existir, sería entre el derecho fundamental en cuestión —la libertad de expresión o la libertad ideológica, por ejemplo— y los límites, internos o externos, que quepa derivar del texto constitucional.”

Este autor entiende por límites internos “a los dispuestos explícitamente por la constitución (los «límites positivos») y a los que derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales con otras normas de igual rango constitucional («límites

¹⁴⁹ Juan Antonio BARRERO-BERARDINELLI, ob. Cit. en nota 146.

inmanentes» o «lógicos»); son «externos» los creados por el poder público habilitado a tal fin por la constitución”

“Son estos límites”, agrega, “los que nos ayudan a resolver las situaciones en las que, por seguir con el ejemplo ya comentado, tanto la persona que ha emitido una información o formulado una expresión como la que se ha sentido lesionada en sus derechos al honor, la intimidad o la propia imagen, pretenden contar con el amparo constitucional. En esta línea, el texto constitucional español ya prevé (artículo 20.4) que las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el mismo Título, en los preceptos de las leyes que las desarrollen y, «especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». No puede haber, en suma, un conflicto porque si una expresión está constitucionalmente protegida es porque no ha menoscabado el derecho al honor y si ha lesionado este derecho tal cosa ocurre porque la expresión no podía considerarse un ejercicio de la libertad iusfundamental.”¹⁵⁰

En esta orientación Palomeque afirma:

“con el juego de los límites el ordenamiento jurídico pretende dar herramientas al juez que tenga que pronunciarse para resolver la controversia derivada de la colisión entre derechos, la cual es natural, forma parte de la fisiología del funcionamiento o del ejercicio de los derechos constitucionales o fundamentales. Por tanto para resolver este asunto hay que acudir a un texto constitucional preciso y no a otra solución. Como dije anteriormente no se pueden formular soluciones generales sobre el tema, sino que hay que referirse a un ordenamiento concreto.”¹⁵¹

150 Miguel Ángel PRESNO LINERA Ob. Cit en la nota 93, pp. 582 y 583

151 Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, Conflictos y límites entre derechos fundamentales en Revista Derecho del Trabajo, Número 26, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2023.

Si se adopta este punto de vista, no corresponde ya al juez dictar una resolución ponderada y necesariamente subjetiva para determinar cuál derecho fundamental debe prevalecer en el caso concreto.

Presno Linera sostiene que la técnica de la ponderación “*no es constitucionalmente adecuada para resolver los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales; o al menos no lo es en el marco del sistema constitucional español que nace en 1978*”. Señala que lo que procede:

*“es averiguar si una conducta concreta y controvertida —una expresión, una publicación en un medio de comunicación, la negativa a cumplir una obligación impuesta por una disposición jurídica...— está, o no, amparada por la norma de derecho fundamental. Para esta técnica no es necesario jerarquizar los derechos según el caso concreto y conforme a un orden de valores o intereses preferentes en cada situación —la prevalencia de la que habla el Tribunal constitucional—, sino examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conducta solapadas no está privada de protección.”*¹⁵²

En el mismo sentido Ignacio de Otto dice:

“si se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como limitación para proteger otros bienes constitucionales muestran ser, en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la constitución en los que no se precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. No cabe decir entonces que el derecho o libertad deben ceder ante otros bienes constitucionalmente protegidos —por ejemplo, la libertad de conciencia frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos— porque aquél tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia

152 Ibídem

*constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho (...) Nada, por tanto, de jerarquía de bienes y valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico, en definitiva, interpretación unitaria y sistemática de la constitución.*¹⁵³

A mi juicio esta manera de enfocar el problema proporciona una solución más adecuada que la que puede lograrse con la técnica de la ponderación, ya que elimina el riesgo de gran subjetividad que ésta comporta. Determinar los límites de un derecho para precisar el alcance de su aplicación a un caso concreto forma parte de la tarea ordinaria que corresponde al poder judicial. Mientras que con la ponderación el juez ejerce un poder que excede las facultades ordinarias propias del poder judicial, pues debe determinar, según su valoración individual y, por tanto subjetiva, cuál derecho debe ceder frente a otro, con la técnica de la delimitación corresponde al juez, haciendo uso de sus facultades ordinarias de interpretar y aplicar la ley, determinar cuál de las conductas en conflicto sometidas a su consideración, está realmente amparada por el determinado derecho que se alega, por llevarse a cabo dentro de los límites de ese derecho y cuál conducta no lo está, porque en su desarrollo excedió los límites del derecho alegado. Ningún derecho, fundamental o no, es absoluto, sino que está limitado por la vigencia y el respeto debido a los otros derechos. Administrar justicia, empleando los mecanismos de interpretación y de integración de las normas jurídicas, y determinado sus límites precisos para poder constatar si una

153 Ignacio de Otto, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la constitución*», Obras completas, Universidad de Oviedo, CEPC, Oviedo, 2010, pág. 1498.

determinada conducta está ajustada o no a los mismos, es la competencia y la tarea cotidiana de los jueces. En ejercicio de esa competencia, los jueces podrán decidir aquellos casos en los cuales dos partes enfrenten sus posiciones alegando cada una que las mismas se encuentran amparadas por un derecho fundamental.

Aplicando el criterio que se acaba de exponer, en el ejemplo propuesto en el numeral 2, relativo al empleador dueño de una farmacia que toma medidas para evitar que sus empleados sustraigan artículos de la misma, el juez no tendría que ponderar los derechos del empleador a la propiedad y dirección de su empresa, los derechos de los familiares de los empleados a su salud y los derechos de estos últimos a su dignidad personal e intimidad, ni determinar cuál de esos derechos debe prevalecer frente a otros derechos en la solución del caso, sino que, aplicando la normas jurídicas vigentes al caso concreto sujeto a su decisión, es decir, cumpliendo con la función que la constitución le asigna, tendría que establecer si una determinada medida tomada por el empleador para proteger su derecho de propiedad y de dirección de su empresa, está o no dentro de la conducta que le permiten los límites de esos derechos. Un razonamiento judicial adecuado podría establecer que prohibir el acceso a la farmacia de los familiares de los empleados excede los límites del derecho del propietario, porque, no siendo absoluto su derecho de propiedad, no puede privar arbitrariamente a determinadas personas del acceso a su empresa que presta un servicio de interés público. Por el contrario, el hacer una revisión personal a los trabajadores al salir de la empresa es una conducta permitida, siempre que no comporte una falta a la dignidad personal del trabajador, pues el derecho de propiedad, como todos los derechos está sujeto a la limitación de no permitir el abuso en su ejercicio.

V. La contradicción de derechos fundamentales en el ámbito laboral.

50. En materia laboral, dado que buena parte de los derechos laborales son reconocidos como fundamentales y dada la contradicción de intereses propia de las relaciones de trabajo, es frecuente que se presenten conflictos entre derechos fundamentales. Cesar Arese apunta que, en general, en la vida real se plantean conflictos entre derechos, pero que la relación de trabajo es, especialmente, un escenario propicio para la tensión entre derechos fundamentales porque en la misma uno de los sujetos, el empleador, tiene poder para dirigir, no sólo la actividad, sino la propia libertad del otro sujeto, el trabajador¹⁵⁴. En este sentido, Baquerizo Minuche apunta:

*“Con bastante frecuencia se producen en el trabajo y su ámbito natural de desenvolvimiento (la empresa como unidad productiva), “agresiones”, “embates” y “colisiones” entre sí de derechos fundamentales. En especial porque como correlato al derecho fundamental lesionado, siempre existe otro derecho u otro principio de rango constitucional, que puede resultarle oponible y hasta contradecirle”.*¹⁵⁵

Jorge Rosenbaum presenta un interesante elenco de ejemplos de colisión de derechos fundamentales en el ámbito laboral:

“a) Imposiciones sobre el aspecto personal (o de presencia) del trabajador:

Uso de barba o bigote, piercings, cabellos teñidos con colores llamativos, obligaciones sobre uso de medias transparentes impuestas a la

154 Cesar Arese, en Seminario Sobre Derecho Constitucional del Trabajo, Universitas Fundación, Aula Virtual, <http://universitasfundacion.com/aulavirtual/>

155 Jorge BAQUERIZO MINUCHE, Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación, en Revista Jurídica de Derecho Público No. 1, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009 y <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>

mujer, exigencia de vestir polleras cortas, no uso de bermudas a los hombres, prohibición del uso de velo.

b) Controles ejercidos sobre el físico del trabajador:

Revisiones corporales al salir del lugar de trabajo, controles biométricos como la huella digital, los patrones faciales, las retinas, el iris o la geometría de la palma de la mano, empleando rayos inclusive.

c) Controles de movimiento y desplazamientos:

Geo localización para saber, en todo momento, dónde están los empleados (dentro y fuera de la empresa y aun en horas de descanso intermedio), sea por los vehículos que manejan u ocupan, o por la propia persona que porta un celular.

d) Controles sobre el uso de otros elementos técnicos:

Aplicaciones móviles para smartphones, tablets y lap tops, que permiten llevar un control de su uso por el trabajador dentro y fuera de la empresa desde una plataforma de ésta, time trackers con programas informáticos que miden cuando arranca y apaga el ordenador, proxys de bloqueo, en especial "blacklist", donde el listado recoge las direcciones web no permitidas, respaldo de las comunicaciones por mail o ingresos a internet, filmación y hasta grabación de audio de los trabajadores en el desempeño de las tareas o en cualquier momento en áreas físicas de la empresa.

e) También coexisten situaciones que se plantean antes de la contratación del empleado:

Sometimiento a tests psico-técnicos que indagan aspectos de la intimidad personal durante el proceso de selección, prohibición de ejercer determinada profesión o actividad después del cese del contrato de trabajo (cláusulas de no competencia).

Parece claro que muchos de los sistemas o casos planteados pueden percibirse de manera invasiva y agresiva por parte de los trabajadores, por verse (potencialmente) afectados en su dignidad y honra personal, privacidad, integridad física, seguridad, inviolabilidad de correspondencia, igualdad y derecho a no ser discriminado, conciencia, libertad de trabajo y su libre elección, imagen, etc.

Pero también es en otro plano, el de las relaciones colectivas de trabajo, que se configuran fuertes choques de intereses, debido precisamente a la convivencia de derechos fundamentales que en forma inevitable dañan o conculcan aquellos derechos opuestos. El ejercicio por los trabajadores y sus sindicatos de la huelga, ocupaciones de los lugares de trabajo, piquetes pacíficos, por un lado, y el derecho de ejercicio de la libertad de empresa y hasta de propiedad del empleador, por el otro. Y en muchas ocasiones, hasta derechos fundamentales entre iguales, como la ocupación y el derecho a trabajar de quienes no acompañan las medidas de presión; o el cierre patronal de la empresa principal y los derechos de industria o comercio de otras empresas (proveedoras, transportistas, depositantes, etc.).”¹⁵⁶

Como puede verse, es muy probable que en materia laboral se presenten situaciones en que empleador y trabajador sostengan posiciones contradictorias, fundamentando cada cual su respectiva posición en estar amparado por un derecho fundamental. Veamos un ejemplo concreto una situación que ha ocurrido y que ha sido objeto de controversias. Se refiere a la instalación por parte del empleador de cámaras de vigilancia en el local de la empresa. El empleador, que necesita tener una información fehaciente y actualizada de lo que ocurre en el local de la empresa, alega que la medida de instalar cámaras se fundamenta en el ejercicio de su derecho de propiedad y de dirección. El sindicato se opone a esta medida y fundamenta su oposición en el derecho de los trabajadores a su dignidad personal e intimidad. Como puede verse, hay dos posiciones contradictorias de las partes y cada una de ellas sustenta su respectiva posición en un derecho fundamental que le ampara y que consideraría violado si prevalece la posición de la parte contraria. A mi juicio el operador

156 Jorge ROSENBAUM RIMOLO, ob. cit. en la nota 110.

jurídico a quien corresponda la decisión de la controversia, debe analizar los derechos que cada una de las partes alega, establecer sus respectivos límites y determinar hasta qué punto la posición alegada por las partes se encuentra ajustada a los límites de esos derechos o los sobrepasa.

En el ejemplo propuesto, una decisión razonable debería determinar que el empleador tiene efectivamente el derecho de vigilar y controlar lo que pasa en el ámbito físico de empresa, pero que ese derecho no es absoluto, sino que encuentra limitado por el derecho de los trabajadores a su dignidad personal y a su intimidad. En consecuencia, debería decidirse que es lícito instalar cámaras de vigilancia siempre y cuando no se esté atentando contra esos derechos a los trabajadores. En este orden de ideas sería lógico decidir que es lícito instalar cámaras en los estacionamientos, áreas de acceso y de salida, entrada de la empresa, lugares de trabajo, la caja y áreas de venta, si fuere el caso. El hecho de que se instalen medios tecnológicos de vigilancia en esos sitios no comporta una violación de la intimidad del trabajador ni un atentado contra su dignidad personal. Por el contrario, si se instalasen cámaras de vigilancia en los vestuarios y en los sanitarios, si se estaría atentando contra esos derechos fundamentales del trabajador. A mi juicio, para solucionar la controversia el operador jurídico no requiere dar prevalencia a un derecho frente a otro, ni establecer juicios subjetivos de valor sobre la importancia que en el caso concreto tienen los derechos en controversia. Simplemente debe examinar si la conducta del empleador, objetada por el sindicato, es decir, en el ejemplo concreto, la instalación de cámaras de vigilancia se encuadra dentro de los límites del derecho del empleador a la propiedad y dirección de la empresa. En este sentido Rosenbaum señala que *“Lo que debe indagarse en realidad no es la existencia o no de la licitud de ejercitar uno u otro derecho, sino el punto en el*

cual el empleo de un derecho lesiona irremediabilmente la esfera de protección del otro derecho."¹⁵⁷

En el razonamiento que vengo haciendo, la instalación de tales cámaras en los que podríamos llamar "sitios abiertos" de la empresa" es una conducta comprendida dentro de los límites de los derechos del empleador y, es por tanto, legítima. Por el contrario, la instalación de cámaras en vestuarios y sanitarios, excede las fronteras de los referidos derechos del empleador, los cuales se encuentran, en este caso, limitados por el derecho de los trabajadores a su dignidad personal e intimidad.

Una consideración importante que agregar es que cuando el caso se presenta en materia laboral, para decidir el operador jurídico debe tomar en cuenta los particularismos del Derecho del Trabajo y muy especialmente los principios que inspiran la disciplina. En este orden de ideas Rosenbaum dice:

"consideramos que resulta indispensable tener en cuenta que existen particularismos propios del Derecho del Trabajo que operan sobre la aplicación de estos criterios de ponderación. Hemos venido afirmándolo básicamente por dos fundamentos. El primero es que en la disciplina (que es conceptualizada muy genéricamente como un conjunto de normas y principios que regulan el trabajo subordinado), este último es un valor trascendente que debe ser protegido por la ley, según mandato de amplia recepción en la mayoría de las Constituciones." (...) "El segundo deriva de reconocer que el Derecho del Trabajo posee otros principios propios y particulares, incluso distinguibles de los principios generales del Derecho". Ha sido nuestra opinión que los mismos, siempre que resulten procedentes, deben ingresar en el test de ponderación (p. ej., eso ocurriría respecto de la continuidad de la relación de trabajo en desmedro de su extinción, la irrenunciabilidad o indisponibilidad de condiciones más beneficiosas con las que ya cuenta el trabajador, la desigualdad de trato que puede implicar una medida o conducta empresarial

157 Jorge ROSENBAUM RIMOLO, Ob. Cit. En la nota 110.

*objetivamente discriminatoria, la progresividad de los derechos de los trabajadores, salvo que exista una grave crisis comprobada y con las limitaciones que imponen las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, etc.).*¹⁵⁸

En fin, en mi criterio, cuando al operador jurídico, juez o funcionario de la administración del trabajo, le corresponda decidir un caso en cual ambas partes tienen pretensiones contradictorias, sustentadas por cada una de ellas en un derecho fundamental que les ampara, el operador debe examinar tales derechos, determinar sus límites y decidir cuál de las conductas en contradicción se encuentra dentro de los límites propios del derecho alegado y cuál los excede. En esta tarea el operador tendrá que tomar en cuenta los principios que inspiran la disciplina laboral, muy especialmente el principio protector y el “in dubio pro operario”.

VI. Alguna jurisprudencia.

VI.I. Sentencias nacionales.

A. La sentencia ícono en materia de derechos fundamentales y que echó las bases de la técnica de la ponderación, aunque no necesariamente en los términos propuestos por Alexi, es la pronunciada en 1958 por el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana para decidir el caso Lüth. En 1951 el director de cine Veit Harlan demandó al presidente de la Asociación de Prensa de Hamburgo, Erich Lüth, por haber promovido el boicot de una de sus películas, alegando que la misma tenía un carácter antisemita, lo cual se correspondía con la trayectoria de Veit Harlan que en época de Hitler había dirigido películas que

158 Ibídem.

promovieron el odio contra los judíos. El tribunal de primera instancia, basándose en disposiciones del Código Civil, considerando que el boicot promovido por Lüth era un acto ilícito contrario a las buenas costumbres, lo condenó a abstenerse del boicot y al pago de los perjuicios causados al cineasta. Lüth interpuso un recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán que declaró con lugar el amparo intentado por Lüth y dejó sin efecto la decisión adoptada en la justicia ordinaria. El Tribunal Constitucional fundamentó su decisión en la dimensión de los derechos fundamentales y en el efecto de irradiación que los mismos tienen sobre el sistema jurídico nacional. En la sentencia se dice:

“Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. Este sentido tiene también los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, la cual –al anteponer el capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución– quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado. Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos –el recurso de amparo– exclusivamente en contra de actos del poder público”. Para continuar: “La Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores, ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben

de él directrices e impulso. Así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al poder legislativo, a la administración y a la judicatura. Este influye, por supuesto, también al Derecho Civil: ninguna disposición del Derecho Civil puede estar en contradicción con él; todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el Derecho Privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del Derecho.”

El Tribunal Constitucional se refirió a la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

“El Tribunal Estatal fundamentó su sentencia considerando que las expresiones emitidas por el recurrente constituyen un “acto ilícito” en contra de la demandante, en el sentido del § 826 BGB;2 por tanto, reconoció a la actora, con base en la disposición del Código Civil, un derecho a exigir que el demandado se abstenga de expresar su opinión. De este modo, la pretensión de la demandante, en el campo del derecho civil, aceptada por el Tribunal Estatal, condujo a través de la sentencia del tribunal a una sentencia del poder público restrictiva de la libertad de opinión del recurrente. Ésta puede violar el derecho fundamental del recurrente, consagrado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, sólo cuando el contenido de las disposiciones civiles aplicadas se encuentra influenciado por los derechos fundamentales, de modo tal que no requieren ser invocados en la sentencia.” Para concluir: “El Tribunal Constitucional Federal, con base en esas consideraciones, está convencido de que el Tribunal Estatal ha desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuye al derecho a la libertad de expresión, también allí donde ésta entra en conflicto con los intereses privados de terceros. La sentencia del Tribunal Estatal omite los criterios basados en los derechos fundamentales, y viola así el derecho fundamental del recurrente contemplado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Por consiguiente, se revoca.”²¹⁵⁹

158. Lüth sentencia. <https://www.palermo.edu.luth>

B. A partir de la sentencia Lüth, el Tribunal Constitucional alemán desarrolló una abundante jurisprudencia en la materia, empleado frecuentemente la técnica de la ponderación, aun cuando, como se dijo anteriormente, no parte siempre de la concepción alexiana de que los derechos fundamentales son normas de principio optimizables y no reglas de estricto cumplimiento. Un caso en el cual se aplica el test de ponderación y los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad es el que resuelve la solicitud de inconstitucionalidad de la Ley de Monitoreo de Telecomunicaciones que amplió las potestades del servicio de inteligencia para interceptar las telecomunicaciones, aún las de origen internacional. Se solicitó la inconstitucionalidad de la ley alegando que atentaba contra la inviolabilidad de las comunicaciones, la libertad de opinión y el derecho a la tutela judicial. El TC afirmó que la ley era constitucional, pues los peligros que trata de precaver “*poseen un interés público de alta jerarquía, cuyo desconocimiento generaría serios perjuicios a la paz exterior e interior y a los intereses protegidos de los individuos (...)*”. El tribunal consideró que las medidas acordadas por la ley eran idóneas, necesarias y proporcionales en estricto sentido, “*pues la pérdida de la libertad no es desproporcionada a los objetivos de interés público buscados por la restricción del derecho fundamental*”. El Tribunal estableció que “*el individuo se integra en una comunidad y depende de ella, debe tolerar restricciones a sus derechos si ellas están justificadas por un interés público prevaleciente*”. Agregó que “*la norma no afecta la esencia del derecho a la privacidad de las comunicaciones, pues no autoriza ningún monitoreo amplio y generalizado, sino sujeto a requisitos específicos y predeterminados.*”¹⁶⁰

160 Donald KOMMERS, and Russell A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham, Duke University Press). 2012 p 414.

Un caso interesante es el que se refiere a una ley que autorizaba abortar dentro de las primeras semanas del embarazo, la cual fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, que dijo que siendo “imposible encontrar un equilibrio que proteja la vida del nasciturus y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada la libertad de interrumpir el embarazo, ya que la interrupción del embarazo constituye siempre la destrucción de la vida del no nacido”, debía concluirse “*la decisión debe conceder preferencia a la protección del derecho a la vida del embrión, frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada.*”¹⁶¹

En otra sentencia, comentada por Covarrubias, se declaró la inconstitucionalidad de un reglamento que ordenaba poner un crucifijo en cada sala de clases de colegios públicos de Baviera. El requirente (musulmán) sostuvo que el crucifijo constituía un factor perturbador para aquellos que no profesan la fe cristiana. El TC asume que en la especie ocurre una contraposición entre la libertad religiosa negativa del requirente, la libertad religiosa positiva de gran parte de la sociedad y el deber del Estado de establecer los objetivos educacionales y los planes de estudio. Afirma que al darse un “*conflicto entre diferentes portadores de un derecho fundamental, garantizado sin reserva, así como entre ese derecho y otros bienes protegidos constitucionalmente, se soluciona de conformidad con el principio de concordancia práctica, que exige que no se dé preferencia a una de las posiciones legales en conflicto (maximizándola a costa de las otras), sino que se procure lograr un equilibrio que proteja lo más posible todas las posiciones*”.

161 Jürgen SCHWABE, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009).

El fallo acude a la ponderación al sostener que el despliegue del crucifijo afectó sólo marginalmente la faz positiva de la libertad religiosa, mientras al mismo tiempo interfería en el núcleo de la libertad religiosa negativa de los no cristianos, en el entendido que el crucifijo simbolizaba el núcleo del Cristianismo. Con todo, la ponderación no se resuelve al modo principialista: la afectación del derecho de los requirentes pesa más que la afectación del derecho de los cristianos porque aquella sea leve en comparación con la que es grave, sino que ésta es grave porque, a juicio del TC, se lesiona un aspecto medular de la libertad religiosa de los no cristianos. La ponderación se detiene por la delimitación, esto es, por entender que un aspecto nuclear de un derecho está en juego.¹⁶²

C. El Tribunal Constitucional Español ha empleado en diversas ocasiones la técnica de la ponderación. Presno Linera, quien crítica el uso de esta técnica al punto de afirmar que cuando el Tribunal Constitucional “habla de ponderación no sabe de qué habla”¹⁶³, registra 35 decisiones en que el Tribunal Constitucional emplea la ponderación.

En una de esas sentencias (sentencia 320 del 28 de Noviembre de 1994): el Tribunal Constitucional explica en que consiste la ponderación:

“Queda así, como en otros tantos casos parecidos sometidos a este Tribunal, planteado otra vez el problema de la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales. La solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o

162 Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS Ob. Cit en nota 148.

163 Presno Linera, Ob. Cit en la nota 93

libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la constitución señala, explícita o implícitamente. Esta ponderación o balance de derechos es la que, por supuesto, ha de hacer el Juez penal y decidir si el ejercicio del derecho a la libertad de información está de tal modo legitimamente ejercido que alcance a provocar la desaparición (penalmente como causa de justificación; acto jurídicamente irreprochable) de la punibilidad o eventual reprochabilidad de esa misma conducta, es decir, la inexistencia jurídica de un atentado al honor personal, que la Ley penal castiga y que el propio art. 20.4 c.e. pone como límite, en su caso, del ejercicio de aquel derecho fundamental, manteniendo su visión arraigada al mayor beneficio que genere para las partes en disputa, pues, se trata del conflicto ocasional de dos derechos fundamentales.”

En sentencia del Tribunal Constitucional Número 65/2015, de fecha 13 de abril de 2015 se dice:

“De nuevo llega hasta este Tribunal una controversia jurídico-constitucional en la que aparecen comprometidos, de una parte, el derecho fundamental al honor y, de la otra, las libertades –también con la condición de derechos fundamentales– de expresión o de información; derechos, unos y otros, colindantes en su definición constitucional [Art. 18.1 y apartados 1 a) y d) y 4 del art. 20 ce] y a menudo en conflicto, por ello, en la experiencia jurídica concreta.

Corresponde ante todo a la jurisdicción ordinaria asegurar, en los procesos de los que conozca, un ponderado equilibrio entre las posiciones subjetivas que busquen ampararse, respectivamente, en aquel derecho al honor y en los que preservan, en tensión con él, una comunicación pública libre, por más que tal ponderación o ajuste pueda ser, como aquí ha ocurrido, sometido al ulterior enjuiciamiento del Tribunal constitucional, pues la convivencia armónica entre unos derechos y otros no queda preservada, según con reiteración hemos dicho, mediante la sola argumentación en la resolución judicial sobre cuál sea respectivo valor, ad casum, de unas pretensiones y otras.”

Para después continuar:

“el juez que conozca de pretensiones enfrentadas y basadas, respectivamente, en la defensa del honor y en la afirmación, frente a ella, de la propia y legítima libertad de expresión debe sopesar una y otra situación jurídica en atención a las circunstancias del caso; al contenido y contexto de las manifestaciones proferidas o puestas por escrito; a su intensidad afflictiva, mayor o menor, sobre el honor ajeno; al posible interés público del objeto sobre el que se hicieron aquellas manifestaciones; a la condición pública (como personaje de notoriedad social o como autoridad pública) o privada de quien haya visto afectado su derecho ex art. 18.1 ce; al carácter genérico o, por el contrario, individualizado de las referencias que, en uso de la libertad ex art. 20.1 a), puedan causar daño en el bien tutelado por aquel derecho; a la distinción, capital, entre criticar un acto o comportamiento, en sí mismo, o hacerlo solo a resultas de la censura ad personam de quien lo llevó a cabo y, en fin, a cualesquiera otros elementos significativos que permitan la mejor identificación y reconocimiento del respectivo valor que tuvieron, en el caso, los derechos así en liza.”¹⁶⁴

D. Especialmente interesante ha sido el tratamiento del tema por parte de la jurisprudencia colombiana.

En sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil diecisiete (2017) que decide la demanda intentada por una ciudadana que reclama el pago de una pensión de incapacidad contra una decisión que la niega basándose en que no tiene el número de cotizaciones previas requeridas por la ley, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional fundamenta su decisión en la técnica de la ponderación, empleando los juicios de necesidad, idoneidad y ponderación, tal como lo plantea Alexi. La sentencia hace una exposición teórica de la ponderación. Dice así:

“5.3. de salud, fuentes alternativas de ingresos, personas a cargo, la condición de indefensión que le produce la enfermedad que lo afecta,

164 <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/24418>

entre otros); (ii) las semanas efectivamente cotizadas al sistema en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez y durante su historia laboral. De la jurisprudencia reseñada, concluye la Sala que cuando un afiliado al sistema de seguridad social solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez, pese a no cumplir con la densidad de semanas exigidas por la normatividad vigente, pero se encuentra próximo a cumplirlos, es necesario que el juez constitucional evalúe, con el fin de acceder o no al reconocimiento pensional, los siguientes: (i) la situación de desprotección del afiliado (estado; y por último, (iii) identificar los principios en conflicto y determinar, por medio de la ponderación, si la afectación de un principio constitucional se justifica porque favorece en mayor medida otros principios.

5.4. En relación con el último de los presupuestos que debe ser analizado por el juez constitucional, esto es el juicio de ponderación, el mismo se efectúa cuando la norma cuya aplicación se cuestiona puede ser inaplicada en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, al resultar desproporcionada para el caso concreto. Siguiendo las conclusiones de la Sentencia C-258 de 2013, reiterada en la Sentencia T-235 de 2015, el juicio de ponderación implica el análisis de las siguientes etapas, a saber:

a. *Finalidad de la medida y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla:* para superar este análisis, la medida adoptada, que implica una restricción de derechos, debe (i) ser legítima desde una perspectiva constitucional y (ii) ser adecuada para conseguir la meta propuesta, es decir, los medios deben ser aquellos que permitan alcanzar efectivamente el fin perseguido.

b. *La necesidad de la limitación:* consiste en un análisis que permita establecer si la finalidad perseguida con la medida restrictiva de derechos puede alcanzarse mediante mecanismos menos lesivos para los derechos y principios interferidos.

c. *La proporcionalidad.* Esta etapa se basa en la realización de un estudio de los costos y beneficios de la medida sometida a control constitucional. Así, una medida es ajustada a la Constitución siempre y cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr en una relación de costo – beneficio”

5.5. En el caso objeto de estudio, los principios que se encuentran en colisión son: de un lado (i) la protección a las personas en situación de discapacidad, la solidaridad, la igualdad y los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital; frente a (ii) los principios de eficiencia económica del sistema, el principio democrático que da un lugar preponderante al Legislador en la configuración del derecho a la pensión, y el principio de igualdad formal, que se ve restringido siempre que el juez crea una excepción para un caso concreto. Para su decisión la Sala concluye aplicando al caso concreto los tres juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad: “Sin embargo, si se considera la situación particular de la accionante, es palmaria la colisión de principios que torna necesario realizar un juicio de proporcionalidad en el que se estudie el enfrentamiento entre: (i) una disposición creada por el legislador, en la que se estableció el requisito de densidad pensional para acceder a la pensión de invalidez; por medio de la cual se protegen los principios de eficiencia económica del sistema, principio democrático que da un lugar preponderante a la libertad de configuración del legislador y el principio de igualdad formal y de otro lado, (ii) los principios a la protección especial a las personas en situación de discapacidad, la solidaridad, la equidad y los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital. Para resolver el enfrentamiento entre estos principios, la Sala realizará a continuación un juicio de ponderación analizando cada una de las etapas del mismo:

a. Finalidad de la medida y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla.

La medida estudiada hace referencia al requisito de semanas exigido para tener derecho a la pensión de invalidez, establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Cuestión que, en el caso concreto se materializa en la negativa de Colpensiones para reconocer la pensión de invalidez a la señora Rodríguez, quien tiene una pérdida de la capacidad laboral de 52.96%, pero cotizó al sistema 47,14 y no las 50 semanas exigidas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

En consonancia con lo expuesto, es claro que el fin de la norma es legítimo desde la perspectiva constitucional, pues implica la protec-

ción del primer bloque de principios en colisión, al garantizar el equilibrio financiero del sistema, la libertad del legislador en la configuración del derecho pensional y el principio de igualdad formal. De esta manera se trata de un precepto que vela por la protección de principios que persiguen un fin avalado por la Constitución.

Adicionalmente, los requisitos exigidos para acceder a la pensión de invalidez se constituyen en el medio idóneo para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema y la igualdad ante la Ley.

b. La necesidad de la limitación.

Ciertamente, la decisión legislativa de aumentar el número de semanas para acceder a la pensión de invalidez representa una forma de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema al imponer un rango de acceso al reconocimiento de la prestación pensional de aquellos afiliados al sistema que no lograron efectuar las cotizaciones exigidas. Esta, resulta ser una medida de carácter económico, con la cual se busca que solo las personas que aportan un capital determinado puedan acceder al beneficio económico de la pensión de invalidez.

c. La proporcionalidad de la medida.

Sin embargo, la medida es desproporcionada, pues genera una interferencia intensa en los derechos de la accionante. A esta conclusión se llega al evidenciar que con la negativa de la pensión de invalidez, la señora Rodríguez queda sin una fuente de ingresos económicos que le permita garantizar su mínimo vital, pues solo tendría derecho a la indemnización sustitutiva, para satisfacer sus necesidades vitales y sin que pueda continuar trabajando.

Lo anterior se fundamenta en lo siguiente: (i) la accionante cotizó 47,14 semanas al sistema, cifra que se acerca a las 50 semanas de cotización exigidas por la Ley 100 de 1993; (ii) su pérdida de capacidad laboral es del 52.96%; (iii) ha cotizado al sistema un total de 233 semanas; finalmente (iv) se desconoció la especial protección constitucional de la accionante por encontrarse en situación de discapacidad (art. 13 CP).

En este orden de ideas, al realizar un estudio de costo-beneficio, se advierte que el costo que genera privilegiar los principios de eficien-

cia económica del sistema, el mandato democrático y de igualdad formal, no se compadece con el alto grado de afectación de los principios a la protección a las personas en situación de discapacidad, la solidaridad, la equidad y los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Rodríguez.

5.6. En el caso objeto de estudio el sacrificio para los derechos de la accionante es mayor que el beneficio que se alcanza al imponerle el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Por esto, tal condición debe ser inaplicada para el caso concreto.

5.7. Con base en lo expuesto, la Sala de Revisión considera que se vulneran los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la protección especial de las personas en situación de discapacidad de la señora Luz Dary Rodríguez, al aplicar de forma mecánica el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, normatividad vigente al momento en que la accionante perdió más del cincuenta por ciento (50%) de su capacidad laboral, sin valorar las condiciones particulares de la accionante.¹⁶⁵

Pero aun cuando en la jurisprudencia colombiana es usual la referencia a la ponderación, no siempre se hace uso de la misma en los términos alexianos empleados en la sentencia que se acaba de referir. Así, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en sentencia de fecha 23 de Enero de 2017 conoció acción de tutela un trabajador que demandó a Ecopetrol S.A. por la vulneración de sus derechos fundamentales a la honra, al buen nombre y al trabajo, como consecuencia de haber publicado, en su sitio web oficial, información relacionada con los hechos que motivaron su despido de esa empresa y que, en su sentir, lo relaciona con grupos armados al margen de la ley y actos de corrupción, sin que ello sea cierto. La sentencia habla de la existencia de un conflicto entre

165 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-503-17.htm>

derechos fundamentales y dice que el tema debe ser resuelto en un ejercicio de ponderación, sin embargo, al menos en mi criterio, no resuelve el caso mediante la técnica de ponderación, sino que más bien sustenta su decisión en los límites del derecho a la honra y el buen nombre. Así, señala:

“4.5. Ahora bien, es menester resaltar que, según lo ha advertido esta Corporación, difícilmente pueden considerarse lesionados los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre cuando es la persona directamente quien le ha impuesto el desvalor a sus conductas y ha perjudicado su propia imagen ante la colectividad. Puntualmente, ha precisado que “no se viola el derecho al buen nombre y a la honra, si es la misma persona la que con sus acciones lo está pisoteando y por consiguiente perdiendo el prestigio que hubiera conservado si hubiera advertido un severo cumplimiento de sus deberes respecto del prójimo y respecto de sí mismo”¹⁶⁶

El uso de técnicas de ponderación de los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad por parte de los tribunales superiores colombianos ha sido objeto de crítica, no sólo por la doctrina, sino también por parte de los propios jueces. Así, con ocasión de una aclaración de Voto a la sentencia C-100 de 2004 el magistrado Jaime Araujo Rentería, hace una serie de interesantes cuestionamientos. Dice así:

“...esta técnica que, como toda técnica, es útil, no se puede recibir sin espíritu crítico, ya que encubre una serie de problemas que no podemos dejar pasar por alto y sobre los cuales queremos llamar la atención:

¿Quién determina el fin perseguido?

¿Quién determina que ese fin es más importante que otros fines? Aceptando que el Estado tiene diversos fines ¿por qué se privilegia un

166 Sentencia T-022-17 Corte Constitucional de Colombia https://vlex.com.co/vi-d/676118633#section_5.

fin frente a los otros? ¿Qué sucede cuando un fin entra en conflicto con otro fin? Idénticas preguntas debemos hacernos ante el concepto de bien común, que es el fin que justifica la restricción de un derecho fundamental. ¿Qué es el bien común? etc.

Similares cuestionamientos surgen ante el concepto de razonabilidad:

¿Qué es la razonabilidad?;

¿Quién determina lo razonable?;

¿Cómo se resuelve el conflicto entre razones encontradas?

¿Qué es lo irrazonable?;

¿Es lo razonable un concepto objetivo o un concepto subjetivo?;

¿Es lo razonable un concepto válido en todo tiempo y lugar o es un concepto histórico con unas limitaciones temporales y espaciales? Unos pocos ejemplos nos demuestran cómo lo razonable es un concepto histórico. Aristóteles, descubridor de la lógica, que no es más que las reglas del razonar correctamente, y que no puede ser acusado de irracional o de ser persona que no supiera razonar, consideraba razonable que unos hombres fuesen esclavos de otros hombres y que las mujeres fueran inferiores a los hombres¹⁶⁷

De particular interés resulta la propuesta de integración del test de igualdad realizado por los tribunales de Estados Unidos con la técnica de ponderación europea, formulando lo que se ha llamado “un test integrado”. En la sentencia C-673 de 2001, la Corte Constitucional Colombiana explica así la fusión de los dos métodos:

“6- La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los tests de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte prohija, a señalar la conveniencia de adoptar un “juicio integrado” de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así, este juicio o test

167 Sentencia C.100. www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-100-04.htm

integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses. Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto.

Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional [...]

7.-La posibilidad de combinar ambas metodologías no solo es conceptualmente fecunda sino que tiene claros precedentes en la jurisprudencia de esta Corporación, y no solo en el campo de la igualdad sino también en otros ámbitos relacionados con la posible afectación de otros derechos fundamentales.”¹⁶⁸

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha sido criticada por Barrero Bernardinelli, quien dice:

“Es verdad que esto arroja luces, pero cuidado con el resplandor que podría cegarnos, pues con el tiempo los métodos de interpretación basados en la ponderación han adquirido un lenguaje cifrado, tanto en

168 Sentencia 673/01 www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-673-01.htm

el test de igualdad norteamericano desarrollado mediante niveles de intensidad desde 1920, así como en el test de proporcionalidad europeo utilizado desde 1958 con la aplicación de subprincipios y la compleja mezcla resultante de la fusión entre estas dos metodologías que desde el 2001 se hizo en Colombia y que fue bautizado test Integrado 23 o test de Razonabilidad, es poco más que un jeroglífico, propio de élites de conocimiento que convierten en fórmulas complejas el elemental concepto de la justicia. Esto se evidencia con mucha claridad, por ejemplo, en la confusa operación del balanceo, refinada por una escala triádica: leve, moderada y seria, que en definitiva conduce a una falta de certeza empírica, normativa, y aplicativa de todo orden.”

Este autor considera:

“un error frecuente en que ha incurrido la Corte Constitucional Colombiana en relación con la distinción entre principios y reglas que ha aplicado la misma técnica para el control de constitucionalidad abstracto como para el concreto, sin distinguir que se trata de controles con distinta finalidad.”¹⁶⁹

E. La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, en sentencia de fecha 18 de junio de 2014 en la cual declaró la nulidad de un despido de un trabajador enfermo de sida, resolvió el caso con fundamento en la determinación de los límites del derecho del empleador a la dirección de la empresa y el derecho del trabajador a la no discriminación. Dijo Así:

“Considerando, que el derecho del trabajo desde su nacimiento, contrario a lo sostenido por la empresa recurrente, ha establecido limitaciones a la autonomía de la voluntad, en el establecimiento de salarios mínimos, en las restricciones para la contratación de los trabajadores y en el caso de la especie en la terminación de los contratos de trabajo, sea por un estado natural, como es la maternidad, sea por padecer una enfermedad sensible como es vivir con el VIH,

169 Juan Antonio BARRERO-BERARDINELLI, ob. cit. en la nota 146.

en ambos casos la legislación protege a los trabajadores para los casos de despido y desahucio;

Considerando, que ciertamente el derecho de la empresa a tomar decisiones propias al ejercicio de su poder conlleva limitaciones, es decir, no es absoluto sino que tiene límites, puesto que si bien la legislación y la Constitución reconocen la libertad de empresa, como un derecho fundamental y el empleador, en cuanto empresario es titular de una serie de derechos que se explican en función de su condición de empresario, éste tiene una serie de limitaciones sobre todo cuando es necesario ponderar, como es el caso de que se trata, el derecho a la vida y a un trabajo digno, en situaciones especiales donde el ciudadano trabajador y el trabajador ciudadano necesitan la protección necesaria y eficaz de los derechos derivados de su empleo, por ende requiere de estabilidad laboral y continuidad de sus labores, en consecuencia, como en la especie se declaró ante el tribunal de fondo apegado a las normas y principios de la materia, la nulidad del desahucio ejercido en contra del recurrido;...”

“...Considerando, que cuando la legislación laboral vigente y la Constitución establecen medidas protectoras para asegurar la estabilidad en el empleo y al declarar la nulidad del desahucio de un trabajador que vive en condición de VIH, no puede considerarse como un atentado a la libertad empresarial sino como la consecuencia de la aplicación de los derechos fundamentales del trabajador y la prevalencia del principio protector del derecho del trabajo;...”

*“...Por tales motivos, **Primero:** Rechaza el recurso de casación interpuesto por la Empresa Distribuidora de Electricidad de Este, S. A., (Ideaste), contra la sentencia dictada por la Corte de Trabajo del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís, el 13 de agosto del 2013, cuyo dispositivo se ha copiado en parte anterior del presente fallo; **Segundo:** Condena a la parte recurrente al pago de las costas del procedimiento”¹⁷⁰*

170 Manuel Ramón HERRERA CARBUCCIA, Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral de la Suprema Corte de Justicia, Impresora Soto, Santo Domingo, 2015, p. 261

F. En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció mediante sentencia del 15/07/2010, expediente N° 09-1003, caso Asociación Civil Espacio Público Vs. la Contraloría General de la República, en cuyo asunto hizo uso de la ponderación para resolver la confrontación planteada entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos, lo cual hizo en los siguientes términos:

“En el caso sub índice se discute si la remuneración del Contralor General de la República así como de los demás funcionarios de ese órgano contralor es una información de irrestricto acceso público; o si, por el contrario, forma parte del derecho a la intimidad de los funcionarios, y como tal, no existe la obligación de suministrarla. La vigencia simultánea de tales derechos obliga a esta Sala a realizar un juicio de ponderación y analizar el alcance del derecho a la intimidad de los funcionarios públicos como un derecho fundamental que pudiera calificarse de inespecífico porque se refiere al ejercicio de los derechos fundamentales con ocasión del desempeño de la función pública.

(...)

*No obstante ello, la doctrina constitucional contemporánea reconoce sin restricciones la vigencia de los derechos fundamentales y distingue los diversos ámbitos en los cuales el ciudadano y ciudadana puede hacer uso de ellos, reconociéndose **derechos fundamentales inespecíficos** según se trate del ejercicio de los mismos en los ámbitos del trabajador asalariado o del funcionariado público. Es decir, la condición de funcionario público y aun la de trabajador asalariado no invalida en el ámbito de trabajo el ejercicio de **derechos fundamentales inespecíficos** como son: el derecho a la vida privada, a la intimidad, a la libertad de expresión, a la libertad de religión, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros; sólo que en estos casos debe pasarse por el test de constitucionalidad, ponderándose con criterios de proporcionalidad, adecuación, pertinencia y necesidad.*

(...)

Dicho esto, en el caso de autos se observa que para los accionantes la información solicitada es "... realmente información pública, ya que tiene repercusiones en la sociedad, por tratarse la información pública de la base de una sociedad democrática, y en el caso planteado, implica una correcta participación ciudadana en la transparencia de la gestión pública, en el control social del ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado".

Del análisis de este alegato, que es, en definitiva, el argumento central del amparo, se concluye que los accionantes dan por descontado que por tratarse del salario de un funcionario público de ello se deriva el interés público, y por tanto, es por sí sólo un título validante en la invasión del derecho constitucional a la intimidad del funcionario. Al respecto, cabe señalar que aun cuando efectivamente se invocó un interés que se interrelaciona con la necesidad de proteger otro bien jurídico constitucional, este es, la participación ciudadana en la gestión pública; sometida la pretensión de amparo al test de constitucionalidad, constata la Sala que la parte accionante no acredita cómo la información solicitada sería de utilidad para la participación ciudadana en pro de la transparencia de la gestión pública.

En otras palabras, no parece proporcional la magnitud de la información solicitada en pro de la transparencia de la gestión fiscal, ni siquiera las acciones concretas para las cuales se utilizaría la información solicitada. Razón por la cual, en criterio de la Sala, no existe un título legítimo para tolerar la invasión en el derecho constitucional a la intimidad del Contralor General de la República y el resto de los funcionarios adscrito al órgano contralor."¹⁷¹

171 Iván MIRABAL RENDÓN, Nota sobre los derechos fundamentales laborales y la teoría de la ponderación, Revista Derecho del Trabajo, Fundación Universitas, Barquisimeto, N° 17, 2014, pp. 29 y ss.

VI.II. Sentencias internacionales.

A. La justicia de la Unión Europea ha decidido varios casos en los cuales se presentó una controversia porque cada parte tenía una pretensión contradictoria con la de la otra parte, alegando cada parte que su pretensión estaba amparada por un derecho fundamental. Así, en el caso de la Sra. Eweida, empleada de British Airways, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sentenció que se violó su derecho a la libertad de religión cuando la aerolínea británica la suspendió de empleo y sueldo en 2006, al decidir ella colocar su cruz de plata y la cadena correspondiente por encima del uniforme de la compañía. El Tribunal consideró que el derecho de la empresa a tener una imagen corporativa no se extendía al límite de prohibir a sus empleados el uso de símbolos religiosos. La sentencia concluyó que se había conculcado el derecho de la libertad de religión contemplado en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; tras examinar el “justo equilibrio” entre “el deseo de Eweida de manifestar sus creencias religiosas, frente al deseo del empleador, BA, de proyectar cierta imagen corporativa”. El TEDH ponderó que *“sin duda otros empleados estaban autorizados desde el pasado a utilizar aditamentos religiosos como turbantes y hijabs sin impacto negativo alguno sobre la imagen de la compañía.”*

En otro caso, la trabajadora Shirley Chaplin, enfermera de un geriátrico, apeló al TEDH alegando que *“sus empleadores restringieron el uso que ella hacía de cruces cristianas alrededor de su cuello mientras trabajaba”*. La empresa había instado a la trabajadora a no utilizar su crucifijo y cadena, porque podía rozar, golpear, o tocar una herida abierta de un paciente. La Sra. Chaplin se negó a ello y se le cambió de puesto, fuera del área de enfermería, razón por la cual la trabajadora acudió a la justicia europea alegando que se había violado su derecho a la

libertad religiosa. El TEDH da por bueno el criterio del hospital en relación con la *“protección de la salud y la seguridad clínica”*. Por ello, concluye que no fue desproporcionado requerir a la señora Chaplin que reiterase su crucifijo, y resultó necesaria esa interferencia con su libertad de manifestar su religión. En suma, se desestimó la violación de la libertad religiosa.

En el caso Palomo Sánchez y otros vs España, de 12 de septiembre de 2.011, un grupo de trabajadores, afiliados a determinado sindicato, denunciaron haber sido despedidos tras haber proferido determinadas expresiones, consideradas por las resoluciones estatales de carácter ofensivo, hacia el empresario, en boletín sindical. Los actores alegaron que el boletín sindical debía situarse en un contexto de acoso y presión sistemática efectuados por el empresario, y por la asociación de trabajadores no asalariados creada por este último para impedir la proliferación de demandas de los trabajadores, y para que renunciasen a los derechos adquiridos judicialmente. A ello añaden que, como consecuencia de determinadas presiones por parte del empresario, se había despedido a los que no han renunciado a sus derechos ni a la supresión del sindicato, por lo que estimaban infringido –entre otros- el artículo 10 del CEDH. Del mismo modo, aducen que tanto la caricatura de la portada del boletín sindical, así como los dos artículos litigiosos, titulados *“Testigos ... de quién? Pues de ellos”*, y *“Quien alquila el culo, no caga cuando quiere”*, para cuyo conocimiento remito a los presupuestos fácticos de que parte la sentencia del Tribunal, tuvieron una intención crítica e informativa que se refería a la reclamación de los salarios ante la jurisdicción laboral y a la conducta de los miembros de la asociación de repartidores no asalariados, siendo así que los artículos y dibujos no están firmados, y se basan en una controversia exclusivamente social y sindical a través de un órgano de expresión del sindicato. Centrándonos

en la vulneración del artículo 10 del CEDH, parte el Tribunal de considerar que los miembros de un sindicato deben poder expresar ante el empresario sus reivindicaciones tendentes a mejorar la situación de los trabajadores en el seno de la empresa, invocando la opinión consultiva OC-5/85193 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al subrayar que la libertad de expresión era «una condición sine qua non para el desarrollo (...) de los sindicatos». Del mismo modo, enfatiza que el ejercicio real y efectivo de la libertad de expresión “no depende simplemente del deber del Estado de abstenerse de toda injerencia, sino que puede exigir medidas positivas de protección incluso en las relaciones entre los individuos. En efecto, en ciertos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión, incluso contra ofensas que provienen de particulares”. Expuesto lo anterior, y aclarando que el Tribunal no comparte la tesis del Gobierno según la cual el contenido de los artículos litigiosos no se refería a una cuestión de interés general, dado que se produce en el marco de un conflicto laboral en el seno de la empresa contra la que los demandantes reivindicaban ciertos derechos, y que, por tanto, se trataba de una cuestión general para los trabajadores de la empresa, concluye que ello no justificaría la utilización de caricaturas y expresiones ofensivas, incluso en el marco de la relación laboral.” Especial interés reviste, a mi juicio, la referencia contenida en la sentencia a que las expresiones no constituían una reacción instantánea e irreflexiva en el marco de un intercambio oral rápido y espontáneo, en modo propio de los excesos verbales (lo que, como veremos, venía siendo canon de ponderación en la justificación de la expresión proferida en anteriores pronunciamientos del Tribunal); sino que, por el contrario, se trataba de expresiones escritas, publicadas con toda lucidez y expuestas públicamente en el seno de la empresa. En definitiva, el Tribunal pone especial

énfasis en el carácter meditado de las referidas expresiones, que impide –junto a su contenido– estimar el carácter justificado de las mismas, aún en el contexto en que se profirieron. Por ello el Tribunal considera que, en las circunstancias particulares del caso, el despido del que los demandantes fueron objeto no era una sanción manifiestamente desproporcionada o excesiva, cuyo carácter exija que el Estado ponga remedio anulándolo o incluso sustituyéndolo por una sanción menos grave, por lo que no se produjo vulneración del artículo 10 del CEDH.

En el caso De Diego Nafría, de 14 de marzo de 2002 el TEDH decidió atendiendo al criterio de determinar los límites de los derechos en pugna. Con similares criterios a los expuestos en los anteriores asuntos, si bien esta vez en sentido desestimatorio, el TEDH resolvió un litigio en que el demandante, funcionario público, alegaba que su despido como empleado del Banco de España, por razón del contenido de una carta que había enviado al subdirector general de esta entidad, había supuesto una violación –entre otros– de su derecho a la libertad de expresión, en la forma garantizada por el artículo 10 del Convenio. Resulta de especial interés la exposición que realiza el propio Tribunal, en esta sentencia, de los principios fundamentales que se desprenden de su doctrina en relación con el artículo 10, los cuales son los siguientes:

a) La libertad de expresión constituye uno de los principios fundamentales esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso y la plenitud de cada uno. A reserva del párrafo 2, vale no solamente para las «informaciones» o «ideas» acogidas de manera favorable o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que ofenden, chocan o inquietan. Así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales una sociedad no es una «sociedad democrática». Tal como indica el artículo 10, esta libertad está sometida a excepciones que, sin embargo, se deben interpretar de manera

estricta y se debe establecer la necesidad de algunas restricciones de manera convincente (véanse, entre otras, las sentencias Jersild contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994; Janowski contra Polonia; Nielsen y Johnsen contra Noruega y Fuentes Bobo, citada).

b) El adjetivo «necesario», en el sentido del artículo 10.2, implica la existencia de una «necesidad social imperiosa». Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de tal necesidad, pero este margen va parejo con un control europeo al mismo tiempo sobre la fe y sobre las decisiones que se aplican al mismo, incluso cuando éstas emanen de una jurisdicción independiente. Por tanto, el Tribunal tiene competencia para resolver en última instancia si una «restricción» se concilia con la libertad de expresión que salvaguarda el artículo 10 c) En el ejercicio de su poder de control, el Tribunal debe examinar la injerencia a la luz del conjunto del caso, incluido el contenido de las observaciones que se le reprochan al demandante y el contexto en que las hizo. Le corresponde determinar, en especial, si la injerencia enjuiciada fue «proporcionada con los fines legítimos perseguidos» y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla parecen «pertinentes y suficientes» (sentencias Janowski citada, y Barfod contra Dinamarca, de 22 de febrero de 1989). Al hacer esto, el Tribunal debe convencerse de que las autoridades nacionales han aplicado las reglas conforme a los principios consagrados en el artículo 10 y que, además, se basan en una evaluación aceptable de los hechos pertinentes (sentencias citadas, Jersild y Fuentes Bobo)». Basándose en los principios expuestos, y tomando en consideración las particulares circunstancias fácticas concurrentes, pondera que el demandante utilizó el medio escrito “tras reflexionar y teniendo plena conciencia del alcance de su contenido”. Asimismo, efectúa referencia a que, tratándose de miembro de la función pública, y no obstante gozar de la protección del artículo 10 del Convenio, “parece legítimo que el Estado someta a estos últimos, por razón de su estatuto, a una obligación de reserva”. Tal como ya había subrayado en anterior pronunciamiento (sentencia Vogt contra Alemania, de 26 de septiembre de 1995), considera que “cuando se encuentra en juego la libertad de expresión de los funcionarios, los “deberes y

responsabilidades” previstos en el artículo 10.2 revisten una especial importancia”.

Por lo que respecta al contexto, era de conflicto de tipo profesional, por cuanto el Banco de España había incoado un procedimiento sancionador contra el actor por sus actividades en una entidad de crédito privado. Aun así, concluye el Tribunal que no se infringió el artículo 10 del Convenio, por cuanto el actor había sobrepasado los “límites aceptables del derecho de crítica, formulando graves acusaciones desprovistas de todo fundamento contra varios directivos del Banco de España.”¹⁷²

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de fecha 5 de septiembre de 2017 decidió el caso *Barbulescu vs Rumanía*. El Señor Barbulescu fue despedido porque, al monitorear su empleador el computador que se le había asignado en la empresa, pudo constatar que lo había usado para mantener correspondencia personal. Alegando que su empleador había violado su derecho a la privacidad, Barbulescu impugnó el despido ante la justicia rumana, la cual declaró sin lugar su pretensión. Posteriormente acudió ante la justicia europea.

El Tribunal determinó que para evaluar la legalidad de la monitorización de las comunicaciones de los empleados deben ponderarse los siguientes elementos: Si el trabajador ha sido notificado de la posibilidad de que su actividad puede ser monitorizada. El grado de intromisión del empresario (durante cuánto tiempo se prolonga, a qué archivos se accede y cuántas personas acceden al resultado de la monitorización). La existencia de una razón legítima empresarial que justifique la monitorización (al ser, por defecto, una medida intrusiva e

172 Sentencias citadas en la obra *Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, M. Macarena MARTÍNEZ MIRANDA, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, , *Lux Social*, enero-junio 2016, vol. 6 N° 1, 2016

invasiva). Si podrían haberse utilizado métodos de monitorización menos intrusivos que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del trabajador. El uso que da la empresa al resultado de la actividad de monitorización y si el mismo se utiliza para alcanzar el objetivo que justificaba la misma. La existencia de mecanismos de salvaguarda para el empleado, garantizando que el empresario no acceda al contenido de las comunicaciones sin la previa notificación al trabajador. Estos factores deben ser valorados por los tribunales nacionales para realizar la ponderación de los intereses en conflicto (poder disciplinario del empresario frente al derecho a la intimidad y al secreto de la correspondencia del trabajador) y determinar así si la monitorización es ajustada a derecho.

En el caso planteado el Tribunal le da la razón al trabajador Sr. Barbulescu toda vez que las autoridades nacionales rumanas no habían protegido adecuadamente el derecho de Barbulescu al respeto de su vida privada y su correspondencia. Los órganos jurisdiccionales no habían determinado si el demandante había recibido una notificación previa de su empleador sobre la posibilidad de que se supervisaran sus comunicaciones. No se había tenido en cuenta el hecho de que no se le había informado de la naturaleza o el alcance de la vigilancia ni del grado de intrusión en su vida privada y en su correspondencia. Los órganos nacionales jurisdiccionales no habían determinado, ni las razones específicas que justificaban la introducción de las medidas de control, ni tampoco si el empleador podía haber utilizado medidas que entrañaran menos intrusión en la vida privada y la correspondencia del Sr. Barbulescu, ni si se podía haber accedido a sus comunicaciones sin su conocimiento.¹⁷³

173 Barbulescu vs Rumania <https://es.andersen.com/recursos/doc/portal/2017/03/03/stedh-barbulescu-5-septiembre-201715234.pdf>

B. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de fecha 2 de julio de 2004 declaró con lugar la acción intentada por el señor Mauricio Herrera Ulloa quien había sido condenado por un tribunal por el delito de difamación por haber difundido publicaciones de diarios europeos en los cuales se atribuyó la comisión de hechos ilícitos a un diplomático de Costa Rica.

La Corte dijo:

“Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios (...) deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

Es importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones (...). Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.”

... “En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, (...) de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. (...)”

... “En el presente caso, la información vertida en la prensa de Bélgica respecto del diplomático Félix Przedborski, (...) produjo una inmediata atención por parte del periodista Mauricio Herrera Ulloa, quien reprodujo parcialmente información publicada por dichos medios. La Corte observa que el periodista Herrera Ulloa se limitó básicamente a la reproducción de estas informaciones (...).

... “ Este Tribunal debe mencionar que, como consecuencia de sus actos, el señor Herrera Ulloa fue sometido a un proceso penal que terminó con una sentencia condenatoria en la que el juez, aplicando los artículos 146, 149 y 152 del Código Penal de Costa Rica, sostuvo que la *exceptio veritatis* invocada por el querellado debía ser desechada porque éste no logró probar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos al señor Félix Przedborski, (...) Esto significa que el juzgador no aceptó la excepción mencionada porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos de que daban cuenta las publicaciones europeas; exigencia que entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención.

El efecto de esta exigencia resultante de la sentencia conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad.”¹⁷⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de fecha 2 de Mayo de 2008 decidió el caso Kimel vs Argentina. El señor Kimel, conocido escritor que escribió un libro sobre el asesinato de cinco religiosos en el cual denunciaba que la investigación del caso no fue llevada correctamente por el juez a cargo, fue querellado por dicho juez por difamación y

174 https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=209&lang=es

condenado a un año de prisión y al pago de una indemnización de veinte mil pesos. La Corte decidió el caso a favor del señor Kimel, decretó la nulidad de la sentencia y obligó al gobierno argentino a indemnizarle.

La Corte dijo:

“La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio. Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Asimismo determinó que, tomando en consideración el régimen de protección a la libertad de expresión, la razonable conciliación entre este derecho, el derecho a la honra y el principio de mínima intervención penal característico de las sociedades democráticas, “el

*empleo de la vía penal debe cumplir con los requisitos impuestos por el principio de legalidad y sólo debe incluir graves lesiones a bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido*¹⁷⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 22 de agosto de 2013 decidió el Caso Nemoli Vs Argentina, en el cual los señores Nemoli alegaron haber sufrido violación a su derecho a la libertad de expresión por haber sido condenados penalmente con ocasión de unas opiniones que habían emitido en contra de los directivos de una asociación civil. La Corte declaró con lugar la acción intentada por los señores Nemoli y en sus considerandos estableció:

“Como en otros casos presentados ante esta Corte, en el presente subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención, y la protección de la honra y la reputación, consagrada en el artículo 11 del mismo instrumento. De este modo, corresponde a la Corte determinar si el Estado actuó de manera contraria a la Convención para solucionar un conflicto de derechos suscitado a nivel interno entre personas particulares.”

... “Tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, derechos ambos protegidos por la Convención, revisten suma importancia, por lo cual es necesario garantizar ambos derechos, de forma que coexistan de manera armoniosa. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión,

175 www.corteidh.or.cr/docs/resumen/kimel.pdf

requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención”. ..

*... “La solución del conflicto que se presenta entre ambos derechos requiere de una ponderación entre los mismos, a través de un juicio de proporcionalidad, para lo cual deberá examinarse cada caso, conforme a sus características y circunstancias, a fin de apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”.*¹⁷⁶

VII. Conclusiones.

Primera: La Teoría General del Derecho aporta criterios formales para la solución de los conflictos entre normas jurídicas: jerarquía, especialidad y temporalidad. Tales criterios no son muy útiles en las situaciones de contradicción que pueden presentarse por la aplicación a un caso concreto de diversos derechos fundamentales que apuntan a soluciones diferentes, dado que la fundamentalidad implica principios de necesaria aplicación que trascienden tales criterios formales.

Segunda: Una abundante doctrina y jurisprudencia señalan que para solucionar tales contradicciones, el operador jurídico debe ponderar las consecuencias que tendría la prevalencia de uno u otro derecho fundamental para la solución del caso concreto y determinar cuál de los derechos fundamentales procuraría una solución más acorde con los valores del ordenamiento jurídico. Ese derecho, por ser considerado como de mayor peso que el otro u otros derechos en conflicto, debe prevalecer, para el caso concreto, frente a los otros.

Tercera: La técnica de la ponderación ha sido criticada porque, según la misma, la prevalencia de un derecho fundamental

176 www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf

que desplaza a otro derecho fundamental depende en gran parte de la interpretación y valoración subjetiva del operador jurídico, lo cual no parece muy cónsono con la búsqueda de seguridad jurídica propia de todo sistema judicial, pues desplaza la solución del caso del texto objetivo de la Ley a la valoración subjetiva del intérprete, que no siempre es predecible, lo cual dificulta el establecimiento de un patrón general para la solución de casos similares.

Cuarta: La doctrina que critica la técnica de la ponderación considera que en los casos en los cuales dos conductas o pretensiones contradictorias pretenden cada una justificarse en un derecho en un derecho fundamental, no se presenta en realidad un tema de conflicto entre derechos fundamentales, sino de determinación de los límites de aplicación de tales derechos. De acuerdo con esta concepción, en tales casos no se estaría planteando, como apuntan los partidarios de la técnica de la ponderación, un conflicto entre diferentes derechos fundamentales que corresponden a los sujetos intervinientes, sino que, por el contrario, lo que estaría planteado es considerar el alcance de los límites de los derechos de cada sujeto, para poder determinar cuál de las conductas sujetas a examen se encuentra dentro de los límites de sus derechos. Es por ello que el Juez no tendría que ponderar los derechos de las partes en conflicto, sino que, aplicando la normas jurídicas vigentes al caso concreto sujeto a su decisión, es decir, cumpliendo con la función que la constitución le asigna, tendría que establecer si una determinada conducta está o no dentro los límites de esos derechos.

Quinta: En materia laboral, dado que buena parte de los derechos laborales son reconocidos como fundamentales y dada la contradicción de intereses propia de las relaciones de trabajo, es frecuente que se presenten conflictos entre derechos fundamentales de las partes. Para solucionar estas controversias

el operador jurídico no requiere dar prevalencia a un derecho frente a otro, ni establecer juicios subjetivos de valor sobre la importancia que en el caso concreto tienen los derechos en controversia. Simplemente debe examinar cuál de las conductas de las partes se encuadra dentro de los límites de los derechos que están respectivamente alegando. Para ello el juez laboral o funcionario de la administración del trabajo deben tomar en cuenta los particularismos del Derecho del Trabajo, muy especialmente los principios que inspiran la disciplina laboral.

LOS DERECHOS LABORALES ESPECÍFICOS EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

I. Introducción II. Derechos Generales: II.1. Derecho al trabajo y libertad de trabajo. II.2. Derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo. II.3. Irrenunciabilidad de los derechos laborales. II.4. Derecho a la protección del trabajo. III. Derechos individuales. III.1. Derechos salariales. III.2. Derecho a una jornada máxima de trabajo, de descanso y vacaciones remuneradas. III.3. Protección a la estabilidad en el trabajo. III.4. Derecho a la formación profesional III.5 Protección del trabajo de las mujeres y de la maternidad. III.6. Trabajo de menores. IV. Derechos Colectivos: IV.1. Derecho a la libertad sindical. IV.2 Derecho a la huelga. IV.3. Derecho a la negociación colectiva. V. Derechos a la Seguridad Social y a la salud en el trabajo: V.1. Derecho a la Seguridad Social. V.2. Derecho a condiciones adecuadas de higiene y salud en el trabajo. VI. Derechos procesales: VI.1 Derecho a una jurisdicción especial del trabajo.

I. Introducción.

51. En una clasificación que hizo fortuna, Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa distinguieron, dentro del ámbito de los derechos de que goza el trabajador, unos derechos del trabajador que llamaron “específicos” y otros que denominaron “inespecíficos”. Para precisar el alcance de

esta distinción, ampliamente acogida en el mundo laboralista iberoamericano, nada mejor que acudir a las palabras de los destacados profesores españoles:

“Los derechos constitucionales examinados tienen, en verdad, su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquellos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio. Es el caso, así pues, de derechos constitucionales “específicos” laborales (derechos específicos) de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios (o sus representantes) en tanto que sujetos de una relación laboral (paradigmáticamente, derecho de huelga, derecho al salario, derecho a la negociación colectiva, etc.)

Al propio tiempo, otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce así una “impregnación laboral” de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores, y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos. Y es que, naturalmente, la celebración de un contrato de trabajo, “no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”¹⁷⁷.

177 Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 113.

En este capítulo haré una revisión de aquellos derechos constitucionales específicos que tienen mayor presencia en las constituciones iberoamericanas. Para ello partí de elaborar un listado en el cual incorporé aquellos derechos específicos que, de una manera mayoritaria aparecen consagrados en las constituciones de los países del ámbito iberoamericano, al cual agregué Haití, en razón de su vecindad geográfica y de su pertenencia a la América Latina. El criterio empleado para incorporar un determinado derecho constitucional específico al referido listado fue el de que estuviese incluido al menos en cinco de las constituciones analizadas. Estoy claro en que este criterio es algo arbitrario, pero al menos me resultó útil para intentar una explicación didáctica del tema.

II. Derechos Generales.

II.1. Derecho al trabajo y libertad de trabajo.

Argentina, art. 14; Bolivia, art. 46.I.1 y Art. 46.III; Colombia, art. 25; Costa Rica, art. 56; Cuba, art. 45; Chile, art. 19.16; Ecuador, art. 33, art. 325 y art. 326.1; España, art.35.1; Guatemala, art. 101 y art. 102.1; Haití, art. 35 encabezamiento; Honduras, art. 127; México, art. 123.A, encabezamiento; Nicaragua, art. 80 y art. 86; Panamá, art. 64; Paraguay, art. 86 y art. 87; Perú, art. 22 y art. 23; Portugal, art. 58; República Dominicana, art 62 encabezamiento y art. 62.2; Uruguay, art. 36 y art. 53; Venezuela, art. 87 (20 países).

52. Unos de los más extendidamente consagrados de los derechos laborales específicos son el derecho al trabajo y la libertad de trabajo. De las veintidós constituciones iberoamericanas sólo las de Brasil y El Salvador no lo establecen.

El derecho al trabajo tiene una perspectiva individual y una perspectiva colectiva. Desde el punto de vista individual

se refiere al derecho que tiene cada ciudadano a obtener un trabajo. Desde el punto de vista colectivo comporta la obligación del Estado de desarrollar políticas que favorezcan el ejercicio efectivo de su derecho al trabajo por parte de los ciudadanos.

En cuanto a la perspectiva individual, el derecho al trabajo, en palabras del Tribunal Constitucional español, “se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa” (STC 22/1981). Es de señalar, que a diferencia de otros derechos constitucionalmente establecidos, el derecho al trabajo tiene limitaciones para exigir judicialmente su satisfacción. Así, por ejemplo, mientras el cumplimiento del derecho a una jornada máxima de trabajo es susceptible de ser exigido judicialmente, al punto de que un trabajador a quien se ha asignado una jornada superior a la máxima puede dirigirse ante un juez, con base en el derecho constitucional a una jornada máxima, para pedir y obtener la regularización de tal jornada, no puede un ciudadano desempleado exigirle a un juez que lo provea de un puesto de trabajo. No obstante, la consagración del derecho al empleo en las constituciones tiene importantes efectos prácticos.

En este sentido Martín Valverde, Rodríguez Sañudo y García Murcia dicen:

“Lo anterior no quiere decir que la declaración del derecho al trabajo tenga un valor puramente retórico. Aunque no alcance la garantía plena del cumplimiento in natura, y aunque no atribuye en todo caso a sus titulares la acción jurisdiccional que asegure su efectividad, tal reconocimiento trae consigo algunas consecuencias apreciables: inspira el régimen de extinción causal de la relación individual de trabajo, subraya y refuerza en el ámbito del empleo el derecho a lo no discriminación, y proporciona apoyo constitucional

*a las normas de fomento del empleo de trabajadores con particulares dificultades en el mercado de trabajo*¹⁷⁸.

Desde el punto de vista colectivo el derecho al trabajo se manifiesta en la formulación y ejecución de políticas de empleo bajo la conducción del Estado. Las políticas de empleo son definidas por los autores españoles que acabo de citar con las siguientes palabras:

*“La expresión políticas de empleo designa un conjunto de medidas o disposiciones de los poderes públicos que se define por la confluencia de dos notas características. La primera se refiere a los fines u objetivos perseguidos, que son el pleno empleo y la mejora de la calidad de la fuerza de trabajo, objetivos comprendidos hoy entre los principios constitucionales del orden económico y social. La segunda nota de la política de empleo se refiere a los resortes o medios utilizados para alcanzar tales objetivos, que no son cualesquiera, sino sólo aquellos que inciden directamente sobre los elementos del mercado de trabajo, es decir, la oferta de empleo, la demanda de empleo, y los actos de “encuentro” o acuerdo entre quienes ofrecen y quienes solicitan ocupación*¹⁷⁹.

Las políticas de empleo comprenden diversos aspectos o fases en los cuales se produce la intervención del Estado en aras de conseguir el objetivo general del pleno empleo. Así las políticas de empleo inciden en aspectos tales como la formación profesional, los sistemas de colocación, la generación de nuevos empleos tanto en el sector público con en el privado, la adaptación de los discapacitados para el desempeño de actividades laborales, el fomento del auto empleo o trabajo por cuenta propia, y el mantenimiento de los empleos, mediante la promoción de

178 Antonio MARTÍN VALVERDE, Fermín RODRÍGUEZ SAÑUDO y Joaquín GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2018, p.159

179 *Ibidem*, p.453.

medidas restrictivas de los despidos y de la supresión de puestos de trabajo. Las políticas de empleo ocupan hoy día un lugar relevante en la agenda del Estado Social de Derecho. Su mayor o menor éxito incide en el aumento o disminución de la tasa de ocupación.

La libertad de trabajo hace referencia al derecho a desarrollar libremente una actividad profesional. Por tanto, todo contrato de trabajo debe realizarse de manera voluntaria. Supone el derecho a cambiar de empleo, cumpliendo con los avisos y requisitos establecidos por la ley, de manera que ninguna persona puede estar obligada a realizar un trabajo forzoso.

En palabras de la Dirección del Trabajo del Ministerio de Trabajo de Chile:

“Por libertad de trabajo debe entenderse dos aspectos: por una parte, la libertad de trabajo, esto es, el derecho de toda persona de no ser forzada a desarrollar una labor, la que sólo puede ser ejecutada con su consentimiento previo y libre, y, por otra, la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, que consiste en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley.”¹⁸⁰

El derecho a la libertad de trabajo supone una óptica contraria a la que prevaleció durante siglos en la humanidad, cuando la esclavitud y el trabajo forzoso eran realidades no sólo toleradas sino predominantes en la organización del trabajo en muchas sociedades. Las ideas liberales triunfantes con la revolución francesa, resumidas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, comportaron un serio cuestionamiento al movimiento esclavista y abrieron paso a lo que se

180 Dirección del Trabajo, Ministerio del trabajo de Chile, www.dt.gob.cl › legislación› 1624

conoce como movimiento abolicionista, que es la corriente de pensamiento que promueve la abolición de la esclavitud por ser contraria al derecho humano a la libertad. El abolicionismo también tuvo una fuerte inspiración en las ideas religiosas, especialmente las cristianas. A partir del siglo XIX la mayoría de los países occidentales promulgaron leyes abolicionistas. No obstante ello, la práctica de la esclavitud no ha cesado, al punto de que, para 2021, la O.I.T. estimaba que cincuenta millones de personas estaban sometidas a diversas modalidades de “esclavitud moderna”, entre las cuales unos 28 millones de personas ejecutaban trabajos forzados y otros 22 millones habían sido obligadas a casarse sin su consentimiento, lo cual es considerado como una forma moderna de esclavitud.

El derecho a celebrar libremente los contratos de trabajo, sin estar sujetos a apremios o presiones de ninguna naturaleza, forma parte del contenido de la libertad de trabajo y, en principio, corresponde tanto a empleadores como a trabajadores. Sin embargo, tal derecho puede estar sujeto a limitaciones legalmente permitidas. Por una parte, el derecho a poner término a un contrato de trabajo tiene restricciones legales, especialmente para los empleadores. Buena parte de las legislaciones laborales restringen el derecho de los empleadores a poner fin a la relación de trabajo. En algunas legislaciones se prohíbe o limita el despido sin causa, bien sea obligando al empleador a reintegrar en su puesto de trabajo a quien ha sido despedido sin causa justificada u obligándole a pagarle una indemnización. El trabajador suele estar obligado a dar un aviso anticipado a su empleador si desea terminar unilateralmente el contrato de trabajo o a pagarle una indemnización sustitutiva de dicho preaviso.

En algunas legislaciones se permite que las partes de una relación de trabajo convengan cláusulas que limitan el dere-

cho del empleador a contratar libremente a sus trabajadores, obligándoles a seleccionarlos de una lista presentada por el sindicato.

La libertad de trabajo de los trabajadores puede estar limitada por la existencia de las denominadas “cláusulas de no concurrencia” que impiden al trabajador que ha dejado de prestar servicios en una empresa a trabajar en otra empresa del mismo ramo de su anterior empleador. En general la jurisprudencia ha tendido a ser restrictiva en cuanto a la validez de estas cláusulas, estableciendo que las mismas deben tener una duración limitada y proporcionada, que no son válidas para trabajadores a tiempo parcial o que requieren una contraprestación financiera a las limitaciones que tales cláusulas comportan.¹⁸¹

53. El derecho al trabajo y la libertad de trabajo han sido objeto de regulación por parte de normas internacionales.

La Convención sobre la esclavitud, O.N.U. 1926, dice en sus artículos 2, 3, 4 y 5:

Artículo 2

Las Altas Partes contratantes se obligan, en tanto no hayan tomado ya las medidas necesarias, y cada una en lo que concierne a los territorios colocados bajo su soberanía, jurisdicción, protección, dominio (suzeraineté) o tutela:

a) A prevenir y reprimir la trata de esclavos;

b) A procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas.

Artículo 3

Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas útiles conducentes a prevenir y reprimir el embarque, desembarco y transporte de esclavos en sus aguas territoriales, así

181 En cuanto al tratamiento de este tema por la jurisprudencia francesa, véase Antoine JEAMMAUD, *ob.cit.*, en la nota 11.

como, en general, en todos los barcos que enarbolan sus pabellones respectivos.

Las Altas Partes contratantes se comprometen a negociar, tan pronto como sea posible, una Convención general relativa a la trata de esclavos, que conceda a aquéllas derechos y les imponga obligaciones de la misma naturaleza que los previstos en el Convenio de 17 de junio de 1925 sobre el comercio internacional de armas (artículos 12, 20, 21, 22, 23, 24 y párrafos 3. , 4. y 5. de la Sección 2.a del anexo II), con reserva de las adaptaciones necesarias, entendiéndose que este Convenio general no pondrá a los barcos (aun de pequeño tonelaje) de ninguna de las Altas Partes contratantes en una situación distinta a los de las demás Altas Partes contratantes.

Se entiende igualmente que tanto antes o después de que entre en vigor dicha Convención general, las Altas Partes contratantes conservarán toda su libertad de ajustar entre ellas, sin derogar, sin embargo, los principios estipulados en el apartado precedente, los acuerdos particulares que, por razón de su situación especial, les parezcan convenientes para llegar lo más pronto posible a la desaparición total de la trata.

Artículo 4

Las Altas Partes contratantes se prestarán mutua asistencia para llegar a la supresión de la esclavitud y de la trata de esclavos.

Artículo 5

Las Altas Partes contratantes reconocen que el recurso al trabajo forzoso u obligatorio puede tener graves consecuencias y se comprometen, cada una en lo que concierne a los territorios sometidos a su soberanía, jurisdicción, protección, dominio (suzeraineté) o tutela a tomar las medidas pertinentes para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud.

Se entiende:

1. Que a reserva de las disposiciones transitorias enunciadas en el apartado segundo siguiente, el trabajo forzoso u obligatorio no podrá exigirse más que para fines de pública utilidad.

2. *Que en los territorios en los cuales el trabajo forzoso u obligatorio existe aún para otros fines que los de pública utilidad, las Altas Partes contratantes se esforzarán en ponerle término tan pronto como sea posible, y que, mientras subsista ese trabajo forzoso u obligatorio, no se empleará sino a título excepcional, con una remuneración adecuada y a condición de que no pueda imponerse un cambio del lugar habitual de residencia.*

3. *Y que, en todo caso, las Autoridades Centrales competentes del territorio interesado asumirán la responsabilidad del recurso al trabajo forzoso u obligatorio.*

La Carta Americana de Garantías Sociales, O.E.A.1948, dice:

Artículo 3:

Todo trabajador tiene derecho a seguir su vocación y dedicarse a la actividad que le acomode. Tiene igualmente la libertad de cambiar de empleo.”

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, O.E.A. 1948, establece en su artículo XV:

“Derecho al trabajo y a una justa retribución

Artículo XIV: Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, O.N.U. 1948, establece en sus artículos 4, 16 y 23:

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad

o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

Artículo 23:

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

El Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, C.E., 950, establece en su artículo 4:

Artículo 4

Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.

2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

3. No se considera como “trabajo forzado u obligatorio” en el sentido del presente artículo:

a. todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional;

b. todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutorio del servicio militar obligatorio;

c. todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.

d. todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales

La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, O.N.U 1956, establece en sus artículos 1, 3, 5 y 6:

Artículo 1.

Cada uno de los Estados Partes en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación, dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable a definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud, firmado en Ginebra en 25 de septiembre de 1926:

a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personas, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;

iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

Artículo 3

1. El acto de transportar o de intentar transportar esclavos de un país a otro por cualquier medio de transporte, o la complicidad en dicho acto, constituirá delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención, y las personas declaradas culpables de él serán castigadas con penas muy severas.

2. a) Los Estados Partes dictarán todas las disposiciones necesarias para impedir que los buques y las aeronaves autorizados a enarbolar su pabellón transporten esclavos y para castigar a las personas culpables de dicho acto o de utilizar el pabellón nacional con ese propósito;

b) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas necesarias para impedir que sus puertos, aeropuertos y costas sean utilizados para el transporte de esclavos.

3. Los Estados Partes en la Convención procederán a un intercambio de información con objeto de conseguir una coordinación práctica de las medidas tomadas por ellos para combatir la trata de esclavos y se comunicarán mutuamente todo caso de trata de esclavos y toda tentativa de cometer dicho delito que lleguen a su conocimiento.

Artículo 4

Todo esclavo que se refugie a bordo de cualquier buque de un Estado Parte en la Convención quedará libre ipso facto.

Artículo 5

En cualquier país donde la esclavitud o las instituciones y prácticas mencionadas en el artículo 1 de esta Convención no hayan sido completamente abolidas o abandonadas, el acto de mutilar o de marcar a fuego, o por otro medio, a un esclavo o a una persona de condición servil -- ya sea para indicar su condición, para infligirle

un castigo o por cualquier otra razón --, o la complicidad en tales actos, constituirá delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención, y las personas declaradas culpables incurrirán en penalidad.

Artículo 6

1. El hecho de reducir a una persona a esclavitud, o de inducirla a enajenar su libertad o la de una persona dependiente de ella para quedar reducida a esclavitud, la tentativa de cometer estos actos o la complicidad en ellos o la participación en un acuerdo para ejecutarlos, constituirán delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención y las personas declaradas culpables de ellos incurrirán en penalidad.

2. A reserva de lo establecido en el párrafo primero del artículo 1 de la Convención, las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se aplicarán también al hecho de inducir a una persona a someterse o a someter a una persona dependiente de ella a un estado servil que resulte de cualquiera de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1, así como a la tentativa de cometer estos actos, o la complicidad en ellos, y a la participación en un acuerdo para ejecutarlos.

La Carta Social Europea, 1996, establece en su Parte 1:

“1. Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante trabajo libremente elegido.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, dispone en su artículo 8:

Artículo 8: Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser

castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

c) No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo:

i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;

ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.

iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;

iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U. 1966, dispone en su artículo 6.1:

“Art 6

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

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, O.E.A. 1969, dice en su artículo 6:

Artículo 6.- Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. *Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.*

3. *No constituye trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:*

a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenaza la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A. 1981, establece en sus artículos 5, 8 y 15:

Artículo 5: Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos.

Artículo 8.

La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades.

Artículo 15.

Todo individuo tendrá derecho a trabajar en condiciones justas y satisfactorias, y recibirá igual paga por igual trabajo.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2007, dice en sus artículos 5 y 15:

ARTÍCULO 5: Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

- 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.*
- 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.*
- 3. Se prohíbe la trata de seres humanos.*

“ARTÍCULO 15.- Libertad profesional y derecho a trabajar

- 1. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.*
- 2. Todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro.*
- 3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.”*

La O.I.T. ha aprobado numerosas normas con relación al empleo:

1. Convenio sobre el desempleo, 1919 (Núm. 2).
2. Recomendación sobre el desempleo, 1919 (Núm. 1) (derogada).
3. Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933 (Núm. 34) (derogado).
4. Recomendación sobre las agencias de colocación, 1933 (Núm. 42) (derogada).

5. Recomendación sobre la supresión del reclutamiento, 1936 (Núm. 46) (derogada).
6. Recomendación sobre las obras públicas (colaboración internacional), 1937 (Núm. 50) (derogada).
7. Recomendación sobre las obras públicas (organización nacional), 1937 (Núm. 51) (derogada).
8. Recomendación sobre el servicio del empleo, 1944 (Núm. 72) (derogada).
9. Recomendación sobre las obras públicas (organización nacional), 1944 (Núm. 73) (derogada).
10. Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), 1944 (Núm. 71).
11. Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (Núm. 88).
12. Recomendación sobre el servicio del empleo, 1948 (Núm. 83).
13. Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 (Núm. 96).
14. Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955 (Núm. 99).
15. Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (número 105)
16. Convenio sobre la política del empleo, 1964 (Núm. 122).
17. Recomendación sobre la política del empleo, 1964 (Núm. 122).
18. Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (Núm. 159).
19. Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (Núm. 168).
20. Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), 1984 (Núm. 169).

21. Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (Núm. 181).
22. Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (Núm. 188).
23. Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, 1998 (Núm. 189).
24. Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, 2002 (Núm. 193).
25. Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (Núm. 198).
26. Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930
27. Recomendación sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias), 2014 (número. 203)
28. Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (Núm. 205).

54. El derecho al trabajo es establecido con formulaciones diversas en las constituciones iberoamericanas. Algunas constituciones, de manera escueta, se limitan a expresar el derecho al trabajo que corresponde a los ciudadanos: así las constituciones de Argentina, Colombia y Honduras. Otras constituciones, como las de Bolivia, Costa Rica, Guatemala (Art. 102.1.), México, Paraguay (Art. 86) y República Dominicana (Art. 62 Encabezamiento) y Venezuela, establecen una cierta calificación al tipo de trabajo objeto del derecho ciudadano¹⁸². En

182 En aquellos casos en los cuales la Constitución contiene más de un artículo referente al derecho laboral específico que se comenta, se indicará expresamente cual artículo se refiere a cual aspecto. En aquellos casos en los cuales las constituciones contienen sólo un artículo referente al derecho que se comenta, no se hará indicación expresa al mismo, pues la indicación de los artículos está contenida en el encabezamiento de numeral respectivo. Así en todo el capítulo.

esos textos se señalan ciertas características que debe tener el trabajo al cual se tiene derecho, estableciendo, por ejemplo, que el mismo debe ser digno, justamente remunerado, seguro, socialmente útil etc. Otras constituciones, al tiempo que proclaman el derecho al trabajo, establecen igualmente el deber o responsabilidad social de trabajar. Así, las constituciones de Cuba, Ecuador (Art. 33), España, Honduras, Nicaragua (Art. 80) Panamá, Perú (Art. 22), República Dominicana (Art. 62 Encabezamiento), Uruguay (Art. 53) y Venezuela. La constitución de Haití establece la libertad de trabajo y la obligación de trabajar. Por su parte, las constituciones de Haití y Uruguay (Art. 36) consagran la libertad de trabajo y la obligación de trabajar, pero no se refieren expresamente al derecho al trabajo. Es de señalar que existe una sutil diferencia entre el derecho al trabajo, que se refiere al derecho que tiene todo ciudadano a ocupar un puesto de trabajo y la libertad de trabajo, que se refiere al derecho de escoger libremente un trabajo de su preferencia y a no desempeñar uno de manera forzosa.

Las constituciones de Ecuador (Art 325), El Salvador, España, Nicaragua (Art. 80), Panamá, Paraguay (Art. 87), Portugal y Venezuela, además de consagrar el derecho al trabajo, disponen que el Estado desarrollará políticas destinadas a procurar el pleno empleo u ocupación plena. En un sentido similar la constitución del Perú (Art. 23) establece que el Estado promoverá políticas de fomento del empleo y la de El Salvador dice que el Estado *“empleará todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador.”*

Derecho al trabajo y pleno empleo son ideas muy vinculadas. Como se ha visto, un ciudadano no puede, alegando el derecho al trabajo, accionar judicialmente para que se le conceda un puesto de trabajo. Por eso, la única manera de garantizar

efectivamente a todos los ciudadanos de un país el ejercicio efectivo de su derecho al trabajo es mediante la existencia de condiciones económicas que garanticen el pleno empleo. De allí que parece muy congruente con la proclamación del derecho al trabajo, la previsión de las constituciones de Ecuador, El Salvador, España, Panamá, Nicaragua, Portugal y Venezuela de asignar al Estado la obligación de llevar a cabo políticas de pleno empleo.

II.2. Derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo.

Bolivia, art. 46.I, 1, art. 48.V y Art. 48 VI; Brasil, arts. 7. XX, 7. XXX, art. 7. XXXI y art. 7 XXXIV; Colombia, art. 53; Costa Rica, art. 68; Chile, art. 19.16; Ecuador, art. 331 y 332; España, art. 35.1; Guatemala, art. 102.11; Haití, art. 35.2; Paraguay, art. 88 y art. 89; Perú, art. 26.1; República Dominicana, art. 62.1 y Art. 62.5; Venezuela, art. 88 y art. 89 (13 países).

55. Si bien la igualdad y la no discriminación es un derecho general que corresponde a todas las personas y que como tal será objeto de análisis en el Capítulo VI de esta obra, tal derecho se refleja de una manera tan particular en las relaciones de trabajo que considero conveniente referirme al mismo al comentar los derechos específicos laborales.

En relación a la igualdad y a la no discriminación Palomeque señala:

“El derecho de igualdad en el ámbito de las relaciones de trabajo dispone, por lo pronto, de un doble juego institucional: 1) el derecho de los sujetos laborales [trabajadores, empresarios, sindicatos, asociaciones empresariales] a obtener separadamente un trato igual de los poderes públicos [derecho público subjetivo a la igualdad], que se concreta, a su vez, en una manifestación plural: a) la igualdad en el

trato dado por la ley [igualdad en o ante la ley], que limita en dicho sentido la actuación normativa del Estado y también de la autonomía colectiva, y b) la igualdad en la aplicación de la ley, que limita asimismo la actuación jurisdiccional y administrativa del propio Estado; y 2) el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por su empresario en el seno de la relación de trabajo que les une contractualmente [derecho privado subjetivo a la igualdad].²¹⁸³

El derecho a la igualdad y no discriminación se hace presente tanto en la celebración como en la ejecución y la finalización del contrato de trabajo. En el proceso de seleccionar un trabajador y celebrar con él un contrato de trabajo, el empleador tiene prohibido utilizar criterios discriminatorios. No puede el empleador decidir su selección con base en motivos de sexo, raza, religión u otros similares. En esta situación, así como en la relativa a la ejecución y finalización del contrato, se suele presentar un complejo tema probatorio. Si por ejemplo, una mujer hace un solicitud para un puesto de trabajo en relación al cual llena todos los requisitos exigibles y le empleador no le otorga el puesto a ella sino a un hombre, no le sería fácil a tal mujer la prueba de que tal selección se hizo con motivo a una discriminación por razones de sexo. Para obviar tal dificultad los ordenamientos jurídicos suelen establecer un sistema de presunciones y de inversión de la carga de la prueba. En el ejemplo propuesto, le tocaría al empleador demostrar que los motivos por los cuales seleccionó al hombre y no a la mujer solicitante no eran de naturaleza discriminatoria. Si en referido ejemplo, se llegase a demostrar que en la empresa en cuestión no hay sino trabajadores masculinos, se presumiría que la selección se hizo con motivo de una discriminación por motivos de sexo.

183 Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, El derecho a la igualdad y no discriminación en el ordenamiento laboral español, en Revista Derecho del Trabajo, Fundación Universitas, Barquisimeto, 2006, N° 2, p.18.

También está prohibida la discriminación durante la ejecución del contrato. No es lícito establecer diferenciaciones salariales, ni distinciones en las condiciones de trabajo o en la formación profesional ni ningún tipo de preferencia laboral por motivos de sexo, edad, origen, religión u otros semejantes. Tampoco pueden emplearse tales motivaciones para decidir las promociones o ascensos. Es de observar que, conforme a la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia, la igualdad de los trabajadores ante la Ley y prohibición de la discriminación no impide que en los contratos de trabajo se hagan diferencias entre los distintos grupos o categorías de trabajadores, si las mismas obedecen a causas objetivas y justas. Así, criterios como el de antigüedad de servicios, capacitación profesional, rendimiento en el trabajo podrían justificar, en algunos casos, diferencias de tratamiento entre diversos trabajadores. Para que tales diferencias de trato puedan justificarse hay que analizar, en cada caso concreto, si las mismas obedecen o no a una causa objetiva, justa, razonable y proporcionada. Es lícito, por ejemplo, que entre dos trabajadores que desempeñan el mismo puesto de trabajo, tenga mayor remuneración aquél que tiene más antigüedad o mejor calificación profesional. En este sentido es bueno recordar que se ha dicho, en relación al principio general de igualdad, que éste supone en tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales.

Así mismo, el principio de igualdad no impide que el Estado pueda establecer diferencias entre distintos sectores de trabajadores o de empleadores, no sólo en el diseño y ejecución de las políticas públicas, sino, incluso, en el texto de las normas sociales. Así, por ejemplo, las políticas de empleo pueden contemplar alcances diferentes para trabajadores viejos y para trabajadores jóvenes, para mujeres y para discapacitados. De igual manera, las leyes laborales pueden establecer normativas distintas, por ejemplo, en materia de

jornada de trabajo, para trabajadores menores y trabajadores mayores, para trabajadores diurnos y para trabajadores nocturnos, para empleados de comercio y para trabajadores de minas, etc. En este sentido el Consejo Constitucional francés ha dicho: “el principio de igualdad no se opone a ni a que el legislador regule de manera diferente a situaciones diferentes, ni a que derogue la igualdad por razones de interés general, siempre que, en uno u otro caso, la diferencia de tratamiento que resulte esté en relación directa con el objeto establecido por la ley.”¹⁸⁴

En el momento de la terminación del contrato de trabajo el derecho de la igualdad se hace presente con el tratamiento legal al despido discriminatorio. La mayor parte de las legislaciones le dan al despido discriminatorio un grado de protección mayor que la otorgada al despido simplemente injustificado. Esa mayor protección puede consistir en un procedimiento más breve o eficaz o en establecer que en estos casos, en lugar del pago de las indemnizaciones correspondientes a un despido injustificado, lo que procede es la nulidad del despido discriminatorio, y en consecuencia el pago de todos los beneficios laborales dejados de percibir y la reinstalación en su puesto de trabajo del trabajador despedido discriminatoriamente. Generalmente se deja al empleador la carga de probar que el despido no obedeció a motivos de discriminación.

56. Algunas normas internacionales regulan el derecho a la igualdad en el trabajo.

La Carta Social Europea, C.E. 1996, establece:

“Parte 1:20. Todos los trabajadores tienen derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo.”

184 Citado por Antoine JEAMMEAUD y Antoine LYON-CAEN, ob. cit. nota 57, p.700. Traducción del autor.

“Artículo 20- Derecho a la igualdad de oportunidades: Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a adoptar las medidas apropiadas para asegurar o promover su aplicación en los siguientes ámbitos:

Acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; Orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional; Condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración; Desarrollo profesional, incluida la promoción.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U., 1966, dice en su artículo 7.3:

“Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dice:

“ARTÍCULO 23.- Igualdad entre mujeres y hombres

La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.”

La O.I.T. tiene relativamente pocas, pero importantes normas sobre igualdad:

1. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (Núm. 100);
2. Recomendación sobre igualdad de remuneración, 1951 (Núm. 90);

3. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (Núm. 111)
4. Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (Núm. 111).

57. Las constituciones de los diversos estados nacionales fueron progresivamente incorporando el derecho a la igualdad como un postulado fundamental de la sociedad. Las constituciones de trece países iberoamericanos formulan disposiciones que constituyen una aplicación específica del principio fundamental de la igualdad ante la ley al sistema de relaciones de trabajo. Las constituciones de Chile y de Perú se limitan, reafirmando el principio de igualdad, a establecer que todos los trabajadores son iguales y que están prohibidas las discriminaciones en el trabajo. Las Constituciones de España y de Ecuador (Arts. 331 y 332) solo hacen referencia al sexo como posible factor de discriminación laboral. Otras constituciones, además de establecer la prohibición general de la discriminación, (Bolivia, art. 46.I.1, Brasil 7. XXX, Colombia, Paraguay, art. 88; República Dominicana, art. 62.5 y Venezuela Art. 89) hacen referencia específica a la discriminación por razón de sexo y la protección del trabajo de la mujer (Bolivia, arts. 48. V y 48 VI, Brasil 7. XX, Colombia, Paraguay, art.89, República Dominicana, Art. 62.1 y Venezuela Art. 88). Un tercer grupo de constituciones Brasil, art. 7.XXX; Costa Rica, Haití, Portugal, y República Dominicana, art.62.5) es más detallado en el tratamiento de la discriminación y hacen una especificación, en algunas constituciones más particularizada que en otras, de los determinados ámbitos de las relaciones laborales en los cuales se prohíbe la discriminación, mencionándose el acceso o admisión al empleo, la remuneración y condiciones de trabajo, la formación profesional y la promoción o ascenso en el empleo, las creencias, opiniones, estatus matrimonial, etc.

La Constitución de Guatemala sólo prohíbe expresamente la discriminación entre trabajadoras solteras y casadas.

Como se acaba de ver, algunas constituciones no señalan expresamente los factores de discriminación o sólo señalan el sexo, pero, aun en esos casos, la interpretación correcta del principio general de igualdad ante la ley y su debida aplicación a las relaciones laborales, permite concluir que la prohibición de discriminación incluye todo factor ilegítimo de discriminación laboral, así no sea mencionado expresamente por la constitución.

II.3. Irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Bolivia, art. 48 III; Colombia, art. 53; Costa Rica, art. 74; Ecuador, art. 326.2; El Salvador, art. 52; Guatemala, art. 106; Honduras, art. 128; México, art. 123.A XXVIII; Panamá, art. 71; Perú, art. 26.2; Venezuela, art. 89 (11 países).

58. Una de las principales características del Derecho del Trabajo es que reduce la centralidad de la autonomía de la voluntad tal como rige en el Derecho Común. La fijación de las condiciones de trabajo por la libre voluntad de las partes produjo, en el trabajo industrial del Siglo XIX un marco caracterizado, por una parte, por los bajos salarios, largas jornadas y pésimas condiciones de ambiente laboral, y, por la otra, por la creación de aglomeraciones de trabajadores en populosos centros de trabajo, en nada comparable a los modestos talleres del medioevo. El resultado no se dejó esperar: la aglomeración de trabajadores que sufría las mismas condiciones de explotación favoreció el surgimiento de un movimiento obrero que desde las fábricas luchó contra tales condiciones y exigió la intervención del Estado para mejorar su situación. Este movimiento conquistó simpatías y fundamentos teóricos en sectores intelectuales de las más diversas tendencias. Desde el Manifiesto Comunista de

Carlos Marx hasta la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII, hubo un cuestionamiento al modelo liberal establecido por la revolución francesa. La expresión “cuestión social” ha sido usada para referirse a esa realidad laboral y al movimiento que cuestionaba los postulados teóricos en que se fundamentaba.

Los severos conflictos enmarcados dentro de las luchas que el movimiento obrero dio, en diversas partes del mundo, contra el régimen laboral de inspiración liberal e individualista, fue obligando, poco a poco, al Estado liberal burgués a promulgar específicas medidas de intervención en las relaciones laborales, que generaron el establecimiento de una especial protección a los trabajadores, aplicable de manera heterónoma, es decir, sin requerir el consentimiento de las partes involucradas en el contrato de trabajo. Esas medidas legislativas, cuyo desarrollo generó la formación del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma, determinaron que el empleador fuese perdiendo la facultad de imponer unilateral e ilimitadamente los términos en que se debía desarrollar la relación laboral. Esa normativa se impuso obligatoriamente a las partes de la relación de trabajo, limitando su autonomía de voluntad, en el sentido de que se permitía establecer por su propia voluntad, solamente contenidos contractuales que no comportasen disminución en los niveles de garantías y de protección que el Estado había establecido de manera heterónoma y obligatoria para los sujetos de los contratos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de las normas tutelares. Esta concepción dio origen al concepto de orden público social, que rige no sólo en el Derecho Laboral, sino también en otras disciplinas de inspiración social y que es fundamental para que el Derecho del Trabajo cumpla con la función que le está asignada en la sociedad. En efecto, no cumpliría el Derecho del Trabajo con su función social si sus normas tuviesen un carácter supletorio como las propias del Derecho Privado y las partes en

el contrato de trabajo tuviesen la posibilidad de acordar cláusulas que desmejorasen la protección establecida por la legislación laboral. Esa hipótesis, dada la situación de subordinación y de inferioridad económica que caracterizan a los trabajadores, podría ocurrir fácilmente si el empleador tuviese la posibilidad de presionar al trabajador para que renunciase a alguna norma protectora y pactar, por ejemplo, una jornada de trabajo mayor a la establecida por la ley o un período de vacaciones inferior.

Consecuencia de este carácter imperativo y de orden público de la legislación laboral es el principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores. En su obra clásica *“Los principios del Derecho del Trabajo”* Américo Plá Rodríguez define este principio con las siguientes palabras: *“la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas comedidas por el derecho laboral en beneficio propio”*¹⁸⁵. Con la irrenunciabilidad se protege a los trabajadores evitando que el empleador pueda ejercer presión para que acepten condiciones y beneficios inferiores a aquellos que la Ley les otorga.

La aplicación de este principio priva de validez, afectándola de nulidad, a cualquier declaración de voluntad que un trabajador hiciera en el sentido de renunciar a la aplicación de un beneficio que le corresponda como consecuencia de la aplicación del Derecho del Trabajo. Este principio ha sido establecido por la doctrina como uno de los principios del Derecho del Trabajo y es aplicado frecuentemente por la jurisprudencia, reproducido por la mayoría de las legislaciones laborales y expresado como tal por las constituciones de varios países, entre ellas las de once países latinoamericanos.

La aplicación del principio de irrenunciabilidad ha generado interesantes debates en la doctrina y la jurisprudencia. Se

185 Américo PLÁ RODRÍGUEZ, Ob. Cit. en la nota 26.

discute, por ejemplo, sobre el alcance del principio, es decir si la irrenunciabilidad se extiende a todas las normas legislativas laborales o si algunas de ellas, por no afectar el orden público social, pueden ser disponibles por los trabajadores. Algunos autores sostienen que no todas las normas laborales son irrenunciables. Así, Barassi propuso una clasificación entre normas dispositivas y categóricas, e incluso, distingue, ente éstas, algunas que son rígidamente categóricas y otra que son limitadamente categóricas¹⁸⁶. Con la misma orientación Durand y Jaussaud exponen “*que el orden público puede tener diversos grados de exigencia*”¹⁸⁷.

Por el contrario, Caldera sostiene que:

*“el carácter de orden público es regla general en la materia. Si se comienzan a enumerar las diversas especies de normas laborales que tienen tal propiedad, como lo hace Durand, se llega a la conclusión de que constituyen una rara excepción aquellas que por no presentar dicha característica, pueden considerarse como de aplicación facultativa”*¹⁸⁸.

Dice Caldera que

*“no podrán renunciarse ni relajarse por convenios particulares las disposiciones legales y reglamentarias en materia del trabajo, salvo aquellas que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo, sino supletorio de la voluntad de las partes”*¹⁸⁹.

Podría agregarse que no deberían estar afectados de nulidad aquellos casos en que el trabajador consienta en actos que

186 Ludovico BARASSI, Tratado de Derecho del Trabajo, versión castellana, Buenos Aires, 1953, p. 199.

187 Paul DURAND et R. JAUSSAUD, Traité de Droit du Travail, Paris, 1947, T. I, p. 198

188 Rafael CALDERA, Derecho del Trabajo, Librería El Ateneo, Buenos Aires, 1960, p. 180

189 *Ibíd.*, p. 195

producen reglas diferentes a las legalmente establecidas pero que no le causen ninguna desmejora en sus derechos. Por ejemplo, algunas legislaciones establecen que la remuneración debe ser pagada en dinero efectivo en el lugar de trabajo. Si en una empresa se propone al trabajador y éste acepta, que el pago del salario se le abone en su cuenta bancaria, ello no comporta ninguna desmejora para el trabajador, pues, por el contrario, le proporciona seguridad y comodidad, pues puede manejar sus pagos a través de una tarjeta de débito bancario, lo cual le evita la posibilidad de pérdida o robo del dinero efectivo y le facilita sus operaciones. En ese caso, no debería considerarse que la aceptación de este sistema de pago constituye un acto de renuncia susceptible de ser declarado nulo.

Se plantea también el debate sobre si la irrenunciabilidad se refiere únicamente a las normas de origen estatal, o si son igualmente irrenunciables las normas provenientes de los acuerdos individuales o colectivos celebrados conforme a la ley. Algunos consideran que la irrenunciabilidad de las normas estatales laborales se fundamenta en su naturaleza de orden público y que tal naturaleza sólo puede caracterizar a normas emanadas de órganos estatales y no a las generadas por acuerdos particulares. Personalmente pienso que el alcance de la irrenunciabilidad debe ser amplio y comprender no solo a las normas estatales sino también a aquellas generadas por la voluntad de las partes expresada conforme a la Ley, pues la “*ratio legis*” del principio de irrenunciabilidad (evitar que la situación de subordinación y de inferioridad económica en que se encuentra el trabajador frente al empleador facilite que éste le presione para que renuncie a sus derechos), se encuentra presente tanto si se trata de derechos de origen legal, como de origen convencional. Qué sentido, me pregunto, ¿tendría que el Derecho del Trabajo permitiera a los trabajadores pactar condiciones más favorables en el contrato individual o colectivo, si, al mismo tiempo, permitiese

que el trabajador pueda renunciar válidamente a las mismas, lo cual le dejaría al empleador puerta abierta para ejercer presiones con esa finalidad?

Otro complejo tema que tiene que ver con el principio de irrenunciabilidad es la posibilidad de que en un convenio colectivo se acuerden condiciones inferiores a las establecidas en un convenio anterior del mismo ámbito de aplicación. Por una parte se ha sostenido que esta negociación “a la desmejora” o “*reformatio in peius*” constituye una renuncia a derechos adquiridos por el trabajador y que por tanto carece de validez. Por otra parte, se afirma que los convenios colectivos establecen beneficios directamente relacionados con la situación económica de la empresa en la cual tienen vigencia. En general, los convenios colectivos tienden a establecer condiciones más favorables que las establecidas en la Ley. De no ser así, la negociación colectiva perdería casi todo su sentido y sería útil sólo para establecer algunas regulaciones puntuales sobre aspectos no contemplados por la Ley. Pero es obvio que el mayor o menor alcance de los beneficios superiores a los legales establecidos por el convenio colectivo, y también por el contrato individual, tiene que ver con la mayor o menor capacidad económica de la empresa. Si resulta lógico que, en un momento de prosperidad, el empleador ofrezca mayores beneficios a sus trabajadores, también lo es que, en momentos de dificultades económicas, el empleador tenga la posibilidad de reducir algunos de los beneficios que concedió cuando su bonanza económica se lo permitió. Por eso, la mayoría de las legislaciones permiten la “*reformatio in peius*”, pero sujetándola a la existencia de condiciones excepcionales, legalmente establecidas y verificables y mediante procedimientos especiales previstos para esa situación.

Un problema de gran interés es el de cómo conciliar el principio de irrenunciabilidad con la posibilidad de realizar transacciones destinadas a solucionar o precaver conflictos que

no favorecen el buen desarrollo de las relaciones de trabajo. La transacción es un contrato mediante el cual las partes, haciendo mutuas concesiones, ponen fin a un litigio o evitan la ocurrencia del mismo. En las modernas reformas procesales laborales, a fin de evitar los costos y demoras propios de los juicios, se favorece el empleo de los medios alternos de solución de los conflictos, unos de los cuales son la mediación y la conciliación, los cuales buscan que las partes lleguen a acuerdos para poner fin al conflicto, lo cual, cuando hay éxito, se logra en la mayoría de los casos mediante una transacción. Como la transacción supone mutuas concesiones de las partes, es normal que suponga que el trabajador hace ciertas concesiones al empleador, lo cual puede determinar un conflicto entre la celebración de la transacción y la aplicación del principio de irrenunciabilidad. Por ello, tanto las legislaciones como la jurisprudencia suelen poner límites a la posibilidad de realizar transacciones laborales, favoreciendo fórmulas tendientes a permitir que se puedan realizar transacciones laborales, pero sin que las mismas constituyan una forma disfrazada de renuncia a los derechos laborales. En ese sentido se suele exigir que las transacciones versen sobre derechos “no consolidados”, o sobre derechos “discutibles” o que se hagan con posterioridad a la finalización de la relación de trabajo. Siendo así, no se consideraría válida una transacción mediante la cual el trabajador acepte recibir salarios inferiores a los cuales tiene derecho y cuyo monto no admite discusión. Sería válida, por el contrario, una transacción en mediante la cual un trabajador que demanda el pago de unas horas extraordinarias discutidas y que él debe probar, ponga fin al juicio recibiendo por ese concepto una cantidad menor a la que está reclamando en su demanda.

Algunas legislaciones y sentencias exigen que versen sobre “derechos disponibles”, lo cual lleva el tema al debate sobre cuales derechos laborales son disponibles.

En fin, se debate igualmente sobre si los institutos jurídicos de la prescripción y de la caducidad son aplicables a los derechos de los trabajadores. Algunos autores sostienen que existe una contradicción entre el principio según el cual los derechos de los trabajadores son irrenunciables y el hecho de que se establezca legislativamente que los mismos estén sujetos a prescripción y a caducidad¹⁹⁰. Otros autores precisan que el principio de irrenunciabilidad impide a los trabajadores que renuncien válidamente a sus derechos, pero que no establece su ejercicio forzoso.¹⁹¹ Se considera que la inercia del trabajador en cuanto al ejercicio de su derecho comporta que los mismos puedan prescribir o caducar. Se aducen razones de orden público y de seguridad jurídica para sostener que no es apropiado que un trabajador pueda demorar indefinidamente el ejercicio de sus derechos creando una situación de inseguridad para el empleador. La mayoría de las legislaciones permiten la prescripción y la caducidad de los derechos laborales.

La irrenunciabilidad no ha sido un tema de frecuente regulación por parte de las normas internacionales.

La Carta Americana de Garantías Sociales, O.E.A. 1948, dice:

“Artículo 2

Considérense como básicos en el derecho social de los países americanos los siguientes principios: (...) e) Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros.

190 Entre otros véase Mario De LA CUEVA, Derecho Mexicano del trabajo, Editorial Porrúa, México, 1943.T. I. p. 728P.

191 Véase Antonio OJEDA AVILÉS, La renuncia de Derechos del trabajador, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p.228

59. Once constituciones iberoamericanas consagran la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores. Cinco de ellas lo hacen en forma amplia (Bolivia, Ecuador, El Salvador, Panamá y Venezuela), mientras que otras cinco lo hacen en forma más restringida, refiriendo la irrenunciabilidad solo a los derechos establecidos por la Constitución o por la Ley (Costa Rica, Guatemala, Honduras, México y Perú) o incluso, con mayor restricción, como lo hace el Art. 53 de la constitución colombiana, que habla de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. Siete constituciones establecen expresamente la nulidad de los acuerdos que supongan renunciaciones a los derechos laborales (Bolivia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá y Venezuela). Sólo dos constituciones hacen referencia a las transacciones laborales: la de Colombia dice que la Ley tendrá en cuenta facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles y la de Venezuela que dice que sólo es posible la transacción y el convenio al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley. Al impedir las transacciones durante la vigencia de las relaciones laborales, esta disposición ha comportado dificultades para que trabajadores y empleadores puedan resolver diferencias sin tener que poner término a la relación laboral.

II.4 Derecho a la protección del trabajo.

Argentina, art. 14 bis; Bolivia, art. 46.II; Colombia, art. 25; El Salvador, art. 37; Honduras, art. 135; Panamá, art. 78; Paraguay, art. 86; Perú, art. 23; República Dominicana, art. 62; Uruguay, art.53; Venezuela, art. 89.) (11 países).

60. El trabajo, entendido como actividad humana destinada a la producción de bienes y servicios para la satisfacción

de las necesidades de la sociedad y del individuo, es un aspecto central en la vida y desarrollo de las sociedades humanas. Para decirlo con palabras de Juan Pablo II: “*el trabajo constituye una dimensión fundamental de la existencia del hombre en la tierra*”¹⁹². El ser humano no puede satisfacer sus necesidades sin el trabajo, que no es un hecho individual sino social, pues es un factor fundamental para la organización de la sociedad.

La consideración y, consecuentemente el tratamiento legal, que la sociedad ha dado al trabajo ha variado profundamente con el transcurrir de los siglos. En la antigüedad gran parte del trabajo era desarrollado por los esclavos. La esclavitud era el sistema normal para la prestación del trabajo. De allí que la consideración social hacia el trabajo no era positiva. El trabajo era considerado como una actividad poco apreciada, inclusive vil. Los griegos consideraban que sólo el ocio recreativo era una actividad digna. Esta concepción comienza a experimentar un cambio con el advenimiento del cristianismo. Aun cuando según la Biblia el trabajo fue creado por Dios como un castigo a la desobediencia humana, el cristianismo le dio un significado relevante al trabajo de los seres humanos. Tanto Jesús como sus discípulos eran humildes trabajadores. En la concepción cristiana el trabajo es un medio de dignificación y redención del hombre. No obstante ello, en el mundo cristiano occidental la esclavitud perduró durante siglos, aun cuando no era ya el medio casi único y más importante de la prestación del trabajo. Durante la Edad media el trabajo libre encontró amplia expresión en la servidumbre (en cierta forma una expresión moderada de esclavitud) y en el trabajo artesanal en los gremios y corporaciones. Durante la conquista y colonización

192 JUAN PABLO II, *Laborem Exercens*, Sobre el trabajo humano en el 90° aniversario de la *Rerum Novarum*, Ediciones Paulinas, Séptima edición, Bogotá, 1989, p. 16

de América hay un importante resurgimiento de la esclavitud con la denigrante “importación” de esclavos africanos destinados a trabajar en las nuevas colonias americanas. La revolución industrial da lugar al trabajo en los grandes planteles y en ellos surge el trabajo asalariado moderno, el proletariado, el cual generó las luchas del movimiento obrero, influyendo en la paulatina formación de una disciplina jurídica tutelar del trabajo, la que hoy denominamos Derecho del Trabajo.

El Derecho del Trabajo nace con una vocación de tutela frente al trabajo y al trabajador. Sus fundamentos abandonaron la concepción liberal basada en el predominio absoluto de la autonomía de la voluntad, para suplantarlos por otra concepción que postulaba la necesidad de establecer, mediante normas de orden público, ciertos parámetros mínimos obligatorios para la protección del trabajador. El Derecho del Trabajo viene a constituir un sistema integral de tutela laboral, que en lo individual vino a proteger sistemáticamente los derechos de quien trabaja y en lo colectivo privilegió la libertad sindical en sus diversas manifestaciones. Así, la tutela al trabajo, y consecuentemente al trabajador, es un elemento consustancial a la nueva disciplina laboral. El Estado Social de Derecho, cuyas bases se echan cuando ya el Derecho del Trabajo ha logrado su consolidación entre las disciplinas jurídicas, asumió como un compromiso la protección del trabajo y, por ello, las constituciones que asumen este modelo de organización estatal, suelen incorporar, entre los derechos fundamentales que consagran, al derecho a la protección del trabajo. Posiblemente la expresión más conspicua de este compromiso la tiene la Constitución italiana de 1948 que dice en su artículo uno *“Italia es una república democrática fundada en el trabajo”*.

La Carta Americana de Garantías Sociales, O.E.A.1948, dice:

“Artículo 2: Considérense como básicos en el derecho social de los países americanos los siguientes principios:

a) El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio. (...)”

61. En el ámbito iberoamericano las constituciones de Argentina, Bolivia, Colombia, El Salvador, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela declaran el compromiso del Estado de proteger el trabajo. La Constitución de Panamá dispone que la ley fijará *“una especial protección estatal en beneficio de los trabajadores”*, mientras que la Constitución de Honduras establece que el Estado debe tutelar los derechos de los trabajadores, y al mismo tiempo proteger al capital y al empleador.

III. DERECHOS INDIVIDUALES.

III.1. Derechos salariales.

- **Derecho a un salario justo, digno o suficiente:** Argentina, art. 14 bis; Bolivia, art. 46.I.1; Costa Rica, art. 57; Ecuador, arts. 33 y 328; El Salvador, art. 38.2; España, art. 35; Guatemala, art. 102.2; Haití, art. 35.1; México, art. 123.A VI; Paraguay, art. 92; Perú, art.24; Portugal, art.59.1.a; República Dominicana, art. 62.9; Uruguay, art. 54; Venezuela, art. 91.
- **Protección del salario:** Bolivia, art. 48.IV; Brasil, art. 7.X; El Salvador, art. 38.3 y 38.4; Ecuador, art. 328; Guatemala, art. 102.4 y 102.5; Honduras, art.128.3 y 128.4; México, art. 123.A VIII, X y XXIII; Nicaragua, arts. 182.2 y 182.3; Panamá, art. 66, Perú, art.24; Portugal, art. 59.3; Venezuela, arts. 91 y 92;

- **Salario mínimo:** Argentina, art. 14 bis; Bolivia, art. 48.IV; Brasil, art. 7.IV; Colombia, art. 53; Costa Rica, art. 57; El Salvador, art. 38.2; Ecuador, art. 328; Guatemala, art. 102.6; Honduras, art. 128.5; México, art. 123.A.VI, VII; Panamá, arts. 65y 66; Paraguay, art. 92; Perú, art. 24; Portugal, art. 59.2.a; República Dominicana, art. 62.7; Venezuela, art. 91.
- **Participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa:** Argentina, art. 14 bis; Bolivia, art. 49 II; Brasil, art. 7. XI; Ecuador, art. 328; Honduras, art. 136; México, art.123 IX; Panamá, art.65; Perú, Art. 24, República Dominicana, art. 62.7.
- **Igual salario por trabajo de igual valor:** Argentina, art.14 bis; Costa Rica, El Salvador art 38.1; Ecuador, art. 326.4; Guatemala, art. 102.3; Haití, art. 35.2; Honduras, art. 128.3; México, art. 123.A VII; Nicaragua, art. 182.1; Panamá, art. 67; Paraguay, art. 92; Portugal, art. 59 1.a; República Dominicana art. 62.9; Venezuela art. 91. En total veinte países.

62. El salario constituye un elemento vital dentro de la dinámica de las relaciones de trabajo y de la disciplina jurídica que las regula. Lyon-Caen afirma que *“el Derecho del Trabajo en su totalidad ha sido construido alrededor de la cuestión del salario”*¹⁹³. Por eso no es de extrañar que sea uno de los derechos más regulado por las constituciones.

La lucha por un salario justo fue, desde los inicios, uno de los postulados fundamentales del movimiento social, ideológico y político que dio origen al surgimiento del Derecho del

193 Gerard LYON CAEN, *Traité de Droit du Travail*, Dalloz, París, 1981, Tomo 2, p.1.

Trabajo como una disciplina autónoma. Por cuanto el salario constituye la fuente esencial de subsistencia para la población trabajadora, es necesario que el mismo sea determinado con justicia y equidad y que sea suficiente para permitir tal subsistencia en condiciones dignas.

Un primer tema que se presenta en relación con el salario es de la definición de su concepto. No todas las percepciones que recibe un trabajador forman parte del salario. La determinación de cuáles percepciones constituyen salario y cuáles no, tiene una importancia no solamente teórica sino de gran incidencia práctica. Así, por una parte el salario está sujeto a un especial régimen de protección que ampara solamente las percepciones propiamente salariales. Por la otra, el salario suele ser empleado como unidad de medida para ciertos beneficios salariales, razón por la cual se requiere tener un concepto claro de salario para poder determinar cuál es esa unidad de medida. Para esa determinación del concepto de salario he propuesto la siguiente definición: *“son salario aquellas ventajas o ingresos patrimoniales que el trabajador recibe, no ya a cambio de un servicio efectivamente prestado, sino como contraprestación a las obligaciones que asume como sujeto de la relación de trabajo”*¹⁹⁴

Muchas legislaciones, atendiendo a la importancia de la materia salarial, han desarrollado expresamente los principios generales del salario. Se suelen mencionar los siguientes: el principio de la libre estipulación, el principio de la proporcionalidad, el principio de la libre disponibilidad, el principio de la irrenunciabilidad, el principio de la igualdad, el principio de la suficiencia.¹⁹⁵

194 Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, (Coordinador) Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento Librería Jurídica Rincón, Barquisimeto, Reimpresión 2010, p.159.

195 Sobre estos principios y su específico desarrollo en la legislación venezolana puede verse la obra citada en la nota anterior, pp. 178 a 187.

Las diversas legislaciones contemplan distintas categorías de salarios. El salario mínimo es el menor salario legalmente admitido en un determinado país o en una determinada rama de actividad económica o sector en ese país. El salario mínimo suele ser fijado por el Estado, en muchos casos previo un proceso de negociaciones o consultas tripartitas. Se suele hablar de salario básico, especialmente en los convenios colectivos, para referirse al salario que corresponde a cada puesto de trabajo en una empresa sin considerar bonificaciones o incrementos adicionales por antigüedad, calificaciones, productividad etc. En sentido similar algunas legislaciones hablan de salario normal. El salario puede ser por unidad de tiempo (hora día, semana o mes y en algunos pocos casos, años), por unidad de obra, por piezas o a destajo por tareas o por comisiones.

El tema del salario mínimo reviste una especial importancia en la regulación del trabajo. La O.I.T. ha definido el salario mínimo como *“la cuantía mínima de remuneración que un empleador está obligado a pagar a sus asalariados por el trabajo que éstos hayan efectuado durante un período determinado, cuantía que no puede ser rebajada ni en virtud de un convenio colectivo ni de un acuerdo individual”*¹⁹⁶. Según esta organización la finalidad del establecimiento del salario mínimo es proteger a los trabajadores contra el pago de remuneraciones indebidamente bajas. La existencia de una remuneración salarial mínima ayuda a garantizar que todos se beneficien de una justa distribución de los frutos del progreso y que se pague un salario mínimo vital a todos quienes tengan empleo y necesiten esta clase de protección. Los

196 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Guía sobre políticas en materia de salario mínimo, http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_protect/protrav/travail/documents/genericdocument/wcms_542003.pdf

salarios mínimos también pueden ser un elemento integrante de las políticas destinadas a superar la pobreza y reducir la desigualdad, incluyendo las disparidades que existen entre hombres y mujeres.

Dado el carácter “alimenticio” o “vital” del salario, la generalidad de las legislaciones suelen otorgarle un régimen de protección. Los regímenes de protección salarial suelen contemplar varios aspectos: a) el sistema de pago del salario, generalmente se estipula que el salario debe ser pagado en dinero efectivo, directamente al trabajador y dentro de determinados lapsos, durante la jornada y en el lugar de trabajo. b) el desarrollo del principio de libre disponibilidad del salario, estableciendo límites a la posibilidad de que el empleador establezca en las empresas, tiendas o economatos o que imponga a los trabajadores descuentos, compensaciones o amortizaciones de deudas. c) el carácter privilegiado del salario frente a otras deudas del empleador, estableciéndose la forma de hacer valer judicialmente ese privilegio, especialmente en los procesos concursales. d) la inembargabilidad e inejecutabilidad del salario. Es de observar que algunas de estas normas protectoras pueden extenderse a créditos no salariales.

Otro de los temas relacionados con el salario que tiene gran importancia es el de la participación del trabajador en los beneficios económicos o utilidades de la empresa. La participación en los beneficios o utilidades de la empresa, es una consecuencia de la concepción que sostiene que la producción generada por ésta se lleva a cabo en virtud de la acción de dos factores igualmente importantes: el capital y el trabajo, motivo por el cual ambos deben participar de los beneficios logrados, sin que la participación del trabajo pueda limitarse al salario convenido, pues éste es un costo de producción y no forma parte de los beneficios de la actividad económica de la empresa, a los cuales ambos factores

productivos deberían tener acceso. En América Latina, esta concepción, inicialmente postulada por la Constitución mexicana de 1.917, se expandió a otros países bajo la influencia de dicha Constitución y de la doctrina social de la Iglesia Católica, muy particularmente de la encíclica *Quadragesimo Anno* del Papa Pío XI. Los textos constitucionales que consagran el derecho de los trabajadores a participar en los beneficios económicos de la empresa suelen hacerlo mediante declaraciones generales. El tratamiento de los problemas particulares que plantea esta institución suele dejarse a la regulación legislativa. Así, el concepto de beneficios líquidos, la determinación y control del monto distribuible, la oportunidad del pago, las empresas exceptuadas, los pagos sustitutivos de los beneficios y los mecanismos para evitar el fraude en su cálculo, entre ellos el empleo del concepto del grupo de empresas como unidad económica. En este sentido hay que señalar como excepción a la Constitución mexicana, con su tendencia reglamentista característica.

63. El salario ha sido objeto de regulación por parte de las normas internacionales.

La Carta Americana de Garantías Sociales, O.E.A.1948, dice:

“Artículo 2: Considérense como básicos en el derecho social de los países americanos los siguientes principios: (...) d) A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador.”

“SALARIO

Artículo 8. Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo fijado periódicamente con intervención del Estado y de los trabajadores y empleadores, suficiente para cubrir las necesidades normales de su hogar en el orden material, moral y cultural, atendiendo a las modalidades de cada trabajo, a las particulares condiciones de cada región y de cada labor, al costo de la vida, a la

aptitud relativa de los trabajadores y a los sistemas de remuneración de las empresas.

Igualmente se señalará un salario mínimo profesional en aquellas actividades en que el mismo no estuviere regulado por un contrato o convención colectivo.”

“Artículo 9. Los trabajadores tienen derecho a una prima anual, graduada según el número de días trabajados en el año.”

“Artículo 10: El salario y las prestaciones sociales en la cuantía que determine la Ley, son inembargables, excepto cuando se trate de las prestaciones alimenticias a que fuere condenado el trabajador.

El salario debe pagarse en efectivo, en moneda legal. El valor del salario y de las prestaciones sociales, constituyen un crédito privilegiado en casos de quiebra o concurso civil del empleador.”

“Artículo 11: Los trabajadores tienen derecho a participar en las utilidades de las empresas en que prestan sus servicios, sobre bases de equidad, en la forma y cuantía y según las circunstancias que determine la Ley.”

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, O.E.A. 1948, dice:

“Derecho al trabajo y a una justa retribución.

Artículo XIV: (...) Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.”

La Declaración Universal de los Derechos humanos, O.N.U. 1948, dice

“Artículo 23:

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

2. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una

existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U., 1966, dice en su artículo 7. a. b:

“Artículo 7:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

b) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; (...)”

La Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A. 1986, dice:

“Artículo 15.

Todo individuo tendrá derecho a trabajar en condiciones justas y satisfactorias, y recibirá igual paga por igual trabajo.”

La O.I.T. ha aprobado diversas normas internacionales en materia de salario:

1. Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos,
2. Recomendación sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (Núm. 30)
3. Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951 (Núm. 99)
4. Recomendación sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951 (Núm. 89)

- Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (Núm. 26)
5. Recomendación sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (Núm. 30).
 6. Sobre la protección del salario, 1949 (Núm. 95)
 7. Recomendación sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951 (Núm. 89)
 8. Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (Núm. 131)
 9. Recomendación sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (Núm. 135)
 10. Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (Núm. 173)
 11. Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (Núm. 180)

64. En Iberoamérica veinte de las veintiuna constituciones contienen disposiciones relativas al salario. La excepción es Chile. Las mismas se refieren fundamentalmente a los aspectos arriba indicados como lo son derecho a un salario justo, protección del salario, salario mínimo, participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa y principio de igual salario por trabajo de igual valor.

Las constituciones de veinte países iberoamericanos contienen disposiciones relativas al salario. Varias de ellas establecen el derecho fundamental a un salario justo y equitativo. (Argentina; Bolivia, art. 46.I.1; Costa Rica; Ecuador, arts. 33 y 328; Guatemala, art. 102.2; Haití, art. 35.1; Perú, art. 24; República Dominicana art. 62.9; Uruguay) Otras hablan del derecho a un salario digno (Ecuador, art 328; Paraguay; Portugal; República Dominicana, art. 629; Venezuela, art. 87) o de un

salario suficiente o satisfactorio (Bolivia, art. 46.I.1; Costa Rica, Ecuador art. 328; El Salvador, art. 38.2; España; Honduras, art. 128.5; México, art. 123.A.VI; Paraguay; Perú, art. 24; República Dominicana, art. 62.9; Venezuela, art. 91).

Varias constituciones iberoamericanas consagran normativas relativas a la protección del salario. Esta protección va desde establecer que el pago oportunamente (Ecuador, art. 328; Venezuela, art. 91), la obligación de que sea pagado en moneda de curso legal (El Salvador, art.38.4; Guatemala, art. 102.4; Honduras, art. 128.3; México, art. 123.A.X; Nicaragua, art. 82.2; Venezuela, art. 91) y la prohibición de hacer descuentos o retenciones (Brasil, art 7.X; México, art. 123.A.VIII; Ecuador, art. 328; El Salvador, art.38.3), hasta el establecimiento de su inembargabilidad (Bolivia, art. 48 IV; El Salvador, art. 38.3; Ecuador, art. 328; Guatemala, art. 102.5; México, art. 123.A VIII; Nicaragua, art. 82.3 y Venezuela, art. 91) y la atribución a los créditos salariales de determinados privilegios en relación a otros créditos (Bolivia, art. 48 IV; El Salvador, art. 38.4; Ecuador, art 328; Honduras, art. 128.4; México, art. 123.A XXIII; Perú, art. 24, Venezuela, art. 92). Las constituciones de Honduras, art. 128.5; Nicaragua, art. 82.3 y Panamá, art. 66, limitan la inembargabilidad al salario mínimo. En dos constituciones la protección del salario se formula en términos muy generales (Brasil, Portugal).

Otro de los derechos salariales regulados por los textos constitucionales es el relativo al salario mínimo. Cuatro de ellas (Bolivia, art. 49. II; Paraguay; Perú, art. 24 y República Dominicana, art. 62.7) se limitan a establecer el derecho a un salario o remuneración mínima. Cinco (Brasil art. 7.IV.c; Costa Rica; Honduras, Art. 128.5; Panamá, art. 66 y México art. 123.A VI) hacen referencia a la necesidad de que el salario mínimo sea suficiente. Diez constituciones (Argentina; Brasil, art. 7.IV;

Costa Rica; El Salvador, art. 38.2; Ecuador, art. 328; Guatemala, Art. 102.6; Honduras, art. 128.5; Panamá, art. 66; Portugal y Venezuela, art. 91) establecen la periodicidad de la fijación de los salarios mínimos, lo cual supone su ajuste en función del costo de la vida. La Constitución ecuatoriana, art. 328, establece que el salario mínimo debe ser fijado por el Estado, mientras que las de Honduras, art. 128.5; Perú, art. 24 y México art. 123.A VI, señalan que su fijación debe hacerse de manera tripartita, con participación del Estado y las organizaciones de empleadores y trabajadores. Las otras constituciones dejan a la Ley el método de fijación de los salarios mínimos. Es de observar que trece de los veintiún países iberoamericanos (Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Portugal y Uruguay) ratificaron el Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970, Núm. 131, que establece que para el establecimiento, aplicación y modificación de los mecanismos de fijación de salarios mínimos, se consulte exhaustivamente con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, o, cuando dichas organizaciones no existan, con los representantes de los empleadores y de los trabajadores interesados.

La Constitución de Brasil, art. 7. IV, dispone que el salario mínimo debe ser único para todo el país, mientras que las de El Salvador, art. 38.2; Honduras, art. 128.5 y México art. 123.A.VI prevén su fijación por sectores económicos o regiones.

En Iberoamérica nueve constituciones contienen normas sobre la participación de los trabajadores en los beneficios económicos de la empresa. Las constituciones de Bolivia, art. 49 II; Brasil, art. 7.XI; Ecuador, art. 328; Panamá, art. 65; Perú, art. 29; República Dominicana, art. 62.7 y Venezuela, art. 91 se limitan a establecer el derecho de los trabajadores a participar en los beneficios. Por el contrario la Constitución mexicana, art. 123.A IX, contiene una

detallada regulación que comprende aspectos tales como la determinación, por parte de una comisión tripartita, del porcentaje de utilidades que deba repartirse; la fijación del interés razonable del capital y de la necesaria reinversión de capitales; la determinación de empresas exceptuadas; el empleo de la renta gravable conforme a la ley de Impuesto sobre la Renta para determinar el monto de las utilidades de una empresa. La constitución mexicana especifica que el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades no implica la facultad de intervenir en la dirección o administración de las empresas.

La constitución argentina no se limita a establecer el derecho a la participación en los beneficios, sino que consagra igualmente el derecho al control de la producción y a colaborar en la dirección, mientras la Constitución de Brasil, art. 7.XI, establece la participación en la gestión sólo como una posibilidad excepcional conforme a lo que determine la Ley.

Por su parte la constitución de Honduras, Art. 137, no establece propiamente un derecho a la participación, pues se limita a decir que *“El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”*.

Las constituciones de Argentina; Costa Rica; El Salvador, art. 38.1, Ecuador, art. 326.4; Guatemala, art. 102.3; Haití, art. 35.2; Honduras, art. 128.3; México art. 123.A VII; Nicaragua art. 82.1; Panamá art. 67; Paraguay; Portugal; República Dominicana art. 62.9 y Venezuela art. 91 establecen, con diversidad de términos, el principio de la igualdad del salario.

III.2. Derecho a una jornada máxima de trabajo, tiempo de descanso y vacaciones remuneradas.

Argentina, art. 14 bis; Bolivia, art. 49 II; Brasil, art. 7.XII a 7.XVII; Colombia, art. 53; Costa Rica, arts. 58 y 59; Cuba,

art.46; El Salvador, art. 38. 6, 7.8, 9 y 10; España, art. 40.2; Guatemala, art. 102.7, 8 y 9; Haití, art. 35.1; Honduras, art. 128. 1, 2.7, 8.9 y 10; México, art. 123.A. I, II y III; Nicaragua, art. 82.5; Panamá, art. 70; Paraguay, art. 91; Perú, art. 25; Portugal, art. 59.1.d; República Dominicana, art. 62.7; Uruguay, art.54; Venezuela, art. 90 (20 países).

65. La regulación del tiempo de trabajo y, correlativamente, la del tiempo de descanso, ha sido uno de los temas más importantes en la historia del Derecho del Trabajo. Durante siglos la luz solar fue el elemento determinante de la duración de la jornada de trabajo: se trabajaba de día y se descansaba de noche. Eso daba lugar, especialmente en los países de cuatro estaciones, a que las jornadas del verano fueran muy largas y las del invierno, más cortas. Durante la revolución industrial, el apremio por el aumento de la producción, por una parte y, por la otra las tecnologías que permitieron la iluminación artificial, dieron lugar a un aumento de la jornada de trabajo. Jornadas de doce y hasta catorce horas diarias se hicieron frecuentes. Un informe francés de 1840 refería que en la industria textil en Mulhouse las jornadas de trabajo podían llegar hasta dieciocho horas incluso para niños de cinco a diez años de edad y que sobre cien niños nacidos en familias de obreros textiles tan sólo veintisiete llegaban a la edad de diez años¹⁹⁷.

Como se ha dicho, el trabajo industrial del Siglo XIX se fue estructurando en un marco caracterizado, por una parte, por los bajos salarios, largas jornadas y pésimas condiciones de ambiente laboral. Una de las principales reivindicaciones de la lucha del movimiento obrero que se genera como reacción

197 Pierre JACCARD. *Histoire Sociale du Travail*. Citado por Rafael ALFONZO GUZMÁN. *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*. Contemporánea de ediciones. Caracas 1987. Tomo III, p. 367.

ante esa situación, fue la lucha por la limitación de la jornada de trabajo. Emblema paradigmático de esta lucha es el movimiento de protesta del 1 de mayo de 1886 en la ciudad de Chicago y la posterior ejecución de varios de sus líderes. Esta fecha ha sido adoptada como Día del Trabajo en la mayoría de los países del mundo

Entre las primeras medidas que los estados liberales burgueses dictaron en protección del trabajo, presionados por los movimientos obreros y deseosos de ofrecer alternativas diferentes a la destrucción del capitalismo, tienen que ver, precisamente, con la limitación del tiempo de trabajo. Así, en Inglaterra se estableció la jornada de 10 horas en 1847. En Francia se estableció la jornada de 10 horas en 1848, pero ese mismo año se aumentó legalmente a 12 horas.

66. La duración de la jornada de trabajo ha sido objeto de regulación por parte de las normas internacionales.

La reducción de la jornada fue un tema reiterado en las primeras reuniones internacionales sobre el trabajo. Así en la conferencia de Berlín de 1890, en las conferencias de Berna en 1906 y 1913 y, en fin, en la conferencia de Versalles que dio nacimiento a la Organización Internacional del Trabajo, cuyo primer convenio fue sobre horas de trabajo en la industria, el cual estableció el principio general de la jornada de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, limitación que se fue extendiendo a la generalidad de los países europeos y americanos a lo largo de las primeras décadas del siglo XX.

La Carta Americana de Garantías Sociales, O.E.A.1948, dice:

“JORNADA DE TRABAJO, DESCANSOS Y VACACIONES.

Artículo 12

La jornada ordinaria de trabajo efectivo no debe exceder de 8 horas diarias, o de 48 semanales. La duración máxima de la jornada en

labores agrícolas, ganaderas o forestales, no excederá de 9 horas diarias o de 54 semanales. Los límites diarios podrán ampliarse hasta una hora cada uno, siempre que la jornada de uno o varios días de la semana tenga una extensión inferior a las indicadas, sin perjuicio de lo dispuesto sobre descanso semanal. La jornada nocturna y la que se cumpla en tareas peligrosas o insalubres, será inferior a la diurna.

La limitación de la jornada no se aplicará en los casos de fuerza mayor.

Las horas suplementarias no excederán de un máximo diario y semanal. En los trabajos que por su propia naturaleza son peligrosos o insalubres, no se podrá exceder el límite de la jornada con horas suplementarias.

La legislación de cada país determinará la extensión de las pausas que habrán de interrumpir la jornada cuando atendiendo a razones biológicas, el ritmo de las tareas así lo exija y las que deberán mediar entre dos jornadas.

Los trabajadores no podrán exceder el límite de la jornada prestando servicios al mismo u otro empleador.

El trabajo nocturno y el que se efectúe en horas suplementarias dará derecho a una remuneración extraordinaria.

Artículo 13

Todo trabajador tiene derecho a un descanso semanal remunerado en la forma que fije la Ley de cada país.

Los trabajadores que no gocen del descanso en los días indicados en el párrafo anterior, tendrán derecho a una remuneración especial por los servicios que presten en esos días y a un descanso compensatorio.

Artículo 14

Los trabajadores tendrán igualmente derecho a descanso remunerado en los días feriados civiles y religiosos que señale la Ley, con las excepciones que la propia Ley determine en consideración a las mismas razones que justifican el trabajo en los días de descanso hebdomadario. Los que no gocen del descanso en estos días, tienen derecho a una remuneración especial.

Artículo 15

Todo trabajador que acredite una prestación mínima de servicios durante un lapso dado, tendrá derecho a vacaciones anuales remuneradas, en días hábiles, cuya extensión se graduará en proporción al número de años de servicios. Las vacaciones no podrán compensarse en dinero y a la obligación del empleador de darlas, corresponderá la del trabajador de tomarlas.”

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, O.E.A., 1948, dice:

“Derecho al descanso y a su aprovechamiento

Artículo XV: Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico.”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos., O.N.U. 1948, dispone:

“Artículo 24

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

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U. 1966, dice:

“Artículo 7: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

(...) d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.”

La Convención Sobre Derechos del Niño, O.NU.1989, estableció:

“Artículo 32

Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

(...) b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;”

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E, 2007, se dice:

“ARTÍCULO 31.- Condiciones de trabajo justas y equitativas.

(...) 2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.”

La O.I.T ha aprobado diversas normas sobre tiempo de trabajo:

1. Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (Núm. 1)
2. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (Núm. 4)
3. Recomendación sobre el trabajo nocturno de las mujeres (agricultura), 1921 (Núm. 13)
4. Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (Núm. 14)
5. Recomendación sobre el descanso semanal (comercio), 1921 (Núm. 18)
6. Recomendación sobre la utilización del tiempo libre, 1924 (Núm. 21)

7. Convenio sobre el trabajo nocturno (panaderías), 1925 (Núm. 20)
8. Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (Núm. 30)
9. Recomendación sobre las horas de trabajo (hoteles, etc.), 1930 (Núm. 37)
10. Recomendación sobre las horas de trabajo (teatros, etc.), 1930 (Núm. 38)
11. Recomendación sobre las horas de trabajo (hospitales, etc.), 1930 (Núm. 39)
12. Convenio sobre las fábricas de vidrio, 1934 (Núm. 43)
13. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (Núm. 41)
14. Convenio (revisado) sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1935 (Núm. 46)
15. Convenio sobre las cuarenta horas, 1935 (Núm. 47)
16. Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (fábricas de botellas), 1935 (Núm. 49)
17. Recomendación sobre las vacaciones pagadas, 1936 (Núm. 47)
18. Recomendación sobre las vacaciones pagadas, 1936 (Núm. 47)
19. Recomendación sobre las cartillas de control (transporte por carretera), 1939 (Núm. 63)
20. Recomendación sobre el trabajo nocturno (transporte por carretera), 1939 (Núm. 64)
21. Recomendación sobre los métodos para reglamentar las horas de trabajo (transporte por carretera), 1939 (Núm. 65)
22. Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (obras públicas), 1936 (Núm. 51)
23. Recomendación sobre las vacaciones pagadas, 1936 (Núm. 47)

24. Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (industria textil), 1937 (Núm. 61)
25. Recomendación sobre las cartillas de control (transporte por carretera), 1939 (Núm. 63)
26. Recomendación sobre los métodos para reglamentar las horas de trabajo (transporte por carretera), 1939 (Núm. 65)
27. Recomendación sobre el descanso (conductores de coches particulares), 1939 (Núm. 68)
28. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 (Núm. 89)
29. Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (Núm. 101)
30. Recomendación sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (Núm. 93)
31. Recomendación sobre las vacaciones pagadas, 1954 (Núm. 98)
32. Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (Núm. 106)
33. Recomendación sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (Núm. 103)
34. Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962 (Núm. 116)
35. Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (Núm. 132)
36. Convenio sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera), 1979 (Núm. 153)
37. Recomendación sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera), 1979 (Núm. 161)
38. Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990 (Núm. 171)
39. Recomendación sobre el trabajo nocturno, 1990 (Núm. 178)

40. Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (Núm. 175)
41. Recomendación sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (Núm. 182)

67. Algunas constituciones iberoamericanas se limitan a establecer que la jornada debe ser limitada, con lo cual los términos de tal limitación quedan a cargo de la legislación ordinaria. Es el caso de las constituciones de Argentina; Bolivia (art. 49.II); España; Portugal; República Dominicana y Uruguay. En términos muy genéricos la constitución colombiana establece el derecho al “descanso necesario”

Otras constituciones, contrariamente, optan por precisar el límite de la jornada. Así, las constituciones de Cuba, art. 46; México, art. 123.A. I y Nicaragua establecen la jornada máxima de ocho horas diarias. Las de Costa Rica, art. 58; Panamá; Paraguay y Perú, fijan una jornada máxima de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales, mientras que las de Brasil Art. 7.XIII; El Salvador Art. 38.6; Guatemala, art 102.7; Honduras, art. 128.1 y Venezuela establecen la jornada máxima de ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales. Sólo algunas de estas constituciones regulan la duración del trabajo nocturno y el de menores. Las constituciones de México, art. 123.A II y Panamá establecen una jornada nocturna máxima de siete horas diarias. Las constituciones de Costa Rica, art. 58; Guatemala, art. 102.7 y Honduras, art. 128.1, establecen una jornada nocturna máxima de seis horas diarias y treinta y seis semanales. La de Venezuela establece una jornada nocturna máxima de siete horas diarias y de treinta y cinco horas semanales. La Constitución de El Salvador, art. 38. 6, dice que la jornada nocturna será inferior, pero no específica el número de horas que comprenderá. En similar orientación se encuentra la Constitución de Paraguay.

Las Constituciones de Guatemala y de Honduras, art. 128.1, establecen una jornada de 7 horas diarias y cuarenta y dos semanales para la jornada mixta.

La Constitución de Brasil, Art.7.XIV, establece la jornada de seis horas para el trabajo realizado en turnos ininterrumpidos de alternancia, salvo negociación colectiva.

La Constitución de Honduras, art. 128.2, establece que a ningún trabajador se podrá exigir el desempeño de labores que se extiendan a más de doce horas en cada período de veinticuatro horas sucesivas, salvo los casos calificados por el Ley.

La jornada de trabajo de menores sólo está regulada `por las constituciones de El Salvador, art. 38.1 (seis horas diarias y 34 semanales); Honduras, art. 128.1, (seis horas diarias y treinta y seis horas semanales), México, art. 123.A IV (seis horas diarias) y de Panamá, siendo de observar de que en esta última constitución se dice que la jornada de menores entre 14 y 18 años “podrá ser reducida” a seis horas. Las constituciones de El Salvador, art. 38.8; Guatemala, art. 102.7 y Panamá establecen que las horas trabajadas por encima de la jornada máxima tendrán un recargo sobre el salario de la jornada ordinaria, quedando a la ley la determinación del monto de ese recargo. Las constituciones de Brasil, art. 7.XVI y de Costa Rica, art. 58, especifican que ese recargo será del 50%, mientras que la de México, art. 123.A XI establece que será del 100%.

Las Constituciones de Guatemala, art. 102.7 y Honduras, art. 128, prevén que la ley pueda establecer excepciones en la duración de las jornadas.

Las constituciones de Chile. Cuba y de Ecuador no tienen disposiciones relativas a la jornada máxima.

En cuanto a las vacaciones, las constituciones de Argentina; Bolivia, art. 49II; España; Nicaragua; Panamá; Portugal; República Dominicana y Venezuela se limitan a establecer el derecho

a las vacaciones, con lo cual la determinación de su oportunidad y duración queda a cargo de la legislación. Por su parte las constituciones de Cuba, Brasil (Art.7.XVII), El Salvador, art. 38.9; Haití art. 35.1; Honduras, art.128.8; Paraguay y Perú establecen que las vacaciones deber ser anuales, pero no fijan su duración. Las constituciones Costa Rica, art. 59; Guatemala, art. 102.9 y México 123.III, además de fijar la oportunidad anual para su disfrute y pago, establecen su duración mínima (de dos semanas, quince y veinte días, respectivamente).

Las constituciones de El Salvador, art. 46.9, de Guatemala, art. 102.9 y de Honduras, art. 128.8, establecen la obligatoriedad del disfrute efectivo de las vacaciones.

Las constituciones de Cuba (Art. 46) y España (Art. 40.2) establecen la obligación del Estado de promover instalaciones o centros para el disfrute de las vacaciones.

La Constitución de El Salvador, art. 45, prevé que la ley pueda establecer para los trabajadores agrícolas y domésticos regulaciones diferentes en materia de jornadas, vacaciones y descansos.

Las constituciones de Colombia, Chile, Ecuador y Uruguay no contienen disposiciones relativas a las vacaciones. La Constitución mexicana sólo regula el derecho a las vacaciones de los trabajadores del Estado, a quienes corresponden no menos de veinte días al año.

El derecho a disfrutar descanso está consagrado en términos genéricos en las constituciones de Argentina; Bolivia, art. 49 II; Colombia; España; Haití; Paraguay y República Dominicana. Las constituciones de Cuba; Brasil, art. 7.XV; Nicaragua; Perú; Portugal; Uruguay y Venezuela consagran el derecho al descanso semanal, sin indicar cuanto tiempo dura el descanso. En cambio, las constituciones de Costa Rica, art. 59; El Salvador, art. 38.7, Guatemala, art. 102.8; Honduras art. 128 .9 y 128.10 y

México, art. 123. IV, disponen que se debe descansar un día por semana. La Constitución de Panamá establece el derecho al descanso semanal, pero precisa que será la Ley la que “*podrá establecer el descanso semanal remunerado de acuerdo con las condiciones económicas y sociales del país y el beneficio de los trabajadores.*”

Las constituciones de El Salvador, art. 38.7; de Guatemala, art. 102.8, de Honduras, art. 128.9 y Nicaragua, establecen igualmente el descanso para los días de asueto o feriados.

Las constituciones de Chile y Ecuador no contienen disposiciones relativas al descanso semanal

III.3. Protección a la estabilidad en el trabajo.

Argentina, art. 14 bis; Bolivia, art. 49 III; Brasil, art. 7.I; Colombia, art. 53; Costa Rica, Art. 63; El Salvador, art. 38.11; Guatemala, art. 102.16 y 102. 20; Honduras, arts. 128.11 y 129; México, art. 123.A XXII; Nicaragua, art. 82.6; Panamá, art. 74; Paraguay; arts. 89 y 94; Perú, art. 27; Portugal, art. 53; Venezuela, art. 93 (14 países).

68. La relación de empleo nace cuando un empresario percibe que necesita de la contribución la actividad de una persona para poder continuar adecuadamente su gestión empresarial. Es en ese momento cuando el empresario se decide a contratar una persona y establece con ella una relación de trabajo. Es por ello que, desde una óptica estrictamente empresarial, parecería lógico que cuando desaparece esa necesidad, o cuando la persona contratada, por cualquier razón, no coadyuva adecuadamente a satisfacerla, el empresario debería ser libre para poner fin a esa relación laboral. Desde el punto de vista del trabajador las cosas no son así. Para él, el salario que obtiene de esa relación tiene carácter vital; del mismo depende su subsistencia y la de su familia. En

consecuencia, desde esa óptica, no parece justo que el empresario pueda, a su libre voluntad, ponerle fin a la relación de trabajo, privándolo de su salario y, en consecuencia, causando la pérdida del medio de subsistencia de él y de su familia. La contradicción entre estas dos ópticas constituye uno de los puntos más álgidos de la contradicción de intereses entre capital y trabajo. Ha sido por ello uno de los puntos más intensos del debate generado en torno a la regulación jurídica del trabajo. Tradicionalmente el Derecho del trabajo le ha dado una importancia fundamental a la estabilidad en el trabajo. César Carballo Mena dice: *“La estabilidad en el empleo se erige en condición de eficacia del propio Derecho del Trabajo: sin aquélla resultará imposible garantizar al trabajador la igualdad, la integridad, la dignidad y la libertad que dicha disciplina jurídica impulsa en el plano de las relaciones de trabajo”*¹⁹⁸.

Mucho antes Mario De La Cueva había escrito: *“Son muchas y muy hermosas las consecuencias que emanan de la estabilidad en el trabajo y hacen de ella uno de los principios sin los cuales no podría construirse el derecho del trabajo”*¹⁹⁹.

Las legislaciones laborales le dieron diversas formas a la concreción normativa del principio general de estabilidad en el empleo, pero, en términos generales, pueden distinguirse dos sistemas: a) la estabilidad absoluta, que prescribe la nulidad de los despidos injustificados o sin causa y establece que, en consecuencia, aquellos trabajadores que hayan sido objeto de este tipo de despidos tendrán derecho a ser reintegrados a su puesto de trabajo. b) la estabilidad relativa que permite que en los casos de despidos sin causa los mismos pueden determinar la extinción de la relación de trabajo si los empleadores pagan al trabajador

198 César Augusto CARBALLO MENA, Régimen de estabilidad en el empleo, Revista Derecho del Trabajo, N° 15, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2013, pp. 63 y 64.

199 Mario DE LA CUEVA, ob. cit, en nota 189.

afectado una indemnización, adicional al concepto que le corresponde como una prestación de fin de servicio. En algunos sistemas la opción de escoger entre la reinstalación en el puesto de trabajo o la indemnización le corresponde al trabajador, en otros al empleador. Aparte de lo relacionado con las limitaciones al despido, el principio de estabilidad en el empleo se ha manifestado legislativamente en institutos como la limitación de la contrataciones temporales, las suspensiones prolongadas la relación de trabajo y la continuidad de la relación de trabajo en casos de sustitución de patronos.

69. La protección a la estabilidad en el empleo ha tenido escasa regulación en las normas internacionales.

La Carta Americana de Garantías Sociales, O.E.A.1948, dice:

“ESTABILIDAD

Artículo 19:

La Ley garantizará la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y las justas causas de separación. Cuando el despido injustificado surta efecto, el trabajador tendrá derecho a una indemnización.”

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dice:

“ARTÍCULO 30.- Protección en caso de despido injustificado

Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.”

La O.I.T ha aprobado tres normas sobre la protección de la estabilidad en el empleo:

1. Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119)

2. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)
3. Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166)

70. En Iberoamérica las constituciones de catorce países contienen normas relativas a la estabilidad laboral. Las constituciones de Colombia y Nicaragua se limitan a establecer que se protegerá la estabilidad en el empleo. La de Venezuela, además, establece, en términos generales, que la Ley limitará los despidos no justificados, lo cual hacen con igual generalidad, en relación al despido arbitrario, las constituciones de Argentina y Perú. De una manera más específica, las constituciones de Bolivia y Panamá prohíben el despido injustificado. La Constitución de Paraguay, art. 89, prohíbe el despido de la mujer embarazada y durante el posterior descanso de maternidad. La de Panamá extiende esta inamovilidad hasta un año después de que la mujer se incorpora al trabajo después del parto. La de Honduras, art. 128.11, dice que la mujer no puede ser despedida durante el embarazo ni después del parto. Las constituciones de Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Paraguay permiten el despido sin causa cuando se paga una indemnización. En Honduras, art. 129, y México el trabajador puede optar entre solicitar el reintegro al puesto de trabajo o el pago de una indemnización. En México, en casos excepcionales, se puede conceder la opción al empleador.

La Constitución venezolana sanciona con la nulidad los despidos contrarios su texto.

III.4. Derecho a la formación profesional.

Bolivia, art. 49 II; Colombia, art. 53 y Art.54; Costa Rica, art. 67; Ecuador, art. 329; El Salvador, art. 40; España, art. 40.2; Honduras, art. 140; México, art. 123.A. XIII; Nicaragua, art. 85;

Panamá, art. 75 y art. 76; Paraguay, art. 87; Perú, art. 23; Portugal, art. 58 2. C; República Dominicana, art. 62.3. (14 países)

71. El derecho a la educación ha sido considerado, desde hace décadas, dentro de los denominados derechos humanos de segunda generación. El derecho a la formación o capacitación profesional, que de algún modo forma parte del derecho a la educación, ha sido objeto de una consideración específica algo más tardíamente. En el campo de Derecho laboral no se la había dado mucha relevancia a la formación profesional. Mario Garmendia Arigón, estudioso del tema, dice:

“Tradicionalmente los juristas no habían demostrado mayor inclinación hacia el abordaje del tema, seguramente debido a que no se alcanzaba apreciar con facilidad los puntos de contacto que el mismo mantiene con el trabajo. Por otra parte, resulta poco frecuente que en la práctica profesional el abogado advierta las situaciones en las que están en juego cuestiones relacionadas con la formación profesional.”

Para luego señalar:

“Sin embargo, los últimos tiempos han sido testigos de un notorio cambio de rumbo a este respecto, al punto de que ya no resultan tan extrañas las reflexiones jurídicas en torno a la formación profesional. La crisis del desempleo ha determinado que la formación profesional comenzara a adquirir una dimensión relevante como instrumento paliativo de dicha crisis y si bien no es correcto atribuirle capacidad autosuficiente para combatir este flagelo social, su consideración ya no puede omitirse en ninguna política que pretenda ser eficaz en la materia. También influyen en el ánimo de los juristas las corrientes que, revalorizando la jerarquía y eficacia superlativa de los derechos humanos, ubican a la formación profesional dentro del elenco de los mismos, sea por su vertiente derivada del derecho a la educación, sea o por la que se desprende de los derechos vinculados al trabajo”²⁰⁰.

200 Mario GARMENDIA ARIGÓN, Derecho del Trabajo y Formación, O.I.T.-CINTERFOR, Montevideo, 2003

Otro aspecto que contribuyó a la importancia que el tema de la formación profesional ha cobrado en el campo de las ciencias jurídicas laborales tiene que ver con el impacto que en el mundo del trabajo ha tenido la vertiginosa innovación tecnológica vivida a partir de las últimas décadas del Siglo XX. Américo Pla Rodríguez señala: *“Cada vez es más notoria la importancia de la formación profesional en una época en que se producen transformaciones tecnológicas tan importantes en todas las ramas del quehacer humano y dentro de una sociedad donde el conocimiento es la verdadera fuente del poder”*²⁰¹. Y es que la realidad generada por la innovación tecnológica requiere que el trabajador debe estar en capacidad de participar en procesos de análisis y de toma de decisiones y de realizar tareas diferenciadas, incluso en diferentes departamentos, de allí que le sean exigidas calificaciones “polivalentes”, mucho más complejas que las requeridas cuando su función le obligaba solamente a tareas repetitivas, lo cual le da más relevancia a los procesos de formación profesional, que deben caracterizarse por ser flexibles, polivalentes y diseñados en función de las necesidades profesionales del mercado, con participación de las entidades encargadas de la educación y del trabajo, conjuntamente con los representantes de empleadores y trabajadores.

Las nuevas tecnologías que cambian dinámicamente y que suelen exigir complejas cualificaciones al personal que trabaja con ellas, requieren de procesos de formación profesional igualmente dinámicos que permitan al trabajador adaptarse a los constante cambios en su actividad laboral. Estas exigencias determinan que a las empresas les corresponda en la realidad

201 Américo PLA RODRÍGUEZ, Prólogo a la obra Legislación comparada sobre formación profesional. Una visión desde los convenios de la O.I.T. Mario GARMENDIA ARIGON, O.I.T.-CINTENFOR, Montevideo, 2000, p.9

actual un papel importante en la formación profesional, porque de la eficacia con que ésta se lleve a cabo depende en buena parte el que puedan afrontar exitosa y competitivamente los desafíos que les presenta la constante innovación tecnológica.

72. La formación profesional ha sido regulada por las normas internacionales.

La Carta Americana de Garantías Sociales, O.E.A.1948, dice:

“Artículo 4: Todo trabajador tiene derecho a recibir educación profesional y técnica para perfeccionar sus aptitudes y conocimientos, obtener de su trabajo mayores ingresos y contribuir de modo eficiente al desarrollo de la producción. A tal efecto, el Estado organizará la enseñanza de los adultos y el aprendizaje de los jóvenes, de tal modo que permita asegurar la enseñanza efectiva de un oficio o trabajo determinado, al par que provea su formación cultural, moral y cívica.”

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, O.N.U. 1948, dice:

“Artículo 26: Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.”

La Carta Social Europea, C.E. 1966, establece:

“Artículo 1. Derecho al trabajo para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo.

Las partes contratantes se comprometen:

(...) 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.”

“Artículo 9. *Derecho a la orientación profesional.*

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la orientación profesional, las partes contratantes se comprometen a establecer o facilitar, según se requiera, un servicio que ayude a todas las personas, incluso los minusválidos, a resolver los problemas que plantea la elección de una profesión o la promoción profesional, teniendo en cuenta las características del interesado y su relación con las posibilidades del mercado de empleo; esta ayuda deberá ser prestada gratuitamente tanto a los jóvenes, incluidos los niños en edad escolar, como a los adultos.”

“Artículo 10. *Derecho de formación profesional.*

Para afianzar el ejercicio efectivo del derecho de formación profesional, las partes contratantes se comprometen:

- 1. A asegurar o favorecer, según se requiera, la formación técnica y profesional de todas las personas, incluidos los minusválidos, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores, y a arbitrar medios que permitan el acceso a la enseñanza técnica superior y a la enseñanza universitaria, con base únicamente en el criterio de la aptitud individual.*
- 2. A asegurar o favorecer un sistema de aprendizaje y otros sistemas de formación de los jóvenes de ambos sexos en sus diversos empleos.*
- 3. A asegurar o favorecer, según se requiera:*
 - a. Servicios apropiados y fácilmente accesibles para la formación de trabajadores adultos.*
 - b. Servicios especiales para la reconversión profesional de trabajadores adultos requerida por el desarrollo técnico o por un cambio de tendencias en el mercado de trabajo.*
- 4. A alentar la plena utilización de los servicios previstos, y ello mediante medidas adecuadas tales como:*
 - a. La reducción o la supresión del pago de cualesquiera derechos y gravámenes.*

b. La concesión de una asistencia financiera en los casos en que proceda.

c. La inclusión, dentro de las horas normales de trabajo, del tiempo dedicado a los cursos suplementarios de formación seguidos por el trabajador, durante su empleo, a petición de su empleador.

d. La garantía, por medio de un control adecuado, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores, de eficacia del sistema de aprendizaje y de cualquier otro sistema de formación para trabajadores jóvenes y, en general, de la adecuada protección a los trabajadores jóvenes.”

“Artículo 15. *Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social.*

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las partes contratantes se comprometen:

1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U., 1966, dice:

“Artículo 6:

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

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, establece:

“ARTÍCULO 14.- Derecho a la educación.

1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.”

La Organización internacional del Trabajo ha adoptado las siguientes normas:

1. Recomendación sobre la enseñanza técnica (agricultura), 1921 (Núm. 15);
2. Recomendación sobre la enseñanza profesional (edificación), 1937 (Núm. 56);
3. Recomendación sobre la formación profesional, 1939 (Núm. 57);
4. Recomendación sobre el aprendizaje, 1939 (Núm. 60);
5. Recomendación sobre la orientación profesional, 1949 (Núm. 87);
6. Recomendación sobre la formación profesional (adultos), 1950 (Núm. 88);
7. Recomendación sobre la formación profesional (agricultura), 1956 (Núm. 101);
8. Recomendación sobre la formación profesional, 1962 (Núm. 117);
9. Recomendación sobre los programas especiales para los jóvenes, 1970 (Núm. 136);
10. Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974 (Núm. 140);
11. Recomendación sobre la licencia pagada de estudios, 1974 (Núm. 148);
12. Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975 (Núm. 142).

13. Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975 (Núm. 150).

14. Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos, 2004 (Núm. 195)

73. Catorce constituciones iberoamericanas tratan el tema de la formación profesional. La mayoría de ellas establecen de manera general responsabilidades del Estado en esta materia, empleando expresiones diversas (impulsar, promover, establecer) en la manera de formular tal responsabilidad. Así, las constituciones de Costa Rica, Ecuador, España, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana. La Constitución colombiana es más categórica pues, después de establecer en términos generales a “la formación,” como un principio mínimo fundamental (Art. 53), precisa que “es obligación del Estado ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieren” (Art. 54). Las constituciones de Nicaragua, Panamá, Art. 75 y Perú se orientan en el mismo sentido de establecer expresamente la obligación estatal de proporcionar formación. En el caso panameño la obligación se extiende a proporcionar capacitación sindical, art. 76. Por su parte, la Constitución de México remite a las empresas la obligación de proporcionar a sus trabajadores capacitación o adiestramiento, de manera que la Constitución limita la participación del Estado en esta materia a la promulgación de las leyes que la regulen. En términos muy generales la Constitución boliviana se limita a señala que la ley regulará lo relativo a la capacitación y formación profesional.

La Constitución de El Salvador dispone que *“se establece un sistema de formación profesional para la capacitación y calificación de los recursos humanos, cuyos alcances, extensión y forma deben ser regulados por la Ley”*. Establece, asimismo, que el contrato de aprendizaje será regulado por la ley, con el objeto de asegurar al

aprendiz enseñanza de un oficio, tratamiento digno, retribución equitativa y beneficios de previsión y seguridad social

III.5. Protección del trabajo de las mujeres y de la maternidad.

Bolivia, arts. 45 V y 48 VI; Brasil, arts. 6 y 7.XVIII y 7. XX; Costa Rica, art. 71; Colombia, art. 53; Ecuador, art. 332; El Salvador, arts. 38.10 y 42; Guatemala, art. 102.11; Honduras, arts. 128 6 y 128.11; México, art. 123.A. V; Panamá, arts.70 y 72; Paraguay, art. 89; Portugal, art. 59.2.c.; Uruguay, art. 54. Venezuela, arts. 76 y 88 (14 países).

74. Desde la antigüedad el trabajo femenino se llevaba a cabo en sectores muy particulares como el trabajo doméstico, el agrícola y el textil artesanal. La revolución industrial generó una incorporación masiva de mujeres al trabajo industrial. Eso se explica, por una parte, porque el esfuerzo físico para operar la máquina era relativamente menor que el requerido para el trabajo manual tradicional. Por otra parte, tratándose de una fuerza emergente de trabajo, las mujeres estaban dispuestas a trabajar por salarios menores que los que devengaban los trabajadores masculinos adultos. Este aumento del trabajo femenino fue muy notable en las industrias textiles, que consideran que las manos femeninas, además de ser más baratas, tenía más habilidad que las masculinas para el manejo de las máquinas que empleaba la industria. En un censo realizado en Gran Bretaña en 1839, se revelaba que de 419.560 obreros 242.296 eran mujeres y 192.887 eran menores de 18 años. Solo el 23 % eran hombres adultos.²⁰² El trabajo de las mujeres, con

202 Luis ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO y Guillermo CABANELLAS de TORRES, Tratado de Política Laboral y Social, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1972, Tomo

jornadas laborales fatigantes y salarios bajos, constituyó una de las causas de explotación laboral más graves generadas en el Siglo XIX por la revolución industrial. Como consecuencias negativas particulares del trabajo femenino puede señalarse el descuido en la crianza de los hijos, la afectación especial que algunas tareas y condiciones de trabajo comportan para el cuerpo femenino, especialmente en condiciones de embarazo y post parto.

La lucha por mejorar las condiciones del trabajo de las mujeres coincide con el movimiento feminista que busca cambios en la condición jurídica de la mujer, en su derecho a participar en las elecciones políticas y a ejercer funciones importantes en la función pública y en el sector privado y, en general, en la situación discriminatoria que padecían las mujeres.

Las primeras leyes protectoras del trabajo femenino en el siglo XIX se dieron en Inglaterra en 1842 (ley de trabajo en las minas, que prohibió el trabajo subterráneo de mujeres) y en 1844, ley sobre jornada máxima, que fijó en 10 horas y media la jornada de trabajo máxima de la mujer. En Francia la protección del trabajo femenino se inicia en 1849 y en Alemania con el Código Industrial de 1890. Desde el punto de vista de su capacidad jurídica y otros derechos civiles, los mismos comienzan a ser reconocidos a la mujer muy avanzado el siglo XX.

75. La acción internacional favoreció la tendencia a tutelar el trabajo de las mujeres. Así, en 1890 la Conferencia de Berlín recomendó la prohibición de las labores subterráneas para las mujeres, el descanso de cuatro semanas después del parto, prohibición de ocuparlas en actividades insalubres o peligrosas; prohibición de trabajo nocturno para mujeres

II, p. 468.

entre 16 y 21 años de edad, jornada máxima de once horas, interrumpidas por descansos que sumaran noventa minutos. En 1906 la Conferencia de Berna aprobó un convenio sobre la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, el cual fue el primer convenio internacional del trabajo, anterior a la creación de la O.I.T. La tercera conferencia de Berna en 1916 recomendó la jornada máxima de diez horas para mujeres y menores de 16 años.

La Carta Americana de Garantías Sociales, O.E.A.1948, dice:

“TRABAJO DE LA MUJER

Artículo 18

Es prohibido, en general, a las mujeres el trabajo nocturno en establecimientos industriales públicos o privados y en labores peligrosas o insalubres, salvo el caso en que sólo sean empleados los miembros de una misma familia, el de fuerza mayor que lo haga necesario, el de las mujeres que desempeñan empleos de dirección o responsabilidad que normalmente no requieran un trabajo manual y en otros casos expresamente previstos por la Ley.

Se entiende por establecimientos industriales y por labores peligrosas o insalubres, los que definan la Ley o las convenciones internacionales de trabajo.

Las excepciones referentes al descanso hebdomadario contenidas en las legislaciones de cada país, no podrán aplicarse a las mujeres.”

La declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, O.E.A. 1948, estableció:

“Artículo 7 – Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.”

La Declaración Universal de los derechos del hombre, O.N.U. 1945, dice:

“Artículo 25

(...) 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U. 1966, establece:

“Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ”

“Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

(...) 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, O.N.U. 1979, dice:

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo

a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;

c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;

d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la

familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

La Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A. 1.981, establece:

“Artículo 18:

(...) 3. El Estado se hará responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño tal como se estipulan en las declaraciones y convenios internacionales.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (U.E. 2007) dice:

“ARTÍCULO 23.- Igualdad entre mujeres y hombres:

La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.”

La O.I.T. ha aprobado una serie de normas en relación al trabajo de las mujeres y a la protección de la maternidad:

1. Convenio sobre la protección de la maternidad (núm3), 1919;

2. Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres (Núm. 4), 1919;
3. Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres (Núm. 41), 1934;
4. Convenio sobre el trabajo subterráneo de las mujeres (Núm. 45), 1944;
5. Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres (Núm. 89), 1948;
6. Protocolo 89 de 1990 relativo al Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres (Núm. 89), 1948;
7. Convenio sobre protección de la maternidad (Núm. 103), 1952;
8. Convenio sobre protección de la maternidad (Núm. 183), 2000.
9. Recomendación sobre protección de la maternidad (agricultura) (Núm. 12), 1921;
10. Recomendación sobre el trabajo nocturno de las mujeres (Núm. 13), 1921;
11. Recomendación sobre protección de la maternidad (Núm. 95), 1952;
12. Recomendación sobre protección de la maternidad (Núm. 191), 2000.
13. Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para la trabajadoras, 1975.
14. Resolución relativa a un plan de acción con miras a promover la igualdad de trato para las trabajadoras, 1975;
15. Resolución relativa a la igualdad de oportunidades e igual tratamiento de hombres y mujeres en el empleo, 1984.

También tiene mucho que ver con esta normativa tutelar del trabajo femenino los convenios y recomendaciones sobre igualdad y no discriminación, mencionados en el número 56 de este capítulo.

María Laura Hernández Sierralta destaca que en el proceso regulador de la O.I.T. en relación con el trabajo de la mujer se pueden distinguir tres etapas:

“En la primera etapa las normas son esencialmente protectoras de la mujer de la maternidad y comportan, en cierta forma, una regulación restrictiva del trabajo femenino. En la segunda etapa las normas proclaman la igualdad de las condiciones laborales entre mujeres y hombres, se eliminan muchas normas que establecían restricciones al trabajo femenino y las tutelas especiales se orientan fundamentalmente al tema de la maternidad. Finalmente, en la tercera etapa encontramos normas que, por una parte, enfatizan el fomento de la igualdad entre trabajadores y trabajadoras y la prohibición de la discriminación por razones de sexo y, por la otra, amplían la protección a la maternidad e incorporan la protección laboral de los trabajadores masculinos con responsabilidades familiares”²⁰³.

En general, estas tres etapas pueden distinguirse en las legislaciones de la mayoría de los países.

76. Las constituciones de catorce países iberoamericanos contienen normas relativas a la maternidad o a la protección del trabajo femenino. Las constituciones de Brasil, arts. 6 y 7 XX; Colombia; Costa Rica; Ecuador y Guatemala y Honduras, art. 128.6 y Uruguay Venezuela, art.88, contienen declaraciones generales sobre la protección del trabajo femenino. Las constituciones de Bolivia, art. 45.V; Brasil, art. 7 XVIII; Colombia; Ecuador; El Salvador, art. 42; Guatemala; Honduras, art. 128.11; México; Panamá, art. 72; Paraguay, Portugal y Venezuela, art. 76 contienen normas que establecen especialmente la protección de la maternidad y del embarazo. Todas ellas, salvo las de Portugal, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Venezuela,

203 María Laura HERNÁNDEZ SIERRALTA, La mujer en el derecho del trabajo. De la protección al fomento de la igualdad, en Derecho del Trabajo, Numero 9, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2010, p.78.

que están redactadas en términos muy genéricos, establecen la obligatoriedad de un descanso remunerado antes y después del parto. Las constituciones de Ecuador; Guatemala; Honduras, art. 128.11, y México establecen, además, el derecho al descanso por lactancia. Las constituciones de Bolivia, art. 48.6; Ecuador; El Salvador, art. 42; Honduras, art. 128.11; México; Panamá, art. 72 y Paraguay prohíben el despido de la mujer embarazada. Las de Bolivia y Panamá prolongan ese derecho a la inamovilidad hasta un año después del parto y la de Paraguay hasta el vencimiento del descanso de maternidad. La Constitución de Honduras prolonga la inamovilidad hasta después del parto, pero sin establecer un lapso de duración de la misma.

Las constituciones de Guatemala y de México establecen, en términos muy similares, que no se le debe exigir a la mujer embarazada ningún trabajo que requiera esfuerzo que ponga en peligro su gravedad.

La Constitución de El Salvador, art. 38.10, y la de Panamá, art. 70, prohíben el trabajo de las mujeres en labores insalubres o peligrosas.

III.6. Trabajo de menores.

Brasil, art. 7.XXIII; Colombia, art. 53; Costa Rica, art. 71; El Salvador Art. 38.10; Guatemala 102 12; Honduras Art. 128.7; México, Art. 123.A. II, III y XI; Nicaragua 84; Panamá, art. 70; Portugal, art. 59.2.c., Uruguay, art. 54; Venezuela, art. 89 (12 países).

77. El trabajo infantil se convirtió en un grave problema con ocasión de la revolución industrial. Con anterioridad a la misma era frecuente que los menores prestasen servicios ayudando a sus familiares, especialmente en tareas domésticas y agrícolas. La introducción de la máquina, que requería para su

manejo un esfuerzo físico relativamente menor que el requerido por el trabajo manual, conjuntamente con el hecho de que los menores eran pagados con un menor salario, generó niveles de ocupación no vistos antes de menores en los establecimientos industriales. Un censo realizado en fábricas algodoneras en Lancashire, Inglaterra (1830) arrojó que el 37% de los trabajadores eran menores de 16 años y que el 5,3% eran menores de once años. Los menores, además de tener salarios más bajos que los de los adultos, eran sometidos a largas jornadas de trabajo, lo cual les impedía atender su necesaria formación escolar. El trabajo infantil genera consecuencias muy negativas como la alta morbilidad, la afectación negativa del desarrollo físico y la vulneración del proceso educativo.

Entre las primeras medidas tomadas en protección del trabajo, figuran las destinadas a regular el trabajo de menores. Disposiciones que hoy nos parecen contentivas de normas explotadoras, fueron en su momento muestras importantes del inicio de una preocupación por regular el trabajo infantil. Así, en Inglaterra, en 1802 se prohibió el trabajo nocturno de menores de diez años en la industria textil y en 1841 se estableció una edad mínima para trabajar de ocho años. En Italia en 1843 se estableció la edad mínima de nueve años y en Rusia en 1853 la edad mínima de diez años. En Francia en 1813 se prohibió el trabajo de menores de diez años en las minas y en 1841 se estableció la edad mínima de ocho años.

La consolidación del Derecho del Trabajo en el planeta ha supuesto el desarrollo de una serie de normas tutelares del trabajo infantil que regulan aspectos tan variados como la edad mínima, la capacidad para contratar, las actividades prohibidas o restringidas, el control médico, la jornada de trabajo, las vacaciones y el descanso semanal, la compatibilización entre actividad laboral y educación y los controles administrativos aplicables. Al mismo tiempo, tanto

los organismos internacionales como los gobiernos han desarrollado programas de erradicación del trabajo infantil, con los cuales el papel de los estados pasó de un tratamiento puramente jurídico del problema a la formulación de políticas que comprenden los aspectos económicos, sociales y educativos. Estos programas y políticas han generado una reducción importante del trabajo infantil, la cual ha sido especialmente notable en América Latina.

78. La acción internacional favoreció la tendencia a tutelar el trabajo de los menores. Así, en 1890 la Conferencia de Berlín recomendó una edad mínima de 12 años en los países nórdicos y 10 en los países meridionales de Europa, obligatoriedad de la instrucción primaria, prohibición de trabajo nocturno y dominical para menores de 14 años y prohibición de ocupaciones insalubres o peligrosas. Años más tarde, en 1913, la tercera Conferencia de Berna recomendó la edad mínima de 14 años, la prohibición del trabajo nocturno en la industria de los menores de 16 años y la jornada máxima de diez horas para mujeres y menores de 16 años.

El trabajo infantil ha sido objeto de regulación por parte de las normas internacionales.

La Carta Americana de Garantías Sociales, O.E.A.1948, dice:

“TRABAJO DE MENORES.

Artículo 16:

Los menores de 14 años y los que habiendo cumplido esa edad, sigan sometidos a la enseñanza obligatoria en virtud de la legislación nacional, no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo. Las autoridades encargadas de vigilar el trabajo de estos menores podrán autorizar su ocupación cuando lo consideren indispensable para la subsistencia de los mismos, o de sus padres o hermanos y siempre que ello no impida cumplir con el mínimo de instrucción obligatoria.

La jornada de los menores de 16 años no podrá ser mayor de 6 horas diarias o de 36 semanales, en cualquier clase de trabajo.

Artículo 17:

Es prohibido el trabajo nocturno y en las labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años; las excepciones referentes al descanso hebdomadario contenidas en la legislación de cada país, no podrán aplicarse a estos trabajadores.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U. 1966, dice:

“Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

(...)3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dispone:

“ARTÍCULO 32.- Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo

Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para

su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación.”

La O.I.T. ha adoptado diversas normas sobre el trabajo de menores:

1. **Convenios sobre la edad mínima:** En la industria 1919 (Núm. 5), revisado en 1937 (Núm. 59); en trabajos marítimos 1920 (Núm. 7), 1921 (Núm.15), 1936 (Núm.58), 1959 (Núm. 112); en trabajos no industriales 1932 (Núm. 33), revisado en 1937 (Núm. 60); en la agricultura 1921 (Núm. 10); en trabajos subterráneos 1965 (Núm. 123).
2. **Recomendaciones sobre la edad mínima:** En trabajos no industriales 1932 (Núm. 41); empresas familiares 1937 (Núm. 52); en minas de carbón 1953 (Núm. 96); en trabajo subterráneo 1965 (Núm. 123).
3. **Convenios sobre el trabajo nocturno de los menores:** En la industria 1919 (Núm. 6), revisado en 1948 (Núm. 90); en trabajos no industriales 1946 (Núm. 79).
4. **Recomendación sobre el trabajo nocturno de los menores:** (trabajos no industriales) 1946 (Núm. 80).
5. **Convenios sobre el examen médico de los menores:** En el trabajo marítimo, 1921 (Núm. 16); en la industria, 1946 (Núm.77); en trabajos no industriales 1946 (Núm. 78); trabajo subterráneo 1965 (Núm.124).
6. **Recomendación sobre el examen médico de los menores,** 1946 (Núm. 80).
7. **El convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo,** 1973 (Núm. 138).
8. **La recomendación sobre la edad mínima de admisión al empleo,** 1973 (Núm. 146).
9. **El convenio sobre las peores formas de trabajo infantil,** 1999 (Núm. 182).

79. Las constituciones de doce países iberoamericanos contienen normas relacionadas con el trabajo de menores. Las constituciones de Colombia, Costa Rica, Honduras y Nicaragua, Paraguay y Portugal contienen una declaración general en el sentido de que se dará protección especial a trabajadores menores de edad, incluyendo la de Nicaragua a los adolescentes. Una declaración similar contiene la Constitución de Venezuela, sólo que, curiosamente, se refiere sólo a los adolescentes y no a los menores.

Las constituciones de Brasil, El Salvador, Guatemala y Panamá prohíben el trabajo de menores de catorce años. La de El Salvador prohíbe el trabajo de menores que superen los 14 años pero que no hayan concluido la enseñanza obligatoria. La de México prohíbe el trabajo de menores de quince años, Art. 123.A. III y la de Honduras el trabajo de menores de dieciséis años. La Constitución de Guatemala prohíbe ocupar a menores en trabajos incompatibles con su capacidad física o que pongan en peligro su formación moral. No obstante las constituciones de El Salvador y de Honduras prevén que podrá autorizarse su ocupación cuando se considere indispensable para la subsistencia de los mismos o de su familia, siempre que ello no les impida cumplir con el mínimo de instrucción obligatoria.

El trabajo en labores insalubres o peligrosas, así como en horas nocturnas está prohibido por las constituciones de El Salvador (para menores de 18 años), de México, art. 123.A. A.II (para menores de 16 años y hace referencia al trabajo nocturno industrial) y de Panamá (menores de 18 años para labores insalubres y menores de 16 años para el trabajo nocturno).

La Constitución de El Salvador establece una jornada laboral diaria de seis horas y treinta y cuatro semanales como máximo para los menores de 16 años; la de Honduras establece una jornada máxima de seis horas diarias y treinta semanales

para menores de 17 Años, la de México, art. 123.A.III, una jornada máxima de seis horas diarias para trabajadores entre 15 y 16 años, estableciendo una prohibición de trabajar horas extraordinarias para menores de 16 años, Art. 123.A.XI y la de Panamá establece que se podrá reducir a siete horas diarias la jornada de menores entre 14 y 18 años.

Las constituciones de Brasil, El Salvador, Guatemala, y Panamá establecen prohibición de que los menores trabajen en actividades insalubres, peligrosas o nocturnas. La de Nicaragua prohíbe el trabajo de los menores en labores que puedan afectar su desarrollo normal o su ciclo de instrucción obligatoria.

IV. DERECHOS COLECTIVOS.

IV.1. Derecho a la libertad sindical.

Argentina, art. 14 bis; Bolivia, art 51 I a VII y Art. 52; Brasil, art. 8; Colombia, art. 39; Costa Rica, art. 60; Chile, art. 19.19; Ecuador, art. 326.7.8, 9 y art. 326.8; El Salvador, art. 47; España, art. 28.1; Guatemala, art. 102.18; Haití, art. 35.3.4; Honduras, art. 128.14; México, art. 123.A. XVI y XXII bis; Nicaragua, art. 87; Panamá, art. 68; Paraguay, art. 96; Perú, art. 28.1; Portugal, art. 55; República Dominicana, art 62.3; Venezuela, Art. 95 (20 países).

80. La libertad de asociación profesional no fue siempre considerada como un derecho humano. En las clásicas declaraciones de derechos humanos, proclamadas en Inglaterra, Estados Unidos y Francia no se hace mención al derecho de trabajadores y empleadores a organizarse para defender sus intereses. Antes, por el contrario, el sistema liberal individualista establecido a raíz de la revolución francesa condenó como contraria a la libertad de trabajo a toda agrupación que, de alguna manera, interfiriera en

la libre concertación individual de voluntades entre el patrono y el trabajador para la fijación de las condiciones de trabajo.

Finalizada la primera guerra mundial en el Tratado de Versalles, que dio nacimiento a la Organización Internacional del Trabajo, se señala entre los objetivos de la misma el de la “afirmación del principio de la libertad sindical” y proclamó, en su artículo 427 “el derecho de asociación para todos los fines que no sean contrarios a las leyes, así para los obreros, como para los patronos” Posteriormente la O.I.T. acordó importantes normas relativas a la libertad sindical a las cuales me referiré de seguidas.

En el siglo XX la libertad sindical como derecho fundamental encontró reconocimiento en importantes instrumentos internacionales y en las legislaciones nacionales de la mayoría de los países.

En los estudios sobre libertad sindical se suele señalar que ésta puede enfocarse desde un punto de vista individual y desde un punto de vista colectivo. Individualmente comprende un aspecto de orden positivo, el derecho de organizar sindicatos y de afiliarse a sindicatos ya constituidos y un aspecto de orden negativo, el derecho de abstenerse e, incluso de negarse a afiliarse a un determinado sindicato. Es de observar que este último aspecto se encuentra restringido por la existencia de las denominadas “cláusulas sindicales”, cuya validez ha sido aceptada –aun con limitaciones- en muchos países y las cuales tienden a otorgar tratamientos preferenciales a los trabajadores sindicalizados. Desde el punto de vista colectivo, la libertad sindical supone el derecho de las asociaciones profesionales para constituirse libremente y para actuar con autonomía, sin interferencias del Estado, de patronos o de trabajadores que no formen parte de ellas ni de otras asociaciones profesionales, partidos políticos, ni ninguna otra persona o entidad pública o privada.

La libertad sindical es una premisa para la existencia de un sistema de relaciones laborales institucionalizadas, en el cual los interlocutores sociales, trabajadores y empleadores, se reconocen mutuamente el derecho de constituir organizaciones profesionales capaces de negociar y establecer, dentro del marco jurídico laboral vigente, las condiciones en que llevarán a cabo las relaciones de trabajo. En una sociedad sin libertad sindical se produce o la hegemonía absoluta de una clase social sobre otra o el imperio autoritario de la voluntad estatal. Una y otra fórmula es contraria a los fines de equidad y justicia social que persigue el Derecho del Trabajo.

La libertad sindical, más que un derecho es un conjunto de libertades o derechos que tiene diversas manifestaciones, pero que coinciden en la necesidad de proteger a las asociaciones profesionales, y a los empleadores y trabajadores —muy especialmente a éstos últimos— de una serie de factores que pueden llegar a constituir elementos de interferencia para su libre acción en las relaciones laborales. En este sentido puede señalarse que la libertad sindical integra un sistema de protección a la libre acción de los trabajadores y empleadores ante las injerencias que puedan llevar a cabo el Estado, los empleadores y trabajadores individualmente considerados, las organizaciones políticas y las propias asociaciones profesionales.

La importancia adquirida por el principio de libertad sindical ha determinado la existencia de importantes normas internacionales y nacionales, al punto que la mayoría de las constituciones modernas la consagran como uno de los derechos humanos fundamentales, a cuya observancia está obligado el Estado, las denominadas sociedades intermedias y los particulares. Este rango constitucional adquirido por la libertad sindical, tiene una especial significación en cuanto al alcance de las garantías que el Estado ofrece al ejercicio de la

misma, las cuales son obviamente mayores por tratarse de un derecho constitucional.

81. El derecho de libertad sindical es regulado por diversas normas internacionales.

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, O.E.A. 1.948, dice:

“DERECHOS DE ASOCIACION

Artículo 26

Los trabajadores y empleadores sin distinción de sexo, raza, credo o ideas políticas, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, que, a su vez, puedan federarse entre sí. Estas organizaciones tienen derecho a gozar de personería jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus derechos. Su suspensión o disolución no puede imponerse sino en virtud de procedimiento judicial adecuado.

Las condiciones de fondo y de forma que se exijan para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales no deben coartar la libertad de asociación.

La formación, funcionamiento y disolución de federaciones y confederaciones estarán sujetos a las mismas formalidades prescritas para los sindicatos.

Los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el período de su elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa, calificada previamente por la autoridad competente.”

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, O.E.A. 1948, dice:

“Derecho de asociación.

Artículo XXII: Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden

político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, O.N.U. 1948, establece:

“Artículo 23

(...) 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, C.E.1950, dispone:

“Artículo 11. Libertad de reunión y de asociación.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado.”

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, dice:

“Artículo 22.

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del

orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.”

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, O.N.U. 1966, dice:

“Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. *El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.*

3. *Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.”*

La Carta Social Europea, C.E. 1996, dispone:

“Artículo 5. Derecho sindical.

Para garantizar o promover la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas organizaciones, las partes contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla. Igualmente, el principio que establezca la aplicación de estas garantías a los miembros de las fuerzas armadas y la medida de su aplicación a esta categoría de personas deberán ser determinados por las leyes y reglamentos nacionales.”

“Artículo 19. Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra parte contratante, las partes contratantes se comprometen:

1. *A garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las maneras que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por Leyes o Reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber:*

(...) *b) Afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos.*”

La Declaración Socio Laboral de Mercosur, 1998, dice:

“Libertad de asociación.

Artículo 8º.- Todos los empleadores y trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a esas organizaciones, de conformidad con las legislaciones nacionales vigentes.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar, mediante dispositivos legales, el derecho a la libre asociación, absteniéndose de cualquier injerencia en la creación y gestión de las organizaciones constituidas, además de reconocer su legitimidad en la representación y la defensa de los intereses de sus miembros.

Libertad sindical.

Artículo 9º.- Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo.

Se deberá garantizar:

a) la libertad de afiliación, de no afiliación y de desafiliación, sin que ello comprometa el ingreso a un empleo o su continuidad en el mismo;

b) evitar despidos o perjuicios que tengan como causa su afiliación sindical o su participación en actividades sindicales;

c) el derecho a ser representados sindicalmente, conforme a la legislación, acuerdos y convenciones colectivos de trabajo vigentes en los Estados Partes.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dice:

“ARTÍCULO 12.- Libertad de reunión y de asociación.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los

ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.”

La Organización Internacional del Trabajo ha adoptado importantes normas en materia de libertad sindical:

1. Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (Núm. 11);
2. Convenio sobre el derecho de asociación (territorios no metropolitanos), 1947 (Núm. 84);
3. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (Núm. 87);
4. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (Núm. 98);
5. Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (Núm. 91)
6. Recomendación N° 113 sobre la consulta. Ramas de actividad económica y ámbito nacional, 1960 (Núm. 113)
7. Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (Núm. 135);
8. Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (Núm. 143);
9. Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (Núm. 141);
10. Recomendación sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (Núm. 149);
11. Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (Núm. 151);
12. Recomendación sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (Núm. 159).
13. Convenio sobre la negociación colectiva, 1981, (Núm 154)

14. Recomendación sobre la negociación colectiva, 1981
(Núm. N° 163)

82. Diecinueve países iberoamericanos regulan la libertad sindical en sus constituciones. Algunas constituciones establecen la libertad de organización sindical sin decir de manera expresa si la misma corresponde tanto a trabajadores como a empleadores (Argentina, Chile, España, Haití y Perú) Otras constituciones expresamente o implícitamente establecen la libertad sindical como un derecho correspondiente a ambos sujetos (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, El Salvador, Honduras, México, Art. 123 A. XVI, Panamá, Paraguay). Bolivia prevé normas sobre libertad sindical para los trabajadores, Art. 51 y normas sobre libertad sindical para los empleadores, Art. 52. La Constitución boliviana, Art. 52, reconoce expresamente el derecho a la libre asociación empresarial; establece que el Estado garantizará el reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones empresariales, así como las formas democráticas organizativas empresariales, de acuerdo con sus propios estatutos; reconoce las instituciones de capacitación de las organizaciones empresariales. Y dispone que el patrimonio de las organizaciones empresariales, tangible e intangible, es inviolable e inembargable, lo cual también se establece en relación a los sindicatos de trabajadores, Art. 51.

Las constituciones de Guatemala, Nicaragua, Portugal, República Dominicana y Venezuela se refieren únicamente a la libertad sindical de los trabajadores, razón por la cual en esos países las organizaciones profesionales de empleadores pueden existir y funcionar con base en el derecho general a la libertad de asociación contemplado en tales constituciones.

La denominada libertad sindical negativa, es decir el derecho a no afiliarse a un sindicato o a desafilarse de aquél al que se estuviere afiliado está establecido por las constituciones

de Brasil, Chile, Ecuador, España, Haití, Nicaragua, Paraguay, Portugal y Venezuela.

Las constituciones de Argentina, Bolivia, art 51; Colombia; Chile; El Salvador; Guatemala; Panamá y Paraguay disponen que el reconocimiento o personería jurídica de los sindicatos se obtiene con la sola inscripción del mismo en el registro creado al efecto. La Constitución de Brasil establece que la ley no podrá exigir autorización del Estado para la fundación de un sindicato, salvo el registro en el órgano competente. La de Bolivia, Art. 51, dispone que los sindicatos gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de organizarse y ser reconocidos por sus entidades matrices, es decir de las federaciones o confederaciones de las cuales formen parte.

Las constituciones de Bolivia, Art. 51; Colombia; Brasil; El Salvador; Guatemala; Nicaragua; Portugal y Venezuela establecen garantías a la estabilidad laboral de los representantes sindicales y para que puedan ejercer adecuadamente sus funciones. En Guatemala la garantía está limitada a la etapa de constitución del sindicato. En Bolivia, Art. 51; Colombia; Ecuador; España; Paraguay; Perú; Portugal; República Dominicana y Venezuela se exige el carácter democrático de los sindicatos.

En Bolivia, Art. 51; Brasil; Costa Rica; El Salvador; Panamá; Haití y Honduras las constituciones señalan cuales son las finalidades que deben tener los sindicatos. En Portugal la Constitución otorga a las asociaciones sindicales amplias facultades de participación en la vida social, teniendo derecho a participar en la elaboración de la legislación del trabajo; en la gestión de las instituciones de seguridad social y otras organizaciones que se propongan satisfacer los intereses de los trabajadores; a dar su opinión en los planes económicos y sociales y supervisar su implementación y a estar representados en los órganos de conciliación social, de conformidad con la ley.

En Colombia, España y Paraguay se excluye de la sindicalización a las fuerzas armadas.

Las constituciones de Colombia, El Salvador, Panamá y Venezuela establecen restricciones para la disolución de los sindicatos.

La Constitución de Bolivia, Art. 51; dispone que las trabajadoras y los trabajadores por cuenta propia tienen el derecho a organizarse para la defensa de sus intereses.

La Constitución de Uruguay contiene una curiosa disposición que no proclama propiamente la libertad sindical, sino que dispone que La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, *acordándoles franquicias* y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Se ha interpretado la expresión “franquicias” como “facilidades” que la ley puede acordar a los sindicatos y, en esa orientación, la Ley 17.940 de 2006 vino a establecer una serie de facilidades como lo son la licencia sindical remunerada, la retención de la cuota sindical, las facilidades para el ejercicio de la actividad sindical y la libre distribución de información sindical en las empresas.

Algunas constituciones establecen disposiciones que pueden ser consideradas restrictivas de la libertad sindical. Así, el principio de pluralidad sindical está restringido en Brasil y Ecuador. En Brasil la Constitución prohíbe la creación de más de una organización sindical, en cualquier grado, representativa de una categoría profesional o económica, en la misma base territorial, la cual será definida por los trabajadores o empleados interesados. En Ecuador la Constitución establece que para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización. El principio de no discriminación está limitado en Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá, cuyas constituciones exigen que los directivos sindicales tengan la nacionalidad del respectivo país.

En Chile y en Haití las constituciones prohíben a los sindicatos actividades políticas, lo cual puede determinar limitaciones en el papel que corresponde a estas organizaciones como actores sociales. En Venezuela la Constitución señala que los y las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales estarán obligados a hacer declaración jurada de bienes, obligación que en general corresponde a los funcionarios públicos, más no a los directivos de unas organizaciones privadas como lo son los sindicatos.

Es de observar que, no obstante la profusión de normas constitucionales que la proclaman y protegen, la libertad sindical experimenta serias limitaciones en América Latina, en unos países más que en otros. Por ello no es de extrañar que, en general, en la región exista un bajo índice de afiliación sindical. Según cifras de la O.I.T., para 2014 los países con mayor porcentaje de afiliación sindical eran Bolivia con 39,1%, Uruguay con el 30,3 %, Argentina con 27,7 %. Para 2016, el índice afiliación en El Salvador era del 19%, en Chile del 19,6% y en Brasil del 18,9%. Los países de más baja afiliación sindical son Guatemala con el 2, 6 %, Nicaragua con el 5,3% y Perú con el 5,7%. En Colombia, Costa Rica, Panamá, República Dominicana y México la tasa de afiliación se ubica entre el 9% y el 12 %. En Venezuela no existen estadísticas confiables.

IV.2. Derecho a la huelga.

Argentina, Art. 14 bis; Bolivia, Art. 53; Brasil, Art. 9; Colombia, Art. 56; Costa Rica, Art. 61; Chile, Art. 19.16; Ecuador, Art. 326.14; El Salvador, Art. 48; España, Art.28.2 y 37.2; Guatemala, Art. 104; Haití, Art. 35.5; Honduras, Art. 128.13; México, Art. 123.A. XVII. XVIII; Nicaragua, Art. 83; Panamá, Art. 69; Paraguay, Art. 98; Perú, Art. 28.3; Portugal, Art. 57; República Dominicana, Art. 62.6; Uruguay, Art.57; Venezuela, Art. 97 (20 países).

83. Desde siempre la huelga ha tenido una existencia fáctica, la cual es anterior a su regulación por parte del Derecho. Se trata simplemente de una manifestación de protesta, típicamente colectiva, mediante la cual un grupo, por acuerdo voluntario o por imposición, se abstiene de cumplir su deber a fin de influenciar sobre sujetos que se afectan por esa abstención y a los cuales se quiere presionar para obtener de ellos una determinada conducta. Concebida en términos tan generales, la huelga es un fenómeno social que se produce dentro de la vida colectiva, independientemente de que cumpla o no los requerimientos que establezcan las legislaciones laborales vigentes en las sociedades en cuales ocurre. Lo que es más, tal fenómeno no siempre está vinculado a lo laboral, pues además de la típica y hoy tradicional huelga de trabajadores dependientes, quienes no lo son pueden igualmente abstenerse de cumplir su deber con fines de protesta.

Si bien es cierto que la huelga como fenómeno social es de vieja data, no lo es menos que sus repercusiones en la colectividad, por ser muy aisladas, durante mucho tiempo no fueron objeto de una especial atención del Estado. Fue con ocasión de la profunda agitación social producida con motivo de la revolución industrial cuando el Estado vino a ocuparse de la huelga. Dentro de un contexto caracterizado por la existencia de condiciones degradantes de trabajo los trabajadores apelaron al recurso de la huelga en una medida tal que causó la alarma de los grupos dominantes. Éstos, influidos por la ideología liberal predominante a partir de la revolución francesa, consideraron que la huelga era incompatible con el ejercicio de la libertad individual y violatoria del dogma de la autonomía de la voluntad. Así, se colocó el hecho de la huelga dentro de un marco de antijuridicidad que fue posteriormente utilizado por los códigos penales liberales para establecer la huelga como un tipo delictivo. Aun

cuando la evolución jurisprudencial y legislativa fue descartando el concepto de la huelga como delito, el proceso ha sido lento y difícil y es posible registrar la supervivencia de una pesada carga ideológica derivada de tal concepción.

La penalización de la huelga fue una reacción “primitiva” del Estado y de la burguesía contra el incipiente movimiento obrero que luchaba contra las desfavorables condiciones de trabajo generadas por el sistema liberal individualista a raíz de la revolución industrial. Pero esta reacción no fue mantenida en forma duradera. Una conjunción de factores sociales, políticos, ideológicos y comerciales favoreció un cambio de la actitud del Estado en esta materia. Fueron los países europeos los primeros en abandonar la concepción de la naturaleza delictiva de la huelga, pero lo hicieron en términos que se limitaron a establecer una exclusión de la criminalidad, es decir, la eliminación de sanciones penales para aquellos trabajadores que, en el ejercicio del libertad genérica de trabajo, acordasen no prestar sus servicios a aquellos empleadores que no se avienen a sus exigencias. Tales trabajadores, sin embargo, quedaban sujetos a la responsabilidad civil y laboral derivada de su incumplimiento. Por ello, la despenalización de la huelga y su consideración legal como una libertad no constituyó una verdadera garantía para su ejercicio, ya que los huelguistas fueron considerados como incursos en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sujetos no sólo a la pérdida de su empleo, al cual se consideraba que habían abandonado, sino al pago de las indemnizaciones derivadas de dicho incumplimiento.

El deseado equilibrio entre los poderes del empleador y el derecho del trabajador a participar en la determinación de su condiciones de trabajo, para así lograr un tratamiento más equitativo y acorde con los principios de la justicia social, sólo se logra cuando la huelga pasa a ser un derecho específico

de los trabajadores y no una simple manifestación negativa de la libertad de trabajo, derecho éste constitucional o legalmente consagrado y provisto de una envoltura protectora capaz de garantizar eficazmente su ejercicio. Este paso lo da por primera vez en la historia el constituyente mexicano en Querétaro, en 1917. La consagración del derecho de huelga se fue extendiendo paulatinamente, primero en América y luego en Europa, hasta tener hoy día, no sin excepciones, una configuración universal.

84. El derecho a la huelga ha sido objeto de regulación por las normas internacionales.

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, O.E.A. 1948, dice:

“DERECHO DE HUELGA.

Artículo 27:

Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La Ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio”

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U. 1966, dice:

“Artículo 8:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

(...) d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.”

La Carta Social Europea, C.E. 1996, dice:

“Artículo 6.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las partes contratantes se comprometen:

(...) Y reconocen:

(...) 4. *El derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor.*”

El protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para asegurar los Derechos Económicos Sociales y Culturales, O.E.A.1988, dispone:

“Artículo 8: Derechos sindicales.

Los Estados Partes garantizarán:

El derecho a la huelga.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, establece:

“ARTÍCULO 28.- Derecho de negociación y de acción colectiva.

Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.”

La situación de la regulación de la huelga en la normativa de la O.I.T, es bastante particular. El derecho de huelga no es expresamente mencionado por el Convenio Núm. 87 (1948) sobre libertad sindical ni en ninguna otra norma de la Organización. No obstante ello, tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos en Aplicación de Recomendaciones y Convenios siempre opinaron que este derecho está implícito en la garantía que el Convenio Núm. 87 establece para que las organizaciones de trabajadores y de empleadores puedan organizar su administración y sus actividades y el de

formular su programa de acción. Este criterio nunca había sido objetado ni en la plenaria ni en la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo. A raíz del derrumbe del bloque soviético los empleadores comenzaron a objetar el criterio de los órganos de control y opinaron que el derecho de huelga no está incluido dentro de las garantías establecidas en el Convenio 87. En la Conferencia del 2012 el Grupo de los Empleadores se negó a discutir en la Comisión de Aplicación de Normas una lista de casos basados en observaciones de la Comisión de Expertos sobre la violación al derecho de huelga.

La negativa del grupo empleador a examinar la lista de casos especiales, generó una crisis en el sistema de control normativo de la O.I.T.

Ante esta situación la Oficina propuso al Consejo de Administración que, conforme a la Constitución, solicitara una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia, que es el órgano con competencia para hacer una interpretación definitiva del convenio de la O.I.T. La interpretación de la Corte Internacional de Justicia hubiese solucionado definitivamente el problema. Pero el Consejo de Administración se negó a hacer la consulta, temiendo que, en el caso de efectuarse ésta y aun el supuesto de que la interpretación fuese favorable a la inclusión del derecho de huelga dentro de las garantías del Convenio Núm. 87, el Grupo de los Empleadores procediese a boicotear el funcionamiento de la Comisión de Normas.

En su lugar el Consejo decidió convocar a una reunión tripartita para debatir la cuestión del Convenio Núm. 87 en relación al derecho de huelga y las modalidades y prácticas de la acción de huelga a nivel nacional. La reunión tripartita celebrada en febrero de 2015 llegó a unos acuerdos para destrabar la Comisión de Normas. Pero no se acordó llevar el tema la

consulta de la Corte Internacional de Justicia, ni los empleadores reconocieron que el derecho de huelga estuviese implícito en las garantías establecidas por el Convenio 87.

En la Declaración Conjunta del Grupo de los Empleadores y el Grupo de los Trabajadores se dice: “Los mandantes de la Organización Internacional del Trabajo reconocen el derecho de los trabajadores a emprender acciones colectivas en defensa de sus intereses.” Pero no hace mención al derecho de huelga. La discrepancia de interpretación entre los grupos en cuanto a la inclusión o no del derecho de huelga en el Convenio Núm. 87 se mantiene y mientras tanto, se reduce grandemente la posibilidad de que la O.I.T. controle legislaciones nacionales restrictivas del derecho de huelga.

85. La generalidad de las legislaciones contemporáneas y muchas constituciones reconocen y regulan el derecho de huelga. Las regulaciones suelen versar, entre otros aspectos sobre el concepto de huelga, su clasificación y objeto, los titulares del derecho de huelga, el procedimiento, sus efectos, las limitaciones al ejercicio de la huelga, la conservación de servicios esenciales, la huelga en los servicios de primera necesidad, la reanudación de faenas y la posibilidad de someter el conflicto a un arbitraje obligatorio. Es frecuente, sobre todo en América Latina, que las constituciones formulen de manera muy amplia el derecho de huelga y que las legislaciones lo regulen de manera más bien restrictiva.

Las constituciones de veinte países iberoamericanos establecen el derecho de huelga.

Algunas se limitan a garantizar el derecho de huelga (Argentina, Nicaragua, Perú, Portugal, Uruguay, Venezuela). Otras, además, otorgan a los empleadores el derecho a plantear conflictos colectivos y a parar la empresa como medio de presión para llegar a acuerdos con sus trabajadores (Costa Rica; Ecuador; El

Salvador; España, Art.37.2; Guatemala; Honduras; México, Art. 123 A.XVII; Paraguay y República Dominicana) La constitución de Portugal prohíbe expresamente el cierre patronal.

La Constitución de Bolivia incorpora una definición de la huelga como el ejercicio de la facultad legal de las trabajadoras y los trabajadores de suspender labores para la defensa de sus derechos, de acuerdo con la ley.

La Constitución de Chile no contiene consagración expresa del derecho a la huelga, sino una prohibición según la cual

“no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.”

Por argumento a contrario puede concluirse que quienes no estén incurso en esta prohibición si pueden declararse en huelga²⁰⁴.

Las constituciones de Brasil y Portugal establecen que corresponde a los trabajadores decidir sobre los intereses que deban defenderse por medio de la huelga

Varias constituciones disponen que el ejercicio de la huelga será regulado por la ley (Bolivia; Brasil; Colombia; Costa Rica: El Salvador; España, Art. 28.2; Guatemala; Haití; Honduras; Panamá; Paraguay; Portugal; República Dominicana; Uruguay y Venezuela).

Algunas constituciones señalan expresamente los sectores en que no es admitida la huelga, como en los servicios públicos

204 Sergio GAMONAL CONTRERAS, El derecho de huelga en la constitución chilena, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 20 - N° 1, 2013, p. 105.

o esenciales, (Colombia; Costa Rica; Ecuador y España, Art. 28.2), mientras que otras lo delegan a la legislación ordinaria (Brasil, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana). La Constitución ecuatoriana incorpora una lista de servicios cuya paralización se prohíbe.

La constitución de Portugal dispone que la ley definirá las condiciones de prestación de los servicios necesarios durante una huelga y asegurará el mantenimiento de los equipamientos e instalaciones, así como los servicios mínimos necesarios para atender las necesidades sociales esenciales. Previsiones similares tienen las constituciones de Brasil y España, Art. 37.2.

Las constituciones de El Salvador y Guatemala exigen que previo a la declaratoria de la huelga se agoten los procedimientos de conciliación.

La Constitución de Ecuador dispone garantías para los representantes gremiales en casos de huelga.

La Constitución de El Salvador establece que para el ejercicio de la huelga no se requiere calificación previa, lo cual es especialmente importante porque en la práctica latinoamericana la calificación previa de la huelga ha sido un importante obstáculo para el ejercicio del derecho a la huelga

IV.3. Derecho a la negociación colectiva.

Argentina, Art. 14 bis; Bolivia, Art. 49 I y Art. 49 II; Brasil, Art. 7.XXVI; Colombia, Art. 55; Costa Rica, Art. 62; Chile, Art. 19.16; Ecuador, Art.326.13; El Salvador, Art. 39; España, Art. 37.1; Guatemala, Art. 106; Honduras, Art. 128.15; México, Art. 123A. XXII bis; Nicaragua, Art. 88; Paraguay, Art. 97; Perú, Art. 28; Portugal, Art. 56.3.4; República Dominicana, Art. 62.3; Venezuela, Art. 96 (18 países).

86. La negociación colectiva es la fuente de producción jurídica más característica del Derecho del Trabajo.

Tradicionalmente la fijación de las condiciones de trabajo era una prerrogativa unilateral del empleador. La única opción que tenía el trabajador era la de aceptar las condiciones de empleo que le eran ofrecidas o la de desechar ese puesto de trabajo. Durante la revolución industrial esta práctica fue afianzada por la ideología laboral individualista que centraba la regulación de las condiciones laborales en el predominio de la autonomía de la voluntad, de la libertad de contratar y en la proscripción de todo factor externo que pudiera alterar esos sacrosantos principios. Como se ha visto, los conflictos laborales originados durante la revolución industrial fueron generando paulatinamente la intervención del Estado a través de leyes que establecían medidas tutelares puntuales y que, con el trascurso de décadas, establecieron la legitimación de las organizaciones sindicales y el derecho de éstas a participar en la fijación de las condiciones de trabajo y al derecho de huelga como instrumento de presión en la lucha para mejorarlas. Así, nace el derecho a la negociación colectiva que determinó que la fijación de las condiciones de trabajo dejase de ser una prerrogativa unilateral de los empleadores y que pasara a ser tema de discusión entre éstos y los representantes reconocidos de los trabajadores.

Siendo la negociación colectiva un capítulo del Derecho del Trabajo, su reconocimiento y expansión fue producto del mismo lento pero constante proceso que dio nacimiento a esta disciplina. Ya en 1898 la Ley belga de Asociaciones Profesionales hacía referencia a los contratos que éstas podían realizar en beneficio de sus miembros. En 1906 en Suecia se celebró el denominado “Compromiso de Diciembre” entre la Confederación Patronal Sueca y la Unión General de Trabajadores de Suecia, en el cual los trabajadores reconocieron, por una parte, el derecho de los

patronos a emplear y despedir obreros libremente, a cambio de que los patronos reconocieran el derecho de los obreros a organizarse profesionalmente y a negociar convenios colectivos de trabajo. En 1912 el Código Federal Suizo de las Obligaciones reglamentó de manera específica al contrato colectivo de trabajo. En Francia, en 1918, y en Alemania, en 1919, se promulgaron leyes que reglamentaron detalladamente el contrato colectivo. En 1919 la Constitución alemana de Weimar, aceptó la legitimidad de la convención colectiva y creó los Consejos de Empresa y Económicos entre cuyas funciones estaba la de pactar con el empresario condiciones generales de trabajo. En América Latina, una ley chilena de 1924 reglamentó por primera vez el contrato colectivo de trabajo. Y en 1931, la “leyes madres” que inspiraron el proceso de codificación laboral en la región, la Ley Federal del Trabajo de México y el Código del Trabajo de Chile, contenían regulaciones del contrato colectivo de trabajo. Durante la segunda mitad del siglo XX la negociación colectiva vivió un importante proceso de expansión en casi todos los países del mundo, al punto de haberse convertido en un elemento fundamental de los sistemas de relaciones de trabajo institucionalizados. Esta expansión fue acompañada en muchos países por un desarrollo normativo que suele comprender aspectos como las partes en la negociación y su mutuo reconocimiento, la obligación de negociar y sus alcances, la obligación de proporcionar informaciones veraces, los órganos y el procedimiento de negociación, el nivel de la negociación, los requisitos, efectos y ámbito de aplicación del convenio colectivo producto de la negociación, los medios alternativos de solución cuando las partes no lleguen a un acuerdo.

Es de observar que el mayor o menor grado de importancia de la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales en un país determinado está íntimamente vinculado con la mayor o menor fortaleza del movimiento sindical en ese país.

87. La influencia del movimiento sindical y, consecuencialmente, de la negociación colectiva es muy variada en la región latinoamericana, lo que dificulta hacer afirmaciones generales, salvo una: tal influencia ha venido menoscabándose en las últimas décadas. Ello ha ocurrido, incluso, en aquellos países en los cuales, durante las décadas de los setenta y los ochenta, el sistema de relaciones laborales había adquirido un apreciable grado de madurez y desarrollo y, en consecuencia, habían visto crecer el ámbito de aplicación de la negociación colectiva.

Según las estadísticas recogidas por la O.I.T. el porcentaje de trabajadores que negociaron colectivamente igualmente varía mucho en los distintos países. Los porcentajes más altos los tienen Uruguay (94.6% en 2016), Brasil (70,5% en 2014) y Argentina (51,81 % en 2016) y los más bajos lo tienen Paraguay (0,71% en 2015) Panamá (1% en 2016), Perú (4.8% en el 2016) y El Salvador (5% en 2016). En el resto de países la tasa de cobertura de la negociación colectiva oscila entre una tasa del 10.6% en Nicaragua en 2016 y el 17,9% en Chile en 2016. Es de observar la O.I.T. recoge los datos estadísticos de los organismos nacionales que se los proporcionan, sin que ello comporte que la organización como tal esté validando esos datos. Por eso, por razones de lógica, es posible presumir algunas incongruencias en los mismos. Por ejemplo, no parece lógico que en Panamá, con una afiliación sindical que según la misma fuente alcanza al 11.9% y con una normativa según la cual los convenios colectivos firmados comprenden tanto a trabajadores afiliados como no afiliados al sindicato, el porcentaje de cobertura apenas llegue al 1%, lo cual se hace menos creíble si se toma en cuenta la negociación colectiva entre la Autoridad del Canal y sus trabajadores y la negociación colectiva de facto que se da en algunos sectores de la administración pública.

En Venezuela no existen estadísticas confiables. La O.I.T. registra un 0,2 % que es una cifra muy inferior al porcentaje real, sobre todo si se toma en cuenta que el sector público existe una relativamente alta tasa de afiliación sindical. Lo que sí es evidente es que en ese país tanto la afiliación sindical como la cobertura de la negociación colectiva han experimentado un fuerte descenso durante las últimas décadas.

Es de observar que aquellos países que tienen una mayor tasa de cobertura de la negociación colectiva son precisamente aquellos en los cuales la negociación no se hace a nivel de empresas sino de ramas sectores de actividad económica. En el caso de Argentina, hay que señalar que buena parte de los convenios colectivos vigentes a esta fecha corresponden a negociaciones colectivas realizadas hace varias décadas y que si bien no se renovaron, se consideran vigentes en virtud del principio de ultra-actividad.

Por el contrario en aquellos países, la mayoría de los latinoamericanos, en los cuales la negociación colectiva se realiza fundamentalmente a nivel de empresa, las tasas de cobertura tienden a ser más bajas. Las negociaciones centralizadas son muy bajas en América Latina, salvo en Argentina, Brasil y Uruguay, aun cuando en casi todos los países existe la posibilidad legal de una negociación colectiva centralizada, e incluso, en algunos países, como México y Venezuela, hay normas que permiten convocar negociaciones de este tipo o dar eficacia general a una convención colectiva que originalmente no la tenía.

Aun cuando algunas legislaciones la prevén, no es muy frecuente en América Latina la técnica de la negociación colectiva articulada en varios niveles. En Argentina existen algunos ejemplos de articulación entre diversos niveles de negociación, especialmente en materia salarial. También es muy escasa la negociación colectiva a nivel transnacional.

El declive de la negociación colectiva en América Latina obedece a una diversidad de motivos que varían de uno a otro país. En general, puede afirmarse que las dificultades económicas que se presentan a partir de la denominada “década perdida” de los años ochenta, caracterizada por altas tasas de inflación, escasos índices de crecimiento económico y un progresivo endeudamiento interno y externo que aún constituye una pesada carga, el duro impacto que los planes de ajuste impuestos por los organismos financieros internacionales produjeron en el mundo laboral, el crecimiento desmedido del sector informal de la economía que, en general, ocupa alrededor del cincuenta por ciento de la población económica activa, en unos países más y en otros menos, son, entre otros motivos, factores que contribuyeron a debilitar grandemente al movimiento sindical y a disminuir el ámbito de la negociación colectiva. A todo esto se unen las consecuencias económicas de la pandemia del Covid-19. En el caso particular de Venezuela las disposiciones legislativas que declaran en “mora sindical” e impiden negociar a aquellos sindicatos que no han actualizado sus directivas (una importante parte de los sindicatos del país, dada las trabas legislativas y políticas para realizar elecciones sindicales), han contribuido al declive de lo que otrora fue una importante tasa de negociación colectiva.

88. El Derecho a la negociación colectiva ha sido objeto de regulación por las normas internacionales.

La Carta Internacional Americana de Derechos y Garantías Sociales, O.E.A. 1948, establece:

“Artículo 7:

La Ley reconocerá y reglamentará los contratos y convenciones colectivos de trabajo. Regirán en las empresas que hubieren estado representadas en su celebración no solamente para los trabajadores afiliados a la organización profesional que los suscribió, sino para los demás trabajadores que formen o lleguen a formar parte de esas

empresas. La Ley fijará el procedimiento para extender los contratos y convenciones colectivos a toda la actividad para la cual se concertaron y para ampliar su ámbito de validez territorial”

La Carta Social Europea, C.E. 1996, dice:

“Artículo 6. Derecho de negociación colectiva.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las partes contratantes se comprometen:

- 1. A favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y empleadores.*
- 2. A promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizadores de empleadores, de una parte, y organizaciones de trabajadores de otra, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos.*
- 3. Fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales.”*

La Declaración Socio Laboral de Mercosur, 1998, dice:

“Negociación colectiva.

Artículo 10º.- Los empleadores o sus organizaciones y las organizaciones o representaciones de trabajadores tienen derecho a negociar y celebrar convenciones y acuerdos colectivos para reglamentar las condiciones de trabajo, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, establece:

“ARTÍCULO 28.- Derecho de negociación y de acción colectiva.

Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios

colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga. “

La Organización Internacional del Trabajo ha adoptado importantes normas en materia de negociación colectiva:

1. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (Núm. 87);
2. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (Núm. 98);
3. Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (Núm. 135);
4. Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (Núm. 143);
5. Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (Núm. 151);
6. Recomendación sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (Núm. 159).

89. Dieciocho constituciones iberoamericanas regulan el derecho a la negociación colectiva.

Las constituciones de Argentina, Brasil, España, Honduras, Paraguay, República Dominicana se limitan a reconocer en términos generales el derecho a la negociación colectiva.

Las constituciones de Bolivia (Arts. 49 I y 49 II); Chile; El Salvador; México; Costa Rica; Nicaragua; Portugal y Venezuela establecen que este derecho será regulado por la Ley. Las constituciones de Colombia, Chile y Ecuador especifican, además, que la Ley podrá establecer excepciones al derecho de negociar colectivamente. En el caso de Chile, la Constitución restringe el derecho a la negociación colectiva al ámbito empresarial y establece que la ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio.

En México, una reciente reforma constitucional agregó un artículo, el XXII bis, que establece que la ley que regule la libertad de negociación colectiva debe garantizar, entre otros, los siguientes principios: a) Representatividad de las organizaciones sindicales, y b) Certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo. Asimismo se establece que para la resolución de conflictos entre sindicatos, la solicitud de celebración de un contrato colectivo de trabajo y la elección de dirigentes, el voto de los trabajadores será personal, libre y secreto. Estas disposiciones tienen gran importancia porque comportan elementos destinados a combatir la inveterada tradición mexicana de los denominados “contratos de protección”, promovida por “sindicatos de maletín”, manipulada por los empleadores y que obstaculizan el genuino ejercicio de la libertad de negociación colectiva.

La Constitución de Brasil establece que es obligatoria la participación de los sindicatos en las negociaciones colectivas de trabajo.

La Constitución de Costa Rica establece que tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados. La Constitución de Perú señala que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

La Constitución de El Salvador dispone que La ley establecerá el procedimiento para uniformar las condiciones de trabajo en las diferentes actividades económicas. Las constituciones de El Salvador y de Venezuela establecen que las convenciones colectivas se aplicarán a todos los trabajadores, sindicalizados o no, de las empresas que las hayan suscrito y a quienes ingresen con posterioridad.

V. DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA SALUD EN EL TRABAJO.

V.1. Derecho a la Seguridad Social.

Argentina, Art. 14 bis; Bolivia art 45.1; Brasil, Art. 6 y Art. 7 II, XXIV y XXVIII; Colombia, Art. 48; Costa Rica, Art. 73; Cuba, Art.47; Chile, Art. 19.18; Ecuador, Art. 34 y Art. 333; El Salvador, Art. 50; España, art 41; Guatemala, Art. 102.19; Honduras, Art. 142, Art.143 y Art. 144; México, Art. 123.A XXIX; Nicaragua, Art. 82.7; Paraguay, Art. 95; Perú, Art. 10, Art.11 y Art.12; Portugal, Art. 63; República Dominicana, Art. 62.3; Venezuela, Art. 86 (19 países).

90. En la mayor parte de los casos, los trabajadores destinan sus salarios a sufragar sus costos ordinarios de vida. Son pocos los trabajadores cuyos salarios son de un monto que supere tales costos y pueden darse el lujo de ahorrar o invertir. Por el contrario, lamentablemente, son muchos los trabajadores cuyos salarios alcanzan sólo a lograr un nivel de supervivencia. En este estado de cosas, la mayoría de estos trabajadores se ven en serias dificultades para afrontar determinadas contingencias, que aun cuando no pueden considerarse que forman parte de su ordinaria cotidianidad, distan de ser infrecuentes. Estas contingencias, como apunta Américo Plá Rodríguez, pueden ser tanto “*un suceso venturoso (un matrimonio o un nacimiento) como un hecho lamentable (un accidente, una enfermedad, la muerte, la incapacitación total o parcial para el trabajo por obra de la vejez o de cualquier otra circunstancia de empleo).*”²⁰⁵ Las circunstancias a las cuales nos referimos comprometen la economía familiar del

205 Américo PLÁ RODRÍGUEZ, Estudios de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 308.

afectado, porque suponen o un aumento en los gastos o una disminución de los ingresos.

Durante siglos la atención a estas circunstancias se hacía de manera no estructurada, bien sea a través de la filantropía o caridad de personas de mayores recursos que proporcionaban “ayudas” a los desfavorecidos o mediante aportes que personas pertenecientes a una misma comunidad hacían para contribuir a remediar la situación de las víctimas de las contingencias adversas. Ya en la antigua Grecia, las *eptaidia* y las *sunedria* y en Roma, las *sodolitates* y las *Collegia*, contribuían con aportes de sus asociados a socorrer las urgencias de sus miembros o familiares. Las corporaciones medioevales prestaban asistencia a sus agremiados cuando enfermaban, tenían accidentes, así como en caso de vejez y a sus familiares, en caso de muerte. Pero estas “ayudas” no estaban estructuradas ni conferirían derechos ciertos a los agremiados.

Con el nombre de mutualismo se designa a los movimientos que animan y asesoran a las llamadas mutualidades, que son entidades sin ánimo de lucro cuyos miembros contribuyen a la creación de un capital con el cual se presta auxilio a aquellos socios que los necesiten por atravesar contingencias que no pueden afrontar con sus propios medios. El mutualismo se ha configurado en diversas expresiones históricas y fue la primera modalidad de previsión colectiva. Pretende, aun cuando en forma no muy bien estructurada, repartir los riesgos entre todas las personas agrupadas en la mutualidad. El mutualismo es generalmente considerado como antecedente de la previsión clásica y de los modernos sistemas de Seguridad Social.

A mediados del siglo XIX surge en Europa una nueva forma de afrontar la prevención de los riesgos que representan las contingencias a que me he venido refiriendo: los seguros privados. Al igual que las mutualidades los seguros privados de carácter

mercantil parten de la idea de repartir los riesgos, es decir que los mismos no quedaran a cargo del individuo sino de una colectividad mayor, lo cual los hace menos gravosos. A diferencia de las mutualidades, los beneficiarios del seguro, que no pertenecen a una comunidad determinada, sino que forman parte del público general, pagan una prima previamente convenida a una empresa mercantil a cuyo cargo quedan los riesgos y que se compromete, en caso de que los mismos ocurran, a pagar una determinada indemnización al beneficiario del seguro, cuyo cobro constituye un derecho del asegurado. Los seguros privados tuvieron un gran desarrollo a partir de la aprobación de leyes que establecían que los patronos debían correr con los riesgos profesionales, estando obligados a pagar a sus trabajadores o familiares indemnizaciones en casos de ocurrencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, independientemente de quien tuviese la culpa de los mismos. Gerardo Arenas resume en estas palabras las ventajas e inconvenientes del seguro privado: “Sus principales ventajas son el traslado del costo del riesgo a otro sujeto a cambio de un precio significativamente menor, como también la posibilidad jurídica de exigir la protección cuando se han cumplido los requisitos establecidos; además, las técnicas actuariales y la mayor dispersión del riesgo lo hace superior al mutualismo. Los inconvenientes están en gravar con el costo de la prima exclusivamente al asegurado, así como el cuestionamiento que implica la idea del lucro comercial con la necesidad humana”²⁰⁶.

En Alemania, entre 1883 y 1889, se creó un sistema de seguros sociales obligatorios que dio inicio a los sistemas modernos de Seguridad Social. En medio de un clima de agitación social, con un profundo descontento obrero que dio gran

206 Gerardo ARENAS MONSALVE, *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Legis, Bogotá, 2006, p.9.

impulso a los movimientos socialistas, el Canciller Bismark, al tiempo que adoptaba medidas represivas, impulsó políticas sociales destinadas a paliar el descontento. Entre esas políticas destaca la creación de los seguros sociales, que tenían un carácter obligatorio, estaban financiados no sólo por las cotizaciones obligatorias de los asegurados, sino también por las de los patronos y con subvenciones estatales. La naturaleza obligatoria de los seguros sociales, al aumentar de una manera notable el ámbito de los asegurados y el monto de las cotizaciones, favoreció un mayor reparto de los riesgos entre la población asegurada y le dio al sistema mayor solidez financiera. Limitada en un principio a pocos riesgos, el ámbito de cobertura de los seguros sociales se fue expandiendo con el tiempo. Inspiradas en el modelo alemán, muchas legislaciones fueron adoptando el sistema del seguro social obligatorio, que, con posterioridad a la primera guerra mundial, estaba generalizado en la mayor parte de los países.

En 1942 un comité interministerial presidido por Lord William Beveridge presentó a la Cámara de los Comunes de Gran Bretaña un informe que es considerado como un documento fundamental para la Seguridad Social moderna. El informe Beveridge es un diagnóstico del funcionamiento de los seguros sociales en el Reino Unido. Señalaba sus insuficiencias, propuso la ampliación de sus coberturas y el establecimiento de una política social, entonces inexistente. Proponía igualmente la simplificación del sistema de Seguridad Social, estableciendo una administración unificada, que debería igualar el nivel de prestaciones para los distintos riesgos y uniformar las condiciones de contribución y las reglas de funcionamiento del sistema. El informe dio lugar a que el parlamento aprobase leyes importantes en materia de Seguridad Social, salud y asistencia y previsión social. Pero su influencia se extendió más allá de

las fronteras del Reino Unido e inspiró reformas de Seguridad Social en diversos países del mundo, especialmente en Europa y en América.

El proceso de consolidación de la Seguridad Social como disciplina científica y como sistema de protección social se vio favorecido por la acción internacional. La Carta Atlántica firmada por Churchill y Roosevelt en plena guerra mundial propone “*establecer la más completa cooperación entre todas las naciones, en el campo económico, con el fin de asegurar a todos las mejores condiciones de trabajo, una situación económica más favorable y la Seguridad Social*”. En la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de 1948, se dice que “*la justicia y Seguridad son la base de toda paz duradera*”.

A lo largo del Siglo XX la Seguridad Social se fue consolidando como la estructura creada por el Estado de Bienestar Social y, generalmente administrada por el mismo, para atender los riesgos y contingencias de la población, inspirándose en los principios de universalidad, solidaridad, suficiencia, unidad, uniformidad y previsibilidad. De los tres seguros originarios creados por Bismarck a finales del Siglo XIX (enfermedad, accidente de trabajo, invalidez-vejez), los sistemas fueron paulatinamente pasando a cubrir una diversidad de riesgos y contingencias, tales como prestaciones por maternidad, pensiones de sobrevivientes, gastos funerarios, salud, subsidios familiares, desempleo, transferencias directas etc.

91. La región latinoamericana presenta, en términos generales, un gran déficit de seguridad social. La cobertura de la misma ha ido variando en las diversas décadas pero nunca ha alcanzado a la mitad de la población económicamente activa. Para 2005 alcanzaba apenas a un promedio del 38,7% de la población económicamente activa. En los años posteriores tuvo un importante aumento llegando a representar el 46,5% de la PEA

en 2019. Este porcentaje bajó como efecto de la pandemia. Es de observar que algunos países tienen un índice alta de población asegurada, como es el caso de Costa Rica (94.9% para el 2016), Uruguay (75.3% para el 2019), Brasil (62.19% para el 2019) y Chile (alrededor del 60% para 2020) En general las prestaciones son insuficientes, los pagos suelen ser tardíos y algunas contingencias no están adecuadamente cubiertas. Esta situación precaria crea un círculo vicioso: la precariedad se debe en buena parte a la baja cobertura, pero al mismo tiempo desincentiva la afiliación, pues muchos trabajadores perciben el pago de cotizaciones más como un impuesto que como una inversión para mejorar la calidad de su vida.

Entre los grandes obstáculos que ha encontrado el funcionamiento de la seguridad social en América Latina podemos señalar la administración, la cobertura, el financiamiento y el impacto negativo de la inflación.

Tradicionalmente la administración de la seguridad social ha estado confiada a entes públicos. En muchos casos los mismos suponen una dirección tripartita, la cual, en la práctica, suele no funcionar o hacerlo inadecuadamente. El desarrollo político marcado por el caudillismo militarista, que aún presenta en la región importantes, aun cuando cada vez más escasas, manifestaciones, no ha favorecido el desarrollo de la institucionalidad de los organismos que administran la seguridad social La ineficiencia administrativa y la corrupción han sido características frecuentes en estos organismos.

Entre las causas de la baja cobertura de la Seguridad Social en América Latina, pueden señalarse el aumento del desempleo, la expansión del empleo informal en detrimento del empleo asalariado y la precarización laboral.

El aumento de la perspectiva de vida, los flujos migratorios, el peso de la deuda y las crisis económicas, hicieron cada vez más

difícil el mantener el financiamiento del sistema de seguridad social y muy particularmente de los regímenes pensionales.

A partir de la crisis de los años setenta, se produce el auge del pensamiento neoliberal y con el mismo el cuestionamiento del y consecuentemente de los modelos tradicionales de seguridad social. Como se ve en el Capítulo I de esta obra, para el neoliberalismo el buen funcionamiento de la economía supone una drástica limitación de las funciones del Estado en la sociedad, de manera que se implante una economía libre de mercado, caracterizada entre otras cosas por drásticas reducciones del gasto público y de las políticas sociales y la privatización de muchas de las funciones que desempeña el Estado, entre ellas la Seguridad Social. En 1981, bajo el régimen militar de Augusto Pinochet, en Chile se hizo una reforma de la Seguridad Social y, entre otras cosas, se privatizó el régimen de pensiones, creándose un sistema de financiamiento individual mediante el cual el monto de las pensiones se fijaría en el momento de su disfrute y en atención a las contribuciones pagadas por el beneficiario, dependiendo del monto depositado y del rendimiento de las inversiones. La operación del sistema ya no estaría en manos del Estado, sino de entidades financieras privadas, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales actúan comercialmente en un régimen de competencia, pues los afiliados pueden escoger libremente el ente que va a administrar sus fondos. El papel del Estado se limitaría a la supervisión del funcionamiento del sistema. Este modelo de financiamiento o capitalización individual, promocionado entusiastamente por sus creadores y sostenedores en el resto de los países latinoamericanos, sirvió de fuente de inspiración a varias de las reformas adelantadas por países latinoamericanos. En general las reformas favorecedoras de un régimen de capitalización individual no fueron producto de un consenso entre los actores sociales, sino de una decisión

unilateral de los Gobiernos, usualmente con respaldo de los sectores empresariales y con el aliento, por no decir presión, de los entes financieros internacionales.

Las perspectivas de este modelo pensional basado en el ahorro y financiamiento individual han sido objeto de diversas observaciones que dieron lugar a la implantación de modelos mixtos, que combinan el financiamiento individual con la solidaridad y que dan lugar a la participación de entes públicos y privados en la administración de los fondos pensionales.

Los sistemas de ahorro individual ha sido objeto de un profundo debate, no sólo al interior de Chile sino en toda la región. Sus adversarios no dejan de recordar que el modelo fue implantado autoritariamente, sin discusión alguna, durante la dictadura militar y que sin embargo las fuerzas armadas siguieron disfrutando del sistema tradicional de reparto. Afirman que el régimen de capitalización no tiene una naturaleza compatible con la esencia solidaria de la seguridad social y que no está en condiciones de otorgar una protección universal y suficiente a la población ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte. Observan la existencia de una baja cobertura, de prestaciones insuficientes, ni siquiera amparadas por la garantía estatal de montos mínimos, de una administración basada en la competencia, pero que sin embargo está construida por pocas empresas de estructura oligopólica. Señalan asimismo la desfavorable incidencia del alto costo de operación que suponen las administradoras de fondos de pensiones y compañías de seguros, las cuales aparte de invertir en altos gastos de comercialización generan para sí utilidades manifiestamente desmedidas. En fin, se sostiene la incapacidad del sistema para resolver las situaciones de discriminación que afectan a las mujeres, a los jóvenes, a los temporeros, a los trabajadores por

cuenta propia y en general a la gran mayoría de los trabajadores que percibe bajos ingresos.

Los resultados deficientes del modelo determinaron que en el mismo Chile, en enero de 2008, se aprobara una reforma que si bien mantiene a las AFP, diseña un sistema sobre la base de tres pilares, un pilar contributivo, un pilar solidario y un pilar de ahorro voluntario. Se contempla el disfrute de pensiones básicas solidarias con financiamiento público. Se prevé que todo cotizante debe recibir una pensión básica, aun cuando sus aportes individuales no generen fondos suficientes para pagarla. Se prevé, incluso, el disfrute de una pensión para los no cotizantes.

Las críticas que cuestionaron el modelo pensional chileno y que a la fin determinaron su modificación, influyeron para que en las reformas implantadas en otros países de la región, aun tomando ideas fundamentales del modelo chileno, hayan incorporado otros elementos para tratar de moderar los efectos negativos que le han sido observados.

En las últimas décadas se han llevado a cabo en varios países importantes reformas de la seguridad social con las cuales se ha tratado de afrontar los desafíos que se le presenten en la segunda década del siglo XXI. Entre tales desafíos los más importantes son los siguientes:

- a) La coordinación de los sistemas de seguridad social. En varios países existe pluralidad de organismos encargados de la materia, lo cual favorece una dispersión de programas e instituciones, que se traduce en un incremento de la ineficiencia administrativa y de la corrupción, los cuales, como se apuntó anteriormente, son unos de los grandes males de la seguridad social latinoamericana.
- b) La seguridad social debe hacer un esfuerzo por reducir las desigualdades presentes en algunos de los sistemas. Se

requiere uniformar prestaciones para evitar diferencias de trato y promover acciones positivas para eliminar discriminaciones de cualquier tipo.

- c) En los sistemas vigentes se suelen presentar casos de lo que se ha denominado “historias laborales fragmentadas” es decir, trabajadores que no tienen una continuidad dentro de un mismo sistema, sino que, a lo largo de sus trayectorias laborales han estado adscritos a dos o más sistemas de seguridad, lo cual crea dificultades en su tratamiento. Se requiere afiliar a todos los trabajadores, incluso autónomos y atípico a un único y continuo sistema de registro, cálculo de cotizaciones y acceso a las prestaciones.
- d) Se requiere de un esfuerzo de preparación de personal de alto nivel en los despachos del trabajo y de la seguridad social, en las áreas de derecho, empleo, economía y ciencia actuarial, entre otros campos de las ciencias sociales
- e) Se refiere favorecer los mecanismos de financiamiento solidario a modo de pacto social entre diferentes generaciones.²⁰⁷

En fin, la seguridad social debe avanzar hacia un sistema de universalidad plena, que provea de cobertura eficiente a toda la población, desde la concepción misma del ser humano. La adopción de ese plan es un asunto complejo en razón de las preferencias políticas y culturales, las tradiciones y el respectivo marco legal. Lograrlo requiere tiempo y concertación para evitar errores o dificultades fiscales, pero es un compromiso ineludible

207 En relación a estos tópicos véase Luis Eduardo DÍAZ, Definiendo realidades y aplicando principios (La Recomendación 202 de la O.I.T.). Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura. Vol. XXVIII, No. 2 (jul – dic 2022), p.p. 97-112.

si se quiera establecer en América Latina un verdadero estado de bienestar social

92. La seguridad social ha sido objeto de regulación por parte de las normas internacionales.

En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, O.E.A. 1948, del mismo año, se establece:

“Artículo 16 – Derecho a la seguridad social

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

En la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, O.E.A. 1948, se dice:

“Artículo 28:

Es deber del Estado proveer en beneficio de los trabajadores medidas de previsión y seguridad sociales.”

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, O.N.U. 1948, dice:

“Artículo 23:

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

“Artículo 25

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

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U. 1966, establece:

“Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

La Carta Social Europea, C.E. 1996, dice:

“Artículo 12. Derecho a la Seguridad Social.

Para garantizar el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen:

- 1. A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social.*
- 2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social;*
- 3. a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social.”*
- 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir:*
 - a. La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes.*
 - b. La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes.”*

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dispone:

“ARTÍCULO 34.- Seguridad social y ayuda social.

1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales.”

La O.I.T. ha desarrollado una amplia acción en materia de Seguridad Social. En la Declaración de Filadelfia, O.I.T. 1944, se releva la importancia de conseguir

“la extensión de las medidas de Seguridad Social con el fin de asegurar unos ingresos básicos a todos los que tengan necesidad de tal protección, así como la asistencia médica completa; una protección adecuada de la vida y de la salud de los trabajadores en todas las profesiones, y la protección de la infancia y de la maternidad”.

La O.I.T. ha adoptado los siguientes instrumentos en materia de Seguridad Social:

- a) *Normas de alcance general:*
Instrumento actualizado:

1. **C102** - Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (Núm. 102).
2. **R067** - Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida, 1944 (Núm. 67).
3. **R202** - Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (Núm. 202).

Instrumento en situación provisoria:

1. **R017** - Recomendación sobre el seguro social (agricultura), 1921 (Núm. 17).
 2. **R068** - Recomendación sobre la seguridad social (fuerzas armadas), 1944 (Núm. 68).
- 13.2. Protección garantizada en las diferentes ramas de la seguridad social.
- 13.2.1. Asistencia médica y prestaciones monetarias por enfermedad.

Instrumento actualizado:

1. **C130** - Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (Núm. 130).
2. **R134** - Recomendación sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (Núm. 134).

Instrumento en situación provisoria:

1. **R069** - Recomendación sobre la asistencia médica, 1944 (Núm. 69).

Instrumento que ha sido superado:

1. **C024** - Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927 (Núm. 24).
2. **C025** - Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927 (Núm. 25).
3. **R029** - Recomendación sobre el seguro de enfermedad, 1927 (Núm. 29).

b) Prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes:

Instrumento actualizado:

1. **C128** - Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (Núm. 128).
2. **R131** - Recomendación sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (Núm. 131).

Instrumento que ha sido superado:

1. **C035** - Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933 (Núm. 35).
2. **C036** - Convenio sobre el seguro de vejez (agricultura), 1933 (Núm. 36).
3. **C037** - Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933 (Núm. 37).
4. **C038** - Convenio sobre el seguro de invalidez (agricultura), 1933 (Núm. 38).
5. **C039** - Convenio sobre el seguro de muerte (industria, etc.), 1933 (Núm. 39).
6. **C040** - Convenio sobre el seguro de muerte (agricultura), 1933 (Núm. 40).

Derogado:

1. **R043** - Recomendación sobre el seguro de invalidez, vejez y muerte, 1933 (Núm. 43).
 - c) Prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

Instrumento actualizado:

1. **C121** - Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 [Cuadro I modificado en 1980] (Núm. 121).
2. **R121** - Recomendación sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (Núm. 121).

Instrumento en situación provisoria:

- a. **C012** - Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921 (Núm. 12).

Instrumento que ha sido superado:

1. **C017** - Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (Núm. 17).
2. **C018** - Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1925 (Núm. 18).
3. **R024** - Recomendación sobre las enfermedades profesionales, 1925 (Núm. 24).
4. **C042** - Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934 (Núm. 42).
5. **R022** - Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (importe mínimo), 1925 (Núm. 22).
6. **R023** - Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (jurisdicción), 1925 (Núm. 23).
 - d) Prestaciones por desempleo

Instrumento actualizado:

1. **C168** - Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (Núm. 168).
2. **R176** - Recomendación sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (Núm. 176).

Instrumento que ha sido superado:

1. **R044** - Recomendación sobre el desempleo, 1934 (Núm. 44).
2. **C044** - Convenio sobre el desempleo, 1934 (Núm. 44).

Derogado:

1. **R011** - Recomendación sobre el desempleo (agricultura), 1921 (Núm. 11).

2. **R045** - Recomendación sobre el desempleo (menores), 1935 (Núm. 45).

c) Seguridad social para trabajadores migrantes.

Instrumento actualizado:

1. **C118** - Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (Núm. 118).
2. **C157** - Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (Núm. 157).
3. **R167** - Recomendación sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1983 (Núm.167).

Instrumento en situación provisoria:

1. **C019** - Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (Núm. 19).
2. **R025** - Recomendación sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (Núm. 25).

Instrumento que ha sido superado:

1. **C048** - Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 1935 (Núm. 48).

93. Diecinueve constituciones iberoamericanas contienen normas relativas a la seguridad social. Las constituciones de Chile y República Dominicana establecen el derecho a la Seguridad Social sin especificar mayormente el alcance de la misma. Las otras constituciones señalan prestaciones que deberán ser comprendidas por la seguridad social, mencionando la vejez (Argentina, Bolivia, Brasil, Art. 7. XXIV, Colombia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, Honduras, Art.142; México, Nicaragua, Portugal, Venezuela); la muerte (Bolivia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, Honduras, Art.142; México, Nicaragua, Portugal, Venezuela); la enfermedad (Bolivia, Costa Rica, Cuba, Honduras, Art.142; México, Nicaragua, Portugal, Venezuela); la invalidez (Bolivia,

Costa Rica, Cuba, Guatemala, México, Nicaragua, Portugal, Venezuela); la maternidad (Bolivia, Costa Rica, Nicaragua, Venezuela.); la paternidad (Bolivia, Venezuela.), el desempleo (Bolivia, Brasil, Art. 7 II, España, México, Portugal, Venezuela.); riesgos profesionales (Bolivia, Brasil, Art. 7 XXVIII; México, Nicaragua, Venezuela.), Vivienda (Bolivia, Venezuela.); asignaciones familiares (Bolivia)

Las constituciones de Bolivia, Costa Rica, Honduras, Art.142; México, Portugal y Venezuela señalan que, además de las expresamente señaladas en su texto, la seguridad social podrá cubrir otros aspectos. De hecho la enumeración constitucional de prestaciones de Seguridad Social, no ha sido una limitante para que en los distintos países la Seguridad Social atienda otros riesgos y contingencias.

Las constituciones de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Cuba, España, Guatemala, Honduras, Art.142; Nicaragua, Portugal, Venezuela establecen que la Seguridad Social debe ser administrada por el Estado; la de Bolivia señala expresamente que los servicios de seguridad social pública no podrán ser privatizados ni concesionados. Las constituciones de Colombia, Paraguay y Perú permiten la presencia de particulares en su gestión.

Las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, Art. 34 y Venezuela hacen mención a los principios orientadores de la Seguridad Social. Las constituciones de Colombia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Venezuela se refieren a la preservación del destino de los fondos de la seguridad social El financiamiento tripartito de la Seguridad Social está establecido por las constituciones de El Salvador, Honduras, Art. 143 y Costa Rica, precisando esta última que el seguro de riesgos profesionales correrá por cuenta exclusiva del empleador. Las constituciones de Argentina, Colombia, Costa Rica, Paraguay y El Salvador disponen que los seguros sociales serán obligatorios.

V.2 Derecho a condiciones adecuadas de higiene y salud en el trabajo.

Bolivia, Art. 46.I.1; Brasil, Art. 7.XXII; Costa Rica, Art. 66; Cuba, Art.49; Ecuador, Art. 326.5 y 6; El Salvador, Art. 43 y Art. 44; España, Art. 40.2 Honduras, Art. 128. 6 y 12; México, Art. 123. A. XIV.XV; Nicaragua, Art. 82.4; Portugal, Art. 59 1.c; República Dominicana, art 62.8; Uruguay, Art.54; Venezuela, Art. 87 (14 países).

94. Como toda actividad humana el trabajo supone riesgos para quien lo desempeña. Durante siglos el trabajo, al menos el trabajo no esclavo, tuvo relativamente pocos riesgos. El trabajo manual, con poca presencia de herramienta y prácticamente sin máquinas, en ambientes en que laboraban pocas personas y casi siempre bajo la presencia vigilante y cuidadosa del patrono, hacía que el número de accidentes laborales y de enfermedades profesionales fuese relativamente bajo. La revolución industrial cambió este panorama. El trabajo deja de ser manual y se realiza con máquinas, las cuales, así como aumentaron la productividad, también lo hicieron con el número de accidentes laborales. Las largas jornadas laborales que generaban fatiga favorecían la ocurrencia de accidentes. Menores y mujeres con menor capacidad para el esfuerzo físico presentaban vulnerabilidad ante los riesgos profesionales. Se pasó del modesto taller a la gran planta industrial en la cual se congregaban cientos de trabajadores que ya no podían ser objeto del cuidado cuasi paternal del antiguo dueño o encargado del taller. Al lado de los cada vez más frecuentes accidentes individuales, se sucedieron las catástrofes colectivas, como explosiones, derrumbamientos de máquinas, contaminación por materiales nocivos etc., que afectaban colectivos enteros de trabajadores.

La nueva situación generó una nueva preocupación por los riesgos del trabajo. La alta incidencia de accidentes y enfer-

medades profesionales despertó una doble inquietud: humana y económica; humana, porque afectaba la salud y la vida de seres humanos; económica porque generaba cuantiosas pérdidas para el empresario. Ello dio lugar a que se comenzase a tomar en cuenta medidas de prevención de accidentes y de higiene y seguridad ocupacional. En el curso del Siglo XIX se fueron aprobando normas legislativas sobre la prevención y reparación de riesgos profesionales y sobre normas de higiene ocupacional. Así, paulatinamente, los riesgos profesionales y la seguridad y salud del trabajador se fueron convirtiendo en un tema recurrente en la incipiente legislación protectora de los trabajadores.

En Inglaterra se aprobó en 1802 una ley sobre protección de la salud y la moralidad de aprendices y de trabajadores de fábricas hilanderas que contenían algunas normas que son quizás el primer antecedente de la legislación sobre seguridad industrial. En Francia se puede citar como primer antecedente una ley de 1841 sobre el empleo de niños en fábricas industriales. En 1898, el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad la Ley de 9 de abril de 1898, “en materia de responsabilidad en aquellos accidentes de los que los obreros son víctimas en su trabajo”. El Código Industrial de la Federación de Alemania del Norte, de 1869 preveía la protección general de los trabajadores contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Massachusetts fue el primer Estado de los Estados Unidos en adoptar una legislación de prevención de los accidentes en Fábrica en 1877. En ese mismo año en España se promulgó la Ley sobre Policía de Ferrocarriles, reglamentada el año siguiente. Ambos instrumentos comprendían, entre otras cosas, normas relativas a la seguridad ocupacional y condiciones de trabajo de los trabajadores de esa área. El real Decreto del 11 de junio de 1886, relativo a la contratación de obras públicas, impuso al contratista la obligación de reparar los accidentes que dependan del trabajo

o que estén relacionados con él. La primera normativa general aprobada en España fue Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, que establece el principio de la responsabilidad objetiva del empleador por los accidentes laborales que sufra el trabajador. Para inicios del Siglo XX en los países industrializados estaba generalizada la existencia de legislaciones relativas a la seguridad industrial, las cuales se fueron desarrollando en América Latina en las primeras décadas de ese siglo.

A lo largo de las décadas se ha consolidado todo un sistema de protección de los riesgos capaces de afectar la vida y salud de los trabajadores. En palabras de Iturraspe:

“desde los inicios del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social el sistema jurídico ha tratado de dar respuesta a esta realidad. Estas respuestas comprenden un amplio abanico de mecanismos que abarcan cinco subsistemas interrelacionados: a) Promoción de la salud de los trabajadores; b) prevención de accidentes y de enfermedades; c) regulación de las condiciones y medio ambiente del trabajo; reparación de “los riesgos “laborales mediante prestaciones e indemnizaciones y e) rehabilitación de los trabajadores enfermos o accidentados”²⁰⁸.

95. La acción internacional ha sido importante para la consolidación de una normativa sobre salud ocupacional y prevención y tratamiento de riesgos profesionales. En la Conferencia de Berlín de 1890 se adoptaron recomendaciones sobre el trabajo en las minas. En las conferencias de Berna de 1905 y 1906 se trató sobre la prohibición del fósforo blanco. En la Conferencia Interamericana Sobre Seguridad Social, Chile 1942, se acordó la protección del resguardo del capital humano. En la Conferencia de Chapultepec, de 1945, se aprobó como parte integrante de

208 Francisco ITURRASPE, Protección de los trabajadores en caso de accidentes y enfermedades profesionales, en Derecho del Trabajo, Fundación Universitas, Barquimeto, Núm. 9, abril-mayo, 2010, p. 281.

la Declaración de Principios Sociales de América la “*atención por parte de los servicios de previsión y asistencia, en lo que se refiere a medicina preventiva y curativa*” y la “*aprobación de legislación que establezca los medios adecuados de higiene y seguridad industrial y prevención de los riesgos profesionales*”.

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, O.E.A., 1948 dice:

“Artículo 30:

El Estado, mediante normas adecuadas, debe asegurar la higiene, seguridad y moralidad en los lugares de trabajo”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U. 1966, dice:

“Artículo 7:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona, al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

(...) b) La seguridad y la higiene en el trabajo;”

“Artículo 12:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

La Carta Social Europea, C.E, 1966, dice:

“Artículo 3. Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo.

Para garantizar el ejercicio del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, las partes contratantes se comprometen, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores:

a formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente sobre seguridad e higiene en el trabajo y sobre el entorno de trabajo. Esta política tendrá como objeto principal la mejora de la seguridad y la higiene en el trabajo y la prevención de accidentes y de daños a la salud derivados o relacionados con el trabajo que se produzcan en el curso del mismo, en particular minimizando las causas de los riesgos inherentes al entorno de trabajo;

a promulgar reglamentos de seguridad e higiene.

a adoptar medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos.

a promover el establecimiento progresivo de servicios de higiene en el trabajo para todos los trabajadores, con funciones esencialmente preventivas y de asesoramiento.”

La Unión Europea aprobó en 1989 la Directiva 89/391/CEE, que, entre otras cosas establece:

“Los empresarios tienen la obligación de:

– garantizar la seguridad y la salud de sus trabajadores, debiendo desarrollar una política de seguridad global y ofrecer una formación adecuada al personal;

– designar a una persona encargada de la prevención de riesgos en el trabajo;

– adoptar las medidas de precaución necesarias en materia de primeros auxilios, de lucha contra incendios o de evacuación;

– evaluar los riesgos que deben afrontar trabajadores concretos y garantizar la implantación de las medidas de protección necesarias;

– ofrecer a los trabajadores y a sus representantes toda la información relevante acerca de los posibles riesgos para la seguridad y la salud y las medidas adoptadas para prevenirlos;

– consultar a los trabajadores y a sus representantes y los invitan a participar en los debates sobre seguridad y salud en el trabajo;

– garantizar que cada trabajador reciba una formación adecuada en materia de seguridad y salud, pertinente para su trabajo.

– proporcionar protección especial a aquellos trabajadores que puedan ser especialmente sensibles a los posibles riesgos y peligros del lugar de trabajo.

Por su parte, cada trabajador debe velar, en la medida de lo posible, por su seguridad y salud, así como por la de sus compañeros.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dispone:

“ARTÍCULO 31.- Condiciones de trabajo justas y equitativas.

1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad.”

La Organización Internacional del trabajo ha aprobado diversos instrumentos, de los cuales la Conferencia Internacional del trabajo de 2022 otorgó la calificación de convenios fundamentales a los convenios sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187). Los instrumentos aprobados son los siguientes:

a) Disposiciones generales:

Instrumento actualizado:

1. **C155** - Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (Núm. 155).
2. **P155** - Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981.

3. **R164** - Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (Núm. 164).
4. **C161** - Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (Núm. 161).
5. **R171** - Recomendación sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (Núm. 171).
6. **C187** - Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (Núm. 187).
7. **R197** - Recomendación sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (Núm. 197).
8. **R097** - Recomendación sobre la protección de la salud de los trabajadores, 1953 (Núm. 97).
9. **R102** - Recomendación sobre los servicios sociales, 1956 (Núm. 102).
10. **R194** - Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002 (Núm. 194).

Derogado:

1. **R031** - Recomendación sobre la prevención de los accidentes del trabajo, 1929 (Núm. 31).

Reemplazada:

1. **R112** - Recomendación sobre los servicios de medicina del trabajo, 1959 (Núm. 112).

b) Protección contra riesgos particulares:

Instrumento actualizado:

1. **C115** - Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960 (Núm. 115).
2. **R114** - Recomendación sobre la protección contra las radiaciones, 1960 (Núm. 114).
3. **C139** - Convenio sobre el cáncer profesional, 1974 (Núm. 139).

4. **R147** - Recomendación sobre el cáncer profesional, 1974 (Núm. 147).
5. **C148** - Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977 (Núm. 148).
6. **R156** - Recomendación sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977 (Núm. 156).
7. **C162** - Convenio sobre el asbesto, 1986 (Núm. 162).
8. **R172** - Recomendación sobre el asbesto, 1986 (Núm. 172).
9. **C170** - Convenio sobre los productos químicos, 1990 (Núm. 170).
10. **R177** - Recomendación sobre los productos químicos, 1990 (Núm. 177).
11. **C174** - Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993 (Núm. 174).
12. **R181** - Recomendación sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993 (Núm. 181).

Requiere medidas adicionales para asegurar su relevancia continua y futura:

1. **C013** - Convenio sobre la cerusa (pintura), 1921 (Núm. 13).
2. **C119** - Convenio sobre la protección de la maquinaria, 1963 (Núm. 119).
3. **R118** - Recomendación sobre la protección de la maquinaria, 1963 (Núm. 118).
4. **C127** - Convenio sobre el peso máximo, 1967 (Núm. 127).
5. **R128** - Recomendación sobre el peso máximo, 1967 (Núm. 128).

6. **C136** - Convenio sobre el benceno, 1971 (Núm. 136).
7. **R144** - Recomendación sobre el benceno, 1971 (Núm. 144).
8. **R003** - Recomendación sobre la prevención del carbunco, 1919 (Núm. 3).
9. **R004** - Recomendación sobre el saturnismo (mujeres y niños), 1919 (Núm. 4).
10. **R006** - Recomendación sobre el fósforo blanco, 1919 (Núm. 6).

Derogado:

1. **R032** - Recomendación sobre los dispositivos de seguridad de las máquinas, 1929 (Núm. 32).

c) Protección en ciertas ramas de actividad:

Instrumento actualizado:

1. **C120** - Convenio sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964 (Núm. 120).
2. **R120** - Recomendación sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964 (Núm. 120).
3. **C167** - Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (Núm. 167).
4. **R175** - Recomendación sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (Núm. 175).
5. **C176** - Convenio sobre seguridad y salud en las minas, 1995 (Núm. 176).
6. **R183** - Recomendación sobre seguridad y salud en las minas, 1995 (Núm. 183).
7. **C184** - Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (Núm. 184).
8. **R192** - Recomendación sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (Núm. 192).

Instrumento que ha sido superado:

1. **C062** - Convenio sobre las prescripciones de seguridad (edificación), 1937 (Núm. 62).

Superada:

1. **C045** - Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935 (Núm. 45).

Reemplazada:

1. **R053** - Recomendación sobre las prescripciones de seguridad (edificación), 1937 (Núm. 53).
2. **R055** - Recomendación sobre la colaboración para prevenir los accidentes (edificación), 1937 (Núm. 55).

96. Catorce constituciones iberoamericanas contienen normas sobre higiene y salud en el trabajo.

Las constituciones de Bolivia, Brasil, Ecuador; Nicaragua; Portugal y Uruguay establecen, con algunas diferencias terminológicas, el derecho de los trabajadores a prestar servicios en condiciones de higiene, seguridad, salud o bienestar. Siendo un derecho que la constitución otorga a los ciudadanos, recae lógicamente sobre el Estado la obligación de garantizar su disfrute, lo cual es expresamente establecido por la Constitución de Cuba. Por su parte las constituciones de Costa Rica, Honduras (Art.128.6), México (Art. 123. XV), República Dominicana y Venezuela disponen que los patronos deben adoptar medidas de higiene y seguridad cumpliendo las normas pertinentes en la materia. Las constituciones de Honduras (Art. 128.12), y México (Art.123. XIV) establecen, además, que los patronos deben indemnizar a los trabajadores que sufran accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lo cual también se establece en la constitución de El Salvador (Art.43). Las constituciones de El Salvador (Art. 44), España y de Venezuela establecen que el Estado velará por el cumplimiento de las normas de higiene y

seguridad. La Constitución de Ecuador establece que toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.

VI. DERECHOS PROCESALES.

VI.1. Derecho a una jurisdicción especial del trabajo

Bolivia, Art. 50; Costa Rica, Art. 70; El Salvador, Art. 49; Guatemala, Art. 103; Honduras, Art. 134; México, Art. 123.A XX; Panamá, Art. 77, Venezuela, Disposición Transitoria 4 numeral 4 (Siete países).

97. En Iberoamérica la solución de los conflictos jurídicos individuales del trabajo está fundamentalmente a cargo de órganos judiciales, que generalmente se rigen por un procedimiento laboral especial. Es de observar, no obstante, que, en algunos casos, la administración del trabajo tiene competencias para resolver determinados conflictos laborales. Se puede señalar que en la mayoría de los casos los órganos competentes son un tribunal de la jurisdicción ordinaria o, mayoritariamente, un tribunal laboral especializado. En México, durante décadas, la solución de los conflictos laborales estuvo a cargo de Juntas de Conciliación y Arbitraje de carácter tripartito, con funciones jurisdiccionales, pero adscritas a la administración del trabajo. Este sistema fue abolido por reciente reforma legislativa que prevé que el conocimiento de los conflictos laborales pase al poder judicial, proceso que se viene mostrando lento y dificultoso, pero que, a todas luces, en la medida en que se superen esos obstáculos va a constituir un notable progreso para la justicia laboral de ese país. En Panamá existen Juntas de Conciliación y Decisión con competencia en materia de

despidos. En general, los sistemas privados de arreglo directo y arbitraje, de uso frecuente en los países anglosajones, han tenido poca importancia en el área iberoamericana, especialmente en la América Latina.

A decir verdad el funcionamiento de tribunales laborales no es una invención reciente, en algunos países existieron tribunales laborales aun antes de que el Derecho del Trabajo se consolidara como disciplina autónoma. Así, en Francia, desde el Siglo XIII funcionaron los “Conseil de Prud’hommes”, los cuales a partir del siglo XIX ejercen competencia específica para la solución de conflictos individuales de trabajo. En España a principio de siglo XX se crearon los tribunales industriales. Pero el funcionamiento regular de una jurisdicción laboral especializada fue consecuencia del proceso de gestación del Derecho del Trabajo. Proceso lento, que se fue produciendo en la medida en que los estados, presionados por los movimientos sociales, fueron aprobando paulatinamente medidas legislativas que regulaban el trabajo estableciendo mínimos tutelares de obligatoria aplicación. Muy tempranamente se advirtió que no bastaba la promulgación de normas protectoras, sino que era necesario arbitrar los medios para que las mismas fuesen aplicadas efectivamente.

Uno de los obstáculos con que tropezó la vigencia en la práctica de esas primigenias normas, fue su aplicación por jueces formados con una mentalidad civilista que les dificultaba comprender el sentido de esa nueva legislación protectora que se apartaba del sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad de las partes. De allí el reclamo para la creación de una jurisdicción especializada en materia laboral, integrada por jueces con formación y actitud para aplicar la nueva disciplina. Reclamo que ha sido acogido, al menos parcialmente, en muchos países. En Iberoamérica es generalizada la existencia

de una jurisdicción especializada en lo laboral, pero en varios países existen instancias en las cuales esta jurisdicción es ejercida por jueces que conocen de otras materias. También existen, como se señaló arriba, juntas de conciliación y arbitraje o decisión, que aun siendo especializadas, no son propiamente tribunales. Por otra parte, como también se señaló, en algunos casos la administración del trabajo tiene a su cargo la solución de determinados conflictos laborales.

La existencia de una jurisdicción laboral especializada viene generalmente acompañada de un procedimiento laboral especial. A lo largo de los años la legislación y la jurisprudencia han desarrollado una serie de particularidades propias del proceso laboral. Entre las mismas podemos mencionar la competencia del juez del lugar donde se prestó el servicio y no la del juez del domicilio del demandado, posibilidad de acumular demandas de distintos trabajadores contra un mismo empleador, simplificación en el tratamiento de cuestiones preliminares, necesidad de especificación de defensas en la contestación de la demanda, inversión de la carga de la prueba, ampliación de los poderes del juez laboral, exención de costas para el trabajador.

Un aspecto que ha sido objeto de debate en la doctrina y al cual me referí en el parágrafo 171 de la presente obra, el de si el Derecho Procesal del Trabajo es una disciplina independiente, con total autonomía de las normas procesales generales o si es una especialidad de un tronco común que es el Derecho Procesal. Parte de la doctrina sostiene que “la autonomía y las evidentes e indisimulables particularidades del Derecho sustantivo del trabajo exigen la presencia de un derecho procesal laboral autónomo y ajustado a dichas especialidades, para que contribuya a la eficacia del Derecho sustantivo al que sirve. En otras palabras son los particularismos de los conflictos a resolver” ...”los que requieren una justicia y un proceso especia-

les”²⁰⁹ Otra parte de la doctrina, con la cual suscribo, sostiene que existe un solo derecho procesal destinado a garantizar la vigencia efectiva del sistema jurídico sustantivo y que regula una de las funciones fundamentales del Estado: la jurisdiccional. Esta afirmación no va en desmedro de que el Derecho Procesal contemple normas especializadas para la actuación de las diversas ramas del derecho material. En este sentido se considera que una Ley Procesal del Trabajo concebida en términos de la moderna Teoría General del Proceso, debe sustentar las especificidades del procedimiento laboral, sin que ello implique su aislamiento de aquella ni, naturalmente, de las normas fundamentales que la informan. Ello tampoco comporta un desconocimiento de la autonomía científica del Derecho del Trabajo como disciplina sustantiva, sino que se funda en la necesidad de darle un mayor rigor científico e integridad, de tal manera que, atendiendo a sus particulares necesidades, pueda nutrirse de los aportes de la Teoría General del Proceso, lo que le permitirá emplear – con las modalidades que surgen de la aplicación de los postulados propios del Derecho del Trabajo- la normativa general elaborada con base en la misma, así como la jurisprudencia construida a partir de sus principios. Lo contrario sugeriría una ruptura total con el derecho procesal común, específicamente con el Código de Procedimiento Civil, lo cual obligaría a la ley procesal del trabajo a estatuir y pronunciarse sobre todas las posibles situaciones que puedan presentarse en el proceso, lo cual la haría incurrir en inútiles repeticiones, en muy probables contradicciones y, necesariamente, daría lugar a abundantes lagunas que dificultarían la labor tanto del Juez

209 Oscar ERMIDA URIARTE en prólogo a *La Jurisdicción del Trabajo* de Nelson Lostanau, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, p.7. Ver también obras citadas en las notas 271 y 272.

como de las partes, en detrimento de la seguridad jurídica y de la tutela judicial efectiva.

98. En América Latina, las dos “leyes madres” que orientaron el proceso de codificación laboral en la región, el Código del Trabajo de Chile y la Ley Federal del Trabajo de México, ambas de 1931, contenían disposiciones sobre la jurisdicción laboral y sobre los órganos encargados de resolver los conflictos del trabajo. Buena parte de los códigos de trabajo de la región incluyen tanto normas sustantivas como adjetivas. En otros países existen códigos o leyes procesales del trabajo. En Uruguay, en 1989, el proceso laboral fue subsumido dentro del Código General del Proceso, pero en 2009 la ley 18.572 estableció un proceso laboral especializado. Algo similar ocurrió en Chile. El año 1980, se dicta el Decreto Ley 3.648, que transforma los Juzgados del Trabajo en Juzgados de Letras Civiles y suprimió las Cortes del Trabajo, dejando la segunda instancia a cargo de las Cortes de Apelaciones de la jurisdicción ordinaria. En 1986 en las ciudades más importantes del país se restablecieron los juzgados laborales especializados con un procedimiento propio. A partir de 2008 se estableció un sistema procesal laboral con tribunales y procedimientos especiales, que se fue extendiendo paulatinamente en todo el país.

Las primeras legislaciones procesales latinoamericanas se centraron fundamentalmente en abreviar los lapsos previstos en el procedimiento civil, cuyo formato en general, siguió orientando el juicio laboral, que seguía siendo escrito, sin concentración y sin participación directa del juez, que, en buena parte de los casos, sólo se involucraba en el juicio en el momento de sentenciar. Ese proceso laboral tradicional dista de ser eficiente y no posee la celeridad requerida para lograr una justicia oportuna.

Como reacción a las deficiencias de este proceso laboral tradicional, desde inicios del presente siglo en América Latina

se ha hecho presente una tendencia de reformas procesales laborales. Así, Venezuela (2002), Ecuador (2003), Chile (2005), Colombia (2007), Uruguay (2009), Perú (2010), Nicaragua y Costa Rica (2012) y México (2021) han aprobado reformas del proceso laboral. En América Central El Salvador, Honduras y Guatemala están tramitando legislativamente la reforma del proceso laboral. Las reformas, en general, siguen una tendencia que se caracteriza por buscar un juicio simplificado, que da prioridad a lo esencial y no a las formalidades; prevalentemente escrito; con participación inmediata del juez que es el director del proceso; concentrado, previéndose una audiencia única en la cual se evacúan y se controlan todas las pruebas, al final de la cual se produce la sentencia, que sólo puede ser dictada por el juez que participó en el proceso. Las nuevas legislaciones procesales laborales favorecen el empleo de los medios alternativos de solución de conflictos, estableciendo, en varias de ellas, una instancia obligatoria de conciliación previa.

El tema del derecho a la jurisdicción especial del trabajo no ha sido objeto de un amplio tratamiento por parte de las normas internacionales.

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, O.E.A. 1948, dice:

“JURISDICCION DEL TRABAJO.

Artículo 36:

En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos.

CONCILIACION Y ARBITRAJE.

Artículo 37:

Es deber del Estado promover la conciliación y el arbitraje como medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”

99. En Iberoamérica las constituciones de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá y Venezuela disponen la existencia de una jurisdicción especial del trabajo, lo cual no es una novedad establecida por el constituyente pues ya en esos países existían órganos especializados para resolver los conflictos jurídicos laborales. La constitución de El Salvador dice que *“los procedimientos en materia laboral serán regulados de tal forma que permitan la rápida solución de los conflictos”*. Las constituciones de El Salvador y de México prevén la conciliación y el arbitraje como medios de solución de los conflictos laborales. La constitución mexicana contiene una detallada regulación del procedimiento de conciliación y de los órganos que están a cargo del mismo. La disposición transitoria cuarta de la constitución venezolana del año 1999, al ordenar al legislador ordinario la aprobación de una Ley Orgánica Procesal del Trabajo, estableció los principios orientadores del proceso laboral (gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso). La importancia de esta disposición transitoria fue que dio origen a la primera de las recientes reformas procesales laborales latinoamericanas a las cuales hice referencia con anterioridad.

CAPÍTULO VI

LOS DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

SUMARIO: I.- Introducción. II. Derecho al respeto de la dignidad humana. III.- Derecho a la igualdad y no discriminación. IV.- Derecho a la integridad personal. V.- Derecho a la protección de la salud. VI.- Derecho a la libertad ideológica y religiosa. VII.- Derecho a la libertad de expresión. VIII.- Derecho a la libertad de información. IX.- Derecho a la protección de datos personales. X.- Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. XI.- Derecho al secreto de las comunicaciones. XII.- Derecho a la libertad de asociación. XIII.- Derecho a la libertad de reunión. XIV.- Derecho a un ambiente sano. XV.- Derecho a la educación. XVI.- Derecho a la propiedad. XVII.- Derecho a la propiedad intelectual. XVIII.- Derecho a la libertad de empresa o de dedicarse a la actividad económica de su preferencia.

I.- Introducción.

100. Como se señaló en el capítulo anterior, cuando se habla de derechos laborales inespecíficos se hace referencia a derechos constitucionales de carácter general, no específicamente laborales, que son atribuidos a todos los ciudadanos, pero que pueden ser ejercidos por trabajadores y empleadores en el ámbito de una relación laboral²¹⁰.

210 Véase cita de la obra de Manuel Carlos PALOMEQUE y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA en nota 176.

En este capítulo haré una revisión de aquellos derechos constitucionales inespecíficos que tienen mayor presencia en las constituciones iberoamericanas. Para ello partí de elaborar un listado en el cual incorporé aquellos derechos inespecíficos que, de una manera mayoritaria aparecen consagrados en las constituciones de los países del ámbito iberoamericano, al cual agregué Haití, en razón de su vecindad geográfica y de su pertenencia a la América Latina. El criterio empleado para incorporar un determinado derecho constitucional específico al referido listado, al igual como se hizo con los derechos laborales específicos, fue el de que estuviese incluido al menos en cinco de las constituciones analizadas. Estoy claro en que este criterio es algo arbitrario, pero al menos me resultó útil para intentar una explicación didáctica del tema.

II.- Derecho al respeto de la dignidad humana:

Bolivia (Arts. 9.2 y 22), Brasil (Art. 1 III), Colombia (Art.1), Costa Rica (Art. 33), Cuba (Art. 40), Chile (Art. 1), Ecuador (Art. 66.2), El Salvador (Arts. 4 y 10), España (Art. 10), Guatemala (Art. 4), Honduras (Arts. 59, 63 y 68), México (Arts.1 y 3), Nicaragua (Art. 5), Panamá (Art. 17), Paraguay (Arts. 1 y 33), Perú (Art. 1), Portugal (Arts.1 y 26.2), República Dominicana (Art. 38), Venezuela (Arts. 3,47,55 y 332). (Dieci-nueve países).

101. El tema de la dignidad humana ha sido objeto de importantes debates en la historia de la filosofía. Para Aristóteles la dignidad era consecuencia de la racionalidad y sólo correspondía a quienes tenían “logos”, es decir capacidad de raciocinio y lenguaje, lo cual les define como seres no llamados a ser instrumentalizados, de modo que existen varias categorías de seres humanos que, al carecer de “logos”, no tenían dignidad.

Así, los esclavos, las mujeres los discapacitados etc. Para Santo Tomas de Aquino, la dignidad es una potencialidad que en principio corresponde a todos los seres humanos, pero que se adquiere cuando el hombre realiza obras buenas o “dignas” y se pierde cuando una persona orienta esa potencialidad a hacer el mal. La concepción moderna de dignidad se fundamenta en el pensamiento de Kant, para quien la dignidad no está asociada a circunstancias individuales que la particularizan, sino que está asociada a la condición humana. Kant sustenta la dignidad en la racionalidad, pues corresponde a los seres humanos racionales. Sin embargo, Kant admite que la dignidad puede verse restringida en ciertas categorías de personas, como las mujeres, los económicamente dependientes, los discapacitados mentales, los moribundos. En la filosofía contemporánea, aun admitiendo el carácter de la dignidad como propio de la condición humana se ha debatido sobre si la misma corresponde a ciertas categorías de personas como los pobres, los enfermos, los moribundos²¹¹.

El pensamiento católico contemporáneo ha contribuido a difundir el concepto de dignidad humana como una condición que corresponde a todas las personas y que exige de todos los individuos y de las autoridades, así como la sociedad en general, el respeto a esa condición, independientemente de las características particulares que puedan tener los individuos o los grupos sociales. Para la Iglesia Católica la dignidad es atributo esencial de todas las personas humanas y es el fundamento de la vida en sociedad y de los derechos humanos. En el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia se dice:

“132: Una sociedad justa puede ser realizada solamente en el respeto de la dignidad trascendente de la persona humana.”

211 Sobre este debate puede verse Xabier ETXEBERRÍA, El debate ético sobre la dignidad de la persona, <https://www.youtube.com/watch?v=D2Rovu3mNag>

“144: Dios no hace acepción de personas», porque todos los hombres tienen la misma dignidad de criaturas a su imagen y semejanza.”

“153: La raíz de los derechos del hombre se debe buscar en la dignidad que pertenece a todo ser humano. Esta dignidad, connatural a la vida humana e igual en toda persona, se descubre y se comprende, ante todo, con la razón.”²¹²

Aun cuando se trata de un concepto más bien abstracto, el derecho al respeto de la dignidad de la persona humana, incorporado en textos constitucionales y utilidades, ha sido un factor importante para la interpretación de las normas jurídicas nacionales, especialmente en aquellos casos en que al juez se le presentan dificultades para establecer el sentido y alcance de una norma jurídica en su aplicación a un caso concreto. Testimonio de ello es la afirmación que hace Wilfredo Sanguinetti refiriéndose al proceso de “reconstrucción”, por parte del Tribunal Constitucional, del ordenamiento laboral peruano duramente golpeado durante el gobierno autoritario y neoliberal de Fujimori. Sanguinetti dice:

“El Tribunal Constitucional ha recurrido en más de una ocasión a una lectura finalista para desentrañar el alcance de sus mandatos. La clave para ello ha resultado en la adopción, como criterio guía para la interpretación del sentido de las disposiciones laborales de la Constitución, del principio del respeto a la dignidad de la persona, al que el artículo 1 de la misma atribuye la condición de “fin supremo de la sociedad y del Estado”, y cuya vigencia en el ámbito de las relaciones laborales se encuentra expresamente garantizada por el artículo 23. De esta consagración de la dignidad de la persona, como “valor último” o “principio rector supremo del ordenamiento jurídico” se desprende la necesidad de llevar a cabo

212 Compendio de la doctrina social de la Iglesia Pontificio Consejo «Justicia y Paz». www.vatican.va/roman_curia/.../rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dot-soc_sp.html -

una interpretación de los principios constitucionales que garantice que la consideración que merecen las personas no se vea afectada en ningún tipo de situación por la que las mismas puedan atravesar. Y también en la imposibilidad de cualquier derecho pueda ser ejercido “conculcando la dignidad esencial de otro ser humano”²¹³

102. Algunas normas internacionales han proclamado el postulado del respeto a la dignidad humana.

Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, O.N.U. 1948, dice:

“Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (O.E.A. 1969) dice:

“Artículo 11.- Protección de la Honra y de la Dignidad

Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.”

En el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, se dice:

“Los Estados partes en el presente Pacto, considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana, reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y

213 Wilfredo SANGUINETTI, ob. cit. en la nota 20, p.44

liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U. 1966, se dice:

“Artículo 7:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

i) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;”

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A. 1981, estableció:

“Artículo 5

Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos”

En el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, O.N.U., 1.989, se dice:

“Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, teniendo presente que los Pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”

El Protocolo N° 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, acordado por el Consejo de Europa en 2002 dice en sus considerandos:

“Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo, convencidos de que el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática, y de que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dice:

“ARTÍCULO 1.- Dignidad humana.

La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.

ARTÍCULO 31.- Condiciones de trabajo justas y equitativas

1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”

103. Diecinueve de las constituciones estudiadas hacen referencia a la dignidad de la persona humana.

Las constituciones de diez países (Bolivia (Art. 9), Brasil, Colombia, Cuba, Honduras (Art.59), Paraguay (Art. 1), Perú, Portugal (Art. 1), República Dominicana, Venezuela (Art.3) proclaman la dignidad de la persona humana como fin o fundamento del Estado. Ya hemos visto que esta proclamación ha tenido particular importancia en Perú. Las constituciones de seis países (Chile, Ecuador, España, Guatemala Nicaragua, Paraguay Art.33) consagran el derecho a la dignidad de la persona. Las constituciones de cinco países (Bolivia (Art. 22), Costa Rica, El Salvador (Arts. 4 y 10), Guatemala y México (Art.1) esta-

blecen prohibición de violaciones a la dignidad humana. Las constituciones de Honduras, (art 63) y Panamá establecen que los derechos consagrados en su texto no excluyen ni constituyen negación de otros que nacen de la dignidad del hombre.

Las Constituciones de Honduras (Art.68) y de Haití disponen que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La Constitución de México (Art.3) establece que la educación se basará en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas. La Constitución de Portugal (Art. 26) dispone que la ley establecerá garantías efectivas contra la obtención y utilización abusiva o contraria a la dignidad humana, de informaciones relativas a las personas y a las familias. La Constitución de Venezuela en su artículo 3 dice que el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad. Además contiene disposiciones que ordenan a los organismos públicos respetar la dignidad humana en sus diversas actuaciones (Arts. 47, 55 y 332).

104. El tema de la dignidad del ser humano tiene una especial relevancia en el ámbito de las relaciones de trabajo. Al respecto Héctor Jaime dice:

*“El trabajador es merecedor de protección por su condición de persona que lo hace poseedor de un valor trascendental que se encuentra en riesgo cuando, forzado por las circunstancias se somete al poder de otro, del empleador. Ese valor trascendental es su dignidad de persona”. “En el contrato de trabajo” -afirma el mismo autor-, “coexisten las dos dimensiones del hombre que trabaja: la de sujeto de derecho y que manifiesta su voluntad para asumir obligaciones en una relación contractual y que así es percibida por el derecho de las obligaciones, y la dimensión biológica del mismo, el cuerpo que desarrolla la prestación a que se ha obligado.”*²¹⁴

214 Héctor JAIME MARTÍNEZ, Teoría General del Derecho del Trabajo, Tesis doctoral presentada ante la Universidad Central de Venezuela, inédita.

Esta implicación personal del trabajador en su doble condición de sujeto y objeto del contrato de trabajo, junto con la sumisión de su actividad personal en el trabajo al poder del empleador, lo que implica una restricción a su libertad, es la que motivan la existencia de un sistema tutelar que, fundamentalmente está dirigido a buscar que su condición de trabajador no vaya en menoscabo a su dignidad como persona. Por ello es acertado la afirmación del Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia Católica cuando dice: “301 *Los derechos de los trabajadores, como todos los demás derechos, se basan en la naturaleza de la persona humana y en su dignidad trascendente.*”²¹⁵

III.- Derecho a la igualdad y no discriminación.

Argentina (Art. 16), Bolivia (Art. 14.I, 14.II y 14 III), Brasil (Art. 5), Colombia (Arts.13 y 43), Costa Rica (Art. 33), Cuba (Arts. 42 y 43), Chile (Art. 1 y Art. 19.2 y 3), Ecuador (Art. 11.2 y Art. 66.4), El Salvador (Art. 3), España (Arts.1, 9 y 14), Guatemala (Art. 4), Haití (Art. 18), Honduras (Arts. 60 y 61), México (Arts. 1 y 4), Nicaragua (Art. 27), Panamá (Arts. 19 y 20), Paraguay (Arts. 46, 47 y 48), Perú (Art. 2.2), Portugal (Arts.13 y 26.1), República Dominicana (Art. 39), Uruguay (Art. 8), Venezuela (Art. 21) (Veintidós países).

105. La historia de las sociedades humanas hasta entrada la edad moderna es la historia de las desigualdades entre los diversos sectores que las conformaban. La desigualdad entre los diversos sectores no derivaba solamente del tratamiento que se daban unos a otros, sino que estaba establecido por los ordenamientos jurídicos vigentes en cada sociedad. Los

215 Ob. cit. en la nota 211-

sectores que ejercían mayor poder político, militar, religioso o económico, gozaban, unos más que otros, de privilegios de los cuales carecían los demás. En la actualidad no han desaparecido ciertamente las desigualdades sociales, pero las mismas han venido perdiendo su carácter institucional en la mayor parte de los países. A inicios de la edad moderna, la burguesía incipiente se enfrentó a la nobleza y al clero en un intento de despojarles de sus privilegios. Ciertamente la burguesía no propició la abolición de sus propias ventajas económicas, pero una de sus banderas de lucha fue la igualdad de los ciudadanos ante la Ley. La igualdad, junto con la libertad y la fraternidad, fue uno de los postulados de la revolución francesa. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (París, 1789) dice en su artículo primero: *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común.”* Con anterioridad la Declaración de Virginia, 1776; había proclamado:

“Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden ser privados o desposeídos con posterioridad por ningún pacto; a saber: el goce de la vida y la libertad, como medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad.”

106. Después de la segunda post guerra mundial varios instrumentos internacionales proclamaron el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, O.E.A. 1948, se establece:

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

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, O.N.U. 1948, se dice:

“Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²¹⁶, C.E. 1950, establece:

“Artículo 14: Prohibición de discriminación:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, O.N.U. 1965, dice:

“Artículo 2

1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas

216 De la profusa legislación internacional europea sobre la materia cito únicamente la convenida en el Tratado de Roma de 1950, revisado en 1996 (Convenio Europeo Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), por su importancia histórica y la contenida en la Carta de Estrasburgo de 2007, (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) por ser la más actualizada

sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto:

a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;

b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;

c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;

d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;

e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial.

2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

Artículo 3

Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza.

Artículo 4

Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

Artículo 5

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas

sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;

b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;

c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas;

d) Otros derechos civiles, en particular:

i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;

ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país;

iii) El derecho a una nacionalidad;

iv) El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge;

v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros;

vi) El derecho a heredar;

vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;

viii) El derecho a la libertad de opinión y de expresión;

ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el

desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria;

ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse;

iii) El derecho a la vivienda;

iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales;

v) El derecho a la educación y la formación profesional;

vi) El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales;

f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

Artículo 6

Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

Artículo 7

Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención.”

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, se dice:

“Artículo 3.

Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 14.

Todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia.”

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, O.N.U. 1979, dice:

“Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) *Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;*

f) *Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;*

g) *Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.*

Artículo 3

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.”

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A. 1981, estableció:

“Artículo 2: Todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status.

Artículo 3: Todos los individuos serán iguales ante la ley.

Todos los individuos tendrán derecho a igual protección de la ley”.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, O.N.U. 1989, establece:

Artículo 2

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra

índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E 2007, se estableció:

“ARTÍCULO 20.- Igualdad ante la ley.

Todas las personas son iguales ante la ley.

ARTÍCULO 21.- No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

ARTÍCULO 23.- Igualdad entre mujeres y hombres

La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.”

107. Las veintidós constituciones estudiadas consagran el derecho a la igualdad, estableciendo, en términos más o menos similares que todos los ciudadanos son iguales ante la ley.

Las constituciones de quince países (Bolivia (Art.14 II), Colombia (Art. 13), Costa Rica, Cuba (Art. 42) Chile (Art. 19.2), Ecuador (Art.11.2 y 66.4), El Salvador (Art. 3) España (Art. 14), México (Art. 1), Nicaragua, Panamá (Art.19), Paraguay (Art. 46), Portugal (Arts.13.2 y 26.1) República Dominicana y Venezuela)²¹⁷, prohíben expresamente la discriminación.

Siete constituciones (Colombia (Art. 43), Cuba (Art.43), Chile (Art. 19.2), Guatemala, México (Art. 4), Paraguay (Art. 48) y República Dominicana) explicitan la vigencia del principio de igualdad entre el hombre y la mujer.

Cinco constituciones (Colombia (Art.13), Ecuador (Art. 11.2), España (Art.9), Paraguay (Arts. 46 y 48) y Venezuela) establecen que el Estado debe implementar políticas para hacer efectivo el principio de igualdad.

Las constituciones de Argentina, República Dominicana y Venezuela prohíben el uso de títulos de nobleza.

La Constitución de Paraguay establece que el principio de igualdad debe prevalecer en el acceso a las funciones públicas (Art.473) y en la igualdad de oportunidades (Art. 474)

La constitución de Panamá (Art.20) afirma la igualdad entre panameños y extranjeros y la de Argentina hace expresa referencia a la igualdad en el tema impositivo.

108. El derecho a la igualdad y a la no discriminación tiene gran repercusión en las relaciones de trabajo. Este tema es abordado en el capítulo V de la presente obra.

217 Al igual que en el capítulo V, en aquellos casos en los cuales la Constitución contiene más de un artículo referente al derecho laboral específico que se comenta, se indicará expresamente cual artículo se refiere a cual aspecto. En aquellos casos en los cuales las constituciones contienen sólo un artículo referente al derecho que se comenta, no se hará indicación expresa al mismo, pues la indicación de los artículos está contenida en el encabezamiento de numeral respectivo. Así en todo el capítulo.

IV.- Derecho a la integridad personal:

Argentina (Art. 75.22), Bolivia (15.I), Brasil (Art.5), Chile (Art. 19. 1), Colombia (Arts.11, 12, 44), Costa Rica (Arts. 21, 40 y 48, éste en relación al Habeas Corpus), Cuba (Art. 46), Ecuador (Art. 66.1 y 66.3), El Salvador (Arts. 2 y 27), España (Art. 15), Guatemala (Arts. 3 y 19), Haití (Arts. 19 y 20), Honduras (Arts. 61, 65, 66, 68 y 128.6), México (Art.21, en referencia a los fines de los cuerpos de seguridad), Nicaragua (Art. 36), Panamá (Arts. 23, en referencia al Habeas Corpus y 30), Paraguay (Arts. 4 y 5), Perú (Art. 2.1), Portugal (Art. 25), República Dominicana (Art. 42), Uruguay (Arts. 7 y 26), Venezuela (Arts.43 y 46) (Veintidós países).

109. El concepto de integridad personal hace referencia al desarrollo pleno de la vida de la persona, tanto del punto de vista físico, como psíquico y moral. Todo ser humano tiene derecho al respeto a su integridad personal en todos los aspectos que ella comprende. Afanador dice:

“El derecho a la integridad personal o a la incolumidad se entiende como un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de esas tres dimensiones.”²¹⁸

El derecho al respeto a la integridad personal supone que toda persona debe ser libre de agresiones a su integridad corporal, psíquica y moral. Se considera que hay violaciones a la integridad física de las personas cuando se les agrede corporalmente, como cuando se les somete a torturas o malos tratos

218 María Isabel AFANADOR C., El derecho a la integridad personal. Elementos para su análisis en Reflexión Política, vol. 4, núm. 8, diciembre, 2002, Universidad Autónoma de Bucaramanga. Colombia.

físicos. Hay violaciones a la integridad psíquica de las personas cuando se les somete a condiciones capaces de perturbar su salud mental y emocional. Se viola la integridad moral de las personas cuando se les violenta en sus creencias y convicciones personales, religiosas o morales.

El derecho a la integridad física está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y el derecho a la salud. En este sentido la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-123/94 señaló:

“el derecho a la vida comporta como extensión el derecho a la integridad física y moral, así como el derecho a la salud. No se puede establecer una clara línea divisoria entre los tres derechos porque tienen una conexión íntima, esencial y, por ende, necesaria. El derecho a la salud y el derecho a la integridad física y moral se fundamentan en el derecho a la vida, el cual tiene su desarrollo inmediato en aquellos. Sería absurdo reconocer el derecho a la vida y, al mismo tiempo, desvincularlo de los derechos consecuentes a la integridad física y a la salud. Desde luego es factible establecer entre los tres derechos una diferencia de razón con fundamento en el objeto jurídico protegido de manera inmediata; así, el derecho a la vida protege de manera próxima el acto de vivir. La integridad física y moral, la plenitud y totalidad de la armonía corporal y espiritual del hombre, y el derecho a la salud el normal funcionamiento orgánico del cuerpo, así como el adecuado ejercicio de las facultades intelectuales”.

110. El derecho al respeto de la integridad personal ha sido objeto de regulación internacional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, O.N.U. 1948, dice;

“Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, dice:

“Artículo 7.

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, O.E.A. 1969, dice:

“Artículo 4.- Derecho a la Vida.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán

ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A. 1981, dice:

“Artículo 4: Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente.”

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, O.N.U. 1985, establece:

“Artículo 2.

1. Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

2. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Artículo 4

1. Todo Estado parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

2. Todo Estado parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Artículo 17

1. Se constituirá un Comité contra la Tortura (denominado en lo que sigue el Comité), el cual desempeñará las funciones que se señalan más adelante. El Comité estará compuesto de diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, que ejercerán sus funciones a título personal. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa y la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.”

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, O.E.A 1985, dice:

“Artículo 3

Serán responsables del delito de tortura:

a) los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.

b) las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

Artículo 4

El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente.

Artículo 5

No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura.

Artículo 6

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

Artículo 17

Los Estados partes se comprometen a informar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otro orden que hayan adoptado en aplicación de la presente Convención.

De conformidad con sus atribuciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos procurará analizar, en su informe anual, la situación que prevalezca en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en lo que respecta a la prevención y supresión de la tortura.”

La Convención Sobre los Derechos del Niño, O.N.U. 1989, dispone:

‘Artículo 6

- 1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*
- 2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.*

Artículo 37

Los Estados partes velarán por qué:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;*
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;*
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.*

Artículo 34

Los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Par-

tes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;

La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;

La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E 2007, se estableció:

“ARTÍCULO 3.- Derecho a la integridad de la persona.

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.

2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley;

b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;

c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;

d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

ARTÍCULO 4.- Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dice:

ARTÍCULO 2.- Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a la vida.

2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

ARTÍCULO 3.- Derecho a la integridad de la persona

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.

2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la Ley;

b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;

c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;

d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

ARTÍCULO 4.- Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (Explicaciones Art. 4)

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

111. Diecisiete de las constituciones estudiadas (Bolivia (15.I), Brasil (Art.5), Chile (Art. 19.1), Colombia (Art.44, se refiere a los niños), Cuba (Art. 46), Ecuador (Art. 66.3), El Salvador (Arts. 2), España (Art. 15), Guatemala (Art. 3), Haití (Arts. 19 y 20), Honduras (Arts. 68 y 128.6), Nicaragua (Art. 36), Paraguay (Art. 4), Perú (Art. 2.1), Portugal (Art. 25), República Dominicana (Art. 42), Venezuela (Art. 46) se refieren expresamente al derecho a la integridad personal:

Diecisiete constituciones (Bolivia, Chile, Costa Rica (Art.21), Cuba, Ecuador (Art. 66.1), El Salvador (Art.2), España, Guatemala (Art. 3), Haití (Art.19), Honduras (Arts. 61 y 65), Nicaragua (Art. 23), Paraguay (Art. 4), Portugal (Art. 24), Perú, República Dominicana (Art. 37), Uruguay (Art. 7) y Venezuela (Art. 43)) proclaman el derecho a la vida.

Doce constituciones (Bolivia, Colombia (Art.11), Ecuador (66.1), Haití (Art.20), Honduras (Art. 66), Nicaragua (Art. 23), Panamá (Art. 30), República Dominicana (Art. 37) Paraguay (Art. 4), Portugal (Art.24), Uruguay (Art. 26) y Venezuela (Art. 43)) prohíben expresamente la pena de muerte, mientras que España, El Salvador (Art. 27) y Perú la restringen a los casos de guerra.

Doce constituciones (Bolivia, Colombia (Art. 12), Costa Rica (Art. 40). España, Guatemala (Art. 19), Honduras (Art. 68), Nicaragua (Art. 36), Paraguay (Art. 5), Perú, Portugal, República Dominicana (Art. 42) y Venezuela (Art. 46),) prohíben las torturas y otros tratos inhumanos y degradantes.

Cuatro constituciones (Honduras (Art.68), Panamá (Art. 28), Portugal y Venezuela) establecen la obligación de dar un buen trato a las personas privadas de libertad y dos (República Dominicana y Venezuela,) establecen la prohibición de ser sometidos a experimentos médicos sin su consentimiento.

112. Las partes en el contrato de trabajo están mutuamente obligadas a respetar su integridad. Ello supone limitaciones en el ejercicio de sus respectivos derechos. En el uso de su derecho a la libertad de expresión y comunicación, el trabajador no podrá expresar conceptos ni difundir comunicaciones que constituyan una violación al derecho del empleador a su integridad moral. Por su parte, en el ejercicio de su poder directivo el empleador no podrá establecer condiciones de trabajo ni ordenar conductas que lesionen la integridad personal de los trabajadores. En este sentido, el derecho a la integridad que, como se ha visto, está íntimamente vinculado al derecho a la salud y a adecuadas condiciones de trabajo tiene especial relevancia para el trabajador y es que en la relación de trabajo, como recuerda Supiot: *“a diferencia del empresario, el trabajador no arriesga su patrimonio, sino*

*su piel*²¹⁹. No podrá, pues, el empleador imponer al trabajador la realización de tareas excesivamente duras que atenten contra su integridad física, así como tampoco podrá emitir órdenes e imponer conductas que sean lesivas a su integridad psíquica y moral. Así, la obligación del patrono de cumplir y hacer que se cumplan en las instalaciones de sus establecimientos, las disposiciones legales sobre higiene y salubridad, adoptando las medidas de seguridad adecuadas en el trabajo, que permitan prevenir los riesgos profesionales, es consecuencia tanto del derecho del trabajador a la salud y a buenas condiciones de trabajo como de su derecho al respeto a su integridad personal.

V.- Derecho a la protección de la salud.

Bolivia (arts. 9, 18,35 a 44), Brasil (arts. 6 y 7), Chile (art.19.9), Colombia (art. 49), Costa Rica (art. 46), Cuba (arts. 46 y 72), Ecuador (arts. 32,66, 358 a 366), El Salvador (arts. 1, 65 a 69), España (arts. 43 y 51), Guatemala (arts. 93 a 99), Haití (art. 19), Honduras (arts. 145 a 150), México (art. 4), Nicaragua (art. 59), Panamá (arts. 109 a 111), Paraguay (arts. 68 y 69), Perú (arts. 7,9 y 65), Portugal (art.64), República Dominicana (art. 63), Uruguay (art. 44) y Venezuela (arts. 83 al 85). (Veintiún países).

113. La Organización Mundial de la Salud define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». Desde este punto de vista no parecería apropiado hablar de “derecho a la salud”, porque no es posible garantizar a los ciudadanos el goce de ese estado. Resulta, entonces, más apropiado hablar de

219 Alain SUPLOT, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio del Trabajo y Asistencia Social, Madrid, 1966.

“derecho a la protección de la salud”, “derecho a la asistencia sanitaria” o “derecho a disfrutar de mejor estado de salud posible”, denominaciones que han sido empleadas por diversos autores. Prefiero emplear la primera de las mencionadas denominaciones.

El derecho a la protección de la salud se refiere fundamentalmente al derecho de todos los seres humanos a tener acceso a una protección sanitaria adecuada, tanto preventiva como curativa, razón por la cual este derecho tiene aspectos individuales y colectivos. La O.N.G Humanium, que se ocupa de la defensa de los derechos de los niños, señala que este derecho comprende varios derechos específicos como son:

“el derecho a un sistema de protección de la salud; el derecho a la prevención y a tratamientos preventivos para luchar contra la propagación de enfermedades; el derecho al acceso a los medicamentos esenciales; la promoción de la salud materna e infantil; el derecho al acceso a los servicios de salud apropiados y último, la educación y la concienciación sobre la salud.”²²⁰

El derecho a la protección de la salud está íntimamente vinculado a otros derechos humanos, de los cuales depende su plena vigencia y a los cuales, a su vez, contribuye para su desarrollo efectivo. Así, existe una estrecha relación entre el derecho a la protección de la salud, el derecho a la vida y a la integridad de la persona, el derecho a un medio ambiente sano y a un buen ambiente en el trabajo y, en general con todos los derechos fundamentales, pues, en definitiva, sólo la persona sana está en perfectas condiciones para el disfrute de sus derechos y libertades.

El derecho a la protección de la salud tiene una naturaleza prestacional, en cuanto comporta para los estados el deber de una

220 <https://www.humanium.org/es/derecho-salud/>

prestación, cual es, como lo señala Delgado Blanco, en prestar “servicios de salud adecuados, suficientes y de calidad que permitan preservar, conservar, restituir o rehabilitar la salud cuando se ha perdido, sin que se pueda alegar la falta de recursos para incumplir esa protección”²²¹.

114. El derecho a la protección de la salud ha sido objeto de tratamiento por parte de varias normas jurídicas internacionales.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1946, dice:

“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.

Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos.

La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común.

El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo.

La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud.

221 Andy Del Valle DELGADO BLANCO, El Derecho a la Salud en Venezuela. Una Mirada desde el Enfoque de los Derechos Humanos en Revista Especializada en Investigación Jurídica, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez Número 4, 2019, p. 119, México, <http://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/issue/view/634>.

Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.

Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, O.N.U. 1948, dice:

“Artículo 25

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

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

El Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U. 1966, dice:

“Artículo 12

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

La Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos, O.U.A. 1981, establece:

“Artículo 16

1. Todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible.

2. Los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos.”

La Convención Sobre los Derechos del Niño, O.N.U. 1989, dice:

“Artículo 24

Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;*
- Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;*
- Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la*

aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

- Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

- Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

- Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007 dispone:

“ARTÍCULO 35.- Protección de la salud

Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana.”

115. Veintiún de las constituciones estudiadas hacen referencia al derecho a la salud Diecisiete constituciones (Bolivia

(arts. 9 y 36), Brasil (arts. 6 y 7), Colombia, Chile, Ecuador (arts. 32 y 66), El Salvador (arts. 1 y 65), España (art. 43) Guatemala (arts. 93 y 95), Haití, Honduras (art. 145), México, Panamá (art. 109), Paraguay (art. 68), Perú (art 7) Portugal, República Dominicana y Venezuela (art. 83)) reconocen el derecho de los ciudadanos el acceso a los servicios protección de la salud.

Diecinueve constituciones (Bolivia (art. 18), Colombia, Chile, Ecuador (arts. 358 a 366), España (art. 43) Guatemala (art.94), México, Nicaragua, Panamá (art. 110), Paraguay (art. 69), Perú (art. 9), Portugal, República Dominicana y Venezuela (arts. 84 y 85)) establecen la existencia de un sistema de salud pública dirigido por el Estado.

Nueve constituciones (Bolivia (art. 18), Ecuador (art. 362), El Salvador (art. 63), México, Nicaragua, Panamá (art. 110), República Dominicana, Uruguay y Venezuela (art. 84)) establecen que el Estado prestará servicios gratuitos de salud.

Diez constituciones (Bolivia (art. 36), Colombia, Ecuador (art. 366), El Salvador (art. 66), Guatemala (art. 96), Honduras (arts. 146 y 147, Panamá (art. 11), Paraguay (art.72). Portugal y Venezuela (art. 85)) establecen el control estatal de servicios privado médicos o farmacéuticos.

En las constituciones de Costa Rica, España (art. 51) y Perú se establece que el Estado debe velar por la salud de usuarios y consumidores

La Constitución de Bolivia (art, 36) establece que existirá un seguro de salud a cargo del Estado.

116. En el campo laboral el derecho a la protección a la salud se refleja en el derecho a condiciones adecuadas de higiene y salud en el trabajo. el cual fue tratado en el capítulo VI de esta obra.

VI.- Derecho a la libertad ideológica y religiosa.

Argentina (Art. 14), Bolivia (Arts. 4 y 21. 3), Brasil (Art. 5 VI y VIII), Colombia (Arts.18 y 19), Costa Rica (Art. 75), Cuba (Art. 57), Chile (Art. 19.6), Ecuador (Art. 66.8 y 68.11), El Salvador (Art. 25), España (Art. 16), Guatemala (Art. 36), Haití (Art. 30), Honduras (Art. 77), México (Art.24), Nicaragua (Arts. 29 y 69), Panamá (Art. 35), Paraguay (Art. 24), Perú (Art. 2.3), Portugal (Art. 41), República Dominicana (Art. 45), Uruguay (Art. 5), Venezuela (art 59). (Veintidós países).

117. El derecho a poder tener libremente sus propias convicciones, a profesar y practicar la religión de su preferencia o a no profesar religión alguna, es uno de los derechos más importantes del ser humano. Quien profesa una religión se adhiere a un credo que involucra el sentido más integral de su vida. Por ello el respeto a la libertad religiosa debe ser considerado como un derecho prioritario del ser humano. Sin embargo, no siempre ha sido así. La intolerancia religiosa ha sido una plaga que históricamente ha golpeado a la humanidad, dando lugar a sangrientas persecuciones y guerras. Las religiones han tendido a imponer, al menos en el ámbito territorial en que son fuertes, su predominio sobre las otras creencias. Quienes no comparten la religión dominante suelen ser tratados como “infeles”, con menoscabado de sus derechos. La persecución religiosa más notable de la antigüedad fue probablemente la que se llevó a cabo en el imperio romano contra el cristianismo incipiente. Pero, cuando, en el tercer siglo de nuestra era, el cristianismo fue adoptado como religión del imperio y se fue extendiendo hasta hacerse la religión más numerosa del mundo occidental, fueron los cristianos quienes usaron la fuerza para imponer sus creencias en detrimento de otras religiones. Entre todas, quizás la más perseguida fue la religión judía, que, a través de los

siglos sufrió duras limitaciones, persecuciones y expulsiones territoriales y que en el siglo XX, durante la segunda guerra mundial, sufrió la más espantosa persecución de la historia, llevada a cabo por los nazis en ese trágico episodio que se conoce como “el holocausto”, en el cual fueron exterminados millones de personas por ser judíos.

Tales circunstancias favorecieron una toma de conciencia de la humanidad en cuanto a la importancia de respetar las convicciones personales y creencia religiosas de los individuos y de las sociedades.

118. A partir de la segunda post guerra, importantes instrumentos internacionales, recogidos por muy buena parte de las legislaciones nacionales, consagraron el derecho a la libertad ideológica y religiosa.

En París, en 1948, se firmó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 18 dice:

“Toda persona tiene derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.”

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, C.E. 1950, dice en su artículo 9:

“ARTÍCULO 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, dice en sus artículos 18 y 27:

“Artículo 18.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

“Artículo 27

En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, O.E.A. 1969, se dice:

“Artículo 12.- Libertad de Conciencia y de Religión

Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de Acuerdo con sus propias convicciones.”

En la Convención sobre Derechos del Niño, O.N.U. 1989, se establece:

“Artículo 14

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.”

En la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A 1981, se dice:

“Artículo 8

La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades.”

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, se dice:

“ARTÍCULO 10.- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”

119. Las veintidós constituciones estudiadas (Argentina, Bolivia (Arts. 4 y 21), Brasil (Art. 5. VI), Colombia (Art. 19), Costa Rica, Cuba, Chile. Ecuador (Art. 66.8), El Salvador, España (Arts. 16.1 y 16.2), Guatemala, Haití, Honduras (Art. 77), México, Nicaragua (Arts. 29 y 69), Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) consagran el derecho a la libertad religiosa.

Diez constituciones (Brasil (art, 5.VI), Colombia (Art. 18), Chile (Art. 19.6), Ecuador (Art. 66.11), España (Arts. 16. 1 y 16,2), Nicaragua (Art. 29), Paraguay, Perú, Portugal y República Dominicana) consagran el derecho a la libertad de conciencia o convicciones.

Cinco países (Brasil 5 VIII, Colombia (Art. 18), Nicaragua (Art. 29), Paraguay y Portugal) establecen en sus textos constitucionales que nadie podrá ser perseguido o coaccionado con motivo de sus creencias.

Cinco constituciones (Bolivia (Art. 4), España (Art. 16.3), Paraguay, Perú y Portugal) establecen la separación entre Iglesia y Estado.

La constitución de Brasil establece que el Estado protegerá los locales de culto y sus liturgias (Art, 5, VI).

La constitución de Portugal reconoce el derecho a la objeción de conciencia, en los términos que establezca la ley.

120. El derecho a la libertad de conciencia y de religión tiene vigencia al interno de la relación de trabajo. El poder de dirección que corresponde al empleador en la relación de trabajo le permite dirigir la actividad laboral del trabajador en la empresa, pero no influir de manera alguna en sus convicciones, ideológicas, morales, personales o religiosas. En el momento de la contratación el trabajador se compromete a realizar sus trabajos bajo la dirección del empleador, pero no a renunciar sus propias convicciones para asumir las que el empleador le indique. No obstante, como lo señala María Laura Hernández:

“Lamentablemente en el campo de las relaciones laborales, especialmente en el sector público, son frecuentes las prácticas que ejercen presión contra los trabajadores, violentando su libertad ideológica y de expresión, estableciendo políticas de adoctrinamiento y sumisión de los trabajadores a una “colonización ideológica y de pensamiento” que puede llegar a afectar sus condiciones laborales, pues en muchos casos, los ingresos, beneficios y ascensos, son medidos, ya no por la capacidad y rendimiento del trabajador en su puesto de trabajo, sino por su grado de sumisión a las actividades y expresiones propias del “ciudadano-trabajador-adoctrinado-colonizado-manipulado”. Esto es absolutamente contrario y violatorio a los derechos fundamentales a los que nos hemos referido y es es-

pecialmente grave cuando se establecen sanciones a trabajadores en el caso de que no asistan a manifestaciones, charlas y/o actividades propias organizadas por el gobierno y dominados por el pensamiento político que pretende robar la libertad del trabajador que no asiste porque en su fuero interno, su pensamiento e ideología, corresponde a otro criterio.”²²²

En referencia específica al derecho a la libertad religiosa la misma autora dice:

“si la persona se siente realmente identificada y es practicante de su religión, cualquiera que ella sea, compromete gran parte de su vida al pertenecer a ésta y lo natural es que ese compromiso se manifieste en sus obras y posturas frente a las varias circunstancias de su existencia. Lo mismo ocurre con el trabajador en la empresa. Al ingresar a ésta, no se despoja de sus creencias y convicciones religiosas, no se quita su Cruz, su Estrella de David, ni se saca de la cartera su estampita de la Virgen María en la advocación de la Divina Pastora.

Cuando una persona profesa una religión y se siente unida a su Dios con una fe ferviente, en su corazón y en su razón florece el deseo de vivir conforme a las enseñanzas de esa Divinidad. Ello supone en el creyente una permanente revisión de su conducta a fin de constatar que exista una congruencia entre lo que cree y lo que hace, entre lo que predica y lo que deja de hacer. El creyente debe cultivar la dimensión religiosa y personalísima del trabajo. No debería haber ninguna contradicción entre religión y trabajo. Se trata de dos realidades diferentes, pero que pueden conjugarse armónicamente en el desempeño de un ejercicio laboral compatible con los dictados de la ética religiosa que profese el trabajador y respetan”²²³

222 María Laura HERNÁNDEZ SIERRALTA, La libertad ideológica o de pensamiento y la libertad religiosa como derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, en Derecho del Trabajo, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2015, Número 18, p. 27.

223 *Ibíd*em, pp. 28 y 29

Es de señalar que en la práctica laboral se han presentado conflictos entre el derecho a la libertad de pensamiento y de religión del trabajador y el derecho del empleador a la libre empresa y al ejercicio de su poder de dirección. Ambos derechos son legítimos, pero ambos tienen sus límites correspondientes. El trabajador tiene derecho a su libertad de pensamiento y de religión, pero no puede pretender que la empresa en la cual trabaje se estructure en función de los mismos. El empleador tiene derechos a las prerrogativas y poderes que se derivan de la libertad de empresa y de la función directiva que le corresponde en la misma, pero no puede, en ejercicio de los mismos, impedir u obstaculizar el derecho a la libertad de pensamiento y de religión que la corresponde al trabajador. En esta obra ya se han tratado los temas relacionados con los límites de los derechos fundamentales y con las situaciones que pueden ocurrir en casos concretos en los cuales dos o más derechos fundamentales entran en una aparente contradicción. La jurisprudencia comparada muestra algunos casos en los cuales se ha presentado este problema y como los jueces le han dado solución.

En su obra “Derecho Internacional y Comparado del Trabajo”, Arturo Bronstein recoge una serie de decisiones en esta materia²²⁴.

La Corte Suprema de Canadá consideró que el empleador tenía que pagar a sus profesores judíos el salario correspondiente al día en el que no habían prestado servicios, por causa de estar cumpliendo con el precepto religioso del Yom Kippur²²⁵.

En Perú, un trabajador cuya jornada de trabajo durante muchos no incluía el día sábado, fue requerido por su empleador

224 Arturo S. BRONSTEIN, *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos actuales*, Plaza y Valdez, Madrid 2011 pp. 180 a 185.

225 Corte Suprema de justicia de Canadá, 213 Commission scolaire régionale de Chamblay v. Bergevin, disponible en <http://scc.lexum.umontreal.ca>.

para un cambio de horario que si incluía ese día. El trabajador que se negó a trabajar el día sábado por prohibírselo la Iglesia Adventista del Séptimo Día, a la cual pertenecía. El Tribunal Constitucional concluyó que la objeción de conciencia del recurrente estaba bien fundada, por cuanto que el demandado no había acreditado evidencia objetiva sobre la que el Tribunal pudiera haber confirmado que el cambio de turnos laborales era debido efectivamente a los intereses superiores de la institución, lo cual –si fuere cierto– podría haber justificado que los derechos del reclamante fueran ignorados.²²⁶

Por el contrario, la Corte de Casación francesa estableció que el patrono empleador no estaba obligado a cambiar las tareas de un carnicero musulmán, el cual se negó a cortar carne de cerdo y fue despedido. La Corte sostuvo que en todo caso, el derecho del trabajador de negarse a cortar carne de cerdo debería haber sido previamente expresamente establecido, lo cual no ocurrió²²⁷.

Al comentar algunas decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en la obra citada en la nota 224, Bronstein señala que hay una tendencia a favorecer las necesidades contractuales y organizativas del empleador, dándoles prioridad sobre la acomodación de las creencias religiosas dentro del lugar de trabajo. Así, la Comisión sostuvo que la decisión de no permitir a un maestro de escuela musulmán ir a la mezquita los viernes por la tarde no quebranta el artículo 9 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, considerando que la autoridad educativa había alcanzado un equilibrio justo entre los deberes religiosos y la necesidad de tener un horario escolar

226 Tribunal Constitucional del Perú, 220 Exp. N° 0895-2001-Lucio Rosado Adanaque, sentencia del 19 de agosto de 2002.

227 216 Cassation Sociale, 24 de marzo de 1998, núm. 2056 PB, Azad c. Chamsidine, Droit Social,

eficiente. Asimismo la Comisión decidió que el despido de una empleada cristiana por negarse a trabajar en domingo no entraba en colisión con el artículo 9, puesto que la base del despido era la falta de cumplimiento de las horas contratadas, y no las creencias religiosas de la trabajadora, y ella tenía la opción de renunciar para poder seguir observando sus creencias²²⁸.

Se han planteado conflictos en relación al uso ostensible de ciertos símbolos religiosos como el pañuelo islámico o hija o la cruz. El Tribunal Europeo de Derechos Humano conoció de una reclamación de una maestra musulmana a la cuales se les prohibió usar el hijab en el trabajo y consideró justificada la prohibición de llevar el hijab que el Departamento de Instrucción Pública de la República y Cantón de Ginebra, Suiza, impuso a dicha maestra con objeto de preservar la paz religiosa en la comunidad, especialmente si el colegio tiene alumnos procedentes de muy diversas tradiciones culturales²²⁹.

Por su parte, un tribunal alemán consideró injustificado el despido de una trabajadora musulmana empleada de un comercio que se negó a trabajar sin el hijab. El Tribunal consideró que dado que el empleador no acreditaba ninguna pérdida de ventas (tan sólo un temor a dicha pérdida), debería haber usado medios menos dramáticos que el despido, como su desplazamiento del mostrador de perfumes a otra área.

En el caso de la Sra. Eweida, empleada de British Airways, referido en el capítulo IV de esta obra, el Tribunal El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sentenció que se violó su derecho a la libertad de religión cuando la aerolínea británica la suspendió de empleo y sueldo en 2006, al decidir

228 216 Cassation Sociale, 24 de marzo de 1998, núm. 2056 PB, Azad c. Chamsidine, Droit Social,

229 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lucia Dhalab v. Switzerland*, 15 de febrero de 2001 (Recurso No. 42393/98).

ella colocar su cruz de plata y la cadena correspondiente por encima del uniforme de la compañía. El Tribunal consideró que el derecho de la empresa a tener una imagen corporativa no se extendía al límite de prohibir a sus empleados el uso de símbolos religiosos. La sentencia concluyó que se había conculcado el derecho de la libertad de religión contemplado en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; tras examinar el “*justo equilibrio*” entre “*el deseo de Eweida de manifestar sus creencias religiosas, frente al deseo del empleador, BA, de proyectar cierta imagen corporativa*”.

Más complejos resultan aquellos casos que ocurren en instituciones religiosas o en la denominadas “empresas de tendencia”. En unas y otras la razón de ser de la institución religiosa o empresa de tendencia tiene que ver con determinadas creencias o ideas para cuya defensa y promoción existe la institución o empresa. Si se trata de un colegio religioso, de una fundación de una iglesia, de una publicación creada para difundir determinada orientación ideológica o política, de una fundación creada por un partido político, parece lógico que las personas que presten servicios a dichas entidades tengan afinidad con las ideas y creencias que les son consustanciales.

En estos casos, apunta Bronstein, “*la cuestión consiste en determinar si dichas instituciones pueden rechazar a un solicitante de empleo porque dicha persona no comparte la misma convicción religiosa*” (o ideológica, agregaría yo) “*o si pueden despedir empleados porque sus vidas privadas están en pugna con las normas, los principios o el ethos de la institución*”.

El tema ha sido objeto de tratamiento por la jurisprudencia, por la doctrina e, incluso, por alguna legislación.

En 1978 la Corte de Casación francesa consideró justificado el despido de una maestra en una escuela católica con motivo de su divorcio, sobre la base de que en el momento de concluir el

contrato de trabajo las partes habían tomado en consideración implícitamente las convicciones religiosas de la empleada, y este elemento, que normalmente cae fuera de la relación laboral, queda incorporado en los principios intrínsecos que se espera que demuestre un profesor de un colegio católico²³⁰. La jurisprudencia alemana ha tomado el mismo camino en el sentido de que ha mantenido la legalidad de los despidos causados por el conflicto entre la vida privada de los profesores y las ideas profesadas por su empleador, cuando éste es una ‘organización ideológica’ (Tendenzbetrieb). No obstante, la jurisprudencia belga, sobre la base del artículo 9 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, declaró injustificado el despido en un colegio católico de una profesora divorciada, que había mantenido una relación adúltera y se volvió a casar cuando todavía el primer matrimonio —a los ojos de la Iglesia— no podía disolverse²³¹. En Argentina un Juzgado declaró la nulidad de la resolución de despido acordada por el Consejo Superior de la Universidad Católica de la Plata contra una profesora por motivos de orden religioso²³².

Desde una orientación inversa, algunas legislaciones y convenciones colectivas establecen que lo que se ha denominado “cláusula de conciencia” que le permita a un periodista empleado rescindir su contrato de trabajo en caso de que la empresa de comunicación a la cual presten servicios cambie sustancialmente su orientación informativa o línea ideológica²³³. En algunos casos el periodista que ponga fin a su contrato en virtud de esta cláusula tiene derecho a una indemnización.

230 *Dame Roy v. Association pour l'éducation populaire Sainte-Marthe*

231 Sentencias de la Cour du Travail de Bruselas, con fechas de 24 de noviembre de 1977 y 4 de mayo de 1975.

232 Ver César ARESE, Ob. Cit. en la nota 97, pp. 404 y 405

233 *Ibidem*, p.417

La Directiva 2000/78/CE de 27 noviembre de 2000 sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establece que “en muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a la religión o convicciones, a una discapacidad, a la edad o a la orientación sexual constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”.

Parte de la doctrina admite como normales, aun cuando de manera limitada, las restricciones que la libertad ideológica o religiosa puede tener en las denominadas “empresas de tendencia”. Así, Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia dicen:

“Con carácter general, el derecho a la libertad ideológica protege al trabajador frente a posibles indagaciones o medidas de represalia a causa de sus convicciones o creencias, pero en las empresas “ideológicas” o “de tendencia” (enseñanza, comunicación, defensa de intereses políticos o sindicales, etc.) , cabe exigir al trabajador una mínima sintonía con el “ideario” empresarial cuando desempeña puestos de trabajo en los que está implicada la tendencia ideológica de la empresa (TC 47/1985, de 27 de marzo) , cuestión de singular trascendencia en las actividades de enseñanza de la religión”²³⁴

Más distante con estas posibles limitaciones es César Arese quien dice:

“El margen de disponibilidad del empleador respecto de la orientación ideológica del dependiente debe quedar recluso a una contradicción injuriosa entre la orientación del establecimiento y el trabajador, en tanto éste combata aquella incursionando en una conducta grave que no consienta la prosecución del vínculo de trabajo”²³⁵

234 Antonio MARTÍN VALVERDE, Fermín RODRÍGUEZ-SAÑUDO y Joaquín GARCÍA MURCIA, ob. cit. en la nota 177, p.70.

235 César ARESE, ob.cit. en la nota 97, p.403.

VII.- Derecho a la libertad de expresión.

Argentina (Art. 14), Bolivia (Art. 21.5), Brasil (Art. 5 IV y IX), Colombia (Arts. 20 y 73), Costa Rica (Arts. 28 y 29), Cuba (Art. 54 y 55), Chile (Art. 19.12), Ecuador (Art. 66.6), El Salvador (Art. 6), España (Art. 20. 1.a), Guatemala (Art. 35), Haití (Art. 28), Honduras (Art. 72), México (Arts. 6 y 7), Nicaragua (Art. 30), Panamá (Art. 37), Paraguay (Art. 26), Perú (Art. 2.4), Portugal (Arts. 37 y 38), República Dominicana (Art. 49), Uruguay (Art. 29), Venezuela (Art. 57). (Veintidós países).

121. El derecho a la libertad de expresión es uno de los derechos humanos más clásicos. Ya se encontraba proclamado en los ordenamientos jurídicos de la Grecia y Roma antiguas. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada durante la resolución francesa en 1789 se dijo:

“Artículo 12

La comunicación libre de ideas y opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre. Cada ciudadano puede, en consecuencia, hablar, escribir e imprimir con libertad, pero será responsable de los abusos de esta libertad que se definan por la ley.

El contenido de este derecho comprende no solo la libertad de que cada quien pueda expresar libremente su pensamiento sin temor a recibir por ello ningún tipo de coacción o sanción, sino también la libertad de difundir y recibir ideas e informaciones, por todos los medios disponibles y sin ningún tipo de limitación.”

La libertad de expresión es fundamental e indispensable para la existencia y funcionamiento de una sociedad democrática. En efecto, no puede considerarse democrático un sistema político en el cual los ciudadanos tengan limitaciones en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.

Este derecho está muy vinculado a otros derechos humanos y muy particularmente al derecho a la información. La libertad

de prensa, sin la cual no existe un régimen democrático, puede considerarse como una consecuencia o aspecto del derecho a la libertad de expresión. Los medios de comunicación social deben ser libres, poder transmitir la información sin estar sujetos a limitaciones arbitrarias, ni a medios de censura o autocensura.

*“El derecho de expresar y difundir, buscar, recibir y compartir información e ideas sin miedo ni injerencias ilegítimas”, dice Amnistía Internacional, “es esencial para nuestra educación, para desarrollarnos como personas, ayudar a nuestras comunidades, acceder a la justicia y disfrutar de todos y cada uno de los derechos fundamentales que aparecen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.”*²³⁶

Este derecho debe referirse no solo a la libertad de expresar ideas o transmitir información a viva voz o través de los tradicionales medios escritos, sino que debe comprender la posibilidad de expresarse libremente a través de cualquier medio, ya sea mediante artículos, libros, conferencias, creaciones artísticas, internet, redes sociales o cualquier otro medio posible de comunicación.

La libertad de expresión, al igual que todos los otros derechos fundamentales, no es absoluto sino que tiene sus límites. Así, una persona no puede causar daños arbitrarios a otra persona basándose en el ejercicio del derecho a expresarse libremente. La libertad de expresión no puede ser empleada como medio de atentar contra derechos fundamentales de otras personas como el derecho al honor, a la honra, a la intimidad o a la seguridad. En este sentido Pazos Pérez apunta:

“La libertad de expresión debe ejercitarse conformes a las exigencias de la buena fe y matizado con los condicionamientos mutuos

236 Amnistía Internacional, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/libertad-de-expresion>.

impuestos por la relación de trabajo, lo que afecta tanto a los trabajadores como a la empresa. En la libertad de pensamientos ideas, ideas y opiniones que proclama el artículo 20. 1 de la Constitución española no quedan incluidos los insultos, calificativos o cualquier otra manifestación tendente a desprestigiar a personas, ya sean éstas físicas o jurídicas."²³⁷

De allí que el establecer los límites de la libertad de expresión es una de las tareas más delicadas que deben afrontar jueces y legisladores. Con el pretexto de tales limitaciones se suelen encubrir verdaderos atentados y violaciones a la libertad de expresión.

No obstante su importancia trascendental, el derecho a la libre expresión es uno de los más frecuentemente violentados, tanto por autoridades públicas como por personas privadas. Cuando el ejercicio del poder, bien sea en esferas públicas o privadas, tiende a hacerse autoritario, una de sus primeras embestidas es justamente contra la libertad de expresión. En el mundo entero y aún en países usualmente considerados como democráticos, miles de personas reciben consecuencias negativas de todo tipo, incluyendo la prisión, la tortura y la muerte, como consecuencia de expresar ideas contrarias a los factores de poder.

122. El derecho a la libertad de expresión está establecido en importantes normas internacionales.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre, O.N.U. 1948, dice:

“Artículo 19.

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

237 Alexandre PAZOS PEREZ, ob. cit. en la nota 124, p.47.

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, C.E. 1950, dice:

“ARTÍCULO 10

Libertad de expresión

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, establece:

“Artículo 19.

Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente,

puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, expresamente fijadas por la Ley y ser necesaria para:

Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

“Artículo 20.

Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la Ley.

Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la Ley.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, O.E.A. 1969, dice:

“Artículo 13.- Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso

a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

4. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

La Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A. 1981, establece:

“Artículo 9

1. Todo individuo tendrá derecho a recibir información.

2. Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley.”

La Convención Sobre Derechos del Niño, O.N.U. 1989, dice:

“Artículo 13:

El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese de hecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dice:

“ARTÍCULO 11.- Libertad de expresión y de información

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar

informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.”

123. De las veintidós constituciones estudiadas veintiuna establecen, en términos similares, el derecho a expresar libremente el pensamiento y las opiniones por diversos medios. Solo la Constitución argentina limita el derecho a expresar ideas por la prensa sin censura previa.

Nueve constituciones (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú, Portugal (Art. 37), Uruguay y Venezuela) establecen que las personas serán responsables por los abusos o delitos cometidos en el ejercicio de este derecho.

Cinco constituciones (Costa Rica, El Salvador, México, República Dominicana y Venezuela) señalan expresamente limitaciones de este derecho.

Seis constituciones (Chile, El Salvador, Guatemala, México, Portugal (Art. 37) y República Dominicana) establecen el derecho de réplica.

Cinco constituciones (Colombia (art 73), Cuba (Art. 55), Chile, Guatemala, Portugal (Art. 38)) garantizan expresamente la libertad de prensa.

124. En el ámbito de la relación de trabajo ambas partes tienen derecho a la libertad de expresión. En el caso de los trabajadores tal derecho corresponde tanto a los trabajadores individualmente considerados, como a la organización sindical. En consecuencia, son legítimas y no pueden ser objeto de medidas sancionatorias las opiniones, aun cuando sean críticas, que los trabajadores emitan sobre las políticas empresariales. Claro está, el ejercicio de este derecho a la libertad de expresión tanto de los empleadores como de trabajadores no es absoluto. Como

ocurre con todos los derechos, está limitado por el respeto de los derechos de las otras personas. En el caso específico de la relación de trabajo, el ejercicio de la libertad de expresión no puede constituir una agresión a los derechos de las otras partes participantes en la misma, ni una violación de los deberes de respeto mutuo, de buena fe, de lealtad y colaboración que se derivan de tal relación. Establecer los límites de la libertad de expresión y determinar cuando el ejercicio de la misma ha derivado en un hecho ilícito, violatorio de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, constituye una tarea delicada que ha dado lugar a una interesante jurisprudencia. Mencionaré algunos ejemplos.

En criterio del Tribunal Constitucional español:

*“en el ámbito de la relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación” pues el contrato de trabajo genera “un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación.”*²³⁸

El caso de Juan Manuel Palomo Sánchez y otros, al cual hice referencia en el capítulo IV de esta obra, dio lugar a interesantes decisiones de los tribunales nacionales españoles y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El señor Palomo y otros trabajadores prestaban servicios como repartidores para una empresa española contra la que habían formulado distintas demandas ante la jurisdicción social. En el marco de estos procedimientos, algunos representantes de un comité de repartidores autónomos de la empresa testificaron contra los demandantes. Estos constituyeron una asociación sindical que publicaba un boletín in-

238 Tribunal Constitucional de España, sentencias 106/1996, 120/1983 y 6/1988.

formativo mensual. La portada del boletín del mes de marzo de 2002 mostraba una caricatura del Director de recursos humanos de la empresa sentado tras una mesa de despacho bajo la que se encontraba una persona a gatas de espaldas y, junto a ella, otras dos personas, A. y B., también trabajadores de la empresa P. y representantes de un comité de repartidores autónomos de esta última, que contemplaban la escena y esperaban su turno para ocupar el lugar bajo la mesa del despacho y satisfacer al director. El boletín incluía un artículo titulado “Quien alquila el culo no caga cuando quiere”, en el cual se hacía referencia a las personas que habían sido testigos y decía, entre otras cosas:

“Usted ha cambiado su dignidad por una poltrona, posee usted el dudoso mérito de alcanzar las mismas cotas de infamia que políticos y policías, usted ve, calla y ladinamente consiente todo tipo de canalladas. Puesto que ha alquilado el culo no caga cuando quiere, si es usted un infame “sindicalista profesional” y ha vendido por tanto su alma al sindicato, nunca tendrá un arrebató de sinceridad pues verá amenazado su status. Lo que usted dice lo dice el sindicato y como estos son los “condones” de la libertad su boca está sellada como su músculo anal porque usted ha alquilado el culo y no caga cuando quiere.”

En fecha 3 de junio de 2002, la empresa comunicó a los demandantes su despido por incumplimiento grave, en este caso por la violación del derecho al honor y buen nombre de las personas mencionadas en el boletín.

Los demandantes interpusieron demanda de reclamación por despido, la cual fue declarada sin lugar por el tribunal, el cual estimó que la decisión extintiva de la empresa se basaba en una causa real y grave, la publicación y exhibición en el tablón de anuncios, situado en el centro de trabajo, de un boletín que contenía un dibujo con globos de diálogo y dos artículos ofensivos y atentatorios a la honorabilidad de las personas afectadas.

El Juzgado de lo Social señaló que era el contenido del boletín lo que había motivado los despidos, y no la afiliación sindical de los demandantes. Estimó que los límites del derecho a la libre expresión debían interpretarse conforme al principio de buena fe, lo que, en la relación laboral debía atender al respeto de los intereses del empleador y a las exigencias mínimas de la convivencia en el ámbito profesional. La sentencia reprodujo la doctrina del Tribunal Constitucional que acabo de citar y decidió que el despido no podía calificarse de nulo en la medida en que se asentaba en un incumplimiento grave previsto en la legislación, y que no se habían vulnerado los derechos fundamentales de los demandantes.

Frente a esta sentencia, los demandantes interpusieron recurso de suplicación el cual fue negado por el Tribunal Superior, el cual hizo referencia a los límites que se derivan del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y a la necesidad de que las resoluciones judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad de expresión. Para el tribunal, la divulgación de los dibujos y artículos enjuiciados era atentatoria a la honorabilidad y dignidad de las personas aludidas y traspasaba los límites de la crítica admisible, pues el ejercicio de la libertad de expresión y de opinión no pueden justificar sin más el empleo de apelativos o expresiones insultantes, injuriosas o vejatorias, que exceden del legítimo derecho de crítica y atentan claramente a la honorabilidad de las personas criticadas.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, el cual fue rechazado e interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual declaró el recurso inadmisibile. Entre otras cosas el Tribunal Constitucional dijo:

“el artículo 28.1 de la Constitución en relación con el artículo 20.1 a) tampoco ha sido vulnerado en lo referente a la lesión

alegada del derecho a la libertad de expresión de los demandantes en el contexto sindical, en la medida en que este derecho fundamental no reconoce un pretendido derecho al insulto. Tal y como se ha manifestado recientemente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2005, de 28 de febrero, fundamento jurídico 4º, reproduciendo la doctrina precedente, la Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el Art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o veracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate. La aplicación de esta doctrina al caso de autos conduce a la inexistencia de vulneración del derecho a la libertad de expresión de los demandantes, que utilizaron este derecho de forma abusiva, por medio de juicios de valor expresados a través de unos dibujos y expresiones ofensivas y humillantes para las personas aludidas y que atentatorios a su honorabilidad y su reputación. Tales dibujos y expresiones eran innecesarios para la formación de una opinión sobre los hechos que los demandantes querían denunciar y, por ende, gratuitos e innecesarios para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el contexto sindical.»

El señor Palomo y sus compañeros intentaron demanda ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, alegando que su despido constituyó una represalia por su pertenencia a un sindicato y por las reivindicaciones de este último, bajo el pretexto del contenido pretendidamente injurioso del boletín informativo del mismo. Invocaron los artículos 10 y 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El Tribunal decidió que no había habido violación del artículo 10 del Convenio y que no se planteaba ninguna cuestión distinta respecto al artículo 11 del Convenio.

Conforme los artículos 43 del Convenio y 73 del Reglamento, los demandantes solicitaron la remisión del asunto ante la Gran Sala alegando que había habido violación de los artículos 10 y 11. El 10 de mayo de 2010, el colegio de la Gran Sala admitió el caso.

Al decidir el caso, la Gran Sala consideró que su tarea consistía en determinar si, a la luz del conjunto del asunto, la sanción impuesta a los demandantes guardó proporción con el fin legítimo perseguido, y si las causas invocadas por las autoridades internas para justificarla eran «pertinentes y suficientes». El Tribunal consideró que “los reproches hechos en los artículos se expresaban en términos vejatorios e hirientes para los aludidos” y recordó que “debe hacerse una clara distinción entre crítica e insulto, ya que este último justifica, en principio, la imposición de una sanción”. Se remitió a los principios generales relativos a la libertad de opinión y de expresión de la quinta edición (revisada) de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo O.I.T. y, especialmente, al punto 154, según el cual «en la expresión de sus opiniones, las organizaciones sindicales no deberían sobrepasar los límites admisibles de la polémica y deberían abstenerse de excesos de lenguaje». El Tribunal estimó que:

“las causas apreciadas por los tribunales internos se concilian con el fin legítimo consistente en proteger la reputación de las personas físicas criticadas en la caricatura y los textos en cuestión, y que la conclusión según la cual los demandantes traspasaron los límites de la crítica admisible en la relación laboral no puede considerarse infundada o carente de fundamento fáctico razonable”.

Señaló, que si bien los hechos ocurrieron en el contexto de una cuestión general que afectaba a toda la empresa, conflicto laboral,

“la existencia de la misma no justifica la utilización de caricaturas y expresiones ofensivas, ni siquiera en el ámbito de la relación laboral. Además, estas últimas no constituían una reacción instantánea e irreflexiva en un intercambio verbal rápido y espontáneo, propio de los excesos verbales. Se trataba, por el contrario, de aseveraciones por escrito, publicadas con total lucidez y expuestas públicamente en la sede de la empresa.”

El Tribunal recordó

“para prosperar, las relaciones laborales deben basarse en la confianza entre las personas. Tal y como destacó el Juzgado de lo Social, si bien en un contrato de trabajo debe regir la buena fe entre las partes, esto no implica un deber de lealtad absoluta hacia el empresario ni la obligación de reserva que lleva consigo la sujeción del trabajador a los intereses del empresario, de modo que manifestaciones del derecho a la libertad de expresión que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de la relación laboral. Además, el atentado a la honorabilidad de las personas a través de expresiones soeces, insultantes o injuriosas en el ámbito profesional reviste, por sus efectos perturbadores, una especial gravedad susceptible de justificar la imposición de sanciones severas.”

Todo ello, condujo al Tribunal *“a estimar que, en las concretas circunstancias del caso, el despido de los demandantes no constituyó una sanción manifiestamente desproporcionada o excesiva que requiera su anulación o sustitución por el Estado por otra medida menos severa.”* y declaró por doce votos contra cinco, que no hubo violación del artículo 10 del Convenio, leído a la luz del artículo 11.

En la fundamentación de su voto disidente, los cinco jueces que lo suscriben parten de considerar que

“el derecho a la libertad sindical no puede dissociarse del derecho a la libertad de expresión y de información. Y, a su vez, la libertad de

expresión sindical se considera unánimemente un aspecto esencial e indispensable del derecho sindical, condición necesaria para la realización de los objetivos de las asociaciones y los sindicatos”.

Los disidentes consideran que

“la caricatura y los artículos enjuiciados tenían un tinte sindical y, por tanto, debían apreciarse en relación con el conflicto social existente en la empresa y con el contexto en el que fueron publicados.”

Para ellos

“la cuestión que se plantea es la de si el despido disciplinario de los demandantes por incumplimiento grave, que supuso la pérdida inmediata y definitiva de su empleo, respondía a una «necesidad social imperiosa» y guardaba proporción con el fin legítimo perseguido, y si los motivos invocados por las autoridades internas para justificarlo eran «pertinentes y suficientes». Nosotros pensamos que no, aunque reconozcamos como legítima la protección de la reputación o los derechos ajenos.” Los jueces disidentes anotan que “se impuso a los demandantes la sanción máxima prevista en el Estatuto de los Trabajadores, la extinción definitiva del contrato de trabajo, sin preaviso, sin advertencia y sin indemnización. Es innegable que esta sanción es la más severa de las sanciones que pueden recibir los trabajadores, si bien se podría/debería haber contemplado otras sanciones disciplinarias, menos severas y más apropiadas.” “La elección de una sanción tan severa para los miembros de un sindicato que actúan por cuenta propia y también en defensa de los intereses de otros trabajadores”, dicen, “tiene generalmente un «efecto disuasorio» (chilling effect) en el comportamiento de los sindicalistas frente al empresario, y constituye un ataque directo a la razón de ser de un sindicato”.²³⁹

239 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) Palomo Sánchez vs España, sentencia 12 de Septiembre de 2011, TEDH/2011/68

El voto disidente concluye así:

“En conclusión, a la vista de lo que antecede, de la interdependencia de las libertades de expresión y de asociación, del contexto social y profesional en el que se produjeron los hechos, de la gravedad de la sanción, de su efecto disuasorio y de su carácter desproporcionado, estimamos que la injerencia en cuestión no respondía a una «necesidad social imperiosa», que no puede considerarse «necesaria en una sociedad democrática» y que resulta manifiestamente desproporcionada respecto a la finalidad perseguida. Por tanto, ha habido violación del artículo 10 del Convenio, a la luz del artículo 11.”

En un sentido distinto, el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió un caso en el cual un trabajador de la televisión pública española, el señor Fuentes Bobo, fue despedido por haber proferido en un programa radiofónico expresiones injuriosas contra varios directivos de Televisión Española, acusándolos de corrupción, abusos y desprecio de los derechos de los trabajadores, calificándolos de “sanguijuelas”, profiriendo en otro programa la expresión: “*se cagan en el personal, en los trabajadores*”. El señor Fuentes Bobo acudió a los tribunales españoles pidiendo la nulidad del despido por ser contrario al derecho constitucional a la libertad de expresión. Todas las instancias, que incluían el Tribunal Constitucional desestimaron sus pretensiones.

El Señor Fuentes Bobo acudió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual, aun considerando que las declaraciones vertidas por el periodista despedido eran insultantes, las encuadró, no obstante, en el “contexto” del caso (se discutía sobre la calidad de la radiotelevisión pública española), y destacó que el “tipo” de expresiones, fundamentalmente verbales y no escritas

“se inscribían en el contexto particular de un conflicto de trabajo que enfrentaba al demandante y a su empresario a raíz de la supresión

del programa que aquél dirigía, a lo que se añadía un amplio debate público sobre cuestiones de interés general relativas a la gestión de la televisión pública. Las manifestaciones litigiosas se hicieron en el marco de debates públicos acalorados sobre presuntas anomalías en la gestión de TVE, servicio público de la radiotelevisión española por ello “sus críticas revestían indiscutiblemente un interés general”.

El Tribunal señaló:

“a pesar de la incorrección de los términos empleados (...) de los autos no se desprende que TVE, o las personas a quienes supuestamente se referían las expresiones ofensivas, emprendieran acciones judiciales por difamación o injurias contra el demandante, la emisora de radio o los presentadores de los programas en cuestión”. A ello le añade la consideración de que la sanción impuesta es de una “severidad extrema” (despido sin derecho a indemnización), “cuando se podrían hacer contemplado otras sanciones disciplinarias, menos graves y más apropiadas”.

Por todo ello, el Tribunal consideró

“que, si bien las razones invocadas por el Estado demandado son pertinentes, no bastan para demostrar que la injerencia denunciada” (el despido) “respondía, habida cuenta de la gravedad de la sanción, a una necesidad social imperiosa. A pesar del margen de apreciación de las autoridades nacionales, el Tribunal estima que no existía una relación razonable de proporcionalidad entre la sanción impuesta al demandante y el fin legítimo perseguido. En consecuencia, hubo violación del artículo 10 del Convenio”.

Dos jueces firmaron una opinión disidente donde rechazan el criterio de la mayoría. A juicio de estos no hubo vulneración del artículo 10 CEDH porque

“el incidente en cuestión no era sino el último eslabón de una larga cadena de actuaciones susceptibles de hacer creer que el demandante provocaba deliberadamente a sus empresarios, que respondieron con

medidas cada vez más severas. El demandante no podía ignorar que, perseverando en la provocación, se exponía a la sanción final del despido. En cuanto al empresario, se observará que éste dosificó perfectamente la progresión de las sanciones. Por todo ello, nos es imposible estar de acuerdo con el Tribunal cuando dice que “se podrían haber contemplado otras sanciones disciplinarias, menos graves y más apropiadas”. El voto disidente resalta que el empresario ya había agotado toda la gama de medidas disciplinarias. Por ello, “no se le puede reprochar, desde el punto de vista de la proporcionalidad, que finalmente decidiera recurrir a la medida definitiva del despido, tanto menos cuanto que la confianza y la lealtad que deben subyacer en toda relación laboral (...) resultaron irremediabilmente quebrantadas por el comportamiento constantemente provocador del demandante”²⁴⁰

En los Estados Unidos la jurisprudencia ha sido muy restrictiva, al punto de que en los casos Pavolini vs. Bard-Air Corporation y United States vs. Robel se estableció que la Primera Enmienda, que garantiza la libertad de expresión, no se aplica en las relaciones laborales, de manera que el despido de un trabajador por haber llevado a cabo ciertos actos de naturaleza política no violaba la Constitución. En Rendell-Baker v. Kohn, la Corte Suprema sostuvo que la decisión de un colegio privado subsidiado con fondos públicos, de despedir a un grupo de profesores, como consecuencia de haber enviado una carta a un periódico local criticando a las personas responsables del centro, no violaba su derecho constitucional a la libertad de expresión. Más en general, los tribunales han aceptado una serie de restricciones sobre la libertad de expresión y la participación en actividades políticas por parte de funcionarios.

240 Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Fernández Bobo Vs España, 29-2-2000, Repertorio Aranzadi, del Tribunal Constitucional, N° 1, 2000, pp. 1745-1749..

Por ejemplo, la Corte Suprema de los EU ha defendido la constitucionalidad de una ley que prohíbe a la mayoría de los empleados federales, y a muchos de los que trabajan para los estados, tomar parte activa en campañas políticas o la dirección de partidos políticos, incluso aunque realicen las actividades políticas fuera de sus horas de trabajo y no se hayan identificado como empleados públicos. De igual modo, algunas decisiones implican que la libertad de expresión de un empleado público puede limitarse hasta el punto de desplazar al empleado de su puesto por criticar públicamente las decisiones administrativas de un superior si las afirmaciones ocasionan razonablemente la disminución de la confianza personal en el trabajador por parte de la persona a la que el trabajador informa, especialmente si el empleado afectado tiene responsabilidades administrativas o de control.²⁴¹

VIII.- Derecho a la libertad de información.

Bolivia (Art. 21.6), Brasil (Art. 5 XIV), Cuba (Art. 53), Colombia (Art. 20), Chile (Art. 19.12), Ecuador (Art. 18), España (Art. 20,1.d), Guatemala (Art. 35), Haití (Art. 40), México (Art.6), Nicaragua (Arts. 26.4, 66 y 67), Panamá (Arts. 42, 43 y 49), Paraguay (Arts. 26, 27 y 28), Perú (Art. 2.4), Portugal (Art.37), República Dominicana (Art. 49.1) Venezuela (Art. 58) (Diecisiete países).

125. En la sociedad contemporánea, caracterizada por el proceso globalizador y por una constante y dinámica innovación tecnológica, el proceso de captar, procesar y comunicar la información ha cobrado una importancia fundamental. Ha pasado de ser un instrumento útil a ser un recurso económico

241 Arturo S. BRONSTEIN, ob. cit. en la nota 223, pp. 226 y 227

y estratégico fundamental para la actividad de todas las organizaciones, tanto públicas como privadas. La toma de decisiones adecuadas de gobiernos y empresas depende en buena medida del nivel y calidad de información que manejen. Los procesos de planificación, investigación, innovación, aplicación y gobernanza de las actividades humanas contemporáneas giran en torno a la información. De allí que a la sociedad de nuestros días se le haya denominado sociedad de la información.

En ese contexto, el derecho a la libertad de información, garantizado por la mayoría de las constituciones contemporáneas, cobra una importancia fundamental. Ha dejado de ser visto como una manifestación del derecho de expresión, para ser considerado como un derecho fundamental autónomo. Aun cuando muchas legislaciones nacionales y normas internacionales engloban en sus regulaciones a ambos derechos, es posible establecer una distinción entre ellos. Así, la libertad de expresión tutela el derecho de los ciudadanos a expresar libremente y a través de cualquier medio sus propias ideas y creencias, mientras que el derecho a la libertad de información protege la libre búsqueda y pluralidad en el acceso y difusión de información sobre hechos y datos. No obstante esta diferenciación, ambos derechos están estrechamente vinculados al punto que, como lo señalan Palomeque y Alvarez De la Rosa:

“el deslinde entre ambas libertades no es completamente nítido y son muchas las cautelas que deben emplearse en esta distinción, pues la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de los hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo.”²⁴²

242 Carlos PALOMEQUE y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit. en la nota 176, p.128

En todo caso la vigencia de ambos derechos es una condición existencial del sistema democrático. El acceso a la información por parte de los ciudadanos y las instituciones es un elemento fundamental para lograr un clima de transparencia que permite el eficaz funcionamiento de los sistemas de control del poder público.

126. El Derecho a la libertad de información está contemplado por varias normas internacionales.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, O.N.U. 1948, dice:

“Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, dice:

“Artículo 19.

- 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
- 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesaria para:
Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”*

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, O.E.A., 1969, señala:

“ARTÍCULO 11.- Libertad de expresión y de información

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.”

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A. 1981, dispone:

“Artículo 9: Todo individuo tendrá derecho a recibir información”.

La Convención sobre los Derechos del Niño O.N.U. 1989, dice:

“Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;

Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;

Alentarán la producción y difusión de libros para niños;

Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;

Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.”

127. Once de las constituciones estudiadas Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, España, México, Nicaragua (Art. 66), Paraguay (Arts. 26 y 28), Portugal, República Dominicana y Venezuela) contienen normas que establecen el derecho a informar y recibir libremente información.

Nueve Constituciones (Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay (Art. 28), Perú, Portugal y Venezuela) hacen referencia a la responsabilidad que puede generarse en el ejercicio del derecho a la información.

Las constituciones de Cuba y Panamá refieren el derecho a la información a solicitar y recibir aquella que se encuentre en poder del Estado y, en el caso de Panamá, a personas privadas que presten servicios públicos. La Constitución de Ecuador, además de consagrar en términos generales el derecho a buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información, hace referencia expresa al derecho de acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas

Las constituciones de Colombia, Chile, Guatemala, Paraguay (Art. 27) hacen referencia a los derechos de los medios de comunicación, garantizando su funcionamiento y estableciendo normas de protección.

La Constitución de Haití se limita a establecer la obligación del Estado de dar publicidad a determinados instrumentos jurídicos y a todo lo que resguarda la vida nacional.

La Constitución de Brasil establece el secreto de las fuentes, cuando es necesario al ejercicio profesional.

128. En el ámbito de la relación de trabajo el derecho a la libertad de información se refleja tanto en relación al empleador, como en relación a los trabajadores y al sindicato.

El empleador tiene derecho a obtener de sus trabajadores una información básica relacionada, por ejemplo, con su identidad, su situación familiar si tiene cónyuge o concubino o concubina permanente y si tiene hijos. Asimismo tiene derecho a informarse de una dirección, teléfono o dirección electrónica con la cual pueda comunicarse en caso de emergencia del trabajador. Tiene igualmente derecho a informarse acerca de la capacitación profesional de su trabajador, de sus antecedentes profesionales y de su estado de salud. El acceso a estas informaciones no vulnera el derecho a la intimidad del trabajador y son necesarias para el empleador. En efecto, de la relación de trabajo pueden surgir para el empleador obligaciones que tienen que ver con la situación familiar de sus trabajadores y de su estado de salud, por lo cual resulta legítimo que pueda obtener esas informaciones. Legítimamente el empleador tiene derecho a informarse de cuál es la capacitación profesional de sus trabajadores. Tampoco resulta ilegítimo que le solicite referencias de sus antecedentes de tipo profesional. Lo que no puede hacer el empleador es solicitar información que afecte la vida personal del trabajador y que no sea necesaria para el buen desarrollo de la relación de trabajo. Así, el empleador no tiene derecho a acceder a información relativa a las creencias religiosas o políticas del trabajador, a las actividades que realice en su tiempo libre, a menos de que tenga fundadas sospechas de que son incompatibles con el cumplimiento de las obligaciones y características propias relación de trabajo, o a sus preferencias deportivas, culinarias o sexuales. En fin el derecho de información del empleador sobre los datos personales del trabajador está limitado por, una parte, por el debido respeto a su derecho a la intimidad y, por la otra, por la necesidad real

y justificada que el empleador tenga de obtener la información requerida.

El trabajador tiene derecho a las informaciones relativas al ambiente de trabajo en general y a su puesto de trabajo en particular, a las medidas de seguridad industrial, a la identidad real y efectiva y al domicilio de la persona natural o jurídica que es su contraparte en el contrato de trabajo, al conocimiento de los contratos y demás documentos jurídicos que sustentan su relación laboral, a las normativas internas de la empresa, incluyendo el alcance de los medios de control establecidos para su actividad laboral. Ya se ha visto que abundante jurisprudencia ha señalado que el empleador no tiene derecho a establecer controles sin el previo conocimiento del trabajador y que la información obtenida en violación de esa condición carece de efectos jurídicos y no tiene valor probatorio. El trabajador tiene derecho a conocer todos los aspectos relativos a su remuneración, así como también a los descuentos que el empleador hace de la misma. Tiene derecho a conocer cuál es el estado de sus cotizaciones en los organismos públicos de seguridad social o entidades privadas que presten funciones de asistencia o protección en la empresa. Varias legislaciones establecen el derecho del trabajador de requerir información de las utilidades de la empresa, en aquellos casos en los cuales tenga derecho a participar en las mismas.

El sindicato tiene derecho a acceder a la misma información a la que acceden los trabajadores que representa. Cuando se trata de informaciones individuales, puede exigirse la autorización de los respectivos trabajadores, no así cuando se trata de informaciones generales que resguardan a toda la empresa, como por ejemplo las relativas al ambiente de trabajo, a las normas de seguridad industrial o a la normativa interna establecida por el empleador.

Una reciente tendencia que se ha expresado en normas internacionales y en legislaciones nacionales, establece que en

el proceso de negociación colectiva el empleador está obligado a suministrar al sindicato las informaciones que éste requiera para participar adecuadamente en la negociación. Ello incluye información relativa a las utilidades reales de la empresa, a sus recientes estados financieros y de sus proyecciones futuras, a políticas comerciales y empresariales, así como a estadísticas relativas al número de trabajadores, nóminas salariales vigentes, distribución de los trabajadores por edad y sexo, estado de salud y en fin, cualquier información necesaria para que el sindicato pueda participar con conocimiento de causa en la negociación colectiva.

El tratamiento del derecho a la libertad información en la relación de trabajo tiene que ver no solamente con el acceso sino también con la difusión de la información. La obligación de la buena fe contractual y el deber de lealtad propios de la relación de trabajo imponen limitaciones a la difusión de la información legítimamente obtenida por las partes.

Así, el empleador no puede difundir la información personal privada que le han proporcionado sus trabajadores ni antes ni después de su contratación. Tampoco puede difundir libremente información obtenida durante evaluaciones de desempeño profesional del trabajador, en primer lugar porque el hacerlo no responde a una necesidad empresarial y en segundo lugar, porque las mismas, especialmente si arrojan un resultado negativo, pueden lesionar el honor del trabajador. No pueden divulgar exámenes que reguarden el estado de salud del trabajador, pues los mismos pertenecen a la esfera de su intimidad. En caso de despido disciplinario, el empleador no puede divulgar públicamente las razones del mismo, quedando salvo, lógicamente, su derecho a la prueba en caso de que en relación al mismo se planteen procedimientos de reclamo, bien sean internos, administrativos o judiciales.

Por su parte, ni el trabajador ni el sindicato pueden difundir libremente las informaciones empresariales obtenidas con ocasión de la relación de trabajo y de la actividad sindical. Difundir, por ejemplo, informaciones reservadas relativas a las particularidades de los centros de trabajo y de los procesos de producción, de las políticas empresariales y comerciales o de los estados financieros de la empresa, constituirían una acción ilegítima, contraria a la buena fe contractual y al deber de lealtad, la cual puede dar lugar, no sólo a sanciones disciplinarias, sino también a la procedencia de indemnizaciones, cuando tal acción cause daños a la empresa, como cuando, por ejemplo tal información es suministrada a la competencia.

IX.- Derecho a la protección de datos personales.

Colombia (Art.15), Cuba (Art. 97) Ecuador (Art. 66.11 y 66.19), México (Arts. 6 II y 16), Perú (Art. 2.6), Portugal (Art. 35.2, 35.3, 35.4 y 35.7), República Dominicana (Art. Art. 44. 2 y 4), Venezuela (Art. 28). (Ocho países)

129. El uso y abuso que se ha hecho de las nuevas tecnologías para recabar información acerca de las personas ha determinado que en las últimas décadas se esté dando especial importancia al tema de protección de los datos personales, entendiendo por tales *“a cualquier información relativa a una persona física viva identificada o identificable. Las distintas informaciones, que recopiladas pueden llevar a la identificación de una determinada persona, también constituyen datos de carácter personal”*²⁴³.

El derecho a la protección de los datos personales supone que cada persona es dueña de los mismos y tiene las facultades de decidir a quién va a proporcionar esos datos y a quién no, de

²⁴³ Comisión Europea, https://ec.europa.eu/.../data-protection/reform/what-personal-data_es

saber que uso les va a dar la persona que los recibe, de conocer adonde se encuentran registrados, de poder acceder a los mismos, de oponerse a su difusión y de pedir que sean borrados, si así lo estima conveniente. Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia dicen:

“la protección de datos de carácter personal constituye una faceta muy importante del derecho a la intimidad”... “pero también puede considerarse un derecho con contenido propio, que tiene por objeto garantizar a la persona un poder de control sobre el uso y destino de sus datos personales”²⁴⁴.

A partir de finales del Siglo XX y muy especialmente en el presente siglo han proliferado legislaciones relativas a la protección de datos personales. En Iberoamérica podemos citar las siguientes: Argentina (Ley número 25326, denominada Ley de Protección de datos personales y habeas data, reglamentada por el decreto 1558/2001 del 29.11.2001 y por la Disposición 2/2005 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personal); Brasil (Ley general de protección de datos – LGPD (13.709/2018 que sustituye la Ley 9507 de 1997); Colombia (Ley 1581 de Protección de Datos Personales, 2012 sustituye Ley 1273, 2009, denominada “Protección a la información de datos”); Costa Rica, (Ley 8968 de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, 2011, reglamentada mediante Decreto Ejecutivo N.º 37554-JP de 2012, modificado parcialmente los decretos ejecutivos N.º 40008-JP, de 2016 y N.º 41582 de 2019); Chile (Ley 19.628 de 1999, sobre protección de los datos de carácter personal. Está avanzado el trámite parlamentario de una nueva ley); Ecuador (Ley orgánica

244 Antonio MARTÍN VALVERDE, Fermín RODRÍGUEZ-SAÑUDO y Joaquín GARCÍA MURCIA, ob. cit. en la nota 177, pp.704 y 705

de protección de datos personales de Ecuador de 2021, cuyo proyecto de Reglamento se está tramitando por el Poder Ejecutivo. Anteriormente la materia encontraba regulación parcial en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2004); España (Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. 2018 y Real Decreto 1720/2007, de 2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la derogada Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, 1999, el cual mantiene vigencia en cuanto no se oponga a la ley 3/2018); Guatemala, hay tres iniciativas legislativas en la materia: Ley contra el Cibercrimen de número 4054, Ley de Delitos Informáticos número 4055 y Ley de Protección de datos personales número 4090; Honduras (hay un anteproyecto de Ley de Protección de Datos personales, cuya tramitación está paralizada en el Congreso); México (Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, 2010, Guía para implementar un sistema de gestión de Seguridad de datos personales, 2015); Nicaragua (Ley No. 787, de protección de datos personales, 2012 y Reglamento de la citada Ley, mediante Decreto No. 36-2012, del mismo año); Panamá (Ley 81 de Protección de Datos Personales en la República de Panamá de 2019 vigente a partir de 2021 y Decreto Ejecutivo 285 de 2021 que reglamenta la Ley 81. Anteriormente la materia encontraba regulación parcial en la Ley 24 de 2002 que regula el sistema de información sobre el historial de crédito de los consumidores o clientes, 2002 y Ley 6 de 2002 sobre la transparencia en la gestión pública y el habeas data); Paraguay (Ley n° 6534 / de Protección de Datos Personales crediticios deroga las anteriores leyes 1969 de 2002 y 16.822 de 2001 que reglamentaban la información de carácter privado y regulaban parcialmente la materia, existe un anteproyecto de Ley sobre Protección de datos Personales que se está

tramitando en el parlamento); Perú (Ley de protección de datos personales (29.733) del año 2011, y su reglamento del año 2013. Anteriormente la materia encontraba regulación parcial en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2002); Portugal (Ley n.º 58/2019, que asegura la ejecución del Reglamento General de Protección de Datos (U.E) en Portugal sustituye la Lei nº 67/98de 1998); República Dominicana (Ley No. 172-13 sobre Protección de Datos Personales, 2013 que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados); Uruguay (en 2004 se promulgó la Ley 17.838, posteriormente derogada en 2008 por la Ley 18.331 del 11 de agosto de 2008, reglamentada por el Decreto 414/009, de 2009 y Venezuela (Ley Especial contra delitos Informáticos, 2001 y el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, 2001).

Aparte de las regulaciones establecidas por estas legislaciones especiales, algunas leyes penales regulan tipos penales relacionados con la materia relativa a los datos personales.

En general estas legislaciones buscan la protección de los datos personales asentados en archivos o bases de datos públicas y privadas, limitando el uso que pueda darse a las mismas, para que no interfiera con el derecho a la intimidad de las personas. Se suele requerir la autorización del interesado para poder divulgar los datos personales, salvo que se trate de información muy básica o que hayan sido requeridas por parte de autoridades judiciales, fiscales o parlamentarias legalmente autorizadas para ello y en los casos y con las limitaciones que establezca la ley, entendiéndose que los entes autorizados para recabar la información deben emplearla con reserva y únicamente para los expresos fines legales.

Particular importancia tiene el tratamiento legislativo de los denominados “datos sensibles”, cuyo uso es especialmente delicado y restringido. Se consideran “datos sensibles” aquellos referentes a informaciones relativas a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos, la vida sexual, los antecedentes judiciales, la afiliación sindical y otros relativos a la vida íntima de las personas. La protección de este tipo de datos es especialmente relevante porque se conecta directamente con la prohibición de discriminación la cual se encuentra contenida en la generalidad de las constituciones y legislaciones.

130. La novedad del tema explica que no esté contemplado por las declaraciones tradicionales de derechos humanos.

El artículo 286 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, 1957 revisado en 1.992 y 2007, dice:

“Artículo 286

1. A partir del 1 de enero de 1999, los actos comunitarios relativos a la protección de las personas respecto del tratamiento de datos personales y la libre circulación de dichos datos serán de aplicación a las instituciones y organismos establecidos por el presente Tratado o sobre la base del mismo.

2. Con anterioridad a la fecha indicada en el apartado 1, el Consejo establecerá, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, un organismo de vigilancia independiente, responsable de controlar la aplicación de dichos actos comunitarios a las instituciones y organismos de la Comunidad y adoptará, en su caso, cualesquiera otras disposiciones pertinentes.

El Convenio N° 108 para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter

Personal, C.E. 1981, contiene, entre otras disposiciones, las siguientes:

“Artículo 5. Calidad de los datos

Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado:

- a) Se obtendrán y tratarán leal y legítimamente;*
- b) se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalidades;*
- c) serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado;*
- d) serán exactos y si fuera necesario puestos al día;*
- e) se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado.*

Artículo 6. Categorías particulares de datos

Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales.

Artículo 7. Seguridad de los datos

Se tomarán medidas de seguridad apropiadas para la protección de datos de carácter personal registrados en ficheros automatizados contra la destrucción accidental o no autorizada, o la pérdida accidental, así como contra el acceso, la modificación o la difusión no autorizados.”

El Convenio de la O.I.T. sobre Agencias de Empleo Privadas, 1997 (núm. 181), establece:

“el tratamiento de los datos de los trabajadores por las agencias de empleo privadas deberá

...b) limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, establece:

“ARTÍCULO 8.- Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.

3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente

El Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo relativo a la protección de las personas física en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la directiva 9/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) contiene, entre otras, las siguientes disposiciones:

“Artículo 5

Principios relativos al tratamiento

1. Los datos personales serán:

a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);

b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés pú-

blico, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);

c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);

d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);

e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).

Artículo 6

Licitud del tratamiento

1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

2. Los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento con respecto al tratamiento en cumplimiento del apartado 1, letras c) y e), fijando de manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo, con inclusión de otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX.

3. La base del tratamiento indicado en el apartado 1, letras c) y e), deberá ser establecida por:

a) el Derecho de la Unión, o

b) el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento.

La finalidad del tratamiento deberá quedar determinada en dicha base jurídica o, en lo relativo al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), será necesaria para el cumplimiento de una

misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Dicha base jurídica podrá contener disposiciones específicas para adaptar la aplicación de normas del presente Reglamento, entre otras: las condiciones generales que rigen la licitud del tratamiento por parte del responsable; los tipos de datos objeto de tratamiento; los interesados afectados; las entidades a las que se pueden comunicar datos personales y los fines de tal comunicación; la limitación de la finalidad; los plazos de conservación de los datos, así como las operaciones y los procedimientos del tratamiento, incluidas las medidas para garantizar un tratamiento lícito y equitativo, como las relativas a otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX. El Derecho de la Unión o de los Estados miembros cumplirá un objetivo de interés público y será proporcional al fin legítimo perseguido.

4. Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales no esté basado en el consentimiento del interesado o en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1, el responsable del tratamiento, con objeto de determinar si el tratamiento con otro fin es compatible con el fin para el cual se recogieron inicialmente los datos personales, tendrá en cuenta, entre otras cosas:

a) cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto;

b) el contexto en que se hayan recogido los datos personales, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento;

c) la naturaleza de los datos personales, en concreto cuando se traten categorías especiales de datos personales, de conformidad con el artículo 9, o datos personales relativos a condenas e infracciones penales, de conformidad con el artículo 10;

d) las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto;

e) la existencia de garantías adecuadas, que podrán incluir el cifrado o la seudonimización.

Artículo 7

Condiciones para el consentimiento:

1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.

2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.

3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.

Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.”

131. Ocho de las constituciones estudiadas contienen disposiciones relativas a la protección de los datos personales. Siete constituciones (Colombia, Cuba, Ecuador, México (Art. 16), Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Venezuela) consagran el derecho de las personas de conocer los datos personales que se hayan recogido sobre ellas.

Seis constituciones (Colombia, Cuba, México (Art. 16), Panamá, República Dominicana y Venezuela) establecen el derecho de las personas a exigir la rectificación de sus datos.

Cuatro constituciones (Colombia, Cuba, México (Art. 16) y República Dominicana) disponen que el uso y tratamientos de los datos personales debe hacerse respetando determinadas normas y principios legalmente establecidos.

La confidencialidad de los datos personales está establecida por las constituciones de Ecuador, Perú y Portugal.

Las constituciones de Ecuador y Portugal establecen la prohibición de exigir a las personas datos referentes a aspectos relativos a su intimidad.

Las constituciones de Ecuador y Panamá establecen que la recolección de datos personales requerirá la autorización del titular o el mandato de la ley.

132. En el ámbito de la relación de trabajo son aplicables las disposiciones contenidas en las legislaciones especiales sobre protección de datos personales anteriormente referidas. Particular importancia tiene las normas relativas a los datos sensibles, ‘porque su protección se conecta directamente con la prohibición de discriminación en materia laboral, la cual se encuentra contenida en la generalidad de las constituciones y en el convenio núm. 111 de la O.I.T. sobre no discriminación en el empleo y la ocupación, que prohíbe los actos de discriminación entendiéndose por tales “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”’

El tema de la protección de los datos personales en las relaciones de trabajo se ha hecho más complicado en las últimas décadas. Hasta la primera mitad del Siglo XX los empleadores apenas recababan información acerca de los trabajadores que iban a contratar. Posteriormente se inició la aplicación de tests psicológicos, informes socio-económicos y exámenes médicos,

no sólo a los solicitantes de un empleo, sino a los propios trabajadores durante todo su desempeño. Las nuevas tecnologías facilitaron la obtención de una información cada vez más amplia y, a la vez, optimizaron las posibilidades de su procesamiento y difusión. Igualmente ocurrió con las posibilidades de control de la actividad de los trabajadores dentro y fuera del centro de trabajo. Todo ello hace más crítico el problema que se presenta entre las posibilidades de interferencia entre las prerrogativas empresariales y el derecho del trabajador su propia intimidad. No puede desconocerse el derecho que el empleador tiene para organizar la empresa y, en consecuencia, de obtener y procesar la información que para ello requiera. De allí que el hecho de que el empleador solicite al trabajador determinados datos relativos a su identidad personal, se considere razonable siempre que tal solicitud y el uso de la información obtenida se haga dentro de los límites de las reales necesidades empresariales. El problema se presenta cuando el uso de las tecnologías de la información ocasione que los datos personales sean tratados para fines distintos para los que originalmente fueron recabados, rebasando los límites de la esfera de privacidad de la persona, y lesionando en ocasiones otros derechos y libertades. Por ello, la facultad del empleador de requerir datos personales a quienes le soliciten o le presten sus servicios no puede ejercerse de modo tal que interfiera con el derecho que el trabajador tiene a su intimidad y dignidad personal, a su vida privada, honor y propia imagen. Se trata, pues, como se ha visto en relación a otros derechos, de lograr un equilibrio, no siempre fácil de obtener, entre las facultades empresariales de control y los derechos irrenunciables del trabajador, entre los requerimientos informativos que realmente necesita el empleador y los derechos de sus trabajadores.

Para orientarse en esta difícil temática, una premisa fundamental es la de que el empleador sólo puede solicitar y

el trabajador está obligado a suministrar los datos que tengan relación con la prestación del servicio para la cual está contratado o aspira a estarlo. Por otra parte los empleadores no pueden divulgar libremente la información obtenida y los trabajadores tienen derecho a acceder a la misma y a que ésta sea corregida cuando esté equivocada y eliminada cuando sea impertinente. Esta premisa, en ocasiones formulada en términos diferentes pero siempre de similar contenido, orienta el tratamiento doctrinario y jurisprudencial del tema, aun cuando no todas las legislaciones la acogen expresamente. Este el fundamento del denominado “derecho al olvido” al cual me referí en el Capítulo II de esta obra.

Una de las responsabilidades del empleador como titular de la organización empresarial es la de seleccionar los trabajadores que prestan servicios en la misma y la de atender la gestión del manejo de personal dentro de empresa. Para ello requiere una información básica que le debe ser suministrada, según el caso por los aspirantes al empleo y por los trabajadores contratados, dentro de los límites anteriormente señalados. Está lógicamente permitido que el empleador utilice medios informáticos para la obtención y procesamiento de los datos personales del trabajador, pero ello debe hacerse dentro de los límites que imponen los derechos constitucionales de a su intimidad personal y familiar a su honra y a la propia imagen.

En esta materia, señala Bronstein,

*“el punto a dilucidar consiste aquí en determinar, en primer lugar, dentro de que límites y conforme a que modalidades el empleador puede exigir estos datos de un empleado o un postulante a un empleo, y en segundo lugar si este último puede negarse a suministrarlos, o eventualmente, puede tener acceso a éstos y llegado el caso a demandar que sean corregidos, si son inexactos o borrados, si son impertinentes.”*²⁴⁵

245 Arturo S. BRONSTEIN, La protección de la vida privada en el lugar de trabajo, en Derecho del Trabajo, Universitas Fundación, Número, 5, 2008, Barquisimeto, p. 76

Otro punto a dilucidar, agregaría, es el de los límites del uso que el empleador puede dar a la información obtenida.

La regulación de este tema por las legislaciones laborales es muy escasa, Sin embargo, es posible hacer algunas consideraciones específicamente laborales en torno al tema de los datos privados del trabajador.

Por una parte, se puede señalar que el principio del consentimiento del titular, según el cual el titular de los datos puede consentir en la divulgación de los datos, lo cual exonera a quien los guarda de cualquier responsabilidad que pudiera generarse por tal divulgación, no es aplicable al caso de los datos personales del trabajador, puesto que el derecho a la privacidad y a la intimidad se incorporan al estatuto el estatuto laboral aplicable al trabajador, el que tiene el carácter de irrenunciable, por aplicación de un principio del Derecho del Trabajo.

Por otra parte, puede señalarse que la vulneración del derecho a la privacidad de los datos del trabajador por parte del empleador configura un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, lo que autoriza al trabajador a invocarla como fundamento para poner fin de manera unilateral y con causa justa a la relación de trabajo. Se puede llegar a esta conclusión aun cuando la legislación laboral no tipifique expresamente la violación de la intimidad como una causa justificada para la terminación de la relación por parte del trabajador. Ello porque el derecho a la intimidad, como se ha visto, tiene raigambre constitucional y porque, en todo caso, la violación del mismo, constituye una expresión de incumplimiento a las obligaciones generales derivadas del contrato de trabajo, así como una falta de probidad y de buena fe, supuestos de hecho recogidos por la generalidad de la legislaciones como motivo para que el trabajador le ponga fin a la relación de trabajo con justa causa y con derecho a indemnización. La violación del derecho a la intimidad causa

un desequilibrio en la relación laboral, al producir la pérdida del elemento confianza, pudiendo dar lugar a responsabilidades del empleador en el derecho comercial, en la regulación de la libre competencia, o incluso a tipificar delitos.

Otro de los temas a analizar es el de si un trabajador puede legalmente ofrecer resistencia a un requerimiento de datos personales por parte del empleador que exceda los límites legal y jurisprudencialmente establecidos, violando de esta manera su derecho a la intimidad personal. Como se ha dicho es muy escasa la regulación que la legislación laboral establece en esta materia, razón por la cual debemos examinar esta interrogante desde la perspectiva del Derecho Constitucional y de las anteriormente mencionadas normas especializadas. Si las constituciones establecen el derecho a la intimidad, así como también el derecho a la libertad personal, según el cual nadie está obligado a hacer algo que la ley no imponga ni impedido de observar una conducta que la ley no prohíba, es lógico concluir que, aun cuando no lo establezca expresamente una ley determinada, un trabajador no está obligado a proporcionar datos que excedan los requerimientos racionales de la organización empresarial. Algunas legislaciones establecen normas que pueden orientarnos. Ello es expresamente establecido en algunas legislaciones como la Ley uruguaya Ley18.331 de 2008 que establece en su artículo 18 que: “Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. Éstos sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y escrito del titular.” En igual sentido el artículo 7 de la Ley 25326 de Argentina establece que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles.

Muy discutido resulta el tema de la práctica de exámenes médicos, pues mientras algunos consideran que su obligatoriedad resulta contraria al derecho a la intimidad personal del trabajador, otros, por el contrario, consideran que la realización

obligatoria de este tipo de exámenes, antes y durante la relación de trabajo, es una garantía para salud del trabajador y un elemento importante para la determinación de la responsabilidad del empleador.

El tema del requerimiento de datos personales y de exámenes de diverso tipo a los solicitantes de un empleo o a los trabajadores de una empresa, no se agota con el examen de los límites y del uso de la información requerida, a los cuales ya me he referido, sino que comprende también el interrogante acerca de los métodos y los elementos técnicos empleados para obtener tal información. Concretamente se plantea la interrogante de si es lícito o no utilizar el denominado polígrafo o detector de mentiras en los interrogatorios que se hacen a un solicitante de empleo o a un trabajador. La tecnología de los detectores de mentiras avanzó notablemente en el siglo pasado, diseñándose equipos con gran sensibilidad para detectar determinados cambios físicos que normalmente experimenta una persona cuando está haciendo afirmaciones falsas. Su uso para entrevistas pre-empleo se fue difundiendo en Estados Unidos hasta que en 1998 el Congreso aprobó el Acta de Protección contra el Polígrafo para los Empleados, la cual prohíbe la mayoría de los usos del polígrafo en las entrevistas previas al empleo en el Gobierno y en el sector privado. En Argentina y en Chile se considera ilegítimo el uso del polígrafo. En Brasil, el Tribunal Superior del Trabajo decidió un caso relativo a un ex-empleado de American Airlines, que fue sometido a exámenes regulares de polígrafo y reclamó reparación de daño moral. El Tribunal entendió que la adopción de la medida es consecuencia de la recomendación del gobierno de los Estados Unidos a las empresas aéreas norteamericanas después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, teniendo como objetivo reforzar la seguridad, inclusive la del propio trabajador. El tribunal consideró el uso del polígrafo no causa

ofensa a la honra, la dignidad y la intimidad del trabajador al punto de generar reparación por daños morales. Por esa razón, a pesar de que el Supremo Tribunal Federal brasileño no admite el uso del polígrafo como prueba, el Tribunal Superior de Trabajo no reconoció el derecho a reparación de daño moral²⁴⁶.

X.- Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

Bolivia (Art. 21.2), Brasil (Art. 5 X), Colombia (Arts.15 y 21), Costa Rica (Art. 24), Cuba (Art. 48), Chile (Art. 19.4), Ecuador (Art. 66.18 y 66.20), El Salvador (Art. 2), España (Art. 18.1 y 18.4), Guatemala (Art. 35), Honduras (Art. 76), México (Art.6), Nicaragua (Art. 26.1 y 26.3), Paraguay (Arts. 4, 25 y 33), Panamá (Art. 37), Perú (Art. 2.7), Portugal (Art. 26.1), República Dominicana (Art. 44), Uruguay (Art. 7), Venezuela (Art. 60). (Veinte países)

133. El concepto de honor, al igual que el de dignidad, al cual me referí anteriormente, es un concepto amplio y un tanto abstracto. De Acuerdo a la Real Academia Española de la Lengua el vocablo “honor” puede tener varias acepciones. Puede referirse, por ejemplo, a “cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo” o a la “la buena reputación que sigue a la virtud” o a “la buena opinión granjeada por la honestidad o por el recato en las mujeres.”

No obstante esta característica de abstracción, el empleo de esta expresión por parte de las legislaciones genera importantes consecuencias jurídicas, al igual que, durante siglos, su empleo por las personas y las colectividades ha generado importantes

246 Tribunal Superior do Trabalho, RR 317/2003-092-03-00.9.

consecuencias sociales, al punto de que la lesión al honor de un caballero permitía legalmente, hasta hace relativamente poco tiempo, el que éste pudiese retar a un duelo a muerte a su ofensor. El honor siempre fue concebido como algo que pertenecía de manera profunda a la persona, la cual debía cuidarlo, sin poder desprender del mismo. En un verso muy esclarecedor de este punto de vista, Calderón de la Barca decía: *“Al Rey la hacienda y la vida se ha de dar, pero el honor es patrimonio del alma y el alma es solo de Dios.”* El honor es un concepto social e histórico, pues ha variado de acuerdo a los tiempos y a las sociedades. Lo que en un momento histórico y en un país determinado puede ser considerado como contrario al honor, puede no serlo en otro tiempo o en otro lugar. En todo caso el honor, en su acepción más objetiva, corresponde fundamentalmente a una percepción de la sociedad y no a una valoración individual o grupal. En la moderna acepción constitucional el honor está muy vinculado a la reputación, entendida como la percepción que los demás tienen de una persona. En consecuencia el honor puede ser considerado como el derecho que tiene una persona a que las demás no dañen injustificadamente la imagen que de ella se tiene.

El concepto de intimidad hace referencia a un ámbito de la vida de la persona que ésta quiere reservarla para su exclusivo conocimiento y el de las personas a quienes expresamente autorice a tener acceso a ese ámbito. La intimidad es algo más profundo que la privacidad. Conciernen a los aspectos más personalísimos del ser humano. Lo privado es algo que se refiere a la vida particular de la persona, pero que, de cierta manera, está expuesto al conocimiento de quienes de una o forma u otra están cerca de ella. Lo íntimo, por el contrario, no debería ser conocido sino por la propia persona o por aquellos a quienes ella libremente lo permita. La dirección donde vive una persona o el lugar de su trabajo forman parte de su vida privada, pero, normalmente,

muchas personas pueden tener conocimiento de una y otro. Las orientaciones y gustos sexuales de un ser humano o las patologías que sufre, especialmente algunas de ellas, forman parte de su intimidad y no deberían ser del conocimiento sino de las personas a quienes él libremente se lo permita. Algunos aspectos de la vida privada de las personas pueden ser sometidas a un control externo, bien sea como consecuencia de normas legislativas que otorguen tal control a las autoridades públicas o de disposiciones contractuales que en determinadas circunstancias permitan que una de las partes pueda ejercer tal control sobre otra parte. Así por ejemplo, las normas sobre identificación pueden facultar a la autoridad correspondiente a requerir información sobre la edad, estado civil o dirección de los ciudadanos, aspectos que son relativos a su vida privada. De igual manera, en un contrato de préstamo el prestamista puede legítimamente requerir información sobre la situación patrimonial del prestatario. Por el contrario, ninguna disposición legal o contractual puede permitir una intervención extraña en la vida íntima de las personas.

Por su parte, el concepto de la propia imagen hace referencia fundamentalmente al aspecto físico de la persona, el cual, según apuntan Palomeque y Álvarez de La Rosa, es el *“instrumento básico de la identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo”*. El derecho a la propia imagen supone, según lo establece jurisprudencia citada por los mismos autores, que *“la captación y difusión de la imagen del sujeto solo será admisible cuando la propia - y previa - conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél.”*²⁴⁷

247 Manuel Carlos PALOMEQUE y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob.cit. en la nota 176, pp. 125 y 126.

134. Varios instrumentos internacionales hacen referencia al derecho al honor, honra o reputación, a la intimidación personal o a la vida privada y a la propia imagen.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, O.N.U. 1948, establece:

“Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, dice:

“Artículo 16. Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 17. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (O.E.A. 1969) dice:

“Artículo 11.- Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

La Convención sobre Derechos del Niño, O.N.U. 1989, dispone:

“Artículo 16

Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dice:

“ARTÍCULO 7.- Respeto de la vida privada y familiar.

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.”

135. Quince de las constituciones estudiadas (Bolivia, Brasil, Colombia (Arts. 15 y 21), Cuba, Chile, Ecuador (Arts. 66.18 y 66.20), El Salvador, España (Arts. 18.1 y 18.4), Honduras, Nicaragua (Arts. 26.1 y 26.2), Paraguay (Arts. 4, 25 y 33), Perú, Portugal, República Dominicana y Venezuela consagran, usando términos más o menos similares, el derecho a la privacidad, o a la intimidad, al buen nombre o a la honra o el honor y a la propia imagen. Guatemala y México establecen la protección de la vida privada y Panamá la de la honra, frente a la manifestación de ideas o las informaciones o la libre expresión.

Las constituciones de Brasil y República Dominicana establecen que la violación de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen dan lugar a sanciones e indemnizaciones.

La Constitución de Costa Rica establece el derecho a la intimidad y la de Uruguay el derecho al honor.

136. La proyección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen al ámbito de las relaciones de trabajo,

supone limitaciones a los derechos y actividades que las partes desarrollan en las mismas. El poder directivo del empleador, que le permite no sólo dirigir la empresa, sino también ejercer un mando jerárquico frente a sus trabajadores, no puede lesionar los referidos derechos que competen a éstos y, por tanto, comporta que las actuaciones del empleador en el ejercicio de ese mando están supeditadas al respeto a estos derechos del trabajador. Los derechos que corresponden al trabajador, especialmente la proyección del derecho a la libre expresión, no le permite incurrir en conductas contrarias al derecho al honor de su empleador. En ese sentido, la jurisprudencia ha considerado que determinadas expresiones del trabajador pueden ser contrarias al honor de su empleador y que, por tanto constituyen una conducta ilícita, como también lo constituye la divulgación innecesaria, por parte del empleador, de informaciones que puedan perjudicar el honor y el prestigio profesional del trabajador.

Estos derechos, especialmente los relativos a la intimidad del trabajador, han enfrentado particulares problemas con la irrupción de la informática. Las nuevas tecnologías no solo facilitan la obtención de una información cada vez más amplia y optimizan las posibilidades de su procesamiento y difusión, sino que también generaron nuevas y más intensas posibilidades de control de la actividad de los trabajadores dentro y fuera del centro de trabajo con el uso de cámaras, micrófonos, grabadoras, dispositivos G.P.S, etc.

En relación con estas nuevas modalidades de control Pazos Pérez apunta:

“Internet y el masivo e imparable uso de las nuevas tecnologías móviles que permiten la comunicación interactiva con teléfonos móviles con aplicaciones de mensajería instantánea como el WhatsApp, las tabletas electrónicas y los ordenadores portátiles, permite a cualquiera empleador establecer contacto, en cualquier momento

lugar, con sus trabajadores. Y todo esto cansa y agota, generando estados de ansiedad y estrés que no deben ser obviados en absoluto por los Servicios de Prevención, pues inciden en los denominados riesgos psicosociales, psíquicos, enfermedades mentales y depresivas. El uso de los móviles inteligentes, con motivo de la sobreexposición tecnológica que puede terminar convirtiendo al trabajador en el “nuevo esclavo tecnológico del siglo XXI”²⁴⁸

Todo ello ha dado lugar a que se planteen situaciones de conflicto entre las prerrogativas empresariales y el derecho del trabajador a su propia intimidad y a su honor. Por una parte, no puede desconocerse el derecho que el empleador tiene para organizar la empresa y, en consecuencia, de obtener y procesar la información que para ello requiera. Por otra parte, esta facultad empresarial no puede ejercerse de modo tal que interfiera con el derecho que el trabajador tiene a su intimidad y dignidad personal, a su vida privada, su honor y su propia imagen. La tarea del Derecho del Trabajo, que se ha manifestado en interesantes decisiones judiciales, es la de tratar de lograr un equilibrio, no siempre fácil de obtener, entre las facultades empresariales de dirección y control y los derechos irrenunciables del trabajador; entre la información que realmente necesita el empleador y los derechos de sus trabajadores. Así, algunas sentencias de los tribunales españoles de más alta instancia se ha considerado *“que en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal”* y que también pueden serlo unas *“informaciones cuando exceden de la libre evaluación y calificación de una labor profesional ajena, para encubrir, con arreglo a su naturaleza, características y forma, una descalificación de la persona misma”²⁴⁹.*

248 Alexandre PAZOS PÉREZ, ob. cit. en la nota 124, p.50.

249 *Ibidem*, p.79

El uso de cámaras para controlar los trabajadores ha dado lugar a una abundante y no siempre idéntica jurisprudencia. En Bélgica un tribunal de instancia consideró que vigilar mediante cámaras a los trabajadores dentro de sus horas de servicio constituye una violación a su derecho a la privacidad y al deber de respeto mutuo y recíproco que se deben empleadores y patronos conforme a la ley²⁵⁰. Sin embargo, la Corte Casación Belga estimó que la vigilancia mediante video cámaras es admisible si se ha informado de antemano al personal y en su instalación se ha dado cumplimiento a los demás requisitos que exige la convención colectiva aplicable²⁵¹. La Corte de Casación de Italia ha dicho que el uso de medios de vigilancia oculta es admisible cuando tienen como objeto investigar a un empleado está cometiendo un delito y no simplemente un incumplimiento del contrato. La Corte Suprema de Chile advirtió que los sistemas de vigilancia por video cámaras deben ser usados dentro del marco de protección general a los derechos fundamentales de los trabajadores a la intimidad, vida privada y dignidad. En consecuencia consideró que tal uso debía ser del conocimiento previo de los trabajadores y utilizada con fines impersonales, no estando permitido el seguimiento de los trabajadores ni encuadres en primer plano²⁵². Un empresario español hizo instalar un GPS en el vehículo particular de un trabajador para investigar si éste llevaba a cabo actividades incompatibles con una licencia por incapacidad temporal. Producto de la investigación realizada de esta manera, el empleador despidió al trabajador investigado. La sentencia de instancia declaró nulo el despido porque se fundaba en datos obtenidos con vulneración del derecho fundamental a la

250 Tribunal de Trabajo de Bruselas, decisión del 26-3-1990, caso Soc. Kron

251 Corte de Casación de Bélgica, decisión del 9 de junio de 2004, caso N1 P.04 0603 F

252 Corte Suprema de Chile, decisión del 24-10-05, caso 5234-2005

intimidación, con relación a los derechos de libertad de circulación y a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Supremo, en sentencia del 21-6-2012, confirmó esa decisión, condenando la utilización ilegal del GPS²⁵³.

Pero no todas las decisiones se orientan en el sentido indicado. En un caso en el cual un empleador contrató a una empresa de investigación para averiguar si era cierta la enfermedad que un trabajador había declarado, la empresa virtualmente persiguió al trabajador al punto de filmarlo en su propia casa con una cámara de alto poder. En una orientación totalmente contraria a las decisiones que acabo de referir, un tribunal del Estado de Michigan rechazó el argumento de violación de la privacidad del trabajador y consideró que el empleador tenía un interés legítimo para investigar cuando alberga sospechas de que la enfermedad alegada por el trabajador era un pretexto para no acudir al trabajo²⁵⁴.

En relación a la proyección del derecho a la propia imagen en las relaciones de trabajo, puede señalarse que las potestades empresariales no incluyen el empleo discrecional de la imagen del trabajador y que por esa razón se han presentado conflictos cuando el empleador usa o pretende usar, sin la aquiescencia del trabajador, la imagen de éste para promover su empresa. El Tribunal Constitucional español en sentencia del 11- 4- 94 (TC99/1994) estableció que la empresa no puede utilizar la imagen del trabajador con fines comerciales o publicitarios, salvo que así se hubiere pactado o que ello sea consustancial al puesto de trabajo.

253 Citado por César ARESE, ob. cit. en nota 97, pp. 434 y 435.

254 Citado por Arturo BROSNTEIN, La protección de la vida privada en el lugar de trabajo, en Revista Derecho del Trabajo, Universitas Fundación, N° 5, Barquisimeto, 2008, p. 81

XI.- Derecho al secreto de las comunicaciones.

Argentina (Art. 18), Bolivia (Art. 25.), Brasil (Art. 5 XII), Colombia (Art.15), Costa Rica (Art. 24), Cuba (Art. 50), Chile (Art. 19.5), Ecuador (Art. 66.21), El Salvador (Art. 24), España (Art. 18.3), Guatemala (Art. 24), Haití (Art. 49), Honduras (Art. 100), México (Art.16), Nicaragua (Art. 26.2), Panamá (Art. 29), Paraguay (Art. 36), Perú (Art. 2.10), Portugal (Art. 34.1 y 34.4), República Dominicana (Art. 44.3), Uruguay (Art. 28), Venezuela (Art. 48) (Veintidós países).

137. En la medida en que en el mundo se fue difundiendo el uso de correspondencia escrita como medio de comunicación y de transmisión de información entre las personas, también se fue difundiendo el uso de que tales comunicaciones fuesen intervenidas por parte de los órganos del poder. Durante siglos la invasión de la correspondencia privada fue una práctica usual de los organismos policiales. Solo muy entrado el siglo XIX se fue consolidando el derecho al secreto de la correspondencia privada. En 1790, en el contexto de la revolución francesa, la Asamblea Nacional decretó el secreto e inviolabilidad de las cartas, disponiendo que «bajo ningún pretexto podrá ser infringido ni por los individuos ni por los cuerpos administrativos». Posteriormente, durante el Siglo XIX, varias constituciones europeas establecieron el principio de la inviolabilidad de la correspondencia. En las constituciones aprobadas después de la segunda post guerra fue generalizada la inclusión de este principio, refiriéndolo no solo a la correspondencia sino también a todo tipo de comunicación.

El derecho al secreto de las comunicaciones está íntimamente vinculado al derecho a la intimidad y a la vida privada al punto de que se ha llegado a sostener que el mismo *“no es sino una manifestación, y muy cualificada, del derecho a la intimidad*

personal y familiar”²⁵⁵. No obstante parte de la doctrina sostiene que si bien el existe una gran vinculación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, ambos derechos mantienen una nítida diferenciación, puesto que:

*“el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones se configura como una situación jurídica en sí misma, para cuya interpretación no es necesario -y sí perturbador- acudir a los criterios que puedan entenderse presentes en el enunciado de otros derechos fundamentales. Aun cuando converjan en muchas ocasiones en la finalidad que persigan, contienen objetos, contenidos e instrumentación garantista distintos. Son, cabalmente, derechos fundamentales distintos.”*²⁵⁶

138. El derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra establecido por diversas normas internacionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, O.N.U. 1948, dice:

“Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, C.E. 1950, dice:

*“ARTÍCULO 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.
Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.”*

255 Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, sentencia del 20 de diciembre de 1996.

256 Juan OCON GARCÍA, El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante nuevos escenarios tecnológicos, Tesis doctoral presentada ante la Universidad de la Rioja, <https://es.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E214ES-885G0&p=el+derecho+al+secreto+d+de+las+comunicaciones+evoluci%C3%B3n+hist%C3%B3rica>

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, O.E.A.1969, establece:

“Artículo 11.- Protección de la Honra y de la Dignidad

Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, dispone:

“Artículo 17. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques”.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dice:

“ARTÍCULO 7.- Respeto de la vida privada y familiar.

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.”

139. Veintiún de las constituciones estudiadas establecen el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, entendidas éstas en su forma más amplia. Solo la constitución argentina se refiere de manera más limitada al secreto de la correspondencia y los papeles privados. Conforme a las veintidós constituciones este secreto solo podrá ser obviado en los casos y con los procedimientos especialmente establecidos por las leyes.

Según las constituciones de once países (Bolivia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú) no producen fe ni hacen prueba las informaciones obtenidas mediante violación ilegal del secreto de las comunicaciones. Las constituciones de El Salvador y México prevén que quienes violen el secreto de las comunicaciones serán sujetos de sanciones.

140. En el ámbito de la relación de trabajo el derecho al secreto de las comunicaciones impone limitaciones al poder de vigilancia y control del empleador. El establecer un equilibrio entre estos poderes y el derecho del trabajador a la confidencialidad de sus comunicaciones ha sido una difícil tarea, especialmente para la jurisprudencia. El principio general es que el poder de control del empleador no puede ser ejercido discrecional e ilimitadamente, sino sólo en la medida en que sea necesario para el buen funcionamiento de la empresa. Aplicar este principio a los casos concretos que se presenten implica determinar en qué medida, en la situación de hecho sujeta a examen, es realmente necesaria una intervención del empleador en las comunicaciones del trabajador, lo cual no resulta fácil.

Se ha decidido que el empleador puede establecer reglas para el uso de los computadores, teléfonos o cualquier otro equipo de su propiedad que suministre al trabajador para su uso durante la prestación del trabajo, que estas reglas deben ser comunicadas al trabajador y que, en determinados casos de necesidad para el

funcionamiento de la empresa, estas reglas pueden justificar el control por parte del empleador del uso que el trabajador haya dado a tales equipos.

Se ha decidido igualmente que la intervención del empleador en las comunicaciones de sus trabajadores no es legítima cuando se ha autorizado el uso de los equipos para fines personales, creando una expectativa de confidencialidad. Por el contrario, cuando el empleador ha prohibido expresamente el uso de los equipos para fines personales, sí estaría autorizado a controlar su uso por parte del trabajador.

Una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 5 de septiembre de 2017, a la cual hice referencia en el capítulo IV de esta obra aporta elementos interesantes para evaluar la legalidad de la monitorización de las comunicaciones de los empleados estableciendo que deben ponderarse los siguientes elementos: si el trabajador ha sido notificado de la posibilidad de que su actividad puede ser monitorizada; el grado de intromisión del empresario (durante cuánto tiempo se prolonga, a qué archivos se accede y cuántas personas acceden al resultado de la monitorización); la existencia de una razón legítima empresarial que justifique la monitorización (al ser, por defecto, una medida intrusiva e invasiva); si podrían haberse utilizado métodos de monitorización menos intrusivos que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del trabajador; el uso que da la empresa al resultado de la actividad de monitorización y si el mismo se utiliza para alcanzar el objetivo que justificaba la misma; la existencia de mecanismos de salvaguarda para el empleado, garantizando que el empresario no acceda al contenido de las comunicaciones sin la previa notificación al trabajador. Todos estos factores deben ser valorados por los tribunales nacionales para realizar la ponderación de los intereses en conflicto (poder disciplinario del empresario frente

al derecho a la intimidad y al secreto de la correspondencia del trabajador) y determinar así si la monitorización es ajustada a derecho²⁵⁷.

El mismo tribunal decidió en 2007 un caso el cual la querellante alegó que su empleador- un establecimiento de educación pública dependiente del Gobierno - había monitoreado indebidamente sus comunicaciones telefónicas privadas lo mismo que su correo electrónico. El TEDH consideró que el empleador no había informado debidamente a la demandante que sus llamadas telefónicas o su correo electrónico podían ser monitoreados, y que por consiguiente tenía una expectativa razonable con relación al respeto de la privacidad de sus comunicaciones. Por ello concluyó que el gobierno del Reino Unido había violado el Art. 13 del CEDH y ordenó reparación²⁵⁸.

XII.- Derecho a la libertad de asociación.

Argentina (Art. 14), Bolivia (Art. 21.4), Brasil (Art. 5 XVII, XVIII, XIX, XX y XXI), Colombia (Art. 38), Costa Rica (Art. 25), Cuba (Art. 56), Chile (Art. 19.15), Ecuador (Art. 66.13), El Salvador (Art. 7), España (Art. 22), Guatemala (Art. 34), Haití (Art. 31), Honduras (Art. 78), México (Art.9), Nicaragua (art. 49), Panamá (Art. 39), Paraguay (Art. 42), Perú (Art. 2.13), Portugal (Art. 46), República Dominicana (Art. 47), Uruguay (Art. 39), Venezuela (Art. 52) (Veintidós países).

257 *Barbulescu vs Rumania* <https://es.andersen.com/recursos/doc/portal/2017/03/03/stedh-barbulescu-5-septiembre-201715234.pdf>

258 *Asunto Copland v. Reino Unido*, aplicación nº 62617/00, disponible en la base de datos HUDOC: <http://hudoc.echr.coe.int/sites>

141. La tendencia y, más que la tendencia, la necesidad de asociarse, es consustancial a la naturaleza humana. Desde siempre el ser humano ha sido consciente de que el logro de sus objetivos será más fácil si su búsqueda es producto de una acción colectiva y no individual.

Ya en la antigua Grecia, Aristóteles señalaba que *“es el hombre ser sociable por naturaleza; lo es más que la abeja y que todos los animales que viven agrupados. La vida social es un imperioso mandato de la naturaleza.”*²⁵⁹

Siglos más tarde Rousseau escribió:

*“Toda sociedad política está compuesta de otras sociedades más pequeñas y de diferentes especies, cada una de las cuales tiene sus intereses y sus máximas; pero estas sociedades que todos advierten, porque tienen una forma exterior y autorizada, no son las únicas que realmente existen en el Estado; todos los particulares a quien un interés común reúne componen otras varias, permanentes o pasajeras, en las cuales la fuerza no es menos real porque sea menos aparente, y en las diversas relaciones, bien observadas, constituyen el verdadero conocimiento de las costumbres.”*²⁶⁰

No obstante lo anterior, el derecho a la libertad de asociación entendido como el derecho *“de toda persona a formar o unirse libremente a una organización o grupo para actuar, expresar, promover, ejercer, defender de manera colectiva fines de interés común, y la capacidad para llevarlos adelante a través de los medios y las acciones que sus miembros consideren idóneos”*²⁶¹, fue de

259 Aristóteles, Política, Edición bilingüe y traducción de Julián Marías y María Araujo Editorial Austral, Clásicos Políticos, Madrid 1989, libro I, capítulo 1.

260 Jean Jacques ROUSSEAU, Discurso sobre la Economía Política, Libro dot, p. 4, [https://aprendizaje.mec.edu.py/aprendizaje/system/content/0c59c97/content/Rousseau,%20Jean-Jacques%20\(1712-1778\)/Rousseau,%20Jean-Jacques%20-%20Discurso%20sobre%20econom%C3%ADa%20pol%C3%ADtica.pdf](https://aprendizaje.mec.edu.py/aprendizaje/system/content/0c59c97/content/Rousseau,%20Jean-Jacques%20(1712-1778)/Rousseau,%20Jean-Jacques%20-%20Discurso%20sobre%20econom%C3%ADa%20pol%C3%ADtica.pdf)

261 Civilis Derechos humanos, <https://www.civilisac.org/nociones/libertad-de-asociacion-2>

reconocimiento tardío. Ninguna de las declaraciones clásicas de derechos humanos, ni la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, ni la Declaración de Independencia de los Estados Unidos ni la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, proclaman el derecho a la asociación. Lo que es más, el liberalismo nacido con la revolución francesa generó una clara animadversión a ese derecho, el cual solo viene ser reconocido constitucionalmente a partir de la segunda mitad del Siglo XIX. Hoy día, todas las constituciones iberoamericanas consagran el derecho a la libertad de asociación.

142. El derecho a la libertad de asociación es objeto de tratamiento por parte de importantes normas internacionales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, O.N.U. 1948, dice:

“Artículo 20.

Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.

El Convenio número 87 de la O.I.T, 1948; establece, entre otras disposiciones:

“Art. 2.º. Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Art. 3.º

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.”

El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, dispone:

“Artículo 22.

Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía.

Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la Ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.”

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, O.E.A. 1969, establece:

“Artículo 16.- Libertad de Asociación.

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

El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.”

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A. 1981, dice:

“Artículo 10.

Todo individuo tendrá derecho a la libre asociación, siempre que cumpla con la ley.

De conformidad con la obligación de solidaridad contemplada en el artículo 29, nadie puede ser obligado a formar parte de una asociación.”

La Convención sobre Derechos del Niño, O.N.U. 1989:

“Artículo 15.

Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dice:

“ARTÍCULO 12.- Libertad de reunión y de asociación

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.”

143. Las veintidós constituciones estudiadas consagran el derecho a la libertad de asociación. Quince constituciones (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay Portugal, República Dominicana. Uruguay y Venezuela) condicionan la procedencia de ese derecho a los fines perseguidos por los posibles asociados, estableciendo que las personas pueden asociarse libremente, siempre que lo hagan con fines lícitos (así lo dicen la mayoría de estas constituciones), pacíficos (Haití) o que no sean contrarios a la moral o al orden legal (Panamá) o siempre que se ejerzan que con respeto al orden público y el acatamiento a las preceptivas establecidas en la Ley (Cuba). Resulta muy particular la expresión empleada por la Constitución argentina al establecer el derecho “de asociarse con fines útiles”.

Siete constituciones (Colombia, Chile, Ecuador, España, Guatemala, Nicaragua y Perú) establecen el derecho de asociación en forma amplia, sin condicionar su ejercicio a determinadas finalidades, aun cuando es obvio que las mismas no pueden ser contrarias a la Ley.

Seis constituciones (Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Paraguay y Portugal) establecen la libertad de asociación negativa, es decir el derecho a no ser constreñido a formar parte de una asociación.

Cuatro constituciones (Brasil, España, Paraguay y Panamá) prohíben la constitución de determinado tipo de sociedades como las paramilitares, secretas, racistas o fascistas.

Cuatro constituciones (Brasil, España, Perú y Portugal) establecen que las asociaciones no pueden ser disueltas administrativamente, sino mediante decisión judicial.

La Constitución de España exige que las asociaciones deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

144. En el ámbito de la relación laboral, tanto el empleador como el trabajador, son titulares del derecho a la libertad de asociación. En el ejercicio de este derecho ambas partes pueden constituir y gestionar asociaciones culturales, deportivas o religiosas y de cualquier otra naturaleza, siempre que no entren en contradicción con los deberes de las partes y las finalidades y características de la empresa en la cual se establece la relación laboral. Pero el reflejo más importante del derecho a la libertad de asociación en la relación de trabajo se encuentra en la libertad sindical, a la cual me referí ampliamente en el Capítulo V de esta obra.

XIII. Derecho a la libertad de reunión.

Bolivia (Art. 21.4), Brasil (Art. 5 XVI), Colombia (Art. 37), Costa Rica (Art. 26), Cuba (Art. 56), Chile (Art. 19.13), Ecuador (Art. 66.13), El Salvador (Art. 7), España (Art. 21), Guatemala (Art. 33), Haití (Art. 31), Honduras (Arts. 78 y 79), México (Art.9), Nicaragua (Art. 53), Panamá (Art. 38), Paraguay (Art. 32), Perú (Art. 2.12), Portugal (Art. 45), República Dominicana (Art. 48), Uruguay (Art. 38), Venezuela (Art. 53).(veintiún países).

145. El derecho a la libertad de reunión faculta a las personas a congregarse libre y pacíficamente en cualquier número y en cualquier lugar apto y disponible para discutir temas de su interés y expresar sus opiniones. Este derecho está íntimamente vinculado a la libertad de expresión: las personas se reúnen para expresar sus opiniones e ideas. Ambos derechos son fundamentales para el funcionamiento de un sistema político democrático. Un derecho a la reunión bien ejercido es un medio de control y de protagonismo político de la colectividad. Una sociedad en la cual los ciudadanos no puedan reunirse libremente no es una sociedad democrática. En los regímenes autoritarios el derecho de reunión suele estar restringido. Este tipo de gobiernos crea

limitaciones a la reunión de los ciudadanos, exige permiso previo para las manifestaciones, y suele reprimir su realización.

La libertad de reunión comprende el derecho a realizar reuniones pacíficas de todo tipo, públicas o privadas, multitudinarias o reducidas, virtuales o presenciales. Las reuniones pueden ser de cualquier naturaleza o finalidad: política, cultural, social, religiosa, deportiva etc.

Una libertad de reunión bien entendida comprende el derecho de organizar y convocar libremente reuniones, de decidir sobre el lugar y hora de las reuniones y de difundir información sobre las mismas.

El derecho a la libertad de reunión solo se vino a consagrar constitucionalmente a mediados del siglo XIX. En la actualidad es un derecho reconocido por la generalidad de las constituciones contemporáneas y por los tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo es uno de los primeros derechos que violan los gobiernos autoritarios. La represión, incluso violenta, de manifestaciones populares es, lamentablemente, una nota usual en el ejercicio autoritario del poder.

146. El derecho a la libertad de reunión está consagrado por diversas normas internacionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, O.N.U. 1948, dice:

“Artículo 20

Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, O.N.U. 1966, dice:

“Artículo 21. Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por

la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, O.E.A. 1969, establece:

“Artículo 15.- Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”

La Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A. 1981, dice:

“Artículo 11

Todo individuo tendrá derecho a reunirse libremente con otros. El ejercicio de este derecho estará sujeto solamente a las necesarias restricciones estipuladas por la ley, en especial las decretadas en interés de la seguridad nacional, la seguridad personal, la salud, la ética y los derechos y libertades de los otros.”

La Convención Sobre los Derechos del Niño, O.N.U. 1989 establece:

“Artículo 15.

Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dice:

“ARTÍCULO 12.- Libertad de reunión y de asociación

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.”

147. Veintiún de las constituciones estudiadas consagran el derecho de reunión.

Las constituciones de Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, limitan ese derecho a que las reuniones sean pacíficas. Bolivia, Cuba, El Salvador, Panamá, Paraguay República Dominicana y Venezuela, exigen que las reuniones tengan fines lícitos.

Las constituciones de Brasil, Costa Rica, Chile, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal y República Dominicana establecen que no se requiere autorización previa para realizar las reuniones, aunque las de Brasil, Guatemala, Panamá y Perú disponen que se debe hacer una notificación a las autoridades. Por su parte, las constituciones de Costa Rica, Chile, Haití Honduras y Paraguay disponen que si las reuniones se hacen en lugares públicos, los organizadores deben cumplir con las respectivas normas de policía.

148. Tantos empleadores como trabajadores, en su condición de ciudadanos, tienen el derecho de convocar, organizar y ejecutar reuniones de cualquier naturaleza. Pero el reflejo más

importante del derecho a la libertad de reunión en el ámbito laboral tiene que ver con la libertad sindical, tema que fue ampliamente tratado en el capítulo V de esta obra.

La libertad de reunión es uno de los elementos esenciales de la libertad sindical. Como entidad colectiva que es, el sindicato necesita comunicarse con sus miembros y reunirlos cuando sea necesario a los fines del buen desarrollo de la actividad sindical. Los sindicatos tienen el derecho de realizar libremente sus reuniones en la oportunidad y en el lugar apto y disponible que señalen, sin interferencias ni presencia de representantes de las autoridades o del empleador. La libertad de reunión incluye la participación de los dirigentes sindicales en reuniones internacionales, por lo cual es ilegítimo cualquier obstáculo que el empleador o la autoridad establezca para la asistencia de un dirigente sindical a una reunión internacional.

No obstante, este derecho no es ilimitado. En principio y salvo acuerdo con el empleador o disposición de la convención colectiva, las reuniones sindicales no pueden entorpecer las labores habituales del trabajador. Pueden ser realizadas en el centro del trabajo, pero en lugares aptos para la reunión, en los cuales la misma no cause daños y molestias. Con estas condiciones, el empleador no puede negarse a que se realicen reuniones en el centro de trabajo.

Para realizar manifestaciones en lugares públicos el sindicato debe cumplir con las normas vigentes en la materia. En muchas constituciones se establece que no se exige autorización previa para tales reuniones, pero en varias de ellas se requiere un aviso previo a fin de que la autoridad competente tome las medidas requeridas, tanto para la seguridad de los manifestantes, como para que no exista alteración del orden público. Los ordenamientos jurídicos democráticos establecen restricciones en el ejercicio de

estas funciones por parte de la autoridad pública, a fin de evitar que las mismas den lugar a formas de represión antisindical.

XIV.- Derecho a un ambiente sano.

Argentina (Art. 41), Bolivia (Arts. 19.I , 30.II. 10 y 33), Brasil (Art. 23.VI), Colombia (Art. 79), Costa Rica (Art. 50), Cuba (Art. 75), Chile (Art. 19. 8), Ecuador (Arts. 14, 30, 66.27 y 74), El Salvador (Art. 117), España (Art. 45), Guatemala (Art. 97), Haití (Arts. 253 a 258), Honduras (Art. 145), México (Art.4), Nicaragua (Art. 60), Panamá (Art. 118), Paraguay (Art. 7), Perú (Art. 2.22), Portugal (Art. 66), República Dominicana (Arts. 66 y 67), Uruguay (Art. 47), Venezuela (Art. 127) (Veintidós países).

149. A partir de las últimas décadas del siglo XX se ha desarrollado un especial interés por el tratamiento jurídico del medio ambiente. Se considera que sólo en un medio ambiente adecuado el ser humano puede llevar una vida normal y satisfacer sus derechos fundamentales. Necesidades primordiales del ser humano como lo son la salud, la buena alimentación, el acceso al agua, el disfrute de condiciones de trabajo saludables, la vivienda digna, la calidad del aire y del suelo no pueden ser satisfechas sino existen condiciones ambientales adecuadas. El movimiento ecologista ha sido un factor importante para el desarrollo de una profusa legislación ambientalista. Esta legislación establece obligaciones para el Estado en el sentido de tomar medidas y desarrollar políticas de protección ambiental y para los particulares, a los cuales establece obligaciones en el sentido de respetar el ambiente y de abstenerse de llevar a cabo actividades que contribuyan a su deterioro. El derecho a un medio ambiente sano tiene fundamento en la solidaridad y establece a

sus titulares el deber de contribuir a que su ejercicio sea posible para todas las personas.

La lucha por un ambiente sano, que encuentra grandes obstáculos en los intereses de gobiernos y de particulares en el desarrollo de ciertas actividades que se consideran contrarias a la ecología pero que producen resultados económicos, ha tenido una gran proyección internacional y ha dado lugar a diversas declaraciones, acuerdos y tratados internacionales.

La primera reunión de las Naciones Unidas que dio una consideración especial a los problemas del medio ambiente fue la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano reunida en Estocolmo, 1972, que adoptó la denominada Declaración de Estocolmo. En la misma se alerta sobre la posibilidad de que puedan causarse daños incalculables al ser humano y a su medio y propone veinticuatro principios comunes que ofrezcan a los gobiernos y a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio.

En 1988 se firmó, en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, el denominado Convenio de Aarhus, firmado por 51 estados de Europa y Asia Central (además de por la Unión Europea), en el cual se regulan tres derechos ciudadanos relativos al medio ambiente, como lo son el acceso a la información, a la participación pública y el acceso a la justicia.

También en 1988 en el marco de las Naciones Unidas se creó el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), con el fin de facilitar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta. En su último informe, de Febrero de 2022 (<https://www.ipcc.ch/report/sixth-as->

assessment-report-working-group-ii/) el IPCC señala como las emisiones de gases de efecto invernadero siguen aumentando y los planes actuales para abordar el cambio climático no son lo suficientemente ambiciosos para limitar el calentamiento a 1,5 °C por encima de los niveles preindustriales, un umbral que los científicos consideran necesario para evitar impactos aún más catastróficos.

En 2015, 197 países adoptaron el denominado “Acuerdo de París”, que tiene como finalidad abordar el cambio climático y sus efectos negativos, planteando como meta la reducción sustancial de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero y la limitación del aumento global de la temperatura en este siglo a 2 grados Celsius.

150. Varios tratados internacionales se refieren al tema del derecho a un medio ambiente saludable.

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A 1981, establece en su artículo 24:

“Todos los Pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo.”

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”, O.E.A. 1988, establece:

“Artículo 11.

Derecho a un medio ambiente sano

Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, establece:

“ARTÍCULO 37.- Protección del medio ambiente.

En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.”

151. Las veintidós constituciones estudiadas contienen normas relativas al medio ambiente. Los textos constitucionales de veinte países (Argentina, Bolivia (Arts. 30 y 33), Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador (Arts. 14 y 66.27), España, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana (Arts. 66 y 67) y Venezuela) consagran el derecho de vivir en un medio ambiente sano o libre de contaminación.

Las constituciones de quince países (Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, El Salvador, España, Guatemala, Haití (Arts. 254, 255 y 256), Honduras, México, Panamá, Portugal, República Dominicana (Arts. 66 y 67) y Venezuela) establecen para el Estado la obligación de proteger el medio ambiente.

Siete constituciones (Argentina, Costa Rica, España, Haití (Art. 257), México, República Dominicana (Art. 67) y Uruguay) se refieren a las responsabilidades y sanciones que se pueden generar con ocasión de la comisión de daños ambientales. Cuatro Constituciones (México, Colombia, Portugal y Venezuela) garantizan la participación ciudadana en las políticas y decisiones relativas al medio ambiente. La Constitución de Nicaragua establece:

“el deber proteger y restaurar la integridad de los ecosistemas, con especial preocupación por la diversidad biológica y por todos los procesos naturales que sustentan la vida y de adoptar patrones de producción y consumo que garanticen la vitalidad y la integridad

de la madre tierra, la equidad social en la humanidad, el consumo responsable y solidario y el buen vivir comunitario.”

152. El derecho a un medio ambiente sano adquirió una especial proyección en las relaciones de trabajo a partir de las últimas décadas del siglo XX. Mientras que las tradicionales normas de seguridad en el trabajo se centraban en la protección del trabajador en el interno de la empresa y concretamente frente a los riesgos que comportan el empleo de las máquinas y de sustancias que pueden presentar alguna toxicidad, en la medida en que el derecho ambiental fue logrando un importante desarrollo, se fue reflejando al campo del relaciones de trabajo, lo cual se puede constatar muy concretamente en el convenio núm. 148 (1977) de la O.I.T. sobre medio ambiente de trabajo, en el cual por primera vez se relacionó la protección de la seguridad de los trabajadores con el medio ambiente. Esta orientación se acentúa con el convenio 155 (1988) sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo.

Las tradicionales concepciones sobre la seguridad industrial fueron dando paso a una concepción más amplia de salud en el trabajo, que determina que la misma no se logra únicamente con la regulación al interno de la empresa y a la protección de los trabajadores frente al empleo de maquinarias y sustancias peligrosas, o sino que debe tomar en cuenta el medio ambiente y el derecho, no sólo de los trabajadores, sino de toda la sociedad de disfrutar de un medio ambiente sano.

En esa orientación, como apunta Bravo Ferrer se:

“entrecruzan, de este modo, dos ramas jurídicas, la del Derecho del Trabajo y la del Derecho al medio ambiente que pueden enriquecerse y complementarse mutuamente superando las fronteras entre seguridad del trabajo y seguridad ambiental, sobre todo en la medida en que es artificial la distinción entre los aspectos del medio ambiente interiores y exteriores a la empresa. La tutela del

*medio ambiente sólo podrá conseguirse desde una perspectiva integrada que contemple la acción de las organizaciones productivas, no sólo en sus efectos externos, sino también sus efectos internos. La empresa debe respetar el medio ambiente externo que le rodea, no deteriorándolo, pero también debe proteger el medio ambiente interno, el ambiente de trabajo. De ahí la necesaria conexión que tiene raíces históricas, entre la protección de la seguridad y la salud laboral y la prevención de los riesgos laborales, con la disciplina medio ambiental*²⁶².

En fin, el derecho a un medio ambiente sano compromete al empresario no sólo a proporcionar al trabajador seguridad en el empleo de sus implementos y de las sustancias que usa en el trabajo, sino a que su actividad empresarial esté encaminada a la protección del medio ambiente, lo cual supone la prohibición de las actividades anti ecológicas. Por su parte, el trabajador debe desarrollar sus actividades laborales cuidando de que en el ejercicio de las mismas no genere ningún daño ambiental.

Es importante señalar que en la Conferencia Internacional del Trabajo de 2022 se aprobó que los convenios relativos a la protección de la salud pasaren a considerarse parte de los convenios fundamentales de la O.I.T., lo cual comporta un tratamiento especial en relación al control de su cumplimiento.

XV.- Derecho a la educación.

Argentina (Art. 14), Bolivia (Art. 17), Brasil (Art. 6), Colombia (Art.67), Costa Rica (Arts. 77 y 78), Cuba (Arts. 46 y 73), El Salvador (Arts. 53 y 56), Chile (Art. 19.10), Ecuador

262 Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, Medio Ambiente y Relaciones de Trabajo en Tems Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social N° 50,1999, Sevilla, p. 15.

(Art. 26), España (Art. 27), Guatemala (Art. 71), Haití (Arts. 22 y 32), Honduras (Art. 151), México (Art. 3), Nicaragua (Art. 58), Panamá (Art. 91), Paraguay (Art. 73), Perú (Arts. 13 y 14), Portugal (Arts. 43 y 73), República Dominicana (Art. 63), Uruguay (Art. 71), Venezuela (Arts. 102 y 103) (Veintidós países).

153. La educación es un proceso vital para el desarrollo pleno de la persona humana. Mientras los animales desarrollan su vida fundamentalmente en función de instintos naturales, el ser humano va modelando su vida en función de los conocimientos, destrezas y valores que va adquiriendo en la medida en que se educa. Por eso el desarrollo pleno de la personalidad requiere del cumplimiento de un adecuado proceso educativo. La educación no es sinónimo del aprendizaje. Mientras éste se refiere fundamentalmente a la transmisión de conocimientos, la educación va mucho más allá, comporta una formación total de la persona para que pueda vivir su vida plenamente, tanto desde el punto de vista individual, como desde el punto de vista de su integración en la sociedad en la cual vive. Por eso, el derecho a la educación es considerado como un derecho fundamental de la persona humana. En una sociedad en la cual todos sus miembros tengan acceso fluido a la educación, existirá menos pobreza y menos desigualdades y un ambiente más adecuado para que la población pueda ejercer sus otros derechos.

154. El derecho a la educación ha sido consagrado por importantes normas internacionales.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos (O.N.U., 1948) se dice:

“Artículo 26.

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los

estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”

En el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, C.E. 1952, se dice:

“ARTÍCULO 2. Derecho a la educación.

A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”

El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, O.N.U. 1966, establece:

“Artículo 13.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de Acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

En la Carta Africana Sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. O.U.A.1981, se dice:

“Artículo 17.

- 1. Todo individuo tendrá derecho a la educación.*
- 2. Todo individuo podrá participar libremente en la vida cultural de su comunidad.*
- 3. La promoción y protección de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por la comunidad serán deberes del Estado”.*

En la Convención sobre los Derechos del Niño, O.N.U. 1989, se establece:

“Artículo 28.

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresiva mente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29.

Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los Pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el Parágrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, UE 2007, dice:

“ARTÍCULO 14.- Derecho a la educación.

1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

3. Se respetan, de Acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.”

155. Las veintidós constituciones estudiadas contienen disposiciones relativas a la educación. Diecinueve constituciones (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, El Salvador (Art. 53), Ecuador, España, Guatemala, Haití (Art. 22), México, Nicaragua, Panamá, Paraguay (Arts. 73 y 74), Perú (Art.13) Portugal (Arts. 43 y 73), República Dominicana y Venezuela (Art. 102)) hacen una proclamación general del derecho a la educación.

Los textos constitucionales de quince países (Costa Rica (Art.77), Chile, El Salvador (Art. 56), Ecuador, España, Guatemala, Haití (Arts.32.2, 32.4, 32.7 y 32.9), Honduras, México, Panamá, Paraguay (Arts. 75, 76 y 78), Perú (Art. 14), Portugal (Art. 73), República Dominicana y Venezuela (Art. 102)) establecen obligaciones y responsabilidades del Estado en relación al derecho a la educación. Nueve constituciones (Bolivia, Costa Rica (Art.78), Chile, España, Haití (Art. 32.3), México, Paraguay (Art. 76), República Dominicana, Uruguay y Venezuela (Art. 103)) establecen disposiciones de gratuidad de la educación y nueve constituciones (Costa Rica (Art.78), Chile, El Salvador (Art. 54), España, Haití (Art. 32.3) México, Paraguay (Art. 76),

República Dominicana y Venezuela (Art. 103)) establecen la obligatoriedad de la educación en niveles más básicos.

156. Entre educación y trabajo existe una estrecha relación. Una de las finalidades de la educación es la de proporcionar a la persona la formación, conocimientos y habilidades de que va a requerir para el desempeño de un puesto de trabajo que le permita satisfacer sus necesidades. Puede encontrarse una importante correlación entre el nivel de educación de una persona y el nivel del empleo que la misma puede obtener. Aun cuando en la obtención de buenos empleos suelen estar presentes factores distintos al educativo, puede afirmarse, en términos generales, que una persona con un buen nivel educativo tendrá mejores posibilidades de empleo que una que tenga un bajo nivel. Por otra parte, se puede destacar que una persona con educación tendrá mejores posibilidades que una persona de baja educación de conocer sus derechos laborales y de reclamar su cumplimiento.

En el mundo contemporáneo, caracterizado entre otras circunstancias por la presencia de una innovación tecnológica intensamente veloz y continua, se ha incrementado la importancia de la educación para el mundo del trabajo. Las nuevas tecnologías, al tiempo que destruyen crean empleos y, además, comportan importantes y constantes cambios en las maneras de ejecutar el trabajo. Todo ello determina que las sociedades actuales deban dispensar gran atención tanto a la educación en general como al campo específico de la formación profesional y desarrollar los respectivos programas educativos y de capacitación relacionándolos con los cambiantes requerimientos del mercado. Las sociedades que logran un mayor nivel de empleo digno para su población son aquellas que logran mejores resultados en su esfuerzo para dotarlas de una educación de alta calidad.

Ya se ha destacado que buena parte de los textos constitucionales establecen que el Estado tiene responsabilidades

fundamentales en el desarrollo de las políticas y programas educacionales de sus respectivas sociedades. Eso es así aun en aquellos países cuyas constituciones no lo consagran expresamente. Es necesario anotar que el empleador no puede sustituir al Estado en el desempeño de sus obligaciones en materia educativa. No obstante ello, el derecho a la educación encuentra reflejo en el ámbito de la relación de trabajo. Ya se ha visto en el capítulo V de esta obra como el derecho a la formación profesional, que es una parte específica del derecho general a la educación, es desarrollado por varias constituciones como un derecho específico de los trabajadores. Pero más allá de ello, el derecho a la educación se encuentra reflejado en algunas normativas del ordenamiento jurídico laboral. Así, las disposiciones que rigen el trabajo de menores y adolescentes establecen normas para salvaguardar y garantizarles su derecho a la educación, de manera que el desempeño de su actividad laboral no constituya un obstáculo para el cumplimiento de sus programas de desarrollo educativo. De igual manera el derecho a la educación de los adultos ha encontrado protección en normas y jurisprudencia laboral. Así, se ha considerado que no es legítimo un cambio unilateral de horario o de lugar de trabajo que constituya un obstáculo para que el trabajador cumpla programas educativos previamente establecidos.

XVI.- Derecho a la propiedad.

Argentina (Arts. 14 y 17), Bolivia (Arts. 56 y 57), Brasil (Art. 5 XXII, XXIII, XXIV, XXV y VXVI), Colombia (Art. 58), Costa Rica (Art. 45), Cuba (Arts. 22 y 58), Chile (Art. 19.24), Ecuador (Art. 66.26), El Salvador (Arts. 11, 22 y 105), España (Art. 33), Guatemala (Art. 39), Haití (Art. 36), Honduras (Arts. 61 y 103), México (Art.14), Nicaragua (Arts. 5 y 44), Panamá (Art. 47), Paraguay (Art. 109), Perú (Art. 2.16), Portugal (Art.

62), República Dominicana (Art. 51), Uruguay (Art. 32), Venezuela (Art. 115).(Veintidós países).

157. El derecho a la propiedad es uno de los más clásicos derechos humanos. Ha sido definido como la facultad de usar y disponer de una cosa y de sus productos. La más completa regulación de la propiedad en el mundo occidental antiguo la hicieron los romanos, al punto de que la evolución y desarrollo del Derecho Civil romano tiene amplia relación con la evolución misma del derecho de propiedad. En la Roma Clásica el derecho de propiedad era un derecho absoluto, que comprendía la facultad de usar y abusar de las cosas propias (*ius utendi* y *ius abutendi*). Era un derecho muy exclusivo, porque solo algunas personas podían ser titulares del mismo, entre ellas los *pater familiae*, los ciudadanos romanos o *itálicos* autorizados para el comercio. En la evolución del Derecho romano la propiedad fue perdiendo ese carácter absoluto y fue sometido a limitaciones. El concepto del derecho de propiedad como un derecho susceptible de limitaciones se acentuó durante la Edad Media. Así las Partidas definían el derecho de propiedad como el señorío que el hombre tiene en la cosa para hacer de ella lo que quiere, según Dios y según fuero, con lo cual sometía el derecho de propiedad a las limitaciones derivadas de la Ley Divina y de las legislaciones aprobadas por las autoridades competentes. Durante la revolución francesa se proclama la propiedad, junto con la libertad como uno de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano.

Durante el siglo veinte se producen dos fenómenos importantes en relación al derecho de propiedad. Por una parte la abolición de la propiedad privada por la revolución bolchevique de 1917, la cual fue igualmente proclamada por otros estados en las cuales llegaron al poder grupos políticos colectivistas. No obstante, a finales del Siglo XX, con la caída del bloque soviético, fueron cada vez menos los estados que mantuvieron tal abolición y ya, en el

presente siglo, constituciones que se proclaman comunistas, como la cubana de 2019, reconocen distintas formas de propiedad, entre ellas la propiedad privada, aun cuando con limitaciones.

El otro fenómeno que se produce fue la aparición y luego predominio de la concepción de la “función social de la propiedad”, la cual, según apuntan Alcalá-Zamora y Castillo y Cabanellas,

*“asigna a la misma un contenido obligatorio que iguala cuando menos las potestades jurídicas que al titular de aquella se le reconocen o se le toleran. Con precisión mayor, la función social de la propiedad consiste en la asignación potencial de servicios para la colectividad a cargo del dueño de la misma, De acuerdo con la naturaleza del dominio, así se concretará esa función social, que siempre persigue una productividad o una utilización mayor de los bienes para que refunden en beneficio general.”*²⁶³

Esa concepción, que según los mencionados autores “*culmina una síntesis entre las posiciones privatista y colectivista del dominio*”, ha dado lugar a que la generalidad de los estados, aun aquellos más apegados a las concepciones liberales de la economía de mercado, emprenda políticas y programas que abarcan desde el establecimiento de contribuciones fiscales a la propiedad hasta la expropiación forzosa de bienes privados con fines sociales y de utilidad pública.

158. El Derecho a la propiedad ha sido objeto de regulación internacional.

La Convención americana Sobre Derechos Humanos, O.E.A. 1969, dice:

“Artículo 21.- Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

263 Luis ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y Guillermo CABANELLAS DE TORRES, ob. cit. en la nota 201, Tomo III, p. 33.

2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*
3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley.”*

El Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (C.E., 1952), dice:

“Los Gobiernos signatarios, Miembros del Consejo de Europa, resueltos a tomar medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de derechos y libertades distintos de los que ya figuran en el Título I del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (denominado en adelante “el Convenio”).

Han convenido lo siguiente:

ARTÍCULO 1

Protección de la propiedad

Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de Acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.”

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.U.A. 1981, establece:

Artículo 14

Estará garantizado el derecho a la propiedad. Este solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas.”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, O.N.U. 1948, dispone:

“Artículo 17

Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, establece:

“ARTÍCULO 17.- Derecho a la propiedad

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.

2. Se protege la propiedad intelectual.”

159. Las veintidós constituciones estudiadas contienen disposiciones relativas al derecho a la propiedad.

Diecinueve constituciones (Argentina (Art.14), Brasil (Art. 5 XII), Colombia, Costa Rica, Cuba (Art. 22), Chile, Ecuador, El Salvador (Arts. 22 y 105), España, Guatemala, Haití, Honduras (Art. 61) Nicaragua (arts. 5 y 44), Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Venezuela) tienen un artículo que proclama el derecho a la propiedad.

Once constituciones (Bolivia (Art. 56), Brasil (Art. 5 XIII), Colombia, Chile, Ecuador, España, Haití, Honduras (Art. 103), Nicaragua (Arts. 5 y 44), Paraguay, República Dominicana y Venezuela) limitan el derecho de propiedad en atención a su función social o al interés general.

Veintiún constituciones (Argentina (art 17), Bolivia (art 57), Brasil (Art. 5 XIV), Colombia, Costa Rica, Cuba (Art. 58), Chile, España, Haití, México, Nicaragua (Art. 44), Paraguay, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) establecen la posibilidad de expropiación por razones de interés general o utilidad pública, previo pago de una indemnización.

Siete constituciones (Argentina (art 17), Costa Rica, El Salvador (Art.11), México, Paraguay, República Dominicana y Uruguay) establecen la inviolabilidad de la propiedad y cinco (Bolivia (art 56), El Salvador (Art.22), España, Perú y Portugal) establecen que la propiedad puede ser transmitida por herencia.

160. El reflejo del Derecho de propiedad en la relación de trabajo puede verse desde la perspectiva del empleador y desde la perspectiva del trabajador.

El derecho de propiedad, junto con el derecho a la libertad de empresa, es la fuente de los poderes que el empleador ejerce en la relación de trabajo. El empleador es el titular de la empresa y esa titularidad deriva del derecho de propiedad que, en la generalidad de los casos, le corresponde sobre los medios de producción que constituyen el sustrato material de la misma. Excepcionalmente el empleador no es el propietario de los medios de producción, como ocurre, por ejemplo, cuando es arrendatario de los mismos, pero la titularidad que ejerce sobre la misma deriva siempre de un derecho de propiedad, en este caso del derecho de propiedad del arrendador con el cual ha celebrado el contrato que le permite ejercer tal titularidad. Siendo el empleador el propietario de los medios de producción o actuando mediante la autorización contractual que le otorga su propietario, es claro que tiene el derecho de dirigir la organización empresarial de la cual tales medios constituyen el sustrato material. Así, titular del derecho de propiedad o agente que actúa mediante autorización contractual otorgada

por su propietario, corresponde al empleador el derecho de organizar la empresa y dirigirla. Este derecho comprende, entre otras facultades, la de establecer las características y objetivos de la empresa, líneas de producción, política comerciales, precios, formas de ejecución y distribución de las laborales, políticas e empleo y, muy particularmente, ejercer el poder de dirección característico de la relación de trabajo subordinada etc. Es de observar que dado el carácter intervencionista e imperativo del Derecho del Trabajo, algunos de los aspectos que tienen que ver con la relación de trabajo entre el empleador y sus trabajadores, no son ya de la competencia unilateral de aquél, ya que debe atender a las normativas derivadas de la legislación laboral y de la negociación colectiva, si la hubiere. Por otra parte, como se ha visto a lo largo de esta obra, los derechos del empleador están limitados por los derechos de los trabajadores y los de la sociedad.

Y sí el derecho a la propiedad tiene una importancia fundamental en cuanto al papel que el empleador desempeña en la relación de trabajo, no puede decirse lo mismo en relación al papel que corresponde en la misma al trabajador. El trabajador no tiene propiedad sobre el producto del trabajo, porque una de las obligaciones propias del contrato de trabajo es la de transferir al empleador el producto del trabajo, a cambio de lo cual recibe un salario. Excepcionalmente, como se verá en el próximo numeral, el trabajador puede tener alguna participación en las creaciones o invenciones que desarrolle en sus labores.

XVII.- Derecho a la propiedad intelectual.

Bolivia (Art. 102), Brasil (Art. 5 XXVII), Chile (Art. 19.25), Colombia (Art. 61), Costa Rica (Art. 47), Ecuador (Arts. 22 y 322), España (Art. 20.b), El Salvador (Art. 103), Haití (ART.

38), Honduras (Art. 339), Nicaragua (Arts. 125 y 127), Panamá (Art. 53), Paraguay (Arts. 29 y 110), Perú (Art. 2.8), Portugal (Art. 42.2), República Dominicana (Art. 52), Uruguay (Art. 33), Venezuela (Art.98) (dieciocho países)

161. Tradicionalmente el derecho de propiedad se consideró un derecho real (de res, cosa en latín) porque versaba sobre una cosa, es decir sobre un determinado objeto material. Pero la evolución jurídica llegó a determinar que se reconociese el derecho de propiedad sobre objetos intangibles, como lo son las creaciones intelectuales de la persona humana. Uno de los primeros pasos importantes que se dio en esa dirección fue la firma del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial en 1883, el cual reguló la propiedad industrial en su acepción más amplia, con inclusión de las patentes, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad, las marcas de servicio, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas y a la represión de la competencia desleal.

Posteriormente y ya en un ámbito más específico, distinto del tema de patentes industriales, se firmó en 1.886 el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, modificado en 1979, que es un muy importante instrumento para la protección de la propiedad intelectual. El artículo dos del convenio señala como obras protegidas las siguientes:

“1. Obras literarias y artísticas; 2. Posibilidad de exigir la fijación; 3. Obras derivadas; 4. Textos oficiales; 5. Colecciones; 6. Obligación de proteger; beneficiarios de la protección; 7. Obras de artes aplicadas y dibujos y modelos industriales; 8. Noticias”.

En el Convenio se establecen pautas generales para la protección de estas obras, pero el contenido específico de la protección queda a cargo de las legislaciones nacionales.

162. A partir del siglo XX se han acordado diversas normas internacionales en relación a la propiedad intelectual.

En 1967 se firmó en Estocolmo el Convenio que crea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), enmendado en 1979. Además de este convenio la OMPI administra 26 tratados internacionales referentes a diversos aspectos de la propiedad industrial

En el convenio fundacional de la OMPI se considera que forman parte de la propiedad intelectual los derechos relativos:

“a las obras literarias, artísticas y científicas, a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión, a las invenciones en todos los campos de la actividad humana, a los descubrimientos científicos, a los dibujos y modelos industriales, a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales, a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico”

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha dicho:

“La propiedad intelectual se relaciona con las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio. La propiedad intelectual se divide en dos categorías:

La propiedad industrial, que abarca las patentes de invención, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas.

El derecho de autor, que abarca las obras literarias (por ejemplo, las novelas, los poemas y las obras de teatro), las películas, la música, las obras artísticas (por ejemplo, dibujos, pinturas, fotografías y esculturas) y los diseños arquitectónicos. Los derechos conexos al derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los de los productores de fonogramas

*sobre sus grabaciones y los de los organismos de radiodifusión respecto de sus programas de radio y televisión.*²⁶⁴

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, O.N.U. 1948, dice:

“Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E. 2007, dice:

“Artículo 17.- derecho a la propiedad. Se protege la propiedad intelectual.”

163. Dieciocho de las constituciones estudiadas contienen establecen la protección a la propiedad intelectual o derechos de autor.

Ocho constituciones (Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, y República Dominicana) se refieren al carácter temporal de ese derecho. Las constituciones de Brasil y de Chile explicitan el contenido de la protección y las constituciones de Chile y Venezuela se refieren a la protección de patentes, marcas y otras creaciones análogas.

164. El derecho a la propiedad intelectual cobra connotaciones específicas en la relación de trabajo. Ya se ha explicado que en el

264 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ¿Qué es la propiedad intelectual? Ginebra, 2020.

contrato de trabajo se produce, a cambio del pago del salario, una transferencia hacia el empleador de cualquier derecho de propiedad que aquél pudiese tener sobre el producto del trabajo. En esta óptica todos los productos de la actividad laboral del trabajador se entienden transferidos al empleador. En consecuencia corresponde a éste y no al trabajador la propiedad intelectual de todas las “invenciones” o creaciones técnicas, artísticas o comerciales que haga el trabajador en la ejecución de las labores a las cuales está comprometido en su relación de trabajo. Tal consecuencia puede no resultar equitativa en aquellos casos en que el trabajador haya realizado una “invención” cuya creación y desarrollo no estaba comprendida dentro de sus obligaciones en la relación de trabajo o cuando, aun estando comprendida, no exista un equilibrio razonable entre el salario del trabajador y los nuevos ingresos que su “invención” proporciona al empleador. Es por ello que algunas legislaciones han establecido una diferencia entre “invenciones de taller”, las cuales deberían ser atribuidos a un equipo o “taller” y no a un trabajador individualizado, las “invenciones de servicio”, que son el producto de las actividades para las cuales el trabajador fue contratado e “invenciones libres”, las cuales son producto predominante de la actividad e iniciativa propias del trabajador, pero desarrollada en el ámbito y con los elementos de la empresa para la cual trabaja. En este último caso tales legislaciones establecen que al empleador le corresponde un derecho preferencial para la explotación de la invención y al trabajador un adecuado beneficio económico, a determinarse de común acuerdo entre las partes o por la autoridad judicial a falta de acuerdo.

XVIII.- Derecho a la libertad de empresa o de dedicarse a la actividad económica de su preferencia.

Argentina (Art. 14), Chile (Art. 19.21), España (Art. 38), Guatemala (Art. 43), Paraguay (Art. 107), Perú (Art. 59), Por-

tugal (Art. 61), República Dominicana (Art. 50), Uruguay (Art. 36), Venezuela (Art. 112) (Diez países).

165. Aun cuando en buena parte de las constituciones estudiadas no aparece expresamente reconocido, el derecho a la libertad de empresa o de dedicarse a la actividad económica de su preferencia, es propio del sistema capitalista que, con alguna excepción, prevalece en los países iberoamericanos. Baylos define la libertad de empresa como *“acción económica de realización de bienes y servicios en el mercado para producir un beneficio mediante la organización de este proceso”*.²⁶⁵ Este derecho supone que los ciudadanos tienen la facultad de realizar libremente las actividades económicas de su preferencia y que las empresas pueden actuar libremente en el mercado, diseñando y desarrollando sus propias políticas. Pero es necesario señalar que en el ámbito iberoamericano el sistema capitalista no funciona, en general, con el diseño clásico liberal con que fue concebido, sino que en el área, en unos países más que otros y en unas circunstancias políticas e históricas más que en otras, juegan un papel importante las concepciones del Estado de Bienestar Social y del Estado Social de Derecho, en función de las cuales la libertad de empresa encuentra limitaciones dictadas por el interés general de la colectividad. Así, como bien lo apunta Viera Álvarez:

“un derecho fundamental de enorme trascendencia, tanto por la importancia que supone para el despliegue de la economía de un país la iniciativa particular, como por el hecho de que es necesario establecer condiciones para que este despliegue no sea arbitrario y que suponga una privación de derechos a las personas. De ahí que el Estado Social, condicione su interpretación y suponga un correctivo

265 Antonio BAYLOS, Libertad de trabajo, derecho al trabajo y derecho del trabajo, en Democracia e direitos fundamentais, <https://direitosfundamentais.org.br/libertad-de-trabajo-derecho-al-trabajo-y-derecho-del-trabajo/> Publicado em 16 de junho de 2020

*de una comprensión de la libertad de empresa que beba de supuestos puramente neoliberales.*²⁶⁶

La determinación de los límites que deben respetarse en el ejercicio de la libertad de industria o comercio y la libertad de empresa reviste trascendental importancia. En primer lugar, se debe señalar que tales libertades deben ser desarrolladas en el ámbito de la legalidad y, más particularmente, como lo establecen en términos similares las constituciones de Chile, Perú y Portugal, las mismas no deben ser contrarias a la moral, al orden público, a la seguridad nacional o al interés general.

Aparte de esa limitación de naturaleza esencialmente jurídica, existen otras que derivan de la concepción política y económica del modelo de Estado que, con sus más y sus menos como he ya apuntado, prevalece en el área. Aun con mucha distancia de la concepción de economía centralmente planificada propia de los estados socialistas, el Estado Social de Derecho contempla, por una parte, un importante margen a la planificación pública del desarrollo económico y, por la otra, admite ciertas esferas en las cuales el Estado interviene directamente como agente económico.

Si bien es cierto que en las últimas décadas ha venido prevaleciendo una tendencia a la reducción de la intervención del Estado en la economía, dando lugar a la privatización de diversas actividades económicas estatales, el Estado Social de Derecho desarrolla ciertas actividades de planificación económica, especialmente en relación a ciertos sectores estratégicos de la economía, como la energía, transporte, telecomunicacio-

266 Christian VIERA ÁLVAREZ. La Libertad de Empresa y Algunos Límites desde la Perspectiva del Estado Social. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Número 21, 2016 <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6021>

nes o el sistema financiero, en relación a los cuales el Estado, más allá de las prevaecientes tendencias reduccionistas de su presencia en la economía, suele llevar a cabo una tarea de planificación, regulación, e incluso de intervención, directa o indirecta, la cual, como señala Viera Álvarez, es exigida *“tanto por su importancia social, como por la asimetría de posición entre empresarios y usuarios y la dificultad de crear un mercado abierto y transparente.”*²⁶⁷

Esas tareas, aún reducidas, que el Estado Social de Derecho desarrolla en el área económica suponen una limitación para la libertad de empresa. La empresa no puede, como quisiera el modelo liberal, desarrollar sus actividades con absoluta libertad. No sólo está obligada a ajustarse, como cualquier entidad o persona, a los dictados de la Ley y al respeto por el orden social y la seguridad colectiva, sino que tiene que estar sujeta a las pautas dictadas por el Estado en desarrollo de sus políticas económicas y sociales. Estas pautas son de diverso alcance y naturaleza. Así, el Estado generalmente fija salarios mínimos y condiciones de trabajo obligatorias y en ocasiones establece, especialmente en determinados sectores, tarifas obligatorias de precios; impone regímenes de permisos para determinadas actividades; somete el ejercicio de algunas a condiciones particulares y reserva el ejercicio de otras para sí o para aquellas entidades a las cuales otorgue especiales concesiones. En fin, el Estado Social de Derecho no funciona con el “laissez faire laissez passer” propio del Estado liberal clásico y establece, en mayor o menor medida, según los países y las circunstancias, sistemas de control de las actividades económicas y por ello las empresas y las personas en general encuentran limitaciones en el ejercicio de su libertad econó-

267 *Ibídem.*

mica. Aun en países de corte liberal, como los Estados Unidos, la libertad de empresa está limitada por regulaciones estatales.

166. El derecho a la libertad de empresa ha sido objeto de escasa regulación por parte de las normas internacionales.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, U.E.2007, dice:

“ARTÍCULO 16.- Libertad de empresa

Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.”

167. Diez de las constituciones estudiadas contienen normas relativas al derecho de ejercer libremente cualquier actividad económica o a la libertad de empresa.

Seis constituciones (Argentina, Chile, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Venezuela) reconocen el derecho de ejercer cualquier industria lícita, comercio o actividad económica. Las constituciones de Chile, Guatemala, Uruguay y Venezuela señalan que este derecho debe estar sujeto a limitaciones legales.

Cuatro constituciones (España, Perú, Portugal y República Dominicana), reconocen el derecho a la libre empresa. Salvo la de España, estas constituciones especifican que tal derecho debe ser ejercido dentro de las limitaciones legales.

Las constituciones de Paraguay y de República Dominicana contienen disposiciones contrarias a los monopolios.

168. En el ámbito laboral el derecho a la libertad de empresa o de dedicarse a la actividad económica de su preferencia cobra especial importancia para la determinación de los derechos del empleador. Como se ha podido ver en el presente y en el anterior capítulo, los derechos establecidos por las constituciones suelen tener una mayor aplicación en relación a los trabajadores. Igual ocurre con las legislaciones laborales, que por lo general

son escuetas en cuanto al establecimiento de los derechos de los empleadores. Ello es así, al punto de que el poder directivo del empleador, que no sólo es su principal derecho, sino que es también un elemento básico para el funcionamiento de la empresa, no suele estar explicitado en las constituciones ni siquiera en las legislaciones laborales.

De allí que en la doctrina y la jurisprudencia sea frecuente que se encuentre el fundamento constitucional de los derechos del empleador en el derecho a la libertad de empresa, al igual que en el derecho de propiedad. El argumento es el siguiente; si empleador es el titular de la empresa y tiene constitucionalmente el derecho de gestionarla libremente, es lógico que tenga el poder de dirigirla y este poder incluye el de dirigir al personal que presta servicios en la misma. Se considera, pues, que el poder de dirección que corresponde al empleador, es, fundamentalmente una proyección del derecho a la libertad de la empresa, así como también del derecho de propiedad, que corresponden al titular de la empresa.

En ejercicio de ese poder de dirección el empleador puede seleccionar el personal, fijarle sus tareas, establecer el volumen y las condiciones trabajo, organizar horarios, establecer metas de producción y políticas empresariales que influyen en la relación de trabajo, y ,en fin, poner término a la misma dentro de las condiciones y límites que establece la ley.

Las restricciones que puede experimentar el poder de dirección del empresario frente a los derechos del trabajador son un ejemplo claro de las limitaciones a que está sometida la libertad de empresa en el Estado Social de Derecho. En este sentido, el tribunal Constitucional español ha dicho:

“la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”.... “Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto

de la sociedad ni la libertad de Empresa legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas deban soportar despojos o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza.”²⁶⁸

Así, pues, el derecho a la libertad de empresa y el consecuencial poder de dirección del empresario deben limitarse a fin de encontrar un adecuado equilibrio con los derechos del trabajador. En el presente capítulo y en el anterior se han visto algunos casos en los cuales la jurisprudencia ha afrontado este delicado reto.

268 Tribunal Constitucional de España, sentencia N° 88/1985, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/468>

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO LABORAL

SUMARIO: I. El proceso laboral en América Latina: viejas realidades y nuevas tendencias II. El proceso laboral en las constituciones latinoamericanas. III. **Unidad del Derecho Procesal y la autonomía del procedimiento laboral.** IV. Garantías procesales constitucionales: IV.1. El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. IV.2 El derecho a la defensa IV.3 El debido proceso IV.4. El amparo o tutela de los derechos constitucionales. V. Conclusiones

I. El proceso laboral en América Latina: viejas realidades y nuevas tendencias.

169. Aún no totalmente consolidado el proceso histórico de formación del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma tutelar de los trabajadores, se advirtió que las normas sustantivas que la integran carecerían de la eficacia requerida para cumplir con la función social que les anima, sino se creaban organismos administrativos de inspección, así como también órganos jurisdiccionales y procedimientos adecuados que facilitaren su cumplimiento. Fue así que en las primeras décadas del siglo XX, los países que desde años atrás habían venido adoptando normas sustantivas laborales dentro de esa nueva concepción,

promulgaron igualmente leyes adjetivas que facilitarían la acción de los interesados en darle cumplimiento a aquellas.

Tal como se refirió, en el en el capítulo V, punto VI.1 de esta obra, en América Latina La Ley del Trabajo mexicana y el Código del Trabajo chileno, ambas de 1931, que inspiraron el proceso de codificación del Derecho del Trabajo en la región, incorporaron en su texto, al lado de las normas sustantivas, aquellas relacionadas con la organización de la jurisdicción laboral y los procedimientos que en la misma deberían seguirse. Esta iniciativa fue seguida por muchas de las posteriores codificaciones laborales latinoamericanas, que incluían en un solo texto las normas sustantivas y adjetivas del trabajo. Otros países, prefirieron adoptar legislaciones procesales del trabajo independientes. Como anteriormente se señaló, en ambos casos el proceso laboral se orientaba a simplificar los procedimientos del proceso civil, que siguió siendo fuente inspiradora y, casi siempre, norma supletoria del nuevo proceso.

Los resultados de esta “primera generación” de reformas procesales del trabajo no fueron en general satisfactorios. En general el peso de la tradición del proceso escrito fue más fuerte que la intención de acelerar los juicios. El proceso laboral tradicional siguió siendo un sistema ineficiente de administración de justicia. Al exagerado formalismo y a la no infrecuente falta de idoneidad de los jueces y del personal auxiliar, se une la desesperante tardanza en dictar decisiones La abreviación de los términos procesales, obligatoria para las partes, pero en la práctica, opcional para el Juez, produjo un proceso laboral concebido para que el abogado corra y el juez descanse; para que el trabajador sufra de la angustia de la inefable demora judicial y el empleador, cuando pierde, asuma los excesivos costos de la justicia retardada.

El proceso siguió siendo escrito o falsamente oral. En ese esquema, en el cual no hay ninguna intermediación, el juez es, un

espectador lejano, encerrado en el mundo artificioso del expediente. En la mayoría de los casos el juez sólo viene a involucrarse efectivamente en el juicio cuando le toca el turno de la decisión. Se trata de una especie de ruleta rusa, en cuya resolución final la justicia no suele ser el factor preponderante.

La reacción frente a esta situación, impulsada tanto desde el foro y la academia como desde el mundo sindical y empresarial, determinó una corriente de reformas procesales laborales que se han producido en varios países latinoamericanos desde inicios del siglo XXI. Así, se produjeron reforma procesales laborales en Venezuela, 2002, Ecuador, 2003, Chile 2005, Colombia 2007, Uruguay 2009, Perú, 2010 y Costa Rica Y Nicaragua en 2012. El Salvador, Honduras y Guatemala están tramitando proyectos de reforma.

Como bien señala Adolfo Ciudad Reynaud:

*“no se trata de fenómenos aislados sino de una tendencia generalizada a nivel regional hacia un nuevo sistema procesal del trabajo que aspira a la celeridad de los procesos a través de los principios de oralidad, concentración, inmediación y economía procesal, entre otros. No se trata sólo de un cambio normativo sino del cambio de un sistema de juicio escrito, desconcentrado y carente de principios formativos concordantes con el derecho”*²⁶⁹

Haciendo un resumen muy esquemático de las características del nuevo proceso laboral latinoamericano que viene emergiendo durante el presente siglo, puede decirse que el mismo es efectivamente oral, aun cuando no descarta que algunos

269 Adolfo CIUDAD REYNAUD, Nuevos sistemas procesales del trabajo en América Latina, Relatoría principal presentada en el “Taller sobre Derecho Procesal del Trabajo”, en el marco del XX Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Santiago de Chile, del 25 al 28 de setiembre de 2012.

actos esenciales como demanda, contestación y sentencia, sean asentados por escrito; es concentrado y por audiencias, por cuanto trata de que las distintas fases del proceso se produzcan en el menor número de actos procesales únicos, generalmente audiencias que se realizan con la participación de las partes y del Juez; se realiza con la presencia inmediata y protagónica del juez, quien corrige por sí mismo los defectos de forma de la demanda a través del despacho saneador, debe estar personalmente en las audiencias y dirigirlas y debe dictar su decisión al final de la audiencia que ha presenciado y dirigido. Las nuevas tendencias atribuyen al juez laboral poderes más amplios que aquellos característicos del juez tradicional, de quien se decía, con expresión poco feliz, pero que no distaba de ser real, que era un juez “mercenario”, porque solo actuaba a instancia de parte. Domingo Gil describe esos nuevos y los clasifica en tres grandes áreas: a) Poder para dictar medidas de oficio b) Poder para suplir de oficio los medios de derecho y c) Poder para fallar *ultra petita* y *extra petita*²⁷⁰

Este proceso, así concebido, promueve una justicia laboral especialmente pronta, que evita el retardo procesal que favorece el abandono de sus derechos por parte del trabajador. La economía procesal rige el desarrollo de este nuevo proceso y es requisito necesario para obtener la celeridad, supone el cumplimiento de los lapsos, la prohibición de reposiciones inútiles y nulidades por defectos de forma y, fundamentalmente, una sentencia dictada y ejecutada oportunamente

En general el balance de las reformas puede considerarse positivo, sino totalmente satisfactorio, pues no siempre las

270 Una descripción detallada de los amplios poderes del juez laboral, referida a República Dominicana, pero que en general responde a las nuevas tendencias procesales laborales de América Latina, puede verse en el artículo de Domingo Gil, citado en la nota 1

condiciones para su implantación son las más adecuadas, presentándose problemas de dotación presupuestaria, formación técnica, estabilidad e independencia de los jueces, difícil acceso a recursos tecnológicos, etc. Por otra parte, siguen pesando sobre los jueces y las partes las reminiscencias del viejo proceso escrito, que muchas veces obstaculizan los objetivos que se pretenden con el nuevo proceso oral.

II. El proceso laboral en las constituciones latinoamericanas.

170. El proceso laboral no ha sido ajeno al constitucionalismo latinoamericano. En el tratamiento constitucional del tema podemos observar tres tendencias. Algunas constituciones no hacen mención específica del proceso laboral (Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Nicaragua, México, Perú, República Dominicana y Uruguay). Otras se limitan a establecer que las controversias o conflictos jurídicos derivados de las relaciones de trabajo serán tramitadas y decididas por una jurisdicción laboral especializada. (Bolivia, 2009, Art. 50; Costa Rica, 1949 con última reforma de 2003, Art. 70; Guatemala 1993, Art. 103; Honduras, 1983, Art. 134; Panamá, 1972, artículo 77)²⁷¹. En fin, un tercer grupo de textos constitucionales enuncian una o varias de las características que debe tener el proceso laboral. Esta orientación la encontramos en las constituciones de Colombia, 1991, con reforma de 2005, cuyo artículo 48 dice: *“La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos*

271 En el apéndice del presente capítulo se copian los textos de artículos constituciones latinoamericanas que tienen que ver con el tema en examen.

establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados”, la de El Salvador (1996) cuyo artículo 49 establece que *“Los procedimientos en materia laboral serán regulados de tal forma que permitan la rápida solución de los conflictos”*, agregando que *“El Estado tiene la obligación de promover la conciliación y el arbitraje, de manera que constituyan medios efectivos para la solución pacífica de los conflictos de trabajo económicos o de intereses”* y en la de Paraguay, 1992, cuyo artículo 256 establece que *“El proceso laboral será total y estará basado en los principios de inmediatez, economía y concentración.”* Mención especial merece la Constitución venezolana de 1999, Disposición Transitoria Cuarta, que dice:

“Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará:

1. Una ley orgánica procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso.”

Con algún retardo, este mandato fue cumplido por la Asamblea Nacional que en 2004 aprobó una Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sobre la base de un proyecto preparado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Sobre la base de esta Ley, que fue la que inauguró la reciente tendencia a las reformas procesales del trabajo en América Latina, y con un fuerte apoyo de dicha Sala, se desarrolló en Venezuela, al menos durante los primeros años de su vigencia, un proceso laboral que superó de manera muy relevante muchas de las fallas del viejo proceso.

III. Unidad del Derecho Procesal y la autonomía del procedimiento laboral.

171. Un tema que ha sido recientemente objeto de un vivo debate en el mundo académico laboral es el relativo a la unidad del Derecho Procesal y la autonomía del procedimiento laboral, al cual se hizo referencia en el Capítulo V, punto VI.1 de esta obra. Una exposición de las posiciones contradictorias sobre el tema puede apreciarse en la mesa redonda sobre el derecho laboral procesal en Iberoamérica, realizada en el marco del Seminario El Derecho Laboral en Iberoamérica, llevado a cabo en Montevideo en diciembre de 2010 y cuyos resúmenes se encuentran publicados en el Anuario 2012 de La Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo.²⁷² En esa reunión Oscar Ermida Uriarte sostuvo:

“La particular autonomía que caracteriza al Derecho sustantivo al que sirve, es lo que determina la necesariamente fuerte autonomía del proceso laboral respecto del proceso civil. Esta no puede ser inferior al grado de independencia que el Derecho del trabajo ha alcanzado respecto del Derecho civil.” Para agregar: “A partir de estos presupuestos - la instrumentalidad o adjetividad del proceso, que determina su pertenencia al Derecho laboral y su necesaria autonomía respecto del procesal-, pueden construirse los principios básicos de ese instrumento que es el proceso del trabajo”.

En función de esta óptica Ermida Uriarte propone que la disciplina que regula el proceso laboral, constituya un capítulo propio del Derecho del Trabajo y se denomine Derecho del Trabajo Procesal y no, como suele hacerse, Derecho Procesal del Trabajo.

272 Mesa Redonda sobre El Derecho Laboral Procesal en Iberoamérica en Anuario 2012, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Barquisimeto, Febrero 2013, pp.103-173.

Por mi parte sostuve:

“El Derecho es un sistema de normas integrado y no es un sistema compuesto por compartimientos estancos. Con base en lo anterior, es posible afirmar que existe un solo derecho procesal destinado a garantizar la vigencia efectiva del sistema jurídico sustantivo y que regula una de las funciones fundamentales del Estado: la jurisdiccional. Esta afirmación no va en desmedro de que el Derecho Procesal contemple normas especializadas para la actuación de las diversas ramas del derecho material.”

Cité la opinión del procesalista colombiano Devis Echandía quien afirma:

“El derecho procesal es uno solo, puesto que regula en general la función jurisdiccional del Estado y sus principios fundamentales son comunes a todas sus ramas. Sin embargo, de acuerdo con la naturaleza de las normas en conflicto o cuya aplicación se solicita, puede dividirse en derecho procesal civil, penal, contencioso-administrativo, del trabajo, coactivo o fiscal (...) La evolución del derecho en general conduce lógicamente hacia su especialización y diversificación a medida que se complican y se transforman los fenómenos sociales, de todo orden que debe regular. Esto opera con mayor razón en el derecho procesal. Pero su unidad exige que se estudien en conjunto y con un criterio común sus principios generales, y esta es la razón del curso de la teoría general del proceso”²⁷³.

Concibiendo así la unidad del proceso, la misma no constituye una merma a la especificidad del Derecho del Trabajo (o a su autonomía) ni a la del proceso laboral; tampoco un intento de mantenerlo encadenado al derecho común, sino que se funda en la necesidad de darle un mayor rigor científico e integridad, de tal manera que, atendiendo a sus particulares necesidades,

273 Hernando DEVIS ECHANDÍA. “Compendio de Derecho Procesal Civil. ABC Bogotá 1.985. T.I, p.7.

pueda nutrirse de los aportes de la Teoría General del Proceso, lo que le permitirá emplear –con las modalidades que surgen de la aplicación de los postulados propios del Derecho del Trabajo- la normativa general elaborada con base en la misma, así como la jurisprudencia construida a partir de sus principios.

En este orden de ideas se puede señalar que las garantías procesales establecidas por los textos constitucionales, son totalmente aplicables al proceso laboral, de manera que, así como en el orden sustantivo se habla de derechos laborales inespecíficos para referirse a derechos que le corresponden al trabajador como ciudadano y que no se derivan específicamente de su relación de trabajo sino de una consagración general en la constitución o en la ley, de igual manera existen garantías procesales que no son específicas del proceso laboral, pero que se aplican al mismo por ser propias de todo proceso en un Estado de Derecho. Del examen de tales garantías en las constituciones de la región, puede concluirse que las principales son las siguientes:

IV. Garantías procesales constitucionales.

IV.1. El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

172. El derecho de acceder a la justicia y de que ésta preste al justiciable una tutela efectiva de sus derechos está consagrado por las constituciones de muchos países. En América Latina podemos citar los textos constitucionales de Bolivia (Art. 115 I), Colombia (Art. 87), Cuba (Art. 92); Ecuador (Arts. 75 y 86), Guatemala (Art. 29), Honduras, (Art. 82), México (Art. 17), Panamá (Art. 217), Perú (Art. 139 Núm. 16), República Dominicana (Art. 69) y Venezuela (Art. 26).

El artículo 26 de la constitución venezolana define muy claramente ambas garantías:

“Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

La aplicación de estas garantías tiene gran importancia en el ámbito laboral, dado que, en la generalidad de los casos, el trabajador se encuentra en desventaja frente al empleador en cuanto a sus posibilidades de costear un juicio y de asumir sus riesgos. Por ello en esta materia estas garantías suelen comportar no solo el carácter gratuito de la administración de justicia, sino también la existencia de abogados públicos gratuitos para asistir a los trabajadores. El carácter efectivo de la tutela jurisdiccional laboral debe expresarse mediante un proceso simplificado y breve, que permita una sentencia oportuna. En ese sentido se han venido orientando las recientes reformas procesales laborales en la región.

IV.2. El derecho a la defensa.

173. El derecho a la defensa es piedra angular de todo proceso justo. El fin último de la justicia y la seguridad jurídica no se logra si las partes en el proceso, tanto empleador como el trabajador cuando nos referimos al ámbito laboral, no tienen la oportunidad de ejercer plenamente su defensa. Por ello esta garantía suele tener consagración en los textos constitucionales, siendo de advertir que algunas constituciones parecerían dirigirse únicamente al ámbito penal, no obstante lo cual han

sido aplicados más allá del mismo. En América Latina podemos citar las constituciones de Argentina (Art. 18); Brasil (Art. 5 XXXVIII A) y Art. 115 I); Bolivia (Art. 115 II); Chile (Art. 19); Ecuador (Arts. 75 y 86); Guatemala (Art. 12); Haití (Art. 24.3); Honduras, (Art. 82); Nicaragua (Art. 34.4); Panamá (Art. 22); Paraguay (Art. 17.5); Perú (Arts. 2 y 131.14); República Dominicana (Art. 69) y Venezuela (Art. 49).

De los anteriormente referidos textos constitucionales el que hace un más amplio desarrollo del contenido y alcances del derecho a la defensa es el artículo 75 de la Constitución del Ecuador que dice:

‘Art. 75: (...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá

restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

IV.3. El debido proceso.

174. Una de las principales protecciones que el Estado de Derecho otorga al ciudadano contra las posibles arbitrariedades del poder público es el debido proceso. Arturo Hoyos lo define como:

“una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso- legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas- oportunidad razonable de ser oídas por

*un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y de las manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de manera que las partes puedan defender efectivamente sus derechos.*²⁷⁴

En relación con el debido proceso Domingo Gil afirma:

*“El debido proceso es, pues, el reconocimiento de un derecho fundamental a la acción procesal y a un proceso de garantías. Por eso ha de concluirse, en este sentido, que este proceso tiene un doble componente: en un primer momento, **el derecho al proceso**, es decir, el derecho de acceso a un proceso, a ser oído para reclamar o defender un derecho o situación jurídica o la determinación de una obligación, y, en un segundo momento, ya en ocasión del proceso, el derecho al respeto de una serie de derechos esenciales que tienen por propósito fundamental la preservación del derecho de igualdad procesal de las partes y del derecho de defensa, así como la efectividad del proceso mismo con relación a lo que constituye su razón de ser, un instrumento para el reconocimiento de los derechos sustantivos, para hacerlos efectivos cuando su ejercicio presente dificultades. Estos últimos podrían ser llamados los derechos en el proceso.*²⁷⁵

Las constituciones de Colombia (artículo 29) y República Dominicana (Art. 69) sintetizan el contenido del debido proceso en términos casi idénticos: nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Este principio fundamental

274 Arturo HOYOS, *El debido proceso: una introducción doctrinal, jurisprudencial y de derecho comparado*, Cultural Portobelo, Panamá, 2009.

275 Domingo GIL, *ob. cit.*, en la nota 40, p. 17.

del proceso en un Estado democrático está consagrado por las constituciones de Bolivia (Art.115 IV); Brasil (Art. 5 LIV.); Colombia (Art.29); Cuba (Art. 92); Ecuador (Art. 76); Guatemala (Art. 12); Haití (Art. 24.1); Panamá (Art. 32); Perú (Art. 139.3); República Dominicana (Art. 69) y Venezuela (Art. 49).

Las consecuencias del debido proceso son explicitadas por las constituciones de Cuba y Venezuela:

El artículo 94 de la constitución cubana dice:

“Artículo 94: Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes:

a) disfrutar de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte;

b) recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos en todos los procesos en que interviene;

c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido;

d) acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, en los casos que corresponda;

e) no ser privada de sus derechos sino por resolución fundada de autoridad competente o sentencia firme de tribunal;

f) interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan;

g) tener un proceso sin dilaciones indebidas; y

h) Obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba.”

El artículo 49 de la constitución venezolana dice:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. *La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.*

2. *Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.*

3. *Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.*

4. *Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.*

5. *Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.*

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. *Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.*

7. *Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.*

8. *Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de*

la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.”

IV.4. El amparo o tutela de los derechos constitucionales.

175. Hemos señalado que una de las consecuencias importantes de la constitucionalización del Derecho del Trabajo es que, en aquellos países en los cuales funciona un especial sistema de protección de los derechos constitucionales, integrado tanto por la jurisdicción constitucional propiamente dicha como por tribunales de variada competencia por la materia que en determinadas circunstancias actúan como jueces constitucionales, los derechos laborales consagrados constitucionalmente pasan a estar protegidos por ese especial sistema.

Dentro del sistema especializado de protección de las garantías constitucionales la acción de amparo tiene especial importancia.

En América Latina varias constituciones consagran la acción de amparo, la cual en Colombia se denomina tutela, en Chile y en Ecuador protección y en Brasil mandado de segurança. En el Capítulo III de esta obra se hace referencia específica a este tema.

V. Conclusiones

Primera: El desarrollo del Derecho del Trabajo en muchos países determinó la incorporación de sus principios fundamentales a las constituciones de los Estados, lo cual les da valor de garantías fundamentales que éstos establecen para sus ciudadanos. Esta situación es especialmente relevante en América Latina.

Segunda: En América Latina el tema procesal laboral ha tomado especial importancia como consecuencia de la reacción frente un proceso laboral lleno de vicios y deficiencias. Así, una nueva una corriente de reformas procesales laborales que se han producido en

varios países latinoamericanos desde inicios del siglo XXI ha venido impulsando el cambio de un sistema de juicio escrito, desconcentrado y carente de principios formativos concordantes con el Derecho del Trabajo, por un nuevo proceso laboral predominantemente oral, concentrado y por audiencias, con la presencia inmediata y protagónica del juez, quien debe estar personalmente en las audiencias y dirigirlas, pudiendo actuar de oficio sin necesidad de requerimiento de las partes y que debe dictar su decisión al final de la audiencia que ha presenciado y dirigido.

Tercera: La unidad del proceso, no descarta la existencia de procesos especiales y por tanto no constituye una merma a la especificidad del Derecho del Trabajo (o a su autonomía) ni a la del proceso laboral, sino que se funda en la necesidad de darle un mayor rigor científico e integridad, de tal manera que, atendiendo a sus particulares necesidades, pueda nutrirse de los aportes de la Teoría General del Proceso. Ello favorece que las garantías procesales establecidas por los textos constitucionales sean totalmente aplicables al proceso laboral. Así como en el orden sustantivo se habla de derechos laborales inespecíficos para referirse a derechos que le corresponden al trabajador como ciudadano y que no se derivan específicamente de su relación de trabajo sino de una consagración general en la constitución o en la ley, de igual manera existen garantías procesales que no son específicas del proceso laboral, pero que se aplican al mismo por ser propias de todo proceso en un Estado de Derecho.

Cuarta: Del examen de las constituciones de la región, puede concluirse que las principales garantías que contribuyen al logro de los objetivos de la justicia laboral son las siguientes:

- a) El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.
- b) El derecho a la defensa.
- c) El debido proceso.
- d) El amparo o tutela de los derechos constitucionales.

APÉNDICE DEL CAPÍTULO VII TEXTOS CONSTITUCIONALES

I

NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE PROCESO LABORAL

BOLIVIA

“Artículo 50.- El Estado, mediante tribunales y organismos administrativos especializados, resolverá todos los conflictos emergentes de las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, incluidos los de la seguridad industrial y los de la seguridad social.”

COLOMBIA

“Artículo 48.-La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados. (Texto vigente a consecuencia del artículo 1 del Acto Legislativo No. 1 de 2005)”

COSTA RICA

“Artículo 70.- Se establecerá una jurisdicción de trabajo, dependiente del Poder Judicial.”

EL SALVADOR

“Artículo 49. Se establece la jurisdicción especial de trabajo. Los procedimientos en materia laboral serán regulados de tal forma que permitan la rápida solución de los conflictos. El Estado tiene la obligación de promover la conciliación y el arbitraje, de manera que constituyan medios efectivos para la solución pacífica de los conflictos de trabajo. Podrán establecerse juntas administrativas especiales de conciliación y arbitraje, para la solución de conflictos colectivos de carácter económico o de intereses.”

GUATEMALA

“Artículo 103.- Todos los conflictos relativos al trabajo están sometidos a jurisdicción privativa. La ley establecerá las normas correspondientes a esa jurisdicción y los órganos encargados de ponerlas en práctica.”

HONDURAS

“Artículo 134.- Quedan sometidas a la jurisdicción del trabajo, todas las controversias jurídicas que se originen en las relaciones entre patronos y trabajadores. La ley establecerá las normas correspondientes a dicha jurisdicción y a los organismos, que hayan de ponerlas en práctica.”

PANAMÁ

“Artículo 77.- Todas las controversias que originen las relaciones entre el capital y el trabajo, quedan sometidas a la jurisdicción del trabajo, que se ejercerá de conformidad con lo dispuesto por la Ley.”

PARAGUAY

“Artículo 256 - DE LA FORMA DE LOS JUICIOS

Los juicios podrán ser orales y públicos, en la forma y en la medida que la ley determine.

Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre.

El proceso laboral será total y estará basado en los principios de inmediatez, economía y concentración.”

VENEZUELA

“Disposición Transitoria Cuarta: “Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará:

2. Una ley orgánica procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del

Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso.”

II

GARANTÍAS PROCESALES

a) El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

BOLIVIA

“Artículo 115°. I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.”

COLOMBIA

“Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.”

CUBA

“Artículo 92. El Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento y su irrespeto deriva responsabilidad para quien las incumpla.”

ECUADOR

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de intermediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se registrarán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.”

GUATEMALA

“Artículo 29.- Libre acceso a tribunales y dependencias del Estado. Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley.

Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia.

No se califica como tal, el solo hecho de que el fallo sea contrario a sus intereses y en todo caso, deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes guatemaltecas.”

HONDURAS

“Artículo 82.- Los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalan las leyes.”

MÉXICO

“Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”

PANAMÁ

“Artículo 217.- La Ley arbitrará los medios para prestar asesoramiento y defensa jurídica a quienes por su situación económica no

puedan procurárselos por sí mismos, tanto a través de los organismos oficiales, creados al efecto, como por intermedio de las asociaciones profesionales de abogados reconocidas por el Estado.”

PERÚ

“Artículo 139. *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.”

REPÚBLICA DOMINICANA

“Artículo 69.- *Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:*

- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita;*
- 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley;*
- 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;*
- 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa;*
- 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;*
- 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;*
- 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;*
- 8) Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;*

9) *Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia;*

10) *Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.”*

VENEZUELA

“Artículo 26.- Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”

b) El derecho a la defensa

ARGENTINA

“Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos

más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”

BRASIL

“Artículo 5 XXXVIII A) y 115, 1):

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

BOLÍVIA

“Artículo 115

I. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.”

CHILE

“Artículo 19.- *La Constitución asegura a todas las personas:*

1º.- Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.”

ECUADOR

“Art. 75.7.-

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) *Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.*

k) *Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.*

l) *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*

m) *Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”*

GUATEMALA

“Artículo 12.- Derecho de defensa. *La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.*

Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.”

HAITÍ

“Artículo 24. *Para que el mandato de arresto o detención sea ejecutado es necesario:*

3. Que se notifique al detenido de su derecho de ser asistido por un abogado en todas las fases de la instrucción de caso hasta la decisión definitiva.”

HONDURAS

“Artículo 82.- *El derecho de defensa es inviolable.*

I. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.”

NICARAGUA

“Artículo 34.- Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

- 1. A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*
- 2. A ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.*
- 3. A ser sometido al juicio por jurados en los casos determinados por la ley. Se establece el recurso de revisión.*
- 4. A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.*
- 5. A que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto. El procesado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor.*
- 6. A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.*
- 7. A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable.*
- 8. A que se le dicte sentencia dentro de los términos legales en cada una de las instancias del proceso. A recurrir ante un tribunal superior a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito.*
- 9. A no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme.*

10. A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes.

El proceso penal deberá ser público. El acceso de la prensa y el público en general podrá ser limitado por consideraciones de moral y orden público.

El ofendido será tenido como parte en los juicios, desde el inicio de los mismos y en todas las instancias.

Artículo reformado por Ley N° 192 de 1995.

PANAMÁ

“Artículo 22. *Toda persona detenida debe ser informada inmediatamente y en forma que le sea comprensible, de las razones de su detención y de sus derechos constitucionales y legales correspondientes.*

Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa. Quien sea detenido tendrá derecho, desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales.

La Ley reglamentará esta materia.”

PARAGUAY

“Artículo 17 - De Los Derechos Procesales

En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

5. que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;

6. que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo;”

PERÚ

“Artículo 2

Toda persona tiene derecho:

A la legítima defensa.

Artículo 131. -Principios

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Artículo 139º *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.”

REPÚBLICA DOMINICANA

“Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso. *Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:*

- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita;*
- 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley;*
- 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;*
- 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa;*

- 5) *Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;*
- 6) *Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;*
- 7) *Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;*
- 8) *Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;*
- 9) *Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia;*
- 10) *Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.”*

VENEZUELA

“Artículo 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso.

1. *Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.*
2. *Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.*
3. *Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.*
4. *Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.”*

c) El debido proceso

BOLIVIA

“Artículo 115

I. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.”

BRASIL

“Artículo 5.-

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

COLOMBIA

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

CUBA

“ARTÍCULO 94. Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial

como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes:

- a) disfrutar de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte;
- b) recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos en todos los procesos en que interviene;
- c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido;
- d) acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, en los casos que corresponda;
- e) no ser privada de sus derechos sino por resolución fundada de autoridad competente o sentencia firme de tribunal;
- f) interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan;
- g) tener un proceso sin dilaciones indebidas; y
- h) obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba.”

ECUADOR

“Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. *Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*

5. *En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*

6. *La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*

7. *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*

a) *Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*

b) *Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*

c) *Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*

d) *Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.*

e) *Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.*

f) *Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.*

g) *En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.*

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

GUATEMALA

“ARTICULO 12.- Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.”

HAITÍ

“Artículo 24: 1. nadie puede ser perseguido, arrestado detenido sino en los casos determinados por la Ley y según las formas que ella prescribe”.

PANAMÁ

“Artículo 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.”

PERÚ

“Artículo 139 Principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

6. *La pluralidad de la instancia.*
7. *La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.*
8. *El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.*
9. *El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.*
10. *El principio de no ser penado sin proceso judicial.*
11. *La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.*
12. *El principio de no ser condenado en ausencia.*
13. *La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.*
14. *El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.*
15. *El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.*
16. *El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.*
17. *La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley.*
18. *La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida.*
19. *La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los*

órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad.

20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

21. El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.”

REPÚBLICA DOMINICANA

“Artículo 69.- *Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:*

- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita;*
- 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley;*
- 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;*
- 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa;*
- 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;*
- 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;*
- 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;*

- 8) *Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;*
- 9) *Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia;*
- 10) *Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.”*

VENEZUELA

“Artículo 49. *El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:*

1. *La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.*
2. *Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.*
3. *Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.*
4. *Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.*
5. *Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente*

dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.”

EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES Y CORTES CONSTITUCIONALES

SUMARIO: I. Justicia constitucional, supremacía de la Constitución y control de la constitucionalidad. II. Sistemas de justicia constitucional. III. Justicia constitucional y justicia ordinaria. IV. Justicia constitucional y separación de poderes públicos. V. Límites de la justicia constitucional. VI. Tipología de las sentencias de tribunales y cortes constitucionales. Especial referencia a las sentencias manipulativas. VII. Efectos de las sentencias constitucionales. VIII. Controversias de los tribunales y cortes constitucionales con otros poderes públicos. IX. La jurisdicción constitucional autoritaria. IX. Conclusiones.

I. Justicia constitucional, supremacía de la Constitución y control de la constitucionalidad.

176. La existencia de una justicia constitucional está estrechamente vinculada a la idea de la supremacía de la Constitución y al Estado Social de Derecho que proclaman las nuevas constituciones. El concepto de supremacía de la constitución, generado originariamente por el pensamiento constitucional que presidió la independencia de los Estados Unidos de América, fue

acogido durante el Siglo XIX por la generalidad de las nacientes repúblicas latinoamericanas y, posteriormente, por la mayoría de los países europeos. Como se indicó en el Capítulo II de esta obra, esta idea es expresamente establecida en las constituciones de Ecuador (Art. 424), Bolivia (Art. 410), Venezuela (Art. 25) y República Dominicana (Art. 74).

De acuerdo con esta concepción, la Constitución es la norma suprema de la sociedad, rige por encima de cualquier otra disposición jurídica, sea de naturaleza pública o privada. En este sentido Alexander Hamilton, uno de los padres del constitucionalismo estadounidense afirmó en 1788:

*“Una Constitución es de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Si se produce una situación irreconciliable entre la Constitución y la ley, por supuesto la Constitución debe prevalecer por sobre las leyes. Por consiguiente, ningún acto contrario a la Constitución puede ser válido.”*²⁷⁶

Conforme a las más modernas tendencias la Constitución desplaza a la Ley como centro fundamental del ordenamiento jurídico de las sociedades, de modo que las constituciones no se limitan ya a establecer la estructura del Estado y los derechos primarios de los ciudadanos (derechos humanos de primera generación), sino que establecen de una manera más amplia y concreta un programa de vida de la sociedad. En palabras de Antoine Jeammaud “La Constitución *“ha dejado de ser solamente la carta de organización de los poderes públicos para convertirse también en la carta de la sociedad misma, rigiendo, a este título, las relaciones de trabajo”*²⁷⁷

276 Alexander HAMILTON, citado por Juan COLOMBO CAMPBELL, La Justicia Constitucional, en Revista de Derecho, Vol. XIV, Julio 2003, Valdivia, Chile, p. 260

277 Antoine JEAMMAUD, ob. cit, en nota 11.

Y es que el constitucionalismo moderno, especialmente a partir de la segunda mitad del Siglo XX, no se contenta con incorporar en los textos constitucionales principios generales o de carácter abstracto, sino que contiene normas directamente aplicables no sólo al Estado, sino a todos los ciudadanos, quienes pueden accionar judicialmente para obtener el cumplimiento de la Constitución. En una conocida sentencia (caso *Trop vs. Dulles*, 356 US 86 (1958), la Corte Suprema de los Estados Unidos dijo:

“Las disposiciones de la Constitución no son adagios trillados ni contraséñas vacías. Son principios vitales y vivos que autorizan y limitan los poderes gubernamentales de nuestra Nación. Son normas de Gobierno. Cuando se cuestiona ante este Tribunal la constitucionalidad de una ley del Congreso, debemos aplicar dichas normas. De lo contrario, los términos de la Constitución se convertirían en poco más que buenas intenciones”.

Llevada a un extremo la doctrina de la supremacía de la constitución puede comportar una reducción del papel de la Ley como fuente de derecho. En este sentido Jeammaud y Lyon-Caen apuntan:

“En rigor, un requisito de conformidad con estas normas supremas” (se refieren a las normas constitucionales) “sería que las disposiciones de una ley no harían sino reproducir o desarrollar el contenido de las normas constitucionales lo que privaría al ordenamiento jurídico de ese “dinamismo” que acertadamente subrayó Kelsen.”²⁷⁸

177. Es de señalar que la supremacía de la constitución y su eficacia como norma fundamental de una sociedad, no llegan a ser realidades sin la existencia de una justicia constitucional

278 Antoine JEAMMEAUD y Antoine LYON-CAEN, ob. cit. en nota 57.p.707. Traducción del autor.

eficiente. En este sentido Milton Ray Guevara, Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, dice:

*“Ahora bien, invocar a gritos la dignidad humana y el respeto a los derechos de las personas, carece de eficacia ante la ausencia de una verdadera estructura jurisdiccional que garantice los postulados que sustentan este modelo de Estado. En este contexto, la justicia constitucional ha sido, es y seguirá siendo determinante en el proceso de consolidación del Estado Constitucional, del cual forma parte el Estado social de derecho, siendo este una prórroga congenial, como diría Peter Haberle, del tradicional Estado de Derecho. De las ideas expresadas anteriormente, llegamos a la conclusión de que así como no hay primavera sin flores, no hay democracia sin justicia constitucional, la máxima expresión de la misma son las Cortes, Tribunales o Salas Constitucionales”*²⁷⁹

La garantía de la supremacía de la Constitución, que es una premisa para el buen funcionamiento de la sociedad, requiere que en todo Estado de Derecho exista un sistema eficiente de control de constitucionalidad que tenga la competencia para constatar que no sólo la legislación, sino también todas las actuaciones de los poderes públicos sean conformes a la Constitución. Ese sistema debe tener competencia para anular o desaplicar, según los casos, aquellas normas y actos del poder público que sean violatorios del texto constitucional. Consecuencia de la supremacía de la Constitución y de la necesidad de establecer un control eficiente de la constitucionalidad fue la creación de la justicia constitucional. Marina Gascón dice:

“El Estado constitucional de Derecho incorpora junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad. Por lo demás, la

279 Milton RAY GUEVARA., “Rol del Tribunal Constitucional en un Estado social y democrático de derecho”, conferencia dictada en Universidad APEC, Santo Domingo, 2016, <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/>

*supremacía jurídica de la Constitución, no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que sólo existe en aquellos sistemas donde venga efectivamente realizada, lo que suele suceder cuando se reconoce la rigidez de la Constitución, o sea cuando se establece un sistema de revisión constitucional especialmente reforzado en todo caso más complejo que la tramitación legislativa ordinaria y (sobre todo) cuando se establece un sistema de control de la constitucionalidad de la ley y otros actos del poder. Puede decirse por ello que, en la caracterización tradicional del constitucionalismo, supremacía de la Constitución y justicia constitucional son dos conceptos inextricablemente unidos*²⁸⁰

Con similar orientación Ray Guevara afirma:

*“Existe, una especial simbiosis entre justicia constitucional y Estado social y democrático de derecho, toda vez que la jurisdicción constitucional, a través de sus decisiones, contribuye a concretizar las exigencias de este modelo de Estado, surgidas como necesidad integrada a los procesos de democratización económica y social.”*²⁸¹

II. Sistemas de justicia constitucional.

178. Los sistemas de control de la constitucionalidad no son iguales en los diferentes países. La clasificación más usual de tales sistemas y, consecuentemente, de la justicia constitucional a la cual corresponde su ejercicio, atiende al tipo de órgano público al cual en cada sistema jurídico nacional se atribuye tal función. Generalmente se distingue, como se explicó

280 Marina GASCÓN ABELLÁN Los límites de la justicia constitucional: la invasión del ámbito político, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fax-Zamudio*, UNAM, IMDPC, Marcial Ponds, México 2008, p.2.

281 Milton RAY GUEVRA, ob. cit. en la nota 278

en el Capítulo I de esta obra, entre dos formas paradigmáticas de control de constitucionalidad: el concentrado y el difuso. Al lado de esos dos sistemas existe un tercero, que combina ambos.

El sistema difuso es originario de los Estados Unidos. Desde muy temprano, allí se atribuyó a todos los tribunales de la Unión la función de controlar la vigencia de la Constitución. Posteriormente otros países adoptaron este sistema. Así, entre otros, en Argentina, Australia, Bolivia, Canadá, Colombia, Dinamarca, Grecia, India, Japón, Noruega y Suecia. En este sistema, como se ha dicho, todo el poder judicial participa del control de la constitucionalidad, pues todo juez tiene competencia para constatar si una determinada norma o acto es o no conforme con la Constitución. Sus decisiones no tienen efectos “erga omnes”, sino exclusivamente para el caso que está bajo su consideración, lo cual constituye la principal diferencia con los sistemas de control concentrado.

Por el contrario, en los sistemas donde rige el denominado “control concentrado de la constitucionalidad”, éste corresponde a un alto órgano público, que puede ser un Tribunal Constitucional u otro órgano creado especialmente para el ejercicio de esta función y que no está integrado al sistema de la justicia ordinaria (éste es el caso de Guatemala, Perú, Ecuador Chile , España) o la Corte o Tribunal Supremo de Justicia, es decir el máximo órgano del poder judicial(éste es el caso de Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Honduras). En ambos casos a estos altos órganos corresponde la competencia de verificar si los actos sometidos a su consideración están conformes o no con la Constitución y, de no estarlo, declarar su nulidad con efectos “erga omnes”.

La tercera modalidad o mixta, ya explicada en el Capítulo I, supone que, por una parte, todos los tribunales tiene la competencia de ejercer el control difuso de la constitucionalidad, pudiendo en el caso concreto sometido a su conocimiento y sin

efectos “erga omnes”, desaplicar una norma por considerarla contraria la Constitución y, por la otra, existe un órgano único, Tribunal constitucional o Corte o Tribunal Supremo, según los casos, con la competencia de ejercer el control concentrado de la Constitución y declarar, erga omnes, la nulidad por inconstitucionalidad de una norma o acto sometido a su conocimiento. Este es el sistema vigente en Brasil, Colombia, Guatemala, Nicaragua, México, República Dominicana y Venezuela.

179. Otra distinción que puede hacerse entre los sistemas de justicia constitucional tiene que ver con el momento en que se ejerce el control constitucional.

En algunos sistemas el control de la constitucionalidad de una ley debe hacerse antes de la vigencia de la misma. Este es el sistema previsto por la Constitución francesa de 1958 y que tuvo vigencia exclusiva en ese país hasta que a finales de la primera década del presente siglo una reforma constitucional incluyó un artículo el 61.1 que permite que

“cuando con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción se alegue que una disposición legislativa perjudica los derechos y libertades que la Constitución garantiza, se pueda someter el asunto, tras su reenvío al Consejo de Estado o a la Corte de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado”

Este artículo fue reglamentado por el Parlamento mediante la Ley Orgánica 2009-1523 del 10 de diciembre de 2009. En España hasta 1985 existió un recurso previo de constitucionalidad contra las leyes y Estatutos de Autonomía que daba competencia al Tribunal Constitucional para revisar la constitucionalidad de estas normas antes de que entraran en vigencia.

En otros países el control de la constitucionalidad de la ley debe hacerse después de su vigencia. Tal es el caso de Alemania e

Italia. En Italia, por ejemplo, la Corte Constitucional es competente para conocer de la cuestión de constitucionalidad de leyes promulgadas, bien sea por que se haya ejercido la acción de legitimidad constitucional contra una determinada norma o acto o porque en cualquier procedimiento judicial el juez advierta que existen dudas de conformidad de una ley con la Constitución y el proceso no pueda ser definido con independencia de la resolución previa de la cuestión de constitucionalidad, razón por la cual debe ser suspendido hasta tanto la Corte Constitucional tome le decisión pertinente.

En un tercer grupo de países, el control de la constitucionalidad de las leyes puede hacerse antes o después de su vigencia. Así en Portugal, Colombia Chile y Venezuela. En Venezuela, por ejemplo, el Presidente de la República puede, antes de promulgar una ley, dirigirse al Tribunal Supremo de Justicia solicitando se declare su inconstitucionalidad y, después de promulgada dicha Ley, cualquier ciudadano puede ejercer la acción popular de inconstitucionalidad.

III. Justicia constitucional y justicia ordinaria.

180. La diferencia fundamental entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria es que aquella aplica e interpreta la Constitución y ésta lo hace con la Ley. Mientras la finalidad de la justicia ordinaria es resolver los conflictos sometidos a su consideración, lo cual hace con base en las normas jurídicas aplicables al caso, la justicia constitucional tiene como finalidad la de verificar si los actos sometidos a su consideración están conformes o no la Constitución.

Brewer Carías señala con precisión coincidencias y diferencias entre el juez constitucional y el juez ordinario. Dice:

“La posición del juez constitucional frente a la Constitución no es, pues, muy diferente de la que cualquier juez tiene normalmente ante las leyes, las cuales deben ser interpretadas; y así como los jueces no deben sustituir al Legislador deduciendo conceptos contrarios a lo que está escrito en la ley, tampoco pueden interpretar la Constitución de manera tal que lleguen a deducir conceptos que vayan en contra del texto constitucional y de sus valores fundamentales”.

Relevando la particularidad del papel del juez constitucional este autor agrega:

“Sin embargo, el juez constitucional siempre tiene un deber adicional al juez ordinario: debe defender la Constitución y, en especial, los valores que en un momento dado estuvieron en la base de su creación. Por esta razón, el juez constitucional en su proceso interpretativo, debe adaptar la Constitución a los valores de la sociedad y del sistema político, con miras, precisamente, a ‘mantener viva la Constitución’. Para este fin, no cabe la menor duda de que para controlar la constitucionalidad de la legislación, debe desarrollar una actividad creativa, de manera de permitir la aplicación moderna y efectiva de Constituciones que, por ejemplo, fueron escritas en el Siglo XIX. En este sentido, la Constitución no puede ser considerada como un documento estático. Por el contrario, siempre debe adaptarse a la evolución de las necesidades e instituciones. Y precisamente, en este proceso de adaptación de la Constitución, el papel del juez constitucional ha sido de vital importancia...”²⁸²

Brewer concluye que

“el principio de la primacía de Constitución no sólo se aplica a sus artículos escritos sino también a las normas no escritas que pueden deducirse por los jueces constitucionales del texto fundamental, como

282 Allan BREWERCARÍAS, Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional. Colección Tratado de Derecho Constitucional Tomo XII. Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2017, pp.46 y 47.

*parte de los valores supremos que se encuentran en el fundamento de una sociedad determinada y de su sistema político.*²⁸³

Es de observar que la doctrina más generalizada coincide en relevar el carácter jurisdiccional de la justicia constitucional, aun en aquellos casos en que la función de control de la constitucionalidad es atribuida a un organismo especial, que no forma parte del poder judicial. Por el contrario Kelsen, que fue uno de los primeros inspiradores de la creación de órganos especializados para ejercer el control de la constitucionalidad, señalaba que tales órganos no formaban parte del poder judicial sino que tenían una naturaleza legislativa, pues al tener competencia para anular leyes, se desempeñan como un “legislador negativo” ya que

*“anular una ley es formular una norma general: ya que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, siendo por así decirlo, la elaboración pero con un signo negativo; por consiguiente, ella misma una función legislativa”*²⁸⁴.

Esta opinión del maestro austríaco no parece tener correspondencia con la actividad propia del juez constitucional, que no hace otra cosa que administrar justicia sobre la base de argumentaciones jurídicas y no políticas, como las que caracterizan la actividad legislativa. En eso la actividad de los jueces constitucionales es muy similar a la de los jueces ordinarios, con la diferencia que mientras éstos cumplen su función aplicando la ley, los jueces constitucionales resuelven los casos sometidos a su jurisdicción aplicando la Constitución y preservando su supremacía.

283 *Ibidem*, p.48

284 Hans KELSEN, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, 1928.

La justicia constitucional, al tener como objetivo el defender la supremacía de la Constitución en todos los órdenes de la vida social, tiene competencia para conocer una gran variedad de materias. En efecto, la justicia constitucional tiene a su cargo el control de la constitucionalidad de los actos de Estado, con lo cual incursiona en los campos del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo, del Derecho Tributario y otras ramas del Derecho. Es por ello explicable que la justicia constitucional, al conocer de casos que también entran de la competencia de la justicia ordinaria, pero analizándolas desde una óptica muchas veces distinta, en ocasiones haya entrado en contradicciones con esta última.

Cada ordenamiento jurídico debe incorporar mecanismos de solución a estos conflictos, para así poder mantener el requerido equilibrio institucional. En el punto IV abundaré sobre este aspecto.

IV. Justicia constitucional y separación de poderes públicos.

181. La actuación de la justicia constitucional ha originado críticas de diverso orden. Una de ellas es que al dar a los tribunales constitucionales la competencia de anular actos del poder ejecutivo y del poder legislativo, se les está confiriendo un poder superior al de otros poderes públicos, con lo cual se estaría rompiendo el equilibrio que supone el principio de la separación de los poderes. Efectivamente, la justicia constitucional puede anular los actos contrarios a la Constitución producidos, no sólo por el poder ejecutivo y el poder legislativo, sino también por el propio poder judicial. Pero ello no supone una ruptura de los principios constitucionales, ni de la separación y el equilibrio

entre los poderes públicos, sino que, por el contrario, es una garantía requerida para asegurar la vigencia efectiva del principio de la primacía de la Constitución. Si el poder ejecutivo pudiese generar actos de gobierno contrarios a la Constitución y el poder legislativo pudiese promulgar leyes contrarias a la misma y no existiese una posibilidad de recurrir contra los mismos, la primacía de la Constitución no pasaría de ser una proclama retórica. La única forma de garantizar que ello no sea así es creando la posibilidad de un efectivo sistema de control de la constitucionalidad, el cual, necesariamente, tiene que estar a cargo de órganos jurisdiccionales, aun cuando los mismos puedan estar separados de la estructura del poder judicial. Y es que, por su propia naturaleza, no les está dado, ni al poder legislativo ni al poder ejecutivo, el determinar si sus propios actos están o no en conformidad con la Constitución.

En este sentido es interesante el comentario que hace Juan Colombo Campbell al señalar:

*“Alguna perplejidad puede producir la función de los tribunales para un tal pronunciamiento —anulación de los actos legislativos— por contradecir la Constitución, que parece implicar la superioridad del judicial sobre el poder legislativo, pero ello no es así puesto que ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido, porque significaría que la representación del pueblo es superior al mismo pueblo. Los tribunales se han diseñado como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura para mantener a ésta dentro de los límites que le están asignados. La interpretación de las leyes es del propio y particular ámbito de los tribunales. Una Constitución, es en realidad y debe ser contemplada por los jueces como una ley fundamental.”*²⁸⁵

La justicia constitucional puede anular los actos contrarios a la Constitución producidos, no sólo por el poder ejecu-

285 Juan COLOMBO CAMPBELL, ob. cit, en la nota 275.

tivo y el poder legislativo, sino también por el propio poder judicial. Pero ello no supone una ruptura de los principios constitucionales, sino que, por el contrario es una garantía requerida para asegurar la vigencia efectiva del principio de la primacía de la Constitución.

V. Límites de la justicia constitucional.

182. La determinación de los límites de la justicia constitucional es un tema complejo, pero vital para el buen funcionamiento del Estado de Derecho. Recuerda la célebre frase del poeta romano Juvenal: *“quis custodiat ipsos custodes”* (¿quién vigila a los vigilantes?)

Si la justicia constitucional se ejerce en exceso de los límites que le establece la Constitución, puede convertirse en un mal mayor que el que se pretende evitar cuando se le otorga el poder de control de la constitucionalidad. En efecto, por cuanto no existe ningún recurso contra las decisiones del órgano que ejerce el control concentrado de la constitucionalidad, si éste hace uso arbitrario de sus competencias puede convertirse en un súper poder, por encima de los otros poderes públicos e, incluso, por encima de la Constitución. El sometimiento de la justicia constitucional a los límites que le son propios constituye el gran dilema del control de la constitucionalidad: si no se establece una jurisdicción competente para controlar los actos de los poderes públicos y de los particulares la supremacía de la Constitución no pasa de ser una proclama, fácilmente vulnerable. Si se establece tal jurisdicción, se crea el riesgo de que ésta, si traspasa sus límites, puede convertirse en un monstruo capaz de todos los excesos, sin que haya poder jurídico que los impida.

Si bien la determinación de los límites de la jurisdicción constitucional es esencial para límites de la justicia constitucio-

nal el buen funcionamiento de misma, la realización de esa tarea es muy difícil tanto teórica como prácticamente. Refiriéndose a este tema Hans-Peter SCHNEIDEB, escribía, a inicios de los años ochenta del siglo pasado:

*“el esfuerzo de ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la cuadratura del círculo. Desistir de este intento, sin embargo, equivaldría prácticamente a una capitulación ante los hechos y le prestaría al Tribunal un flaco servicio, mientras éste se yergue calladamente en «amo de la Constitución», porque su autoridad fáctica proviene precisamente, y no en última instancia, de la observancia de tales límites.”*²⁸⁶

La doctrina ha propuesto varios criterios para establecer los. Examinemos algunos.

Para Marina Gascón Abellán el límite entre la competencia del tribunal constitucional y la del parlamento, está en la naturaleza política de las actividades de éste y la naturaleza jurídica de las actividades de aquél. Como criterio para para la configuración de las competencias de la jurisdicción constitucional propone la separación rigurosa entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad.

“La función del Juez constitucional”, dice, “no es sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; no es, por tanto, la de fijar la mejor ley desde la perspectiva constitucional, sino tan sólo eliminar aquellas que resulten intolerables, y de ahí su caracterización usual como “legislador negativo”. Por eso, en su tarea de controlar la constitucionalidad de la ley, el Juez no debe entrar a valorar los móviles políticos que impulsaron al legislador y mucho menos sugerir o directamente imponer a éste una opción política determinada. En pocas palabras, el Tribunal constitucional no debe influir en la dirección política del país.”

286 Hans-Peter SCHNEIDEB, Jurisdicción Constitucional y separación de poderes en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2 N° 5, Mayo 1982.

Para continuar:

“En resumen, pues, el principio democrático, que es la esencia del poder constituyente que instituye los poderes e instaura un “coto vedado” como límite a la acción de los mismos, exige que la justicia constitucional se asiente sobre la separación entre el juicio de constitucionalidad de las leyes o de otros actos de poder, que compete al Juez constitucional, y la decisión política expresada en la ley, que es competencia del legislador democrático. Y esta separación obliga al Juez constitucional a realizar un esfuerzo auto inhibitorio a fin de no transformarse en un legislador positivo.”

Para concluir:

“Teniendo en cuenta que el parámetro de control que ha de usar la jurisdicción constitucional es una Constitución cargada de cláusulas abiertas y principios materiales de justicia de significado altamente conflictivo, parece que lo único que cabría hacer es diseñar los mecanismos para conjurar los riesgos de “gobierno del Juez constitucional” y en todo caso pedir de la jurisdicción constitucional un ejercicio de autocontención; un self restraint que permita mantener las saludables fronteras entre el juicio de constitucionalidad, por un lado, y el juicio político y de legalidad, por otro. Sólo si esta saludable contención se consigue podremos conciliar la exigencia de garantizar la efectividad de la Constitución con la de garantizar una política democrática, decidida conforme a los mecanismos de producción democrática legislativa.”²⁸⁷

Si bien el planteamiento de la profesora de Castilla-La Mancha es muy interesante y marca una orientación destinada a evitar los abusos en que, como se verá con detalle en los puntos VIII y IX de este capítulo, ha incurrido la justicia constitucional, es necesario observar que no toma en cuenta algo fundamental: el tribunal constitucional por su propia naturaleza es un órgano

²⁸⁷ Marina GASCÓN ABELLÁN, ob. cit. en nota 279, p. 687.

político. Destinado como está a salvaguardar e interpretar la Constitución, asegurando su primacía como instrumento jurídico y político fundamental de la vida de la sociedad, sus decisiones siempre tendrán incidencia en la vida política de la misma. En este sentido, Bachof señala:

*“Considero indudable también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas [...]. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez [...]”*²⁸⁸

En relación con la naturaleza política de las funciones de jueces y abogados De Trazegnies dice:

*“En consecuencia, el Juez queda dissociado en dos personalidades: es un jurista y un político. En su personalidad de jurista, la Ciencia del Derecho lo lleva sólo hasta mostrarle distintas alternativas equivalentes de interpretación; después asume su segunda personalidad, se convierte en político y decide entre una de esas alternativas. La dissociación del rol del Juez permite salvar, de manera un tanto esquizoide, la distinción entre Derecho y Política. Pero lo importante estriba en que ha quedado claro que la Ciencia “pura” del Derecho no puede ser aplicada, no puede tener vida sin el concurso de la Política v que nadie puede ser Juez sin ser necesariamente “político”; lo que conlleva que nadie puede ser tampoco abogado sin ser necesariamente “político”.*²⁸⁹

288 Otto BACHOF, citado por Víctor GARCÍA TOMA, El tribunal constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas) en *Laborem* Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, N^o 5, Lima, 2005, p.46.

289 Fernando DE TRAZEGNIES G, El Rol Político del abogado litigante, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, número 32, 1974, PUCP; Núm. 32, 1974, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6153/6177>

Lo que si hay que tener claro es que, aun siendo políticas las funciones que la Constitución asigna a los tribunales constitucionales, sus decisiones deben obedecer a una argumentación jurídica y no política, tal como corresponde a cualquier tribunal.

En este sentido Carpizo dice:

*“Asimismo, el tribunal no puede desconocer y necesita equilibrar su interpretación de los principios con otras finalidades que cualquier orden jurídico persigue: la certeza y la seguridad jurídica, y jamás desconocer que es un órgano político, que conoce de asuntos políticos, pero que es un tribunal, y que como tribunal únicamente puede resolver con metodología y técnicas jurídicas.”*²⁹⁰

Carpizo señala que el tribunal constitucional, como todo poder constituido está sujeto a las limitaciones que le imponen la Constitución y las leyes que se dicten en conformidad con ella. El tribunal constitucional, dice:

*“no puede usurpar las funciones del Poder Constituyente ni del órgano revisor de la Constitución. En consecuencia, no debe crear normas ni principios que no sean susceptibles de reconducirse a la ley fundamental, pero sí puede deducir principios implícitos de los expresamente asentados, tales como dignidad humana, libertad, igualdad, seguridad jurídica, justicia social, Estado de bienestar, etcétera.”*²⁹¹

Carpizo señala los siguientes límites como los propios del tribunal constitucional:

“a) Su competencia es primordialmente la interpretación de la Constitución, su defensa y el control de la constitucionalidad de leyes y actos. Entonces, no puede ir más allá de las funciones que expresamente le señala la propia Constitución y usurpar atribuciones

290 Jorge CARPIZO, *El Tribunal Constitucional. Sus límites*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009, p. 54

291 *Ibidem*, p.55

del Poder Constituyente o de los poderes constituidos. Como poder constituido tiene límites.

Respeto a las cláusulas pétreas contenidas en la Constitución.

Acatamiento a la Constitución material, o sea a los principios y valores fundamentales que individualizan a la ley fundamental, aunque no estén expresamente señalados. Una de las funciones esenciales del tribunal es cuidar la obediencia a dichos principios.”

El maestro mexicano agrega:

“Más allá de los límites que el tribunal tiene como cualquier órgano de poder, resulta muy importante que sepa auto limitarse, es decir, el self-restraint; que el activismo judicial no sea desbordado, que aplique con prudencia las técnicas de la interpretación constitucional, que jamás pretenda usurpar funciones que la Constitución atribuye a otros órganos, que siempre tenga presente que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía o moral constitucionales.”²⁹²

En relación al tema de los límites de la justicia constitucional y haciendo referencia al caso del Perú, país en el cual se han planteado fuertes debates en cuanto a la actuación del Tribunal Constitucional, Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA dice:

“Vuelve entonces en este contexto a plantearse el debate sobre si frente a estas crecientes atribuciones invocadas por un Tribunal Constitucional, o por cualquier juez o jueza constitucional (preocupación que ciertamente no se limita a las relaciones entre estos magistrados y la judicatura ordinaria en el caso peruano) corresponde hablar o establecer límites al accionar de cualquier juez(a) constitucional (independiente de si es o no parte de un Tribunal Constitucional) más allá de su auto restricción. En lo referente a este último tema, el de si puede o no hablarse de límites a la labor de un(a) juez(a) constitucional, he de decir que discrepo con quienes apuestan como

292 *Ibíd*em

la única limitación a la labor de estos magistrados(as) a su propia vocación de no ir más allá de aquello conforme a derecho en el ejercicio de sus funciones. Considero, al igual que otros autores, que deben tomarse en cuenta algunos factores, los cuales bien pueden sintetizarse en la percepción de lo que implica concebir a los jueces y juezas constitucionales como autoridades con atribuciones jurisdiccionales. Esto, siquiera haciendo una breve aproximación al tema, involucra tener presentes los límites propios de situaciones como las ya descritas. Y es que si estamos ante autoridades, ello implica que las mismas deben en primer término actuar con racionalidad (de acuerdo con la lógica o con coherencia lógica, o, dicho con otras palabras, con respeto a principios lógicos como los de no contradicción o tercio excluyente, por citar única mente algunos detectables mediante control de logicidad). También el estar ante una autoridad conlleva que ella debe respetar parámetros de razonabilidad, entendida como interdicción de la arbitrariedad, como actuación conforme con fines lícitos (o al menos, no prohibidos por el ordenamiento jurídico vigente) y con respeto a medios proporcionales o adecuados (lo cual significa preguntarse por la idoneidad, necesidad y menor gravedad o proporcionalidad en sentido estricto de los mismos). Por último, y al igual que sucede con cualquier autoridad, el quehacer de jueces y juezas constitucionales debe ser respetuoso de lo que se conoce como corrección funcional: debe ceñirse a las atribuciones que les asigna el ordenamiento jurídico de su Estado en particular, comprendidas de conformidad con la normativa internacional suscrita por dicho Estado.”

“De otro lado, y si se toma en cuenta que se habla de autoridades con atribuciones jurisdiccionales, debe además tenerse presente que juezas y jueces constitucionales no deberían actuar en función a juicios de calidad y/o de oportunidad, sino en mérito y respeto a derechos, deberes, competencias e instituciones jurídicas comprendidas dentro de esos parámetros. Y junto a ello, no tendría que olvidar que resuelve en función a la(s) pretensión(es) que se le presenta(n), pudiendo suplir quejas deficientes pero sin que esto involucre desconocer una mínima congruencia personal. Estamos pues ante parámetros que, en la lógica de pesos y contrapesos, tan cara al Estado constitucional,

tienen una importancia insoslayable. No tenerlos en cuenta o no exigir su cumplimiento puede acarrear una serie de dificultades para el buen funcionamiento institucional y el cabal ejercicio de los derechos fundamentales en un Estado determinado y de allí la necesidad de comprometerse con asegurar su plena vigencia, salvo mejor parecer.”²⁹³

Por su parte, Brewer Carías afirma:

“Ahora bien, en su labor de interpretar la Constitución, es evidente que la Sala Constitucional no puede sustituirse en el pueblo, es decir, no puede crear nuevas normas constitucionales no previstas en el Texto o que no resulten de la integración de sus normas, ni puede modificarlas, estableciendo, por ejemplo, excepciones no previstas en ellas; así como tampoco puede dictar normas legales o modificar o reformar las que estén contenidas en las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional. El juez constitucional nunca puede ser legislador; puede anular las leyes con efectos erga omnes, eliminándolas del ordenamiento jurídico, con efecto similar a la derogación, como si fuera un “legislador negativo” (H. Kelsen); pero nunca puede ser un “legislador positivo”, que dicta normas. De hacerlo, no sólo incurriría en usurpación de autoridad, por la usurpación de las funciones legislativas que corresponden a la Asamblea Nacional, lo que haría de la sentencia un acto nulo e ineficaz (art. 138 C), sino que violaría el principio democrático, que impone que la “ley” sólo puede ser emanación de los órganos del Estado integrados por representantes del pueblo, elegidos mediante votación popular. Es decir, al determinar la interpretación de una norma, la Sala no puede crear nuevas normas o reformar o derogar las que están expresamente en la ley.”²⁹⁴

293 Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, El juez constitucional. Los riesgos de su vocación expansiva y algunos posibles límites a su accionar en Estudios en Homenaje a Héctor FIX ZAMUDIO, coordinado por Eduardo FERRER MC GREGOR y Arturo ZALDIVAR LELO DE LARREA. Porrúa, Marcial Ponds, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008.

294 Allan BREWER CARIAS, ob. Cit. en la nota 281, p. 562

A mi juicio, los límites de la justicia constitucional son los establecidos por la propia Constitución al señalar sus competencias. Y es que, en este aspecto, los órganos de la justicia constitucional no son diferentes de los otros órganos que integran los poderes del Estado. Es la Constitución la que fija las competencias de todos los poderes públicos y, por tanto, toda actividad que alguno de ellos ejerza fuera de esos estrictos límites es anticonstitucional y, por tanto, nula.

Las competencias de los tribunales o cortes constitucionales son establecidas de manera similar por las diversas constituciones. En general les otorgan la competencia de velar por el cumplimiento y la supremacía de la Constitución, para interpretarla, para conocer de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos y declarar su nulidad en el caso de que sean violatorios de la Constitución, ejercer, en algunos casos, el control previo de la constitucionalidad de leyes y tratados internacionales, conocer de los conflictos de competencia de los poderes públicos, y de manera limitada, conocer de sentencias de los diversos tribunales en los cuales se trate de asuntos de constitucionalidad. Ninguna Constitución les da competencia para modificar leyes, crear normas jurídicas, ampliar las competencias que les da la Constitución, ni asumir funciones que corresponda a otros poderes públicos.

Pero aun cuando la Constitución establezca de manera precisa las competencias y atribuciones de la justicia constitucional, la determinación de sus límites es un tema complejo y que ha dado lugar a muchas controversias. Como se ha visto, los jueces constitucionales tienen, en defensa de la Constitución, un papel activo que suele exceder la tarea propia del juez ordinario. Como señala Brewer Carías, en frase anteriormente citada, el juez constitucional desarrolla “una actividad creativa de manera de permitir la aplicación moderna y efectiva de Constituciones que,

por ejemplo, fueron escritas en el Siglo XIX.” En el desempeño de su misión de salvaguardar la supremacía de la Constitución, la justicia constitucional debe atender, más allá del texto escrito de la Constitución, a los valores fundamentales que la inspiran y que son los mismos que sirven de base a la organización jurídica de la sociedad, es decir, al Estado mismo. Tal como afirma Colombo Campbell:

*“misión de la justicia constitucional la labor de adaptación de las declaraciones de los derechos fundamentales a la realidad siempre cambiante del país. En este sentido le corresponde la facultad de fijar, a través de sus sentencias, el alcance de sus disposiciones. Ello resulta más trascendente cuando la Carta Fundamental contiene disposiciones redactadas de manera sintética, o vagas, o expresadas en conceptos indeterminados o programáticos como los de libertad, orden público, democracia, justicia, dignidad, igualdad, función social o interés público entre otros.”*²⁹⁵

En este mismo sentido Brewer Carías expresa:

*“En todo caso, estas expresiones vagas e imprecisas de las Constituciones siempre expresan algunos conceptos o valores esenciales relacionados con los fundamentos generales de una sociedad determinada y su sistema político; por tanto, tiene que ser en relación con éstos últimos que el juez constitucional debe desempeñar su papel creativo, y determinar el sentido exacto del concepto. Estas expresiones, llamadas “conceptos jurídicos indeterminados” o “naciones jurídicas imprecisas”, las cuales están incluidas en las Constituciones, principalmente por su carácter general, son las que el juez constitucional debe explicar e identificar, y, mediante un proceso interpretativo, fijar sus fronteras para lo cual debe tomar en cuenta sobre todo los valores supremos que derivan de la Constitución y que principalmente se concentran en el Preámbulo o en los primeros artículos del texto”*²⁹⁶

295 Juan COLOMBO CAMPBELL, ob. cit, en la nota 275, p. 267

296 Allan BREWER CARIAS, ob. cit. En nota 281, p. 46

Tales facultades, al ser tan amplias, comportan el riesgo de que, en su ejercicio, la justicia constitucional, especialmente cuando la administran los Tribunales Constitucionales o Cortes Constitucionales, situados en la cúspide de la organización estatal, rebasen los límites que le son propios y puedan invadir las competencias de otros poderes públicos. En este sentido abundan comentarios y críticas sobre el papel de los tribunales constitucionales. Tal como se citó con anterioridad Mario Pasco se refiere a las decisiones de los tribunales constitucionales diciendo:

*“en muchos casos algunos de sus fallos han ido tan a contramano de la jurisprudencia tradicional que han representado un verdadero vuelco interpretativo, llegando incluso a posiciones lindantes con la función legislativa a través de la denominada jurisprudencia innovativa o manipulatoria.”*²⁹⁷

Demostrando preocupación, Jesús María Casal alerta:

*“un exceso o desviación de la justicia constitucional se traduce en desequilibrios que menoscaban los controles y contrapesos institucionales. El ecosistema democrático-constitucional se resiente cuando una jurisdicción constitucional sobredimensionada en lo competencial interviene prematuramente ante situaciones que aún deben permanecer en el campo de decisión de espacios democráticos, así como resulta afectada la autonomía individual o social cuando aquella no reconoce los linderos entre los asuntos públicos y los de desarrollo personal o participación ciudadana, amparados por derechos fundamentales.”*²⁹⁸

297 Mario PASCO COSMÓPOLIS, ob. cit. en la nota 28. p.84.

298 Jesús María CASAL, Diez años de jurisprudencia constitucional en Venezuela: la consolidación y exacerbación del protagonismo judicial autoritario en Diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina, Víctor Bazán, Marie Cristhine Fuchs, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022.

El ejercicio del control de la constitucionalidad por parte de Tribunales y Cortes Constitucionales ha dado lugar a controversias a las cuales me refiero en el punto VIII del presente título.

VI. Tipología de las sentencias de tribunales y cortes constitucionales. Especial referencia a las sentencias manipulativas.

183. Tradicionalmente las sentencias de control de constitucionalidad se limitaban a aclarar con lugar o sin lugar la inconstitucionalidad de los actos sometidos a su consideración. Por eso las sentencias eran simplemente estimatorias o desestimatorias de la inconstitucionalidad. A mediados de los años cincuenta del siglo pasado, la jurisprudencia constitucional, y muy particularmente la italiana, constatando que la declaratoria de inconstitucionalidad, al expulsar una norma del ordenamiento jurídico, causaba una serie de efectos negativos derivados del vacío legal producido, hizo un esfuerzo de interpretación de los contenidos normativos impugnados, a fin de buscar una interpretación de los mismos que los hicieran compatibles con la Constitución²⁹⁹. En el desarrollo evolutivo de este esfuerzo, los tribunales constitucionales, en ejercicio de sus competencias, las que le asigna expresamente la Constitución y las que han asumido en la elaboración de su jurisprudencia, han venido dictando una gran variedad de sentencias, cuya tipología y fundamentación han desarrollado. Por ser expuesta por quien fue Presidente del Tribunal Constitucional

299 Véase Alessadro PIZZORUSSO, *Las sentencias manipulativas del tribunal constitucional italiano*, en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, Vol. I y G ZAGREBESKY, *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 296 y ss.

del Perú, de muy destacada actuación, me permito transcribir la clasificación que expone Víctor García Toma. Si se desea abundar en las características de cada uno de los referidos tipos de sentencias, puede verse la obra de García Toma cuyos datos están en la respectiva nota al pie de página:

“Primera clasificación

- a) *Sentencias de especie.*
- b) *Sentencias de principio.*

Estas, a su vez, pueden ser residualmente distinguidas en instructivas o institucionales.

Segunda clasificación

- a) *Sentencias estimativas.*

Estas a su vez pueden ser subclasificadas en:

- *Sentencias de simple anulación.*
- *Sentencias interpretativas propiamente dichas.*
- *Sentencias manipulativas interpretativas (normativas).*

Cabe señalar que, conforme a la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dichas sentencias pueden tener alcances reductivos, aditivos, sustitutivos, exhortatorios o estipulativos.

- a) *Sentencias desestimativas.*

Estas, a su vez, pueden ser subclasificadas en:

- *Sentencias de desestimación por rechazo simple.*
- *Sentencias de desestimación por sentido interpretativo (interpretación stricto sensu).³⁰⁰*

300 Víctor GARCÍA TOMA, El tribunal constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas) en Laboren, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, N° 5, Lima, 2005, pp. 199 y 200. En internet véase http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_09.pdf

184. Entre las diversas especies de sentencias constitucionales, las que presentan menor complejidad en su concepción son aquellas que se limitan simplemente a declarar que una norma es inconstitucional y la expulsan del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, para emplear la terminología de Kelsen, el juez constitucional se limita a actuar como un “legislador negativo”. De igual manera, presentan poca complejidad aquellas en las cuales se establece simplemente que la norma sujeta a su consideración es conforme a la Constitución.

Una mayor elaboración conceptual requieren las denominadas sentencias interpretativas propiamente dichas. Éstas suponen que una norma puede ser objeto de varias interpretaciones, algunas de las cuales son contrarias a la Constitución y una es conforme a ésta. En estos casos el tribunal constitucional establece cual es la interpretación que es conforme a la Constitución y declara la inconstitucionalidad de las interpretaciones erróneas y prohíbe que en el futuro los operadores jurídicos interpreten y apliquen las formas de interpretar la norma declaradas contrarias a la Constitución. De esta manera, la norma objeto de consideración no es expulsada del ordenamiento jurídico, pero se establece que interpretación debe dársele para no incurrir en la inconstitucionalidad.

185. La modalidad más compleja de sentencias constitucionales son las denominadas sentencias manipulativas-interpretativas (normativas), que son las que ocupan mi especial atención en la presente obra, porque, en mi criterio, son las que dan mayor lugar a consideraciones teóricas y problemas prácticos sobre la actuación de la justicia constitucional.

Para García Toma las sentencias manipulativas interpretativas son

“aquellas en las que el órgano de control de la constitucionalidad detecta y determina la existencia de un contenido normativo incons-

*titucional dentro de una ley cuestionada. En ese caso, procede a la transformación del significado de la parte infecta a efectos de evitar su eliminación del ordenamiento jurídico.*³⁰¹

Sostiene este autor:

*“Al emitirse una sentencia manipulativa interpretativa, una ley impugnada de inconstitucionalidad sale del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativos diferentes a los que originalmente le había asignado el órgano legislador. Por ende, los magistrados constitucionales ejercitan una actividad paralegislativa.”*³⁰²

García Toma justifica esta actividad *paralegislativa*, que en mi particular opinión no está asignada a los tribunales constitucionales por la Constitución, en la necesidad de evitar los efectos perniciosos que pueden presentarse cuando la anulación de una ley produce inconvenientes vacíos legales. Fundamenta esa actividad en dos principios. El principio de conservación de la ley, según el cual el juez constitucional debe:

*“salvar - hasta donde sea razonablemente posible - la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado. En otras palabras, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional debe ser la última ratio a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.”*³⁰³

El otro principio es el de interpretación desde la Constitución.

“Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, con la finalidad de que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

301 *Ibidem*, p. 203.

302 *Ibidem*, p. 176.

303 *Ibidem*, p. 203.

*Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución. Para ello, cabe que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.*³⁰⁴

En este orden de ideas, las denominadas sentencias manipulativas pueden ser reductoras, aditivas, sustitutivas, exhortativas y estipulativas.

Las sentencias manipulativas son reductoras cuando restringen el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto, declarando la inconstitucionalidad de otros.

En las sentencias aditivas la inconstitucionalidad no deriva de un texto que violenta la Constitución, sino de que el legislador omitió aspectos requeridos para que la norma fuese conforme a la Constitución. En esos casos la sentencia agrega a la norma los aspectos omitidos, con lo cual se *salva* su constitucionalidad.

En las sentencias sustitutivas el tribunal declara la inconstitucionalidad de una parte de la norma e incorpora, en su lugar, un texto reemplazante que sí está conforme a la Constitución.

En las sentencias exhortativas el tribunal constata la inconstitucionalidad de una parte o de la totalidad de la norma y, en lugar de declarar de manera inmediata su inconstitucionalidad, recomienda al órgano emisor que, dentro de un plazo razonable, expida una norma sustitutoria conforme a la Constitución.

En las sentencias estipulativas, en sus considerandos el tribunal establece las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional.

Como puede verse las denominadas “sentencias manipulativas” hacen referencia a una variada gama de situaciones y comportan, en general, una labor que excede el tradicional sim-

304 *Ibíd.*, p. 203.

ple control de constitucionalidad, entendido como verificación de que los textos legislativos sean conformes a la Constitución, que la Constitución establece como función fundamental de los tribunales constitucionales. En este sentido Pizzorusso señala que las sentencias interpretativas desestimatorias, y las sentencias manipulativas del texto controlado miran:

*“mucho más a corregir el derecho vigente (bien sea imponiendo una **interpretación** que puede ser extensiva o limitativa, bien sea modificando el texto, pero sin vincularse a la técnica de la corrección textual) que a resolver el contraste entre norma constitucional y norma legislativa mediante la abrogación simple de la segunda (para no entrar en los problemas de eficacia de las decisiones en el tiempo, que pusieron en evidencia alternativas no siempre solucionables mediante el recurso a las reglas propias de la abrogación legislativa.”*³⁰⁵

En la doctrina se han cuestionado las sentencias manipulativas, pues algunos autores consideran que con las mismas el tribunal constitucional se excede de las competencias que le asigna la Constitución y ejerce funciones que corresponden legislador. Marina Gascón dice que en este tipo de sentencias:

“en la medida en que en un afán de conservación de la ley se traspasa el ámbito de interpretaciones plausibles de la misma, el Tribunal constitucional rebasa los límites de la interpretación conforme arrogándose competencias del poder legislativo. Pero esta actuación paralegislativa es particularmente notoria en las sentencias aditivas. Las sentencias aditivas suponen el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión: censuran el precepto legal impugnado o cuestionado no por lo que dice, sino por lo que no dice; o sea, “en la medida en que no prevé” algo. Si puede decirse así, una sentencia aditiva estima inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho; por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de sujetos.

305 Alessandro PIZZORUSSO, ob. cit, en la nota 298.

Para reparar la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa, la sentencia “añade”, por vía interpretativa, esa regulación que falta.” Sigue: “Aun cuando esta clase de sentencias se dicten para salvar la igualdad, es evidente que, al extender el campo de aplicación de la ley, el Tribunal constitucional actúa como un auténtico legislador positivo, pues crea una norma nueva que es ley para los aplicadores del derecho pero que no ha sido querida o establecida por el legislador. Es más, precisamente el hecho de que el Juez constitucional “no considere adecuado o conveniente” anular el precepto legal impugnado (y en vez de eso dicte una sentencia aditiva) muestra claramente que está haciendo valoraciones políticas. Ahora bien, esta actuación puede llegar a ser recusable. Primero, y sobre todo, porque al actuar así el Tribunal constitucional arrebató al legislador competencias que le son propias. Segundo, y no menos importante, porque se puede originar una situación de inseguridad jurídica de consecuencias probablemente no previstas ni queridas por esa interpretación constitucional. En efecto, puesto que los derechos que la sentencia reconoce al grupo de sujetos discriminados no existían hasta ahora, falta también la regulación de su ejercicio”

Para concluir:

“se trata de una técnica muy cuestionable, pues no es precisamente la expresión de un self-restraint del Tribunal constitucional; antes al contrario, a través de estos pronunciamientos éste sobrepasa los límites de la interpretación conforme suplantando lisa y llanamente al legislador. En esta medida, las sentencias manipulativas violentan el principio democrático y el de separación de poderes en los que se asienta todo el edificio constitucional. Sólo pueden ser aplaudidas por quienes ven en ellas una forma rápida de acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos”.³⁰⁶

306 Marina GASCÓN ABELLÁN, ob. cit. en la nota 279, p. 14 y ss.

Otra parte de doctrina expresa su conformidad con este tipo de sentencias. Así, Egiguren al analizar las sentencias interpretativas dictadas por el Tribunal Constitucional del Perú expresa que es necesario:

“reconocer la importancia de su aporte y la riqueza de su estudio, a la par del rol positivo y moderador del ordenamiento político y jurídico que, en muchas ocasiones, puede alcanzarse a través de su empleo por parte de los tribunales constitucionales. De allí que discrepemos de quienes pretenden, como recientemente sucediera con un proyecto de ley en el Congreso peruano, limitar o “atar” al Tribunal Constitucional al rol de mero emisor de sentencias estimatorias o desestimatorias de inconstitucionalidad, negando su competencia para dictar sentencias interpretativas o “manipulativas”, por entender que ello trasgrede su rol de “legislador negativo” y usurpa atribuciones que sólo corresponden al Congreso, como titular de la potestad legislativa. Estas propuestas parecen no comprender que incluso la tesis del “legislador negativo”, supone un rol complementario y no contrapuesto del Tribunal Constitucional respecto a la labor legislativa parlamentaria, pues su misión es preservar la supremacía de la Constitución respecto a las leyes, eliminando o armonizando éstas para que resulten conformes a la Constitución. El recurso a las sentencias interpretativas o manipulativas, no supone que el Tribunal Constitucional asuma una posición contraria al legislador o una invasión de sus funciones, sino que busca, más bien, “salvar” la constitucionalidad de la ley y evitar declararla inconstitucional, lo que acarrearía su derogación. Busca darle un sentido normativo que corrija sus vicios de inconstitucionalidad, sin necesidad de eliminarla ni de que sea necesario el dictado de una nueva norma por parte del Congreso. Con ello, la declaratoria de inconstitucionalidad adquiere un ratio de “última medida”, sólo cuando no sea posible encontrar un sentido normativo razonable de la ley que la haga compatible con la Constitución. Y así se evita el vacío jurídico o los efectos políticos y sociales “traumáticos”, que a veces puede producir la derogación de una ley declarada inconstitucional.”

No obstante, este autor señala:

“mientras que algunas veces esta labor creativa de la interpretación constitucional plasmada en la sentencia puede resultar positiva y progresista, al adaptar una norma a las nuevas circunstancias sociales o darle un sentido compatible con la Constitución, del que podría carecer en principio; no cabe excluir el riesgo de que, en otras ocasiones, conlleve una actitud “conservadora”, que propicie la permanencia de normas inconstitucionales.”³⁰⁷

En mi opinión el protagonismo o “activismo judicial” que han venido ejerciendo algunos tribunales constitucionales les ha llevado, en algunas ocasiones, a excederse del límite de las competencias que le establece la Constitución, invadiendo las competencias de otros poderes públicos, particularmente del poder legislativo. Esto ocurre especialmente con algunas sentencias manipulativas. Entiendo que el tribunal constitucional actúa dentro de sus competencias cuando dicta una sentencia interpretativa propiamente dicha, o una sentencia reductiva o exhortativa. Si el tribunal constitucional señala que una determinada parte de una Ley es contraria a la Constitución y declara la nulidad de esa parte, preservando la constitucionalidad del resto de la Ley, está, a mi juicio, actuando dentro de sus competencias, Igualmente cuando exhorte al poder legislativo para que introduzca modificaciones a una Ley a fin de ajustarla a la Constitución, Pero cuando es el propio tribunal constitucional el que introduce tales modificaciones, agregando textos nuevos a la Ley sometida a su consideración (sentencias aditivas) o sustituyendo textos que considera inconstitucionales por otros, de su

307 Francisco José EGUIGUREN PRAELI, Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor FIX-ZAMUDIO, UNAM, IMDPC; Marcial Ponds, México 2008, pp. 366 y 367.

propia creación, que él considera conformes a la Constitución (sentencias sustitutivas), está realizando una labor “paralegislativa” que, en mi criterio, no le corresponde constitucionalmente.

En este sentido es interesante citar la opinión de Benavides Mejía, quien dice:

*“Las sentencias interpretativas o manipulativas buscan disuadir los efectos perniciosos de la declaratoria de inconstitucionalidad, como: vacíos normativos; inseguridad jurídica; violación de otros derechos; ingobernabilidad; y, el costo político y democrático que se puede presentar entre instancias del Estado; no obstante, su mal uso puede ser peor que la propia disposición inconstitucional.”*³⁰⁸

VII. Efectos de las sentencias constitucionales.

186. Los efectos de las sentencias constitucionales dependen mucho del tipo de sentencia de que se trate. Las sentencias simplemente desestimativas, aquellas que se limitan a desechar los vicios de constitucionalidad que se hayan alegado en relación al acto sometido a la consideración del tribunal, tienen el claro efecto de establecer que dicho acto es conforme a la Constitución y que, en consecuencia, sigue siendo vigente. La única cuestión que se puede plantear en relación a este tipo de sentencias es la de determinar el alcance de la cosa juzgada que las mismas producen. Se debate sobre si, una vez firme la sentencia que establece la constitucionalidad de un acto, podría intentarse

308 Andrés Mauricio BENAVIDES MEJÍA, Fundamento, alcance y efectos de las sentencias interpretativas o manipulativas y su aplicación en el control de constitucionalidad ecuatoriano, disertación previa a la obtención del título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2015. www.repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/8387/FUNDAMENTO%2C%20ALCANCE%20Y%20EFECTOS%20DE%20LAS%20SENTENCIAS%20INTERPRETATIVAS%20O%20MANIPULATIVAS%20Y%20SU%20APLICACION%20E.pdf?sequence=1&isAllowed=y

nuevamente una acción de inconstitucionalidad sobre el mismo. A mi juicio no debería poderse solicitar la inconstitucionalidad de dicho acto por la misma razón sobre la cual versó la sentencia. Lo contrario sería muy perjudicial para la seguridad jurídica de la sociedad. Sería muy peligroso que un determinado texto normativo pueda ser considerado constitucional, para luego ser objeto de una declaratoria en sentido contrario. Lo que sí me parece plausible es que se pueda pedir la inconstitucionalidad por un motivo diferente al decidido. Las sentencias simplemente estimatorias, que se limitan a declarar la inconstitucionalidad del acto sometido a la consideración del tribunal, además de la cuestión del alcance de la cosa juzgada que producen, se plantea otra importante cuestión: el de sus efectos en el tiempo. Según el criterio más ortodoxo si una determinada norma es contraria a la Constitución debe ser declarada nula y, por tratarse de una nulidad, la misma debe tener efectos retroactivos (*ex tunc*), es decir debe considerarse que dicha norma nunca tuvo existencia jurídica y que, en consecuencia, son nulos todos los actos realizados con base en ella. Este criterio fue acogido por la doctrina constitucional tradicional de varios países. Así en Alemania, al decir de Weber, “*aun cuando la nulidad ex tunc no está consagrada en la Constitución ni en una norma legal, el principio de la nulidad de las leyes inconstitucionales goza de rango constitucional.*”³⁰⁹

Pero una declaratoria de nulidad con carácter retroactivo puede comportar serios problemas, especialmente cuando ha pasado mucho tiempo entre la promulgación de la norma anulada y su declaratoria de inconstitucionalidad. Durante ese lapso pueden haberse producido, con fundamento en la norma

309 Albrecht WEBER, La jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp.495 y ss (<https://dialnet.unirioja.es>)

anulada, muchos actos y relaciones jurídicas cuyos efectos pasarían a ser dudosos en virtud de la anulación de la norma que los sustentaba. Muchos ciudadanos que actuaron de buena fe, conforme a una norma que presumían legítima, podrían verse afectados por la una sentencia de inconstitucionalidad con carácter retroactivo. Por eso, en muchos países se acogió expresamente el carácter irretroactivo (*ex nunc*) de las sentencias de inconstitucionalidad, estableciéndose que las mismas tendrían efectos después de su publicación. En otros países, sin consagrar expresamente esa irretroactividad, los tribunales constitucionales *modularon* los efectos temporales de sus sentencias a fin de evitar las consecuencias perniciosas de una nulidad *ex tunc*.

En relación a las denominadas sentencias manipulativas, además del tema del alcance de la cosa juzgada y de los efectos temporales, hay que analizar los efectos particulares propios de cada una de las modalidades de dichas sentencias.

Las sentencias reductoras tiene el efecto de “achicar” la norma sometida a la consideración del tribunal, pues las partes que han sido declaradas inconstitucionales son expulsadas del ordenamiento jurídico mientras que las demás conservan íntegramente su vigencia.

En las sentencias aditivas hay un efecto transformador de la norma sometida a la consideración del tribunal. Esta es reformada agregándole los textos que el tribunal consideró necesario para *salvar* su constitucionalidad.

Este efecto transformador también se produce en las sentencias sustitutivas, pues la norma sale del tribunal con un texto diferente a aquél con el cual entró, pues algunas de sus partes al ser declaradas inconstitucionales son eliminadas y sustituidas por el texto reemplazante creado por el tribunal a fin de ajustar la norma a la Constitución.

En las sentencias exhortativas el efecto es producir una especie de *vacatio* durante la cual la norma no pierde su constitucionalidad mientras el órgano emisor expide una norma sustitutoria conforme a la Constitución.

El efecto de las sentencias estipulativas es establecer ad initio las variables conceptuales o terminológicas que utilizará en la decisión con lo cual evita explicaciones repetitivas

VIII. Controversias de los tribunales y cortes constitucionales con otros poderes públicos.

187. El llamado “activismo judicial” comporta un protagonismo particular de los tribunales y cortes constitucionales, que no se limitan a desempeñar el papel de “legislador negativo” que les asigna la teoría kelseniana, sino que, como se ha visto, emiten una amplia gama de sentencias, algunas de las cuales constituyen una reforma de los textos normativos sometidos a su consideración, desarrollando una actividad “paralegislativa”. Esta actuación de la justicia constitucional ha determinado que, en varios países, se hayan generado conflictos con otros poderes públicos. En este punto haré referencia a algunos de ellos.

A) ITALIA:

La Corte Constitucional italiana fue creada por la Constitución republicana de 1948. Pero el funcionamiento efectivo de la Corte no se inició sino ocho después, en 1956. Durante ese lapso el control de la constitucionalidad se ejerció mediante una especie de control difuso en el cual participaron la Corte de Casación y los jueces, dando lugar a un cuerpo jurisprudencial que generó lo que se llamó la doctrina del “diritto vivente”, según la cual el juez deberá tomar en consideración el criterio reiterado

por la jurisprudencia que haya determinado una interpretación consolidada al respecto, a menos que resulte arbitraria, irrazonable y contraria con la Constitución.

Desde sus primeras sentencias la Corte Constitucional se reconoció con el monopolio del control de la constitucionalidad y dictó varias sentencias que acogían criterios desarrollados por la doctrina constitucional moderna y que fueron vistos con inquietud por parte de la justicia ordinaria tradicional. A su vez, la Corte Constitucional dejaba traslucir cierta desconfianza en que la actitud y formación de muchos de los jueces ordinarios estuviesen en consonancia con las doctrinas de interpretación constitucional que desarrollaba en sus sentencias.

La tensión entre las dos instancias llegó a su máximo punto en los años sesenta, con tendencias contradictorias y con la negativa de la Corte de Casación de seguir orientaciones, que con carácter que estipulaba como vinculante, emitía la Corte Constitucional. Esta situación, que fue conocida como “la guerra delle corti” dio lugar a varias sentencias contrarias de las dos magistraturas.

El problema se presentó porque la Corte de Casación y la magistratura ordinaria, que durante ocho años venían ejerciendo el control constitucional por el retardo en poner en funcionamiento la Corte Constitucional, consideraba que ésta se estaba arrogando una función propia de los jueces, cual es la de garantizar “*el cumplimiento preciso y la interpretación uniforme de la ley*”, en lugar de limitarse a su única atribución que era la de ejercer el control de constitucionalidad. En ese orden de cosas, en algunos casos los jueces ordinarios hicieron caso omiso a los pronunciamientos interpretativos de la magistratura constitucional. Esto llevó a que la Corte Constitucional implementara un procedimiento que fue conocido como “*di doppia pronunzia*”, que significaba que si los jueces ordinarios no acogían una sen-

tencia desestimatoria de la Corte Constitucional, ésta procedía a continuación a emitir una sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de la norma sobre la cual se había pronunciado previamente en sentido contrario.

Romboli destaca dos casos como muy indicativos de los términos en que ocurrió “la guerra”. En uno de ellos la Corte de Casación consideró que una disposición del Código de Procedimiento Penal era contraria a determinadas garantías procesales constitucionalmente tuteladas. La Corte Constitucional rechazó una solicitud de inconstitucionalidad de la referida disposición, dándole una interpretación conforme a la Constitución. La Corte de Casación no se consideró vinculada por la decisión de la Corte Constitucional y siguió dando a la disposición una interpretación distinta a la establecida por la Corte Constitucional. El segundo caso se refiere a la naturaleza jurídica de las comisiones tributarias, que la jurisprudencia constante de la Corte de Casación consideraba de carácter jurisdiccional, mientras que la Corte Constitucional, en sentencia no acatada por la Corte de Casación, las consideró de naturaleza administrativa. El conflicto cesó mediante una intervención legislativa que aprobó una nueva disciplina de la materia, aceptada por la Corte Constitucional, en la cual se acertaba la naturaleza jurisdiccional de tales comisiones.³¹⁰

A partir de los años setenta las relaciones de la Corte Constitucional con la justicia ordinaria y con el Parlamento fueron mejorando. El rol institucional de la Corte Constitucional adquirió cada vez mayor reconocimiento y ésta adoptó modalidades más flexibles de sentencias e hizo uso de la doctrina del

310 Roberto ROMBOLI, I rapporti tra giudici comuni e corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/16.pdf>

“diritto vivente” para dar acogida a las doctrinas establecidas por una jurisprudencia reiterada de la Corte de Casación y de los jueces ordinarios, siempre que no estuviesen en contradicción con la Constitución.

B) ESPAÑA:

En España la justicia constitucional ha tenido importantes enfrentamientos con el parlamento y con la justicia ordinaria.

Hasta 1985 existió un recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas que llevaba a que el Tribunal Constitucional en cierta forma invadiese funciones propias del legislador. Marina Gascón refiere que “quizás el ejemplo más paradigmático de esta forma de proceder fue la sentencia 53/1985, de 11 de abril, relativa además a un asunto tan controvertido como fue la despenalización de algunos supuestos de aborto, donde el Tribunal se permitió sugerir medidas o garantías suplementarias cuya omisión hacía inviable el proyecto, convirtiéndose así en colegislador. La sentencia reconocía la constitucionalidad de los supuestos de despenalización, pero fundaba la inconstitucionalidad del precepto en que el legislador no había previsto “las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto” despenalizador. Así, la falta de previsión de un dictamen médico, en el caso del aborto terapéutico, la ausencia de mecanismos de comprobación del supuesto de hecho, en los tipos terapéutico y eugenésico, así como de medidas que garantizaran la práctica del aborto en las debidas condiciones médicas, fueron los elementos que sirvieron al Tribunal Constitucional para justificar la inconstitucionalidad del Proyecto. En suma, el Tribunal llevó a cabo una argumentación finalista más interesada en evitar el posible uso fraudulento del precepto impugnado que en ceñirse a los estrictos límites del juicio de constitucionalidad. Por ello, los

cinco votos particulares que se formularon a esa sentencia fueron conscientes de lo que ello significaba para la posición del propio Tribunal, “*cuya actuación no puede aproximarse a la de una tercera Cámara sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo*”³¹¹

El Tribunal Constitucional también ha tenido enfrentamientos con el Tribunal Supremo, los cuales se han producido con ocasión de la revisión por parte de aquél de decisiones de éste. Rosario Serra señala que

*“más de una vez el TS ha reaccionado de forma airada frente a ello. Ha denunciado que el TC se había extralimitado en su función de garante de la constitucionalidad abrogándose competencias que se ubicarían en el marco de la legalidad ordinaria.”*³¹²

Veamos algunos ejemplos de las tensiones producidas entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

Uno de los casos más relevante de tales tensiones se dio con ocasión de una demanda que Isabel Presley intentó contra una ex empleada doméstica que dio unas declaraciones a una revista en las cuales revelaba aspectos de su vida personal. El Juzgado de Primera Instancia 32 de Barcelona dio la razón a la recurrente y acordó una indemnización de cinco millones de pesetas, la cual fue duplicada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

El caso llegó en casación al Tribunal Supremo, el cual consideró que las frases aparecidas en el reportaje de la revista

311 Marina GASCÓN ABELLÁN, ob. Cit. en la nota 279, p.9.

312 Rosario SERRA CRISTÓBAL, Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España, ¿De las desavenencias a una relación dialogada?, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* núm. 18, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 373.

“no se pueden catalogar, ni de lejos, como atentatorios graves a la intimidad, por ser afrentosos, molestos, o simplemente desmerecedores desde un punto de vista de homologación social. Simplemente constituyen una propagación de chismes de escasa entidad, que en algún caso pudieran servir como base para resolver un contrato laboral de empleo del hogar, pero nunca para estimarlos como un atentado grave y perjudicial a la intimidad de una persona».

El asunto llega a la consideración del Tribunal Constitucional que, contrariamente al Tribunal Supremo, considera que las referidas declaraciones “han invadido ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este ámbito indudable mente pertenecen». Con base en estas consideraciones el Tribunal Constitucional ampara a Isabel Preysler, y anula la sentencia del Tribunal Supremo para que éste dicte una nueva resolución.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acepta que el reportaje cuestionado «supone un ataque a la intimidad» de la recurrente, pero establece como indemnización por el daño moral recibido una cantidad ínfima de veinticinco mil pesetas. Preysler intenta una demanda de amparo y el Tribunal Constitucional decide que el Tribunal Supremo ha fijado la indemnización sin tener en cuenta «los criterios o parámetros básicos legalmente exigidos»; acuerda decretar la nulidad de la Sentencia impugnada y otorgar firmeza a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que establecía una indemnización de diez millones de pesetas.

El Tribunal Supremo consideró que la sentencia del Constitucional invadió las funciones de la jurisdicción ordinaria e “incurre en el error mayúsculo de hacer valer una sentencia inexistente (puesto que fue revocada) por encima de la decisión del Tribunal Supremo, cuyos hechos debían ser respetados por

el alto Tribunal.” Y critica que se exprese una «inaceptable sospecha o desconfianza respecto de la conducta» del Tribunal Supremo cuando se acuerda no devolver las actuaciones para su posterior pronunciamiento.” La diatriba llegó al punto de que el Supremo consideró que existía una culpa grave en la actuación de los Magistrados del Tribunal Constitucional y llegó a poner a cada Magistrado el pago de una indemnización de quinientos euros lo cual, como es de suponer, fue rechazado por el Tribunal Constitucional.

Otro ejemplo tiene que ver con la interrupción de la prescripción de los delitos. El Tribunal Supremo tradicionalmente consideró que la prescripción de un delito se interrumpía con una querrela, denuncia o investigación dirigida contra una persona identificada o identificable. Contrariando este criterio, el Tribunal Constitucional, en sentencia Nº 63/2005, decidió que no bastaba la presentación de una querrela, denuncia o investigación, sino que se requería un acto judicial de admisión de la misma. Es de observar que dos magistrados emitieron votos particulares por considerar que el asunto se refería a una cuestión de legalidad ordinaria que salía de la competencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Supremo se negó a acoger este criterio del Tribunal Constitucional y en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 de abril de 2005 acordó: «Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005». Tras este Acuerdo el Tribunal Constitucional, en posteriores sentencias, ratificó su criterio sobre la interrupción de la prescripción del delito, lo que motivo otra declaración del Tribunal Supremo (Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 26 de Febrero de 2008), en el cual se dice:

«La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido conocimiento de la reciente sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional el pasado 20/02/08, que declara la nulidad de la nuestra de 14/03/03 y, tras su análisis, ratificamos nuestros precedentes Acuerdos de Sala General de 12/05/05 y 25/04/06, por cuanto el Órgano Constitucional reitera la extensión de su jurisdicción basándose de nuevo en una interpretación de la tutela judicial efectiva, en este caso, en relación con el potencial derecho a la libertad personal de los recurrentes, que vacía de contenido el art. 123 CE.

Este precepto constitucional, dentro del Título correspondiente al Poder Judicial, tiene como misión preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado, en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél, de forma que se desconoce su esencia, fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al Tribunal Supremo».

Matia Portilla señala que

“Afortunadamente, tras nuevos incidentes, el legislador ha superado esta declaración de guerra institucional (en todo caso, desafortunada) regulando con mucho más detalle la institución material de la prescripción penal a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”³¹³

Muchas tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han producido fundamentalmente con ocasión de la cuestión prejudicial de constitucionalidad y el amparo constitucional. En ambos mecanismos pueden producirse, como en efecto se produjeron, diferencias de criterios en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte de la justicia constitucional y la justicia ordinaria.

313 Francisco Javier MATIA PORTILLA, Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos en *Revista de Derecho Político* N.º 97, septiembre-diciembre 2016, UNED, p.25

La frecuencia con que las decisiones del Tribunal Supremo son objeto de amparos intentados ante el Tribunal Constitucional (alrededor del 25% de los amparos conocidos por éste) favorece estas tensiones. Rosario Serra se refiere a las mismas en los siguientes términos:

“Pese a que no son pocos los casos en los que el TC ha conocido en amparo una decisión dictada por el TS, algunas en particular han despertado un especial rechazo por éste, produciéndose entre ambas situaciones verdaderamente tensas. Por ejemplo, tras unos primeros intercambios de críticas sobre la interpretación dada por el TC al principio de «libre valoración de la prueba» (SSTC 174/ 1985, 175/1985 y 229/1988), la anulación de una sentencia del TS por la STC 7/1994, conocida como el «asunto de la paternidad», le produjo tal malestar que amenazó con solicitar la intervención de S. M. el Rey como mediador. Intención que, en todo caso, y felizmente, no fue materializada. Tampoco fue bien recibida por algunos magistrados del TS la STC 136/1999, en el «caso Mesa Nacional de HB», por considerar que con ello quedaban despojados de la posibilidad de pronunciar la última palabra en un asunto que les competía, al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria -la aplicación de la ley penal.”³¹⁴

Una plasmación clara de la disconformidad del TS con la actuación del TC se produjo, una vez más, en el conocido «asunto Preysler» (STC 186/ 2001, de 17 de septiembre). Como respuesta a esta decisión, en la STS de 5 de noviembre de 2001 el TS acusó al máximo garante de la Constitución de invadir su ámbito competencial y lo hizo con palabras tan crudas como las que ahora se recogen. Decía el TS:

«La sentencia del Tribunal Constitucional que examinamos acumula un tercer e importante reproche... La magnitud de esta acusación, que como reproche se formula a este Tribunal y que de ser cierta ten-

314 Rosario SERRA, ob. cit. en la nota 311.

dría naturaleza delictiva, incide en las mismas funciones judiciales del Tribunal Supremo, al arrogarse el Tribunal Constitucional, sin título para ello, unas atribuciones acerca del establecimiento de unos nuevos hechos...»(F.J. 2º).

Y concluía el TS, en aquella ocasión, diciendo:

«Las precedentes reflexiones nos llevan a reafirmarnos en nuestros criterios y en la necesaria defensa de la Ley que es el primer valladar que debe respetarse para la eficaz salvaguardia de la Constitución, con la esperanza de que el Tribunal Constitucional medite sobre la importancia de las mismas sin llevar a sus últimas consecuencias lo que entendemos como conducta negligente que, con su repetición, sugeriría la concurrencia al menos de «culpa con representación» o dolo eventual». Pero, sin duda alguna, el punto más álgido, al tiempo que impensable, de esta cadena de desencuentros tuvo lugar a principios de 2004 como consecuencia de la condena impuesta, por la Sala de lo Civil del TS (STS, 51/ 2004, de 23 de enero), a once magistrados del TC, por la presunta ausencia de respuesta a un recurso de amparo sometido a su conocimiento»³¹⁵

En opinión de esta autora la reforma operada por la Ley 6/2007 en la Ley Orgánica del tribunal Constitucional, que ofrece más instrumentos que refuerzan a los tribunales ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales, reservando al Tribunal Constitucional solo para los supuestos en los que aquéllos mecanismos fallen y la madurez constitucional de los tribunales han ido perfilando en mejor medida los espacios que corresponden a las cuestiones de legalidad ordinaria y de constitucionalidad, situando a cada uno de ellos en el lugar que les corresponde, lo cual favorece una relación “dialogada” entre ambas jurisdicciones.

315 *Ibíd*em, pp.381 y 382.

C) COLOMBIA:

La Constitución colombiana de 1991 establece cuatro “organismos de cierre” jurisdiccionales, es decir cuatro instituciones que ocupan la cúpula de la organización jurisdiccional. La Corte Suprema de Justicia, que además de algunas competencias especiales como el juzgamiento de altos funcionarios, se ocupa fundamentalmente de tramitar y decidir los recursos de casación; la Corte Constitucional, creada por dicha Constitución, que ejerce el control de la constitucionalidad de leyes y otros actos del poder público; el Consejo de Estado, que es la máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativa y es órgano del consulta del poder Ejecutivo en algunas materias y el Consejo Superior de la Judicatura, que es el órgano de administración y gobierno del poder judicial, que además ejerce la jurisdicción disciplinaria de los funcionarios judiciales. Entre esos cuatro organismos cúpula y, muy particularmente entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia y entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han presentado importantes divergencias que han sido conocidas en Colombia como “el choque de trenes”.

Para entender el contexto en que se ha producido “el choque de trenes” es necesario señalar que en 1991 se aprueba en Colombia una Constitución que deroga la aprobada en 1886. Mientras la anterior Constitución, a la usanza de las constituciones de la época se limitaba a establecer las estructuras de un Estado liberal y a establecer ciertos principios políticos y los derechos primarios de los ciudadanos con poca incidencia en el resto del ordenamiento jurídico, la nueva Constitución, imbuida de las modernas tendencias constitucionales diseña un Estado Social y Constitucional de Derecho, que establece la primacía de la Constitución, la cual sustituye a la Ley como norma fundamental de la organización jurídica de la sociedad e

irradia y condiciona el resto del ordenamiento jurídico, de forma tal que toda norma de éste debe interpretarse con base en el texto constitucional. Justamente para asegurar la primacía de la Constitución se crea la Corte Constitucional.

Los principales enfrentamientos se dan entre la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, pues las nuevas formas de interpretación del ordenamiento jurídico con base en la Constitución empleadas por aquella son diferentes a las interpretaciones tradicionales empleadas por ésta, pero también involucran al Consejo de Estado. Mencionaré sólo algunos de los temas que se enfrentaron en sentencias contradictorias de los altos tribunales.

1) La acción de tutela.

Uno de los primeros temas que generaron “el choque de trenes” fue el de la procedencia o improcedencia de la acción de tutela contra sentencias. El artículo 86 de la Constitución de 1991 creó la acción de tutela

“para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”

La Constitución no especifica si la acción de tutela puede ser ejercida contra sentencias. El artículo 40 del Decreto 2591 que regula la acción de tutela, promulgado pocos meses después de la Constitución, estableció que

“cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de

Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.”

Con posterioridad a este Decreto la Corte Constitucional dictó su primera decisión de tutela contra sentencia (sentencia T-006 de 1992) que hacía referencia a una decisión de la Corte Suprema de Justicia que había considerado que el Decreto 2591 era inconstitucional y que, por “diversidad igualitaria”, se debía excluir de las tutela contra sentencias las sentencias de casación. Al decir de Agudelo Osorio esta sentencia “*causó mucho escándalo ya que, para algunos, la TCS*” (tutela contra sentencia) “*dejaba a la Corte Constitucional como órgano de cierre de todas las jurisdicciones al permitir anular sentencias de la Corte Suprema y del Consejo de Estado*”³¹⁶

Curiosamente la misma Corte Constitucional, en posterior sentencia No. C- 543-92 del 1 de octubre de 1992, declaró que este artículo era “inexequible”, es decir, inconstitucional. La Corte señaló, entre otros argumentos, que la tutela contra sentencias atenta contra la autonomía judicial al permitirle al juez de tutela darle órdenes a otros jueces, que es contraria a la “especialidad”, “separación” e igualdad de todas las jurisdicciones al permitirle a la jurisdicción constitucional “inmiscuirse”, “invadir” y “penetrar” en el ámbito de las otras jurisdicciones y que podría sustituir a la jurisdicción ordinaria y contenciosa, creando un sistema judicial “paralelo” Es de señalar que en esa sentencia se distinguen las providencias judiciales de las

316 Julián David AGUDELO OSORIO, Choque de trenes: tutela contra sentencias, concepciones del Derecho y constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano, Tesis de Maestría, Universidad de Antioquia Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/6256/1/AgudeloJulian_2017_ChoqueTrenesTutela.pdf.

“*actuaciones de hecho*” imputables al funcionario judicial; tal es el caso de “las dilaciones injustificadas” o los actos judiciales que causen un “perjuicio irremediable”, situaciones en que es claro que los jueces violan derechos fundamentales. En estos supuestos, la Corte acepta que, como no se trata de verdaderas sentencias, sea procedente la tutela. Esta distinción, como se verá de seguidas, ha sido fundamental para el desarrollo jurisprudencial posterior que ha hecho la Corte Constitucional en relación a esta materia.³¹⁷

Posteriormente a la sentencia C-543-92, tras un cambio en la integración de los magistrados de la Corte Constitucional, ésta, desarrollando la teoría de las “vías de hecho”, apenas enunciada en la mencionada sentencia, adopta un criterio favorable a las tutelas contra sentencia.³¹⁸ Así, en sentencia T-173 de 1993, se declaró procedente la acción de tutela de tutela contra un auto de un juzgado penal donde se discutía el delito de perturbación de la posesión y en el que se negó un recurso porque, contrario a la realidad, se consideró que el representante legal de una persona jurídica no había acreditado su calidad de tal. Allí se dijo que la decisión del juez era sólo una “apariencia” de providencia judicial y que, por tanto, constituía una “vía de hecho”. Este cambio de orientación fue duramente cuestionado por la Corte Suprema y por el Consejo de Estado que alegaban

317 *Ibidem*. Julián David AGUDELO OSORIO hace en su tesis de maestría un detallado análisis de la evolución jurisprudencial del tema en las decisiones de las Altas Cortes.

318 Manuel Fernando QUINCHE M. (2005). *Vías de hecho Acción de tutela contra providencias* (Segunda edición), Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2005, define la vía de hecho señalando que “consiste básicamente, en una actuación arbitraria, realizada por un funcionario judicial y materializada en una providencia, siendo la arbitrariedad de tal envergadura, que además de vulnerar uno o más derechos fundamentales, constituye una actuación abiertamente irregular que se erige en vía de hecho, debiendo por lo mismo ser descalificada como acto jurídico”

la violación de la cosa juzgada constitucional. No obstante ello, la Corte Constitucional no solamente siguió procesando las tutelas contra sentencias, sino que estableció criterios más amplios de interpretación para expandir los casos en que consideraba que las decisiones de los tribunales constituían vías de hecho. El enfrentamiento continuó y tanto la Corte Suprema y el Consejo de Estado, cerraron toda posibilidad de discutir “vías de hecho” de sus sentencias archivando y no dándole trámite a las tutelas.

2) El nombramiento en provisionalidad.

La administración pública colombiana confronta un grave problema con los servidores públicos que son nombrados de manera provisional para desempeñar un cargo de carrera vacante, bien sea porque no se haya realizado un concurso de méritos que determine la existencia de una lista de elegibles o porque el titular del cargo está en comisión. Existe un gran número de servidores públicos en esta condición y en general se encuentran en una situación precaria. Para ellos la situación es particularmente difícil cuando el jerarca decide prescindir de sus servicios, ya que, por no estar en la carrera administrativa, no gozan de estabilidad alguna. Aun así es frecuente que trabajadores transitorios despedidos acudan a los tribunales requiriendo protección y alegando que su despido es arbitrario, ya que no se les dio motivación alguna del mismo.

En un primer momento el Consejo de Estado equiparaba el despido de los provisionales al despido de los empleados de libre nombramiento y remoción. Se consideró que “la necesidad de motivación existe sólo para los empleados que ya han ingresado a la carrera por medio de un concurso de méritos”, que no podía propiciarse el acceso automático a la carrera administrativa obviando los requisitos de concurso, que el nombramiento y desvinculación de los trabajadores provisionales era discrecional

y por tanto no había porque motivar el acto mediante el cual decretó su separación del cargo, estableciéndose “la discrecionalidad en el nombramiento y en la desvinculación del provisional” y “la prohibición del acceso automático a los derechos de carrera”. En fin, que los provisionales

“pueden ser removidos del cargo de la misma forma como se realiza el retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, es decir, de manera discrecional, toda vez que ante la ausencia de alguna estabilidad, nada obsta para que en uso de esa discrecionalidad, el nominador declare la insubsistencia del nombramiento, más cuando el cargo está llamado a ser proveído mediante concurso. Se está entonces ante un acto discrecional, que por lo mismo generalmente no requiere ser motivado”.

La Corte Constitucional emitió un criterio distinto al del Consejo de Estado y así lo expresó en sentencias emitidas con ocasión de acciones de tutela. Así, en sentencia SU-250 de 1998 la Corte señaló que la diferencia entre la “arbitrariedad” y la “discrecionalidad” se encuentra en la motivación que la administración exponga para tomar sus decisiones, sosteniendo que la falta de motivación de las decisiones es un rasgo propio de las monarquías y del Estado absolutista. “*En el Estado constitucional*” dijo, “*no existe discrecionalidad absoluta de la administración. Es más, la motivación de las decisiones de la administración es la regla general, que sólo se exceptúa en los casos que taxativamente señalen la Constitución y la ley, tal como ocurre con los cargos de libre nombramiento y remoción.*” La Corte consideró que los empleados nombrados en provisionalidad tienen una estabilidad “precaria”, “mínima” o “relativa”, que les garantiza que sólo serán retirados del servicio cuando cometan faltas disciplinarias, su desempeño sea deficiente o se provea el cargo mediante concurso. Para la Corte, la motivación facilita el posterior control de los actos administrativos, puesto que el juez con la información suminis-

trada puede corroborar si tal actuación “*se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo*”. Si no se expresan los motivos de una insubsistencia, el afectado con tal decisión no sabrá de qué defenderse, y le será imposible saber si las razones por las que fue retirado del servicio son reales o no; por tanto, estaría en una situación de absoluta “indefensión”.

Estos criterios son reiterados en numerosas sentencias, no obstante las cuales el Consejo de Estado se aparta constantemente del precedente establecido por la Corte Constitucional. El Consejo de Estado se duele que la Corte lo acuse de hacer un análisis de “mera legalidad” porque para él la aplicación de la ley, que ya ha sido sometida a control constitucional es aplicar la Constitución y respetar el principio democrático. Por ello, califica de “populista” hacer creer que sólo la Corte protege los derechos fundamentales cuando todos los jueces lo hacen. También el Consejo de Estado dice que la Corte es “arrogante”, pues pretende imponer sus tesis en materias que no son de su competencia, por ejemplo, la exigencia de la motivación que, según él, tendría como único fundamento el hecho de que la Corte así lo haya establecido, “por sí y ante sí”.

El duro enfrentamiento se prolonga durante varios años, hasta que, a partir de los primeros años del siglo, se produce un cambio en las decisiones del Consejo de Estado, que atienden, por una parte, a nuevas disposiciones legales que establecen expresamente el deber de motivación y hablan de una facultad reglada y no discrecional del acto de insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad y por otra parte, a la incorporación de nuevos magistrados. La nueva orientación es claramente formulada en la importante sentencia del 23 de septiembre de 2010 de la Sección Se (Radicado: 2005-01341-02 -0883-2008) con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, de muy grata memoria, que decidió el caso de una

servidora pública declarada insubsistente el 29 de septiembre de 2004 que intentó acción judicial que fue declarada sin lugar en primera instancia. El Consejo de Estado revocó la sentencia del Tribunal, declaró la nulidad del acto, concedió la indemnización y ordenó el reintegro de la empleada con la condición de que siga siendo provisional. Para fundamentar su decisión el Consejo señala que es necesario motivar porque así lo establece la ley vigente al momento de los retiros, sin importar que la ley vigente al momento de la vinculación estableciese lo contrario.

De esta forma se fue resolviendo el enfrentamiento de las dos Altas Cortes en esta materia.

3) Megapensiones.

En Colombia se estableció un límite máximo para las pensiones, el cual incluso fue consagrado constitucionalmente en el año de 2005 mediante el acto legislativo 01, que modifica parcialmente el artículo 48 de la Constitución Política que dice: *“a partir del 31 de julio de 2010, no podrá causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”*.

Esta disposición perjudica notablemente a los altos funcionarios públicos cuyas pensiones superan ese límite. El tema fue sometido a la Corte Constitucional mediante una acción de inconstitucionalidad que fue resuelta mediante sentencia C-258 de 2013 que resolvió que “como efecto inmediato de la sentencia, a partir del 1 de julio de 2013 y sin necesidad de reliquidación, ninguna mesada pensional, con cargo a recursos de naturaleza pública, podrá superar el tope de los 25 salarios.” La Corte fundamentó su decisión que por cuanto el sistema pensional paga las pensiones mediante un fondo común constituido con el dinero que aportan los cotizantes actuales, por lo cual es ilógico que ese fondo se destine al pago de pensiones excesivamente

desproporcionadas, toda vez que esto contribuiría aún más a la insostenibilidad del sistema.

Por su parte el Consejo de Estado, en decisión del 2 de Julio de 2015, resolvió una acción de tutela en la cual se sustenta la vulneración de derechos fundamentales al debido proceso, seguridad jurídica y principio de buena fe, los cuales consideran los demandantes, transgredidos por la decisión adoptada por la Corte Constitucional y el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON-, al desconocer el derecho pensional adquirido y limitarlo a no superar los 25 salarios mínimos. El Consejo de Estado fundamentó su decisión en que “en ningún caso, la legislación nueva y mucho menos una sentencia general, puede modificar situaciones consolidadas ni derechos adquiridos.” El Consejo estableció que a los congresistas cuyas pensiones fueron causadas, reconocidas, liquidadas y se venían pagando, de manera legítima y de buena fe, antes del 31 de julio de 2010 no les es aplicable lo dispuesto en la Sentencia C-258 de 2013 – ni en lo relativo a los factores que se tuvieron en cuenta para su reconocimiento ni en el tope de los 25 SMLMV-, toda vez que i) tienen derechos adquiridos, y ii) no son susceptibles del trámite administrativo de que tratan los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003 ; en consecuencia, no se les podrá reajustar automáticamente el valor de la pensión a partir del 01 de julio de 2013”

4) Convención colectiva.

Uno de los temas que ha causado confrontación de criterios entre las altas cortes es el relativo a la naturaleza de la convención colectiva. El debate se establece en torno a determinar si la convención colectiva es una fuente de Derecho que produce normas jurídicas objetivas que deben ser aplicadas e interpretadas como tales por el juez o si se trata de un elemento de prueba que puede ser aportado por las partes.

Tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que la convención colectiva es simplemente un instrumento de prueba. Así, en sentencia SL378-2018- Radicación n.º 64611 del veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018), la Sala Laboral dijo:

“Esta Corporación ha reiterado que en casación la convención colectiva sólo es una prueba, por manera que no procede la inclusión de sus contenidos normativos en la proposición jurídica, también ha destacado su importancia como fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes que quedan cobijadas por sus preceptos.

En ese sentido, en la misma forma en que una vez delineado el contexto fáctico del caso, el fallador procede a buscar el precepto legal llamado a producir efectos, cuando de un derecho convencional se trata, ese mismo operador judicial debe buscar la fuente generadora de ese derecho en aras de examinar si se dan los supuestos fácticos que impongan la aplicación del texto convencional, que es ley para las partes.”

En consecuencia de ese criterio, al darle a la convención colectiva el carácter de probanza en el juicio laboral y no de fuente de derecho, no es posible que el juez fundamente su decisión en una convención colectiva.

Por su parte la Corte Constitucional mantiene un criterio opuesto. Así, por ejemplo, en sentencia N° T-661/11 de fecha 7 de Septiembre de 2011 la Corte dijo:

“De la definición legal se deduce que la convención colectiva es un acuerdo bilateral que regula las condiciones de trabajo, usualmente buscando mejorar el catálogo de derechos y garantías mínimas que las normas jurídicas le reconocen a todos los trabajadores. De ahí que la convención colectiva tenga un carácter esencialmente normativo, tal como la ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia. Contiene las disposiciones instituidas para regular las relaciones de trabajo en la empresa. Así, en la convención colectiva se establecen en forma general y abstracta las estipulaciones que rigen las condiciones de

los contratos de trabajo, las obligaciones del empleador frente a cada uno de sus trabajadores, como también, las obligaciones que el empleador en forma común adquiere respecto a la generalidad de los trabajadores.”

Luego agrega:

“La Corte Constitucional ha señalado en esa línea, que una cosa es que la convención colectiva deba ser aportada y apreciada en el trámite de la casación como prueba, “por la imposibilidad de impugnar la sentencia mediante este recurso extraordinario por la causal de violación directa de la ley, puesto que la convención carece del valor material propio de esta última norma jurídica, y otra distinta, es considerar erróneamente que la convención colectiva sólo tiene el carácter de prueba y negarle así su condición de fuente formal del derecho. En verdad, sostiene la jurisprudencia, el valor normativo de la institución es incuestionable, y el deber de interpretarse como tal, es mandato constitucional para todos los operadores jurídicos, y más aún para las autoridades judiciales (artículos 228 y 55 de la Constitución Política), las cuales una vez establecido el texto de la convención colectiva, deben interpretarla como norma jurídica, y no simplemente como una prueba, máxime si de aquella se derivan derechos y obligaciones para los particulares.

Así, la Corte Constitucional sostiene que la convención colectiva “no pierde su carácter de fuente formal de derecho y por lo tanto de norma jurídica, por el mero hecho de ser aportada como prueba en un proceso judicial. Es importante resaltar, que la finalidad de la prueba es verificar la existencia de un acto jurídico, como lo es la convención colectiva, pero una vez se ha probado y determinado la existencia y contenido de este acto normativo, sus efectos obligatorios y generales no son susceptibles de ser desconocidos por las autoridades judiciales”.

Es evidente que en los temas referidos, así como en muchos otros que omito por razones de espacio, hay diferencias y tensiones entre las Altas Cortes colombianas. No obstante, es notorio que en los últimos años esos “choques” son menos frecuentes. A

juicio de algunos autores eso se ha debido a que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado y en general los jueces ordinarios han incorporado la Constitución y la doctrina constitucional en sus decisiones.

D) CHILE:

En Chile la Constitución de 1980 contemplaba lo que se consideró como un sistema mixto de control de constitucionalidad, pues si bien otorgaba al Tribunal Constitucional las facultades más importantes de dicho control, le daba a la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable para los efectos de un caso concreto “*todo precepto legal contrario la Constitución*” En la Constitución de 2005 no aparece tal facultad atribuida a la Corte Suprema, sino que por el contrario se otorga al Tribunal Constitucional la competencia para “*Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”. A partir de la reforma constitucional de 2005 se han presentado posiciones divergentes entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en relación al tema de la declaratoria de inaplicabilidad de leyes y decretos leyes anteriores a la misma, ya que se ha planteado la duda acerca de si la justicia ordinaria puede o no seguir declarando la inaplicabilidad de normas preconstitucionales. En este sentido, Silva Irarrázaval dice:

*“en Chile, la cuestión sobre la competencia de los tribunales de justicia para resolver el conflicto entre una ley anterior y la Constitución posterior está abierta: no existe ninguna norma expresa sobre la materia, ni la jurisprudencia tiene la consistencia y la fuerza para imponer una solución definitiva”*³¹⁹

319 Luis Alejandro SILVA IRARRÁZAVAL, (2011). La derogación tácita por inconstitucionalidad. Comentario a la sentencia de casación dictada por la Corte

La Corte Suprema ha sostenido que:

“los tribunales ordinarios tienen competencia para definir la vigencia del precepto legal, puesto que tratándose de una norma constitucional posterior pueden recurrir al criterio temporal para resolverlo, conforme al principio de que ante una antinomia o contradicción entre normas jurídicas “ley posterior deroga ley priori”, circunstancia que los tratadistas refuerzan en el caso de las normas constitucionales posteriores, pues se conjugan, además, los principios jerárquico, supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución.”

Esta argumentación ha sido especialmente empleada en los casos de las denominadas leyes preconstitucionales. Uno de los casos más relevantes se refiere a una sentencia de la Corte Suprema que declaró la inconstitucionalidad de un decreto con base en el cual un registrador se negó a celebrar el matrimonio entre un extranjero y una chilena aduciendo que el extranjero no portaba cédula de identidad chilena y que, en consecuencia, no pudo demostrar si su situación migratoria en Chile era legal, lo cual le impedía realizar actos jurídicos conforme al artículo 76 del Decreto Ley n° 1.094 de 1975. La Corte Suprema consideró:

“que la actuación del Registro Civil fue injustificadamente discriminatoria, puesto que la exigencia de requerir una cédula de identidad para un extranjero que el mismo servicio se niega a otorgar “atenta contra la igualdad de derechos e igualdad ante la ley y la justicia de todas las personas que habitan nuestro país, incluido los extranjeros” (Verónica Venegas Cáceres y otro con Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, con. 10).

Suprema, sociedad establecimiento comercial Comarrico Ltda. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 1, 2011 pp. 307-315

En consecuencia, la Corte declaró que:

“la norma del referido Decreto Ley con base en la cual se negó el matrimonio había perdido vigencia por ser contraria la norma constitucional posterior que garantiza la igualdad de derechos e igualdad ante la Ley de todos los habitantes del país.”

Pocos meses después de ese fallo de la Suprema Corte, el Tribunal Constitucional reiteró de manera explícita que en relación a la legislación preconstitucional, poseía la competencia privativa para declarar la inconstitucionalidad sobrevinida a través de un requerimiento de inaplicabilidad, independientemente si el precepto legal fuere pre o postconstitucional. El Tribunal considera que tiene la competencia exclusiva y excluyente para conocer de la llamada inconstitucionalidad sobrevinida de leyes. El Tribunal señaló:

“en el régimen jurídico en vigor, los jueces están vinculados a la ley, pero también a la Constitución (artículo 6º de ésta). De manera que si, en un caso de que conozcan entienden que la ley aplicable no se conforma con la Carta Fundamental, están obligados a plantear la cuestión al Tribunal Constitucional, única magistratura llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes” Manifestó su inquietud porque *“ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, la facultad de declarar -por sí y ante sí- la derogación de una norma legal por considerarla contraria a la Constitución”* (Tribunal Constitucional de Chile, 2016).

En otro caso (Comercial Camarico Ltda. con Alvear Villalobos), relativo a una acción de reivindicación de un inmueble, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley 2.695. En la sentencia dictada en ese caso la Corte se basó fundamentalmente en establecer una distinción entre el control de constitucionalidad, que compete al Tribunal

Constitucional y la derogación tácita por inconstitucionalidad, que, en su concepto, es una atribución indiscutida de los tribunales ordinarios. La Corte reconoció la innegable tendencia de la reforma constitucional de 2005 a concentrar el control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional, pero señaló que no hubo ninguna indicación en el sentido de quitar a los tribunales ordinarios esa atribución respecto de leyes anteriores a la Constitución, ni se aprobó norma alguna en ese sentido. Los tribunales ordinarios, dijo:

“no pueden pasar más allá de la constatación de inconstitucionalidad de una norma legal. En cambio, la derogación corresponde al cometido propio de los tribunales que consiste en determinar el derecho aplicable al caso. La incompatibilidad entre una ley y la Constitución se soluciona de manera distinta según si la ley es anterior o posterior a la Constitución, porque la finalidad en un caso y otro es distinta. En el primer caso se trata de establecer su validez (constitucionalidad) y en el segundo su vigencia (derogación)”

Esta argumentación no es aceptada por el Tribunal constitucional. Para éste es irrelevante si se trata de un problema de vigencia o de validez de la ley; lo relevante es la existencia de una incompatibilidad entre la ley y la Constitución, que debe ser resuelto en favor de la Constitución y el competente para ello es el Tribunal Constitucional.

E) VENEZUELA:

En Venezuela pueden registrarse problemas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con el poder legislativo y con la justicia ordinaria. Algunos son de orden jurídico y otros de orden propiamente político. Me referiré a los primeros en el presente punto y a los últimos en el punto 9 del presente capítulo.

En algunas de sus decisiones la Sala Constitucional ha invadido de manera clara las competencias propias de la Asamblea Nacional. Veamos dos casos, entre los varios que pudieran referirse. En la Constitución venezolana de 1961 se incorporó la acción de amparo a los derechos y garantías constitucionales. Para regular el amparo en 1988 se promulgó la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la cual, entre otros temas, estableció el procedimiento que debía seguirse para ejercer una acción de amparo. La Constitución de 1.999 también estableció, con un texto más amplio, la acción de amparo. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia núm. 7 del 1o. de febrero de 2000 (Caso: José Mejía y otros), supuestamente interpretativa de la Constitución, pero que en realidad desarrolló una actividad meramente legislativa, modificó la Ley Orgánica de Amparo, estableciendo un procedimiento distinto al previsto en la Ley, con el pretexto de adaptar el procedimiento vigente a la nueva Constitución. La sentencia modificó la regulación de los siguientes aspectos, todos modificatorios de la Ley de Amparo: requisitos de la solicitud de amparo, obligación de presentar las pruebas con la solicitud, admisión, eliminó el informe del presunto agraviante, medidas cautelares, nuevas formas de notificación regulación de la audiencia pública y oral, régimen probatorio, oportunidad de la decisión. El magistrado Héctor Peña Tórrellas, salvó su voto observando que en el fallo se:

“han consagrado aspectos no previstos en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, lo cual, lejos de ser una adaptación al artículo 27 de la Constitución vigente se convierte en un procedimiento nuevo y distintos conservando algunos de las fases que establece la Ley, violando de esta forma el principio de reserva legal en materia de procedimientos.”

Al decir de Brewer Carías:

*“de la sentencia lo que resulta es que a partir de la misma, el procedimiento en la acción de amparo dejó de estar solamente regulado en la Ley Orgánica de Amparo, la cual no ha sido derogada ni reformada por la Asamblea Nacional, y pasó a estar regulado además por el texto de una sentencia de la Sala Constitucional, la cual ha reformado la Ley Orgánica sin tener autoridad alguna para ello.”*³²⁰

También han sido importantes los enfrentamientos de la Sala Constitucional con la justicia ordinaria.

El artículo 334 de la Constitución venezolana establece:

“Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.”

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado el artículo citado en el sentido de que en Venezuela, al igual que en otros países latinoamericanos existe un sistema mixto de

320 Allan R. BREWER-CARÍAS, El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje éctor Fix-Zamudio, UNAM, IMDPC, Marcial Ponds, México 2008, p. 96.

control de constitucionalidad, pues al tiempo que la Sala Constitucional del Tribunal Suprema de Justicia ejerce un control concentrado, abstracto y con efectos “erga omnes”, pudiendo declarar la nulidad de los actos de los poderes públicos contrarios a la Constitución, todos los tribunales de la República tienen la competencia para ejercer un “control difuso”, concreto y con efectos para el caso particular, desaplicando en sus decisiones aquellas normas que consideren inconstitucionales. No obstante ello, la Sala Constitucional en reiteradas decisiones ha limitado el control difuso que corresponde a los jueces. En efecto la Sala ha dicho:

*“Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o implicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones motu proprio que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado”*³²¹. *“Esta sentencia de la Sala Constitucional”, dice Brewer Carías, “en realidad, es una más que muestra la tendencia a la concentración de la justicia constitucional en la Jurisdicción Constitucional, lo cual es contrario a las previsiones constitucionales.”*³²²

Por otra parte, la Sala Constitucional auto amplió sus competencias estableciendo criterios no previstos en la

321 Sentencia N° 833 de 15 de mayo de 2001 (Caso: Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao vs. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)

322 Allan BREWER CARIAS, ob. cit. en la nota 281, p.340

Constitución en materia de una acción de interpretación y de un recurso de revisión de las sentencias producidas por otras instancias judiciales, incluyendo las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, nada de lo cual está establecido en la Constitución.

La Sala Constitucional creó una acción popular de interpretación de la Constitución que no está establecido por ésta. Para ello la Sala se fundamentó en la norma constitucional que establece el acceso a la justicia. La Sala dijo:

“No es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar una acción con la pretensión que por medio de ella se ventila, bastando para ello que exista una situación semejante a las prevenidas en la ley, para la obtención de sentencias declarativas de mera certeza, de condena, o constitutivas. Este es el resultado de la expansión natural de la jurisdicción”³²³.

La Sala Constitucional se atribuyó la competencia para revisar las sentencias de otros tribunales en estos términos:

“Las sentencias que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional y las sentencias que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás juzgados del país apartándose u obviando, expresa o tácitamente, alguna interpretación de la Constitución que contenga alguna sentencia de esta Sala con anterioridad al fallo que sea impugnado.”³²⁴

323 Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00 (Caso: *Servio Tulio León Briceño*), en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

324 706 Caso: Revisión de la sentencia dictada por la Sala Electoral en fecha 21 de noviembre de 2002, en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

Al comentar estas decisiones Brewer Carías dice:

*“La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, lejos de haber actuado en el marco de las atribuciones expresas constitucionales antes indicadas, ha venido efectuando una inconstitucional interpretación constitucional mediante la cual ha venido asumiendo y se ha auto-atribuido competencias no sólo en materia de interpretación constitucional, sino en relación con los poderes de revisión constitucional de cualquier sentencia dictada por cualquier tribunal, incluso por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; con los amplísimos poderes de avocamiento en cualquier causa; con los supuestos poderes de actuación de oficio no autorizados en la Constitución; con los poderes de solución de conflictos entre las Salas; con los poderes de control constitucional de las omisiones del Legislador; con la restricción del poder de los jueces de control difuso de la constitucionalidad de las leyes; y con la asunción del monopolio de interpretar los casos de prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En todos estos aspectos, la Sala Constitucional al interpretar la Constitución, ha incurrido en inconstitucionalidad por violar la garantía del debido proceso, habiendo dado lugar a actos viciados de usurpación de funciones. Pero como a la Sala Constitucional, como custodio o guardián de la Constitución, nadie la controla, se ha convertido en una especie de poder constituyente derivado no regulado en el texto constitucional, y sus inconstitucionales interpretaciones de la Constitución han pasado ilegítimamente a formar parte de la propia Constitución.”*³²⁵

IX. La justicia constitucional autoritaria.

188. Se ha visto como no ha sido infrecuente que tribunales y cortes constitucionales desarrollen una actividad que excede los límites estrictos de las atribuciones que les asigna la Constitución. En algunos casos estos excesos han llegado a constituir

³²⁵ Allan BREWER CARIAS, ob. Cit. en la nota 281, p.684

una situación grave para la vida de la sociedad, configurando un hipertrofiado protagonismo judicial, al punto de que ha llegado a hablarse, en esos casos, de la existencia de una justicia constitucional autoritaria que no respeta los cánones de separación y equilibrio de los poderes públicos propios de una sociedad democrática.

En un estudio comparado que analiza las desviaciones autoritarias de la justicia constitucional en el mundo Daniela Urosa Maggie señala:

“el autoritarismo judicial constitucional ocurre cuando las cortes constitucionales son utilizadas como arma política del gobierno autoritario. Dichas cortes son, probablemente, los tribunales más poderosos dentro del sistema jurisdiccional, pues pueden controlar y anular cualquier acto de gobierno –lato sensu– como última instancia judicial, sin ningún control posterior. Debido a ese poder extraordinario, cuando las cortes constitucionales pierden su independencia y están bajo control de gobiernos autoritarios, se convierten en arma política letal para la democracia constitucional, con el agravante de que esa letalidad estará justificada por sus propias decisiones e interpretaciones constitucionales que, como se dijo, son inobjetables e irrevisables. Por ende, el abuso de los tribunales o cortes constitucionales arruina la supremacía de la Constitución mediante interpretaciones de la Constitución que son, en realidad, verdaderas mutaciones constitucionales”³²⁶

Refiriéndose al grave problema de la extralimitación de los límites constitucionales por parte de algunos tribunales constitucionales Carpizo dice:

326 Daniela UROSA MAGGI, Cortes constitucionales y autoritarismo judicial constitucional en Libro Homenaje a Randolf Brewer Carías en Libro homenaje a Allan Brewer Carías, Coordinación Caterina Balasso Tejera, José Ignacio Hernández G, Claudia Nikken, Antonio Silva Aranguren, Flavia Pesci Feltri Centro Para la Integración y el Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, p.165

“Pareciera que no es probable que un tribunal constitucional desconozca esos límites, en virtud de que su esencia es la defensa jurisdiccional de la Constitución, y es el primero que debe respetarla. Sin embargo, en la realidad, diversos tribunales constitucionales han protagonizado enfrentamientos políticos en un afán de aumentar su poder, o el tribunal se compromete en un activismo judicial galopante y desenfrenado que puede llegar a atropellar sus propios límites constitucionales. Es así que, la historia política nos enseña lo peligroso que es un poder ilimitado, se trate de la naturaleza que sea y sin importar quien sea.”³²⁷

En el mismo sentido Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, magistrado del tribunal Constitucional peruano, dice:

“En un escenario como éste, curiosamente la labor de jueces y juezas constitucionales, destinada en principio para limitar o delimitar bajo parámetros conformes a derecho el quehacer de quienes cuentan con poder (y sobre todo, con poder político) y crear condiciones de seguridad jurídica indispensables para asegurar el pleno ejercicio de derechos fundamentales, un correcto funcionamiento institucional y condiciones para —entre otros supuestos— desarrollar inversiones más bien estables, puede, si sigue en esta línea (Se refiere a la línea argumental mediante la cual, el Tribunal Constitucional, “ya sea ampliando los alcances inicialmente reconocidos a algunos conceptos, o efectuando controvertidas lecturas no literales de la Constitución, busca posesionarse ante la judicatura ordinaria de forma tal que prácticamente estaría habilitado, por no decir, si cabe el término, auto habilitado, para revisar cualquier sentencia judicial”) constituirse seguramente muy a su pesar, en un riesgo precisamente para esa limitación del poder y para la seguridad jurídica buscada.”³²⁸

En su estudio Urosa Maggie refiere los casos de países como Tailandia, Ucrania, Rusia, Moldavia, Macedonia, Egipto,

327 Jorge CARPIZO, ob. Cit. en la nota 262, p. 67.

328 Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ob. Cit. en la nota 292, p.127.

Indonesia, Burundi, Singapur, Malasia, Polonia, Turquía, Hungría, República Democrática del Congo, Zambia, Gabón, Camerún, Uganda, Camboya, Nicaragua, Bolivia y Venezuela, con gobiernos de mayor o menor tendencia autoritaria, que han logrado un importante apoyo de los tribunales y cortes constitucionales. En los países referidos hay situaciones muy diversas, pero en todos estos casos hay un factor común: los gobiernos, no obstante sus tendencia al autoritarismo, se preocupan por mantener una fachada de legalidad y de constitucionalidad y para ello han contado con el apoyo de la justicia constitucional.³²⁹

En esos casos, los tribunales y cortes constitucionales han apoyado de diversas maneras a sus respectivos gobiernos. Por una parte, se abstienen de controlar los actos del poder público; por la otra apoyan, dándoles una apariencia de legitimidad, las iniciativas del gobierno para imponer su control autoritario sobre la sociedad. Los tribunales constitucionales han “legitimado” las convocatorias irregulares de asambleas constituyentes y de reformas constitucionales destinadas a reforzar el poder central del Gobierno, reducir la separación de los poderes públicos, eliminar los controles sobre el poder público, eliminar las restricciones para la reelección de los mandatarios, validar procesos electorales fraudulentos o, por el contrario, anular procesos electorales legítimos pero cuyos resultados son desfavorables al gobierno, declarar injustificados estados de emergencia, limitar el ejercicio de derechos ciudadanos, como el derecho al voto, el derecho a la protesta, el derecho a la participación política, el derecho a la libertad de expresión, el derecho de asociación, el derecho de propiedad, etc.³³⁰

Por ser el que conozco más de cerca, haré especial referencia al caso venezolano. En 1998 el Teniente Coronel Hugo Chávez

329 Daniela UROSA MAGGI, ob. cit, en la nota 325, p.152.

330 *Ibidem*, pp.153 y ss.

Frías ganó las elecciones presidenciales en Venezuela. Al año siguiente convocó a una asamblea constituyente que redactó una nueva Constitución que reforzaba los poderes del Presidente, permitió su reelección inmediata y, entre otras medidas, eliminó la Corte Suprema de Justicia y creó un Tribunal Supremo de Justicia con una Sala Constitucional. Estas medidas le permitieron a Chávez lograr el control del poder judicial, lo cual le fue muy útil, así como también lo ha sido para su sucesor Nicolás Maduro Moros. Chávez gobernó en medio de una gran abundancia debido al incremento inusitado de los precios del petróleo, lo cual le permitió mantener una variada gama de programas sociales con los cuales sustentó su popularidad. Nicolás Maduro no tuvo igual suerte, pues, al poco tiempo del inicio de su gestión, tuvo que enfrentar serios problemas derivados de la brusca disminución de los precios petroleros, la elevadísima inflación, la escasez, la dificultad para el pago de los productos básicos, la cuantiosa deuda asumida por el Gobierno, las fuertes protestas populares duramente reprimidas. En Diciembre de 2015 se realizaron unas elecciones legislativas, las cuales ganó muy ventajosamente la oposición, que logró más de las dos terceras partes de los escaños, lo cual vislumbraba nuevas dificultades para el gobierno de Maduro, el cual acudió a las vías judiciales para superar ese escollo. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fue declarando casi automáticamente la inconstitucionalidad de todos los actos aprobados por la Asamblea. La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, ante una demanda de nulidad por supuestas irregularidades en las elecciones del Estado Amazonas, acordó una medida cautelar ordenando la separación de los diputados electos por ese Estado hasta tanto se decidiera la acción de nulidad. Los diputados involucrados solicitaron su retiro de la Asamblea a fin de allanar el problema, pero la Sala Constitucional decidió que eso no bastaba, sino que era la directiva de

la Asamblea Nacional la que debía desincorporarlos y , por esa razón, declaró que la asamblea estaba en “desacato” y que todos sus actos eran inconstitucionales. A partir de esa decisión el Tribunal Supremo de Justicia asumió todas las competencias que la Constitución asigna a la Asamblea Nacional, cuyas funciones fueron siendo asumidas por el Tribunal Supremo de Justicia que suspendió los sueldos de los diputados y el presupuesto de la Asamblea. Con la anuencia del Tribunal Supremo fue convocada una Asamblea Nacional Constituyente con competencia para redactar una nueva Constitución y para ejercer las facultades legislativas que le corresponden a la Asamblea Nacional. La Asamblea Nacional Constituyente ejerció sus funciones durante casi tres años, asumió la función legislativa, ejerció como un poder supra constitucional y al finalizar su ejercicio ni siquiera llegó a iniciar la discusión un proyecto de reforma constitucional, función para la cual fue supuestamente convocada. Se venció el período constitucional de la asamblea electa en 2015, se procedió a realizar unas nueva elecciones parlamentarias convocadas por la asamblea constituyente y regidas por un Consejo Nacional Electoral designado por el Tribunal Supremo de Justicia en lugar de la Asamblea Nacional, a la cual está constitucionalmente asignada esta competencia. A todas éstas, pasados siete años, el Tribunal Supremo de Justicia nunca tramitó la denuncia de nulidad de las elecciones de los diputados de Amazonas que dio lugar al “desacato” de la Asamblea Nacional.

X. Conclusiones:

Primera: La Constitución es la norma suprema de la sociedad, rige por encima de cualquier otra disposición jurídica, sea de naturaleza pública o privada. Ningún acto contrario a la

Constitución puede ser válido. La garantía de la supremacía de la Constitución, que es una premisa para el buen funcionamiento de la sociedad, requiere que en todo Estado de Derecho exista un sistema eficiente de control de constitucionalidad que tenga la competencia para constatar que no sólo la legislación, sino también las actuaciones de los poderes público, sean conformes a la Constitución.

Consecuencia de la supremacía de la Constitución y de la necesidad de establecer un control eficiente de la constitucionalidad fue la creación de la justicia constitucional.

Segunda: Los sistemas de control de constitucionalidad pueden ser difusos o concentrados. En los primeros todo el poder judicial participa del control, pues todo juez tiene competencia, en un caso concreto, para constatar si una determinada norma o acto es o no conforme con la Constitución y, en caso de que determine inconformidad, desaplicar dicha norma para el caso que está decidiendo. Por el contrario, en los sistemas concentrados corresponde a un alto órgano público la competencia exclusiva de verificar si los actos sometidos a su consideración están conformes o no con la Constitución y, de no estarlo, declarar su nulidad con efectos “erga omnes”. Al lado de esos dos sistemas existe un tercero, que combina ambos pues, por una parte todos los tribunales tiene la competencia de ejercer el control difuso de la constitucionalidad, pudiendo en el caso concreto sometido a su conocimiento y sin efectos “erga omnes”, desaplicar una norma por considerarla contraria la Constitución y, por la otra, existe un órgano único con la competencia de ejercer el control concentrado de la Constitución y declarar, erga omnes, la nulidad por inconstitucionalidad de una norma o acto sometido a su conocimiento.

Tercera: La justicia constitucional aplica e interpreta la Constitución y la justicia ordinaria la Ley. Mientras la finalidad

de la justicia ordinaria es resolver los conflictos sometidos a su consideración, la justicia constitucional tiene como finalidad la de verificar si los actos sometidos a su consideración están conformes o no la Constitución. El juez constitucional debe adaptar la Constitución a los valores de la sociedad y del sistema político. Al tener como objetivo el defender la supremacía de la Constitución en todos los órdenes de la vida social, la justicia constitucional tiene competencia para conocer una gran variedad de materias. Es por ello explicable que la justicia constitucional, al conocer de casos que también entran de la competencia de la justicia ordinaria, pero analizándolas desde una óptica muchas veces distinta, en ocasiones haya entrado en contradicciones con esta última.

Cuarta: La justicia constitucional puede anular los actos contrarios a la Constitución producidos, no sólo por el poder ejecutivo y el poder legislativo, sino también por el propio poder judicial. Cuando tal función se ejerce respetando los límites constitucionales, no supone una ruptura de los principios constitucionales, sino que, por el contrario es una garantía requerida para asegurar la vigencia efectiva del principio de la primacía de la Constitución.

Quinta: La determinación de los límites de la justicia constitucional es un tema complejo, pero vital para el buen funcionamiento del Estado de Derecho. Si la justicia constitucional se ejerce en exceso de los límites que le establece la Constitución, puede convertirse en un mal mayor que el que se pretende evitar cuando se le otorga el poder de control de la constitucionalidad. Los límites de la justicia constitucional son los establecidos por la propia Constitución al señalar sus competencias. Toda actividad que alguno de ellos ejerza fuera de esos estrictos límites es anticonstitucional y, por tanto, nula. Ninguna Constitución les da competencia para modificar leyes, crear normas jurídicas,

ampliar las competencias que les da la Constitución, ni asumir funciones que correspondan a otros poderes públicos.

Sexta: Los tribunales y cortes constitucionales han venido dictando una gran variedad de sentencias, cuya tipología y fundamentación han desarrollado. Con las finalidades de evitar las consecuencias negativas de declarar la inconstitucionalidad de una Ley, los tribunales y cortes constitucionales han desarrollado las denominadas sentencias manipulativas interpretativas (normativas), que son aquellas en las que se establece la inconstitucionalidad de una parte del acto cuestionado, y, para evitar las consecuencias de declarar la nulidad del texto impugnado lo modifican. En la doctrina se han cuestionado las sentencias manipulativas, pues algunos autores consideran que con las mismas el tribunal constitucional se excede de las competencias que le asigna la Constitución y ejerce funciones que corresponden al legislador. El protagonismo o “activismo judicial” que han venido ejerciendo algunos tribunales constitucionales les ha llevado, en algunas ocasiones, a excederse del límite de las competencias que le establece la Constitución, invadiendo las competencias de otros poderes públicos, particularmente del poder legislativo. . En mi criterio si el tribunal o corte constitucional introduce modificaciones al acto sometido a su consideración, agregando textos nuevos (sentencias aditivas) o sustituyendo textos que considera inconstitucionales por otros, de su propia creación, que él considera conformes a la Constitución (sentencias sustitutivas), está realizando una labor “paralegislativa” que, en mi criterio, no le corresponde constitucionalmente.

Séptima: Los efectos de las sentencias constitucionales dependen mucho del tipo de sentencia de que se trate. Las sentencias simplemente desestimatorias tienen el claro efecto de establecer que el acto objeto de la misma es conforme a la Constitución y que, en consecuencia, sigue siendo vigente o de

expulsar dicho de acto del ordenamiento jurídico. En este caso se plantea la cuestión de determinar el alcance de la cosa juzgada que las mismas producen. En mi criterio no debería poderse solicitar la inconstitucionalidad de dicho acto por la misma razón sobre la cual versó la sentencia, pero si se puede pedir la inconstitucionalidad por un motivo diferente al decidido. En relación a las sentencias estimatorias que declaran la inconstitucionalidad del acto se plantea otra importante cuestión: el de sus efectos en el tiempo. Según el criterio más ortodoxo si una determinada norma es contraria a la Constitución debe ser declarada nula y, por tratarse de una nulidad, la misma debe tener efectos retroactivos (*ex tunc*). Pero una declaratoria de nulidad con carácter retroactivo puede comportar serios problemas. Por eso parece adecuado el criterio, acogido en muchos países, de establecer el carácter irretroactivo (*ex nunc*) de las sentencias de inconstitucionalidad, o de que los tribunales constitucionales *modulen* los efectos temporales de sus sentencias a fin de evitar las consecuencias perniciosas de una nulidad *ex tunc*. En relación a las denominadas sentencias manipulativas, además del tema del alcance de la cosa juzgada y de los efectos temporales, hay que considerar los efectos particulares propios de cada una de las modalidades de dichas sentencias. Las sentencias reductoras tiene el efecto de “achicar” la norma sometida a la consideración del tribunal, pues las partes que han sido declaradas inconstitucionales son expulsadas del ordenamiento jurídico mientras que las demás conservan íntegramente su vigencia. En las sentencias aditivas y sustitutivas las normas sometidas a la consideración del tribunal quedan reformadas agregándole los textos que el tribunal consideró necesarios a fin de ajustar la norma a la Constitución. En las sentencias exhortativas el efecto es producir una especie de *vacatio* durante la cual la norma no pierde su constitucionalidad mientras el órgano emisor expide una norma

sustitutoria conforme a la Constitución. El efecto de las sentencias estipulativas es establecer ad initio las variables conceptuales o terminológicas que utilizará en la decisión con lo cual evita explicaciones repetitivas.

Octava: El llamado “activismo judicial” comporta un protagonismo particular de los Tribunales y cortes constitucionales, que no se limitan a desempeñar el papel de “legislador negativo” que les asigna la teoría kelseniana, sino que, como se ha visto, emiten una amplia gama de sentencias, algunas de las cuales constituyen una reforma de los textos normativos sometidos a su consideración, desarrollando una actividad “paralegislativa”. Esta actuación de la justicia constitucional ha determinado que, en varios países, se hayan generado conflictos con otros poderes públicos. Estos enfrentamientos no son saludables para la vida jurídica de un país, por lo cual parece recomendable que, por una parte, se establezcan mecanismos jurídicos institucionales que perfeccionen la relación entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria y, por la otra, que se organicen actividades de estudio sobre estos temas en las cuales participen tanto jueces constitucionales como ordinarios

Novena: El desarrollo, por parte de tribunales y cortes constitucionales de una actividad que excede los límites estrictos de las atribuciones que les asigna la Constitución ha llegado a constituir, en algunos países, una situación grave para la vida de la sociedad, configurando un hipertrofiado protagonismo judicial, al punto de que ha llegado a hablarse, en esos casos, de la existencia de una justicia constitucional autoritaria que no respeta los cánones de separación y equilibrio de los poderes públicos propios de una sociedad democrática. Por tener el poder de anular cualquier acto de los poderes públicos, sin que sus decisiones puedan ser recurribles, los tribunales constitucionales pueden convertirse y, de hecho, se han convertido en algunos

casos, como se evidencia de los ejemplos referidos, en un peligroso instrumento de autoritarismo político. Para evitarse eso es necesario que tribunales y cortes constitucionales desarrollen su función con estricto apego a los límites de las competencias que la Constitución les asigna.

ÍNDICE ANALÍTICO

Acceso a la Justicia y tutela judicial efectiva	172
Acciones procesales especiales para atender determinados casos de infracción a derechos laborales	45
Acuerdo de París	149
Amparo	37 a 44 y 175
- Antecedentes históricos	38
- Amparo como medio de tutela de los derechos fundamentales	37
- Amparo en materia laboral	44
- Características	40
- Competencia jurisdiccional	41
- Naturaleza jurídica	39
- Sujetos	42
- Procedimiento	43
Aplicabilidad directa de las normas constitucionales	9 y 28
Bloque de constitucionalidad	7, 10, 16, 17, 18, 19 y 34
Bloque de convencionalidad	14 y 19
Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos	53, 64, 75, 102, 106, 110, 114, 118, 122, 126, 142, 146, 150, 154, 158

Carta Americana de Garantías Sociales	53, 58, 60, 63, 66, 69, 72, 75, 78, 81, 84, 88, 92, 95, 98
Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores	18
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	53, 56, 66, 69, 72, 75, 78, 81, 84, 88, 92, 95, 102, 106, 110, 114, 118, 122, 130, 134, 138, 142, 146, 154, 158, 162 y 166
Carta Magna	27, 32 y 38
Carta Social Europea	53, 56, 72, 81, 84, 88, 92, 95
Cláusula abierta de derechos fundamentales o cláusula de seguridad	18 y 31
Conferencia de Berlín	66, 78 y 95
Conferencia de Berna	74, 75, 78 y 95
Constitución de la Organización Mundial de la Salud	114
Constitución de Querétaro	3, 7, 13, 27, 32, 44 y 83
Constitución de Weimar	6, 27, 32 y 86
Constitución como fuente de Derecho	15
Constitucionalismo social	3, 5, 6, 7, 13, 28, 32 y 48
Constituciones liberales	1 y 2
Control de constitucionalidad	14, 40, 177, 178 y 179
Control de convencionalidad	14 y 18
Convención Americana Sobre Derechos Humanos	53, 102, 110, 118, 122, 126, 134, 138, 142, 146 y 158
Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, inhumanos o degradantes	110

Convención de Viena	31
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	110
Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	18 y 106
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	75, 106
Convención Sobre los Derechos del Niño	66, 102, 106, 110, 114, 118, 126, 134, 142, 146, 154
Convención sobre la esclavitud	53
Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud	53
Convenio de Aarhus	149
Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas	161
Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales	20, 23, VI.II.A, 53 y 106
Convenio que crea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual	162
Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial	161
Convenio N° 108 para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal	130

Corte Interamericana de Derechos Humanos	14, 19, 32, VI.II, A y VI.II. B
Criterios de temporalidad, especialidad y jerarquía	46, 47 y 48
Debido proceso	18, 48 y 174
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	23, 53, 63, 66, 75, 81, 92 y 106
Declaración de Derechos Virginia	23, 32, 105 y 141
Declaración de Estocolmo	149
Declaración de Filadelfia	18, 20 y 92
Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano	17, 23, 52, 105, 121 y 141
Declaración Socio Laboral de Mercosur	81 y 88
Declaración Universal de los Derechos Humanos	18, 20, 23, 33, 53, 63, 66, 72, 75, 81, 92, 102, 106, 110, 114, 118, 122, 126, 134, 138, 142, 146, 154, 158 y 162
Derecho a la defensa	173
Derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación	3, 9, 12, 27, 71 y 176
Derechos laborales específicos e inespecíficos	51
Derechos fundamentales:	12, 20 a 35
- Caracteres:	23 a 30
- Abstractos y abiertos	28
- Carácter expansivo y efecto irradiante	27
- De formulación positiva en términos usualmente genéricos	28
- Historicidad	26
- Importancia ético política	24

- Indisponibilidad, Inapropiabilidad e imprescriptibilidad	29
- Indivisibilidad e interdependencia	30
- Universalidad	23
- Concepto	31
- Contradicción entre derechos fundamentales:	33, 34, 46 a 50
- Contradicción de derechos fundamentales en el ámbito laboral	50
- Contradicción entre normas jurídicas vigentes y su manifestación en los derechos fundamentales	46
- Determinación de los límites de los derechos fundamentales	49
- Juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad	47
- Normas de principio y normas de regla	47
- Sentencias nacionales	Capítulo VI.VI.I
- Sentencias internacionales	Capítulo VI.VI.II
- Técnica de la ponderación	47
- Técnica de la ponderación. Problemas que presenta	48
- Denominación	22
- Eficacia	32
- Interpretación	34
- Introducción	20
- Límites	33
- Los derechos fundamentales en la era digital	35
- Noción	21

- Nuevos derechos fundamentales de los trabajadores	12
- Problemas de aplicación	34
- Tutela de Derechos Fundamentales	36
Derechos laborales específicos colectivos	80 al 89
- Huelga	83, 84 y 85
- Libertad sindical	80, 81 y 82
- Negociación colectiva	86, 87, 88 y 89
- Derechos laborales específicos generales	52 a 61
- Derecho al trabajo y libertad de trabajo	52, 53 y 54
- Derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo	55, 56 y 57
- Irrenunciabilidad de los derechos laborales	58 y 59
- Derecho a la protección del trabajo	60 y 61
- Derechos laborales específicos individuales	62 a 79
- Derecho a la estabilidad en el empleo	68, 69 y 70
- Derecho a la formación profesional	71, 72 y 73
- Derecho a una jornada máxima de trabajo, tiempo de descanso y vacaciones remuneradas	65, 66 y 67
- Protección de mujeres y maternidad	74, 75 y 76
- Derechos salariales	62, 63 y 64
- Trabajo de menores	77, 78 y 79
- Derechos laborales específicos a la Seguridad Social y a la salud en el trabajo	90 a 96
- Seguridad social	90, 91, 92 y 93

- Condiciones de higiene y salud en trabajo	94, 95 y 96
- Derechos laborales específicos procesales	97, 98 y 99
- Derechos laborales inespecíficos	100 a 168
- Derecho a un ambiente sano	149, 150, 151 y 152
- Derecho al respeto de la dignidad humana	101, 102, 103 y 104
- Derecho a la educación	153, 154, 155 y 156
- Derecho al respeto de la integridad personal	109, 110, 111 y 112
- Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen	133, 134, 135 y 136
- Derecho a la libertad de asociación	141, 142, 143 y 144
- Derecho a la libertad de empresa	165, 166, 167 y 168
- Derecho a la libertad de expresión	121, 122, 123 y 124
- Derecho a la libertad ideológica y religiosa	117, 118, 119 y 120
- Derecho a la igualdad y no discriminación	105, 106, 107 y 108
- Derecho a la libertad de información	125, 126, 127 y 128
- Derecho a la propiedad	157, 158, 159 y 160
- Derecho a la propiedad intelectual	161, 162, 163 y 164
- Derecho a la protección de datos	129, 130, 131 y 132
- Derecho a la protección de la salud	113, 114, 115 y 116
- Derecho de reunión	145, 146, 147 y 148
- Derecho al secreto de las comunicaciones	137, 138, 139 y 140
Derechos y Garantías	22
Directiva 89/391/ Unión Europea	95
Estado de Bienestar Social	8, 12, 27, 90, 91 y 165

Estado Social de Derecho	7, 8, 12, 27, 48, 52, 60, 165 176 y 177
Normas de la O.I.T.	53, 56, 63, 66, 69, 72, 75, 78, 81, 84, 88, 92, 95 y 142
Normas preceptivas u operativas	9
Normas programáticas	
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	53, 81, 81, 102, 106, 110, 118, 122, 126, 134, 138, 142, 146 y 154
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	53, 56, 63, 66, 72, 75, 78, 81, 84, 92, 95, 102, 114, 154
Principios del Derecho del Trabajo	7, 11 y 58
Proceso laboral en América Latina	97, 98, 99 y 169
Proceso laboral y constituciones en América Latina	170
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre - Derechos Humanos para asegurar los Derechos Económicos Sociales y Culturales	84 y 150
Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	154 y 158
Protocolo N° 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia	102

Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos	130
Seguridad Social en América Latina	91
Supremacía de la Constitución	15, 34, 40, 176, 177, 180, 182, 185 y 188
Tipología de normas constitucionales	4
Tratado Constitutivo de la Unión Europea	130
Tratado de Versalles	80
Unidad del Derecho Procesal y la autonomía procedimiento laboral	171
Instrumentos internacionales sobre derechos humanos	18
Ius cogens	31
Justicia constitucional:	14, 176 a 188
- Competencias	
- Control de constitucionalidad	14, 17, 18, 19, 40, VI.I.D, 76, 177, 178, 179, 180, 181 y 182
- Control de convencionalidad	
- Controversias de los tribunales y cortes constitucionales con otros poderes públicos	187
- Efectos de las sentencias constitucionales	186
- Justicia ordinaria y justicia constitucional	180
- Justicia constitucional autoritaria	188
- Justicia Constitucional y Supremacía de la Constitución	176, 177 y 182

- Límites de la justicia constitucional	182
- Papel de la justicia constitucional	14
- Sentencias estimativas y desestimativas	183,184 y 186
- Sentencias interpretativas	183 y 184
- Sentencias manipulativas (normativas)	183,184,185 y186
- Separación de los poderes públicos	181, 185, 188
- Tipología de las sentencias de los tribunales y cortes constitucionales	183 y 185
Neoliberalismo	8, 91

BIBLIOGRAFÍA

- ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Mesa Redonda sobre El Derecho Laboral Procesal en Iberoamérica* en Anuario 2012, Barquisimeto, Febrero 2013.
- María Isabel AFANADOR C., *El derecho a la integridad personal. Elementos para su análisis* en Reflexión Política, vol. 4, núm. 8, diciembre, 2002, Universidad Autónoma de Bucaramanga. Colombia.
- Julián David AGUDELO OSORIO, *Choque de trenes: tutela contra sentencias, concepciones del Derecho y constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano*, Tesis de Maestría, Universidad de Antioquia Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/6256/1/Agudelo-Julian_2017_ChoqueTrenesTutela.pdf.
- Rafael ALBURQUERQUE DE CASTRO, *Derecho Constitucional del Trabajo* en Temas de Derecho Constitucional del Trabajo, Coordinador Manuel Herrera Carbuccia, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo, Santo Domingo, 2014.
- Luis ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO y Guillermo CABANELLAS de TORRES, *Tratado de Política Laboral y Social*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1972.
- Niceto ALCALÁ-ZAMORA, *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*, Madrid, 1981.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/libertad-de-expresion>.

- Robert ALEXYS: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 66, 2002.
- *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, en El canon neo constitucional.
- Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA JARAMILLO, Editorial Trotta, México, 2010.
- Manuel ALONSO GARCÍA, *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960.
- Giuliano AMATO, *La Costituzione italiana fra le costituzioni del dopoguerra* (2008), in *Le istituzioni della democrazia*, Il Mulino, 2014.
- José Juan ANZURES GURRÍA, presentación al libro *Los derechos fundamentales* de Antonio Enrique PÉREZ LUÑO en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. vol. 40 no.120 Ciudad de México sep./dic. 2007. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttex-t&pid=S0041-86332007000300017
- Gerardo ARENAS MONSALVE, *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Legis, Bogotá, 2006.
- César ARESE: *Derechos Humanos Laborales*, Rubinzal-Culzoni. Editores, Buenos Aires, 2014.
- Exposición en Seminario Sobre Derecho Constitucional del Trabajo, Universitas Fundación, Aula Virtual, <http://universitas-fundacion.com/aulavirtual/>.
- Aristóteles, *Política*, Edición bilingüe y traducción de Julián Marías y María Araujo Editorial Austral, Clásicos Políticos, Madrid 1989, libro I, capítulo 1.
- Otto BACHOF, citado por Víctor GARCÍA TOMA, El tribunal constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas) en *Laborem* Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, N^o 5, Lima, 2005.
- Antonio BAYLOS, *Libertad de trabajo, derecho al trabajo y derecho del trabajo*, en *Democracia e direitos fundamentais*, <https://direitos->

- fundamentais.org.br/libertad-de-trabajo-derecho-al-trabajo-y-derecho-del-trabajo/ Publicado em 16 de junho de 2020.
- Ludovico BARASSI, *Tratado de Derecho del Trabajo*, versión castellana, Buenos Aires, 1953.
- Héctor HUGO BARBAGELATA, *El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales*, Derecho Laboral, N1 214, Junio 2014, Montevideo.
- Juan Antonio BARRERO-BERARDINELLI, *El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Lüth de 1958*, 20 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2012.
- Jorge BAQUERIZO MINUCHE: *Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación*, en Revista Jurídica de Derecho Público No. 1, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009 <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- *Derechos fundamentales ponderación y racionalidad*, en El canon neo-constitucional, Coordinación Miguel CARBONELL SÁNCHEZ, Leonardo GARCÍA JARAMILLO, 2010.
- Andrés Mauricio BENAVIDES MEJÍA, *Fundamento, alcance y efectos de las sentencias interpretativas o manipulativas y su aplicación en el control de constitucionalidad ecuatoriano*, disertación previa a la obtención del título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2015. www.repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/8387/FUNDAMENTO%20C%20ALCANCE%20Y%20EFECTOS%20DE%20LAS%20SENTENCIAS%20INTERPRETATIVAS%20O%20MANIPULATIVAS%20Y%20SU%20APLICACION%20E.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Carlos BERNAL PULIDO: *El Principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Universidad Externado, Bogotá, 2014.
- *La racionalidad de la ponderación*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 77, 2006.

- Mauricio BEUCHOT, *Derechos humanos, iuspositivismo y ius-naturalismo*, UNAM, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Filológicas, México, 1996.
- Germán BIDART CAMPOS, *Teoría General de los Derechos Humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1991.
- Norberto BOBBIO: *El Tiempo de los Derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- *Principi Generali del Diritto*, NDI, XIII, UTET, Torino.
- Allan BREWER CARÍAS: *Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional*. Colección Tratado de Derecho Constitucional Tomo XII. Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2017.
- *El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas* en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, UNAM, IMDPC, Marcial Ponds, México 2008,
- Arturo BRONSTEIN: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho del Trabajo*. En ANUARIO 013, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ y Manuel HERRERA CARBUCCIA, Coordinadores, Santo Domingo, 2016.
- *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos actuales*, Plaza y Valdez, Madrid 2011.
- *La protección de la vida privada en el lugar de trabajo*, en Derecho del Trabajo, Número 5, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2008.
- Javier BUSTAMANTE DONAS, *Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica.*, en Revista Iberoamericana de ciencia y tecnología, Sociedad e innovación, N° 1, Buenos Aires, Septiembre-Diciembre, 2002.
- Rafael CALDERA, *Derecho del Trabajo*, Librería El Ateneo, Buenos Aires, 1960.
- César Augusto CARBALLO MENA: *Libertad Sindical. La Perspectiva de los derechos fundamentales*. Caracas, 2012.
- *Régimen de estabilidad en el empleo*, Revista Derecho del Trabajo, N° 15, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2013.

- Francesco CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936.
- Martín CARRILLO CALLE, *Los Derechos Laborales en Las Constituciones Hispanoamericanas: bases para un estudio comparado* en Constitución, Trabajo y Seguridad Social, Asociación Laboral para el desarrollo, ADEC-ATC, Lima; 1993.
- Jorge CARPIZO, *El Tribunal Constitucional. Sus límites*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009.
- Jesús María CASAL, *Diez años de jurisprudencia constitucional en Venezuela: la consolidación y exacerbación del protagonismo judicial autoritario* en Diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina, Víctor Bazán, Marie Cristhine Fuchs, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022.
- Iván CASTRO PATIÑO, *La clasificación de las normas constitucionales* en Revista Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil, Enero 2004.
- Marco Tulio CICERON: Pro Titus Annio Milone Oratio. IV. Página web: <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/milo.shtml>.
- CIVILIS DERECHOS HUMANOS, <https://www.civilisac.org/nociones/libertad-de-asociacion-2>
- Adolfo CIUDAD REYNAUD, *Nuevos sistemas procesales del trabajo en América Latina*, Relatoría principal presentada en el “Taller sobre Derecho Procesal del Trabajo”, en el marco del XX Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Santiago de Chile, del 25 al 28 de setiembre de 2012.
- COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE DU CHARBON ET DE L'ACIER. *Les sources du droit du travail*, Luxembourg, 1962.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7: control de convencionalidad*, 2019, <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>.
- Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS *El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán:*

- más allá de Alexy*. REVISTA IUS E PRAXIS, Año 24, Número 3, 2018.
- Carlos DE BUEN UNNA: Particulares Como Autoridades Responsables en el Juicio de Amparo (inédito).
- *Exposición en VI Seminario Internacional y Comparado sobre Derecho del Trabajo*, Isla de Margarita, Venezuela, mayo de 2016.
- Néstor DE BUEN, *Derecho del Trabajo*, México, 1989. Editorial Porrúa.
- Mario De LA CUEVA, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1943.
- Ignacio DE OTTO, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la constitución*», Obras completas, Universidad de Oviedo, CEPC, Oviedo, 2010.
- Andy Del Valle DELGADO BLANCO, *El Derecho a la Salud en Venezuela. Una Mirada desde el Enfoque de los Derechos Humanos* en Revista Especializada en Investigación Jurídica, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Número 4, 2019, México, <http://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/issue/view/634>.
- Hernando DEVIS ECHANDIA, *Compendio de Derecho Procesal Civil*, ABC, Bogotá, 1985.
- Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.
- Francisco José EGUIGUREN PRAELI, *Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano* en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor FIX-ZAMUDIO, UNAM, IMDPC; Marcial Ponds, México 2008.
- Oscar ERMIDA URIARTE: *Derechos Laborales y Comercio Internacional* en V Congreso regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.
- *Prólogo a La Jurisdicción del Trabajo de Nelson Lostanau*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007.
- Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA: El juez constitucional. Los riesgos de su vocación expansiva y algunos posibles límites a su accionar en Estudios en Homenaje a Héctor FIX ZAMUDIO,

- coordinado por Eduardo FERRER MC GREGOR y Arturo ZALDIVAR LELO DE LARREA. Porrúa, Marcial Ponds, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008.
- Héctor FIX ZAMUDIO, coordinado por Eduardo FERRER MC GREGOR y Arturo ZALDIVAR LELO DE LARREA. Porrúa, Marcial Ponds, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008.
- Xabier ETXEBERRÍA, *El debate ético sobre la dignidad de la persona*, <https://www.youtube.com/watch?v=D2Rovu3mNag>
- Gerardo ETO CRUZ, *La autopercepción del Control de Convencionalidad por la propia Corte Interamericana. Breves Apostillas Críticas* en Revista Oficial del Poder Judicial. Revista de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Lima, 2019. <https://www.semanticscholar.org/paper/La-autopercepci%C3%B3n-del-control-de-convencionalidad-Cruz/4300952f759bf30a9a77b9a35a5c13807748a760>
- FAVOREU, L.: *El bloque de la constitucionalidad. Ponencia francesa* en FAVOREU, L. y
- RUBIO LLORENTE, F.: *El bloque de la constitucionalidad (Simposium franco-español)*. Universidad de Sevilla, Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- Luigi FERRAJOLI, *Sobre los Derechos Fundamentales*, (Trad. Miguel Carbonell), Cuestiones Constitucionales, Núm. 15, julio-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006.
- Juan Antonio GARCÍA AMADO: *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*, en Derechos sociales y ponderación, Fundación coloquio Jurídico europeo, Madrid, 2007.
- *Tres sentencias del Tribunal constitucional o de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares*, en Estudios de Derecho, núm. 139, 2005.
- *Un debate sobre la ponderación*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá, 2012.
- Víctor GARCÍA TOMA, *El tribunal constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)* en Laborem, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho

- del Trabajo y Seguridad Social, N° 5, Lima, 2005, pp. 199 y 200.
En internet véase http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_09.pdf.
- Mario GARMENDIA ARIGÓN, *Derecho del Trabajo y Formación*, O.I.T. - CINTERFOR, Montevideo, 2003.
- Marina GASCÓN ABELLÁN *Los límites de la justicia constitucional: la invasión del ámbito político*, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fax-Zamudio*, UNAM, IMDPC, Marcial Ponds, México 2008.
- Domingo GIL, *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores*. Revista Derecho del Trabajo, Universitas Fundación, N° 25, Barquisimeto, 2021, pp. 49-75.
- Domingo GIL, *El Proceso Laboral Dominicano a la Luz del Debido Proceso*, Impresos CRO, Santiago de los Caballeros, República Dominicana, 2010.
- Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después*. Estudios de Deusto, Vol. 54/1, Bilbao, enero-junio 2006.
- J. GOMEZ CANOTILHO / Vital MOREIRA, *A Constitucáo da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- Manuel Eduardo GÓNGORA, *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale comune latinoamericano*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx <http://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Daniel Gustavo GORRA, *Argumentación jurídica y ponderación de principios*, en Revista Jurídica La ley, Argentina, 2012.
- Milton RAY GUEVARA. *Rol del Tribunal Constitucional en un Estado social y democrático de derecho*, conferencia dictada en Universidad APEC, Santo Domingo, 2016, <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/>
- Alexander HAMILTON, citado por Juan COLOMBO CAMPBELL, *La Justicia Constitucional*, en Revista de Derecho, Vol. XIV, Julio 2003, Valdivia, Chile, p. 260

- Manuel Ramón HERRERA CARBUCCIA, *Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral de la Suprema Corte de Justicia*, Impresora Soto, Santo Domingo.
- María Laura HERNÁNDEZ SIERRALTA: *La libertad ideológica o de pensamiento y la libertad religiosa como derechos fundamentales inespecíficos del trabajador*, en Derecho del Trabajo, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2015, Número 18.
- *La mujer en el Derecho del Trabajo*. De la protección al fomento de la igualdad, en Derecho del Trabajo, Numero 9, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2010
- Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, (Coordinador) *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento*, Librería Jurídica Rincón, Barquisimeto, Reimpresión 2010.
- Arturo HOYOS, *El debido proceso: una introducción doctrinal, jurisprudencial y de derecho comparado*, Cultural Portobelo, Panamá, 2009.
- Héctor JAIME MARTÍNEZ: *Conferencia en el VI Seminario Internacional de Derecho Comparado del Trabajo Islade Margarita*, Mayo 2016. (<https://drive.google.com/file/d/1n4yYpbTGydKhpH1v55C5tSITfdOzhNF0/view?usp=sharing>)
- *Teoría General del Derecho del Trabajo*, Tesis doctoral presentada ante la Universidad Central de Venezuela, inédita.
- Francisco ITURRASPE, *Protección de los trabajadores en caso de accidentes y enfermedades profesionales*, en Derecho del Trabajo, Fundación Universitas, Barquisimeto, Núm. 9, abril-mayo, 2010.
- Pierre JACCARD. *Histoire Sociale du Travail*. Citado por Rafael ALFONZO GUZMÁN. *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*. Contemporánea de ediciones. Caracas 1987.
- Antoine JEAMMAUD, *Constitutionnalisation rampante » du droit du travail français*, les Cahiers de droit (Facultad de Derecho de la Universidad Laval, Québec), n° de mars-juin 2007, pp. 93 y ss.
- Antoine JEAMMEAUD y Antoine LYON-CAEN, *Suprématie de la Constitution et droit social*. *Traité international de droit constitutionnel*,

- JUAN PABLO II, *Laborem Exercens, Sobre el trabajo humano en el 90º aniversario de la Rerum Novarum*, Ediciones Paulinas, Séptima edición, Bogotá, 1989.
- Santos JULIÁ, *La Constitución de 1931*, Iustel, Madrid, 2009.
- Donald KOMMERS, and Russell A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham, Duke University Press). 2012.
- Gerard LYON CAEN, *Traité de Droit du Travail*, Dalloz, París, 1981.
- Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución española*, Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1991.
- M. Macarena MARTÍNEZ MIRANDA, *Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Lux Social, enero-junio 2016, vol. 6 N° 1, 2016.
- Fernando MÁRQUES RIVAS, *Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo*, en Revista Ex lege electrónica, Año 3, N° 16, México, 2013.
- Christopher T. MARSDEN *Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro*, en Revista de Internet, Derecho y Política, número 36, 2022, Universitat Oberta de Catalunya, España, DOI: <http://dx.doi.org/10.7238/issn.1699-8154>.
- Antonio MARTÍN VALVERDE, Fermín RODRÍGUEZ SAÑUDO y Joaquín GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2018.
- Francisco Javier MATIA PORTILLA, *Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos* en *Revista de Derecho Político* N.º 97, septiembre-diciembre 2016, UNED.
- Javier MIJANGOS y GONZÁLEZ, *El Juicio de Amparo Contra Particulares*: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/19.pdf>.
- Iván MIRABAL RENDÓN, *Nota sobre los derechos fundamentales laborales y la teoría de la ponderación*, Revista Derecho del Trabajo, Fundación Universitas, Barquisimeto, N° 17, 2014.

- Rolando MURGAS TORRAZZA, *El Nuevo Constitucionalismo Social y su Relación con la Protección del Trabajo y con los Derechos Sociales como Derechos Humanos*, en Revista Derecho del Trabajo, N° 15, Fundación Universitas, Barquisimeto, 2013.
- Raúl NAVARRO, *Muerte digital: del derecho a la Ley*, Revista Plaza N° 41, 2018. Alicante, <https://alicanteplaza.es/muerte-digital-derecho-sin-ley>.
- Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *El habeas corpus o recurso de amparo en Chile con información comparativa de América del Sur: Evolución y Situación Actual*, Revista Jurídica del Perú, Revista N° 13.
- Juan OCÓN GARCÍA, *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante nuevos escenarios tecnológicos*, Tesis doctoral presentada ante la Universidad de la Rioja. <https://es.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E214ES885G0&xp=el+derecho+al+secreto+d+de+las+comunicaciones+evoluci%C3%B3n+hist%C3%B3rica>.
- Antonio OJEDA AVILÉS, *La renuncia de Derechos del trabajador*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.
- Valerio ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Guía sobre políticas en materia de salario mínimo*, http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_protect/protrav/travail/documents/genericdocument/wcms_542003.pdf.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, ¿Qué es la propiedad intelectual? Ginebra, 2020.
- Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.
- Manuel Carlos PALOMEQUE LOPEZ, *Conflictos y límites entre derechos fundamentales* en Revista Derecho del Trabajo, Número 26, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2023.
- Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, *El derecho a la igualdad y no discriminación en el ordenamiento laboral español*, en Revista Derecho del Trabajo, Fundación Universitas, Barquisimeto, 2006, N° 2.

- Mario PASCO COSMÓPOLIS, *Evolución y tendencia de la constitucionalización de los derechos laborales en América Latina*, Revista Derecho del Trabajo, N° 3, Fundación Universitas, Barquisimeto, 2007.
- Alexandre PAZOS PÉREZ, *Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021.
- Antonio PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*; Editorial Tecnos, Madrid, 1988.
- Gregorio PECES BARBA, *Derechos Fundamentales, versión castellana de la voz “Diritti e doveri fondamentali”* destinada al Novísimo Digesto Italiano en la parte referente a los derechos, <https://core.ac.uk/download/pdf/30043495.pdf>.
- Alessandro PIZZORUSSO, *Las sentencias manipulativas del tribunal constitucional italiano*, en El Tribunal Constitucional, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, Vol. I y G ZAGREBESKY, La Giustizia Costituzionale, Il Mulino, Bologna, 1988.
- Américo PLÁ RODRÍGUEZ: *Los principios del Derecho del Trabajo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.
- Estudios de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.
- Prólogo a la obra *Legislación comparada sobre formación profesional. Una visión desde los convenios de la O.I.T.* Mario GARMENDIA ARIGÓN, O.I.T. - CINTENFOR, Montevideo, 2000, p. 9.
- PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”. *Compendio de la doctrina social de la Iglesia Católica*. www.vatican.va/roman_curial/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html – .
- Miguel Ángel PRESNO LINERA. *Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales* Blog jurídico <http://presnolinera.wordpress.com>.
- Manuel Fernando QUINCHE M. *Vías de hecho Acción de tutela contra providencias* (Segunda edición), Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2005.
- Aníbal S. QUINTEROS MARENGO, La Constitución Italiana de 1947 <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/12812/11477>.

- Juan RASO DELGUE, *Impacto de las herramientas digitales en las relaciones laborales*, en Revista Derecho del Trabajo, N° 23, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2020.
- John RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- Luis RECASENS SICHES, *Los derechos Humanos*, en Revista Dianoia, Vol. núm. 20, 1974. UNAM, México.
- Reinhard RÜRUP, *Génesis y fundamentos de la Constitución Weimar*, https://web.archive.org/web/20120621012208/http://www.ahist-con.org/docs/ayer/ayer5_05.pdf.
- Ernesto REY CANTOR, *El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos*. Estudios Constitucionales. Año 4, N° 2, Universidad de Talca, 2006.
- Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, *Medio Ambiente y Relaciones de Trabajo en Temas Laborales*, Revista andaluza de Trabajo y bienestar Social N° 50, Sevilla 1999.
- Roberto ROMBOLI, *I rapporti tra giudici comuni e corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/16.pdf>.
- Jorge ROSENBAUM RÍMOLO, El “balancing test” en los conflictos entre derechos fundamentales vinculados con el trabajo, en Estudios de Derecho del Trabajo en Homenaje al Profesor Octavio Racciatti, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017.
- Jean Jacques ROUSSEAU, *Discurso sobre la Economía Política*, Libro dot, p. 4, [https://aprendizaje.mec.edu.py/aprendizaje/system/content/0c59c97/content/Rousseau,%20Jean-Jacques%20\(1712-1778\)/Rousseau,%20Jean-Jacques%20-%20Discurso%20sobre%20econom%C3%ADa%20pol%C3%ADtica.pdf](https://aprendizaje.mec.edu.py/aprendizaje/system/content/0c59c97/content/Rousseau,%20Jean-Jacques%20(1712-1778)/Rousseau,%20Jean-Jacques%20-%20Discurso%20sobre%20econom%C3%ADa%20pol%C3%ADtica.pdf).
- Rubén SÁNCHEZ GIL. El Concepto de “Autoridad Responsable” en la nueva Ley de Amparo. *Bol. Mex. Der. Comp.* [online]. 2014, vol.47, n.139. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000100011&lng=es&nrm=iso

- Wilfredo SANGUINETTI RAYMOND, *Derecho Constitucional del Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO: *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant, Valencia, 2004.
- Hans-Peter SCHNEIDEB, Jurisdicción Constitucional y separación de poderes en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2 N° 5., Mayo 1982.
- Jürgen SCHWABE. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes* compiladas por Jürgen Schwabe (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009).
- Rosario SERRA CRISTÓBAL, *Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España, ¿De las desavenencias a una relación dialogada?*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional núm. 18, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- Luis Alejandro SILVA IRARRÁZAVAL, (2011). *La derogación tácita por inconstitucionalidad. Comentario a la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, sociedad establecimiento comercial Comarrico Ltda*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 1, 2011.
- José Francisco SIQUEIRA NETO. *Derecho Del Trabajo y Derechos Humanos Fundamentales*, en XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Libro de informes generales, Montevideo, 2003.
- Fernando SORONDO, *Los Derechos Humanos a través de la Historia*, en Ed. Servicio Paz y Justicia, Montevideo.
- Humberto SUÁREZ CAMACHO, *El Juicio de Amparo Contra particulares*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/20.pdf>.
- Juan Alonso TELLO MENDOZA, *La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad*, en Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2684>
- Santo Tomás de AQUINO: *Summa Theologiae*. Biblioteca de Autores Cristianos. Edición bilingüe. Madrid, 1954.

- Fernando DE TRAZEGNIES G, *el Rol Político del abogado litigante*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, número 32, 1974, PUCP; Núm. 32, 1974, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6153/6177>
- José Luis UGARTE CATALDO: *Seminario de Derecho Constitucional del Trabajo*, Universitas Fundación. Com/aulavirtual/.
- *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.
- Daniela UROSA MAGGI, *Cortes constitucionales y autoritarismo judicial constitucional* en Libro Homenaje a Randolf Brewer Carías Coordinación Caterina Balasso Tejera, José Ignacio Hernández G, Claudia Nikken, Antonio Silva Aranguren, Flavia Pesci Feltri Centro Para la Integración y el Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.
- Fernando VALDÉS DAL RÉ, Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador, en XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Libro de informes generales, Montevideo, 2003.
- Eloy VELASCO NÚÑEZ e Iñaki ORTEGA, *Los derechos fundamentales en la era digital*, El País, España, 19-3-2018. https://elpais.com/elpais/2018/03/19/opinion/1521474015_301808.html.
- Christian VIERA ÁLVAREZ. *La Libertad de Empresa y Algunos Límites desde la Perspectiva del Estado Social*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Número 21, 2016 <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6021>.
- Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ: *Los límites a los derechos fundamentales*, en Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. Tecnos.2004.
- Concepto, contenido y límites a los derechos fundamentales, en La Democracia Constitucional Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente, Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- www.IBERDROLA.COM ›innovación› que-son-derechos-digitales

Esta edición de *Derecho Constitucional del Trabajo: una visión iberoamericana* del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, consta de 700 ejemplares y se terminó de imprimir en el mes de agosto de 2023, en los talleres gráficos de Serigraf Santo Domingo, República Dominicana.



ISBN: 978-9945-643-75-6



9 789945 643756