

Jus cogens y derechos laborales

Fernando Bolaños Céspedes (*)

SUMARIO:

1. **EL JUS COGENS. PUNTO DE PARTIDA.** a. Concepto. b. Jus Cogens y el derecho al trabajo //

2. **JUS COGENS Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.** a. Reconocimiento internacional del principio. b. Discriminación en el empleo. c. La detección de la situación discriminatoria //

3. **JUS COGENS Y EL DERECHO A UN TRABAJO DIGNO. /**

4. **CONCLUSIONES.**

5. **BIBLIOGRAFÍA**

1. EL JUS COGENS. PUNTO DE PARTIDA.

a. Concepto.

La existencia de un derecho internacional general, inderogable e imperativo para la comunidad internacional (*jus cogens*), aparece comprendida, con absoluta claridad, en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, en vigor a partir del 27 de enero de 1980¹, cuando en su artículo 53 indica: *“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de 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”.

La norma precitada, se complementa a su vez, con las disposiciones del artículo 38 del mismo tratado, al señalar, que aún cuando el artículo 34 indica que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento, y que cuando se haya originado una obligación para un tercer Estado, tal obligación no podrá ser revocada ni modificada sino con el consentimiento de las partes en el tratado y del tercer Estado, a menos que conste que habían convenido en otra cosa al respecto, *“lo dispuesto en los artículos 34 y 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal”*².

De esta forma, el *jus cogens* estaría conformado por aquellas normas que la comunidad internacional acepta y reconoce en su conjunto, pasando a ser el Tratado de Viena la principal fuente jurídica de estas normas generales imperativas internacionales, junto con la jurisprudencia de las cortes internacionales, cuando han declarado, como luego se verá en este trabajo, a un norma o principio específico, como parte de ese *jus cogens*.

Menciona doctrina muy autorizada, que si bien en el curso de los trabajos preparatorios de la codificación del Derecho de los Tratados que dio pie a la Convención de Viena, la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), no quiso pronunciarse sobre el proceso de formación e identificación de las normas imperativas de derecho

(*) Doctor en Derecho

1. Aprobada por Costa Rica, mediante Ley No. 7615 de 24 de julio de 1996 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta, del 29 de agosto de 1996.

2. En relación con el presente artículo, para Costa Rica existe la siguiente reserva: la delegación de Costa Rica interpreta que una norma consuetudinaria de derecho internacional general ni privará sobre ninguna otra norma del sistema interamericano del cual considera supletoria la presente convención”.

internacional, sí lo hizo en sus comentarios, *“al considerar que serían tratados incompatibles con el ius cogens aquellos cuyo objeto fuera el uso ilícito de la fuerza con violación de los principios de la UN, la trata de esclavos, la piratería, el genocidio, la violación de derechos humanos del Estados y la libre determinación”*³.

El *ius cogens*, se ha manifestado, a lo largo de muchos años, desde la fundación misma de la ONU, por medio de normas consuetudinarias de amplia aceptación o de normas escritas incorporadas en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de las cortes internacionales que así recogen ese derecho, y en las declaraciones solemnes de organismos internacionales, como la misma ONU o la Organización de Estados Americanos. Entre estas últimas puede citarse la Declaración Relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución No. 2625-XXV, 1970), así como las declaraciones posteriores de 24 de octubre de 1995, y la llamada Declaración del Milenio (resolución 55/2, 2000), culminando en la resolución 60/1 de la cumbre del año 2005, donde se han proclamado los mismos principios. Remiro Brotons y otros autores, enumeran los siguientes principios básicos y fundamentales que se mencionan una y otra vez en tales declaraciones solemnes de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas: 1) igualdad soberana de los Estados, respeto de su integridad territorial e independencia política; 2) prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza de manera incompatible con los propósitos y principios de la UN; 3) solución pacífica de las diferencias, de conformidad con los principios de justicia y del derecho

internacional; 4) libre determinación de los pueblos bajo dominación colonial u ocupación extranjera; 5) no intervención en los asuntos internos de los Estados; 6) respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin discriminación por razón de raza, sexo, lenguaje o religión; 7) cooperación internacional para solucionar los problemas internacionales de naturaleza económica, social, cultural o humanitaria, y 8) cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas de conformidad con la Carta⁴.

Estamos pues ante una especie de orden público internacional, cuya aplicación no depende de la ley interna de cada Estado, sino de un derecho imperativo supranacional, sujeto a la apreciación tanto del juez interno, como del juez internacional. En palabras del experto internacional Alfred-Maurice de Zayas: *“There are no “legal blackholes” in human rights, since all human beings are entitled to all rights deriving from human dignity”*⁵.

b. Jus Cogens y Derecho del Trabajo.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse, como ya sucedió en el Congreso Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Guayaquil, Ecuador, en los meses de setiembre y octubre de 2013, si en la actualidad existen normas y principios provenientes del Derecho Laboral, los cuales pudieran catalogarse como parte del llamado *ius cogens*⁶. Como vamos a analizarlo acá, la respuesta tendría que ser afirmativa, sobre todo por la existencia de la resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, rendida a solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el principio de no discriminación en el empleo. Pero

3 REMIRO Brotons, Emilio et al, “Derecho Internacional”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 69,70. Es interesante agregar, que en el proceso de redacción del tratado, algunos Estados intentaron sostener la tesis de que la formación e identificación de las normas imperativas debía sustentarse en el acuerdo, es decir en el consentimiento que debía prestar cada Estado, de modo que una vez dado el mismo, resultaría irrevocable. Esta posición no prosperó, como lo demuestra el texto antes transcrito del artículo 53 del Convenio finalmente aprobado (Ibídem, p. 70).

4 Ibídem, p. 72.

5 “No existen “agujeros negros legales” en materia de derechos humanos, desde el momento en que todos los seres humanos resultan titulares de todos los derechos que derivan de la dignidad humana”. “Report of the Independent Expert in the promotion of a democratic and equitable international order: Alfred Maurice de Zayas”, dirigido al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Sesión 34 ava., Agenda item 3. Puede consultarse este documento en la dirección web: <http://www.orch.org/documents/I>.

6 Para más información sobre la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y del Congreso Regional Americano celebrado en Guayaquil, en el año 2012, puede consultarse la página web de la Sociedad en: www.Congresolaboralguayaquil.com

además, según se observa de la lectura de la doctrina citada en este trabajo, existe uniformidad de criterio en considerar los derechos humanos como parte del *ius cogens*. Aquí el problema reside en recordar que el concepto de derechos humanos, a diferencia del de derechos fundamentales, incorpora un contenido impreciso y menos estricto. Siguiendo a Sarlet, citado a su vez por los también brasileños Diego Ferraz y Rodrigo Goldschmidt, los derechos humanos son aquellos que guardan “*relación con los documentos de derecho internacional, por referirse a aquellas posiciones jurídicas que se reconocen al ser humano como tal, independientemente de su vinculación con determinado orden constitucional, y que, por tanto, aspiran a la validez universal, para todos los pueblos y tiempos, de tal suerte que revelan un inequívoco carácter supranacional (internacional)*”⁷. No obstante este nivel de generalidad y abstracción, es aquí donde acude en ayuda del intérprete tanto la jurisprudencia de las Cortes Internacionales, como también los principales convenios en materia de derechos humanos, los cuales han contribuido a “positivizar” ciertos derechos fundamentales, haciéndolos parte del derecho interno de cada país. Correspondería entonces espigar en la jurisprudencia y convenios internacionales, aquellos derechos fundamentales que expresamente han sido declarados como parte del *ius cogens*, o que por su reiteración y amplia aceptación, han pasado a formar parte de esa conciencia universal que los torna en derecho imperativo. Ello por supuesto, sin olvidar que los derechos fundamentales reconocidos en convenios ratificados por cada Estado, pasan a formar parte del derecho positivo interno y por tanto obligatorio, en cada uno de tales Estados.

Siendo ardua y azarosa la labor que proponemos, y prefiriendo pecar de conservadores en esa misión, quisiéramos en esta ocasión, referirnos a dos derechos humanos que consideramos forman parte de eso que se ha denominado el *ius cogens* universal,

y que además tienen la virtud de ser la fuente original para todo un haz de derechos, en materia laboral, que de ellos dimanen. Me refiero al derecho a la no discriminación en el empleo, lo mismo que al derecho a un trabajo digno.

2. *JUS COGENS* Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

a. Reconocimiento internacional del principio.

El principio de no discriminación ante la ley, y de igual protección ante la ley, se encuentra recogido en distintos instrumentos de derecho internacional, habiendo sido incorporado a la jurisprudencia internacional, mediante la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, rendida a solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, precisamente sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, al señalar: “**...este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico de orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad ha ingresado en el dominio del *ius cogens***”⁸.

7 FERRAZ Diego y GOLDSCHMIDT, “Acoso Moral como restricción ilegítima para un trabajo digno”, en “Problemática de los Derechos Humanos Fundamentales en América Latina y Europa”, BAEZ Xavier Narciso Leandro, BRANCO GERSON, Luis Carlos, Porciuncula, Marcelo (Coords.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 415. Siguiendo al mismo autor (Sarlet Ingo Wolfgang) citado por los mismos autores, los derechos fundamentales, por su parte, poseen “sentido más preciso y estricto, en la medida que constituyen el conjunto de derechos y libertades institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo de determinado Estado, tratándose por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación se debe a su carácter básico y fundamentalista del sistema jurídico del Estado de Derecho” (IDEM).

8 Parágrafo No. 101 del fallo citado.

Como parte del *jus cogens* vemos integrado el principio de igualdad y no discriminación en varios convenios internacionales como son la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), conocidos como, Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y la Ocupación y Convenio sobre la igualdad de remuneración de la Organización Internacional del Trabajo, y, cerrando esta lista preliminar, la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). En el ámbito interamericano se pueden mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad⁹.

Como parte del *jus cogens*, existe una responsabilidad de todos los Estados de la Comunidad Internacional de responder por cualquier acción u omisión en la aplicación de la mencionada normativa, ya sea que estemos ante actuaciones de los propios agentes del Estado, o de particulares que estén bajo la jurisdicción del mismo. En palabras de Dulitzky, “la no discriminación constituye un principio tan básico, que aún cuando algunos tratados de derechos humanos facultan [...] a los Estados Parte para que en situaciones excepcionales adopten disposiciones que suspendan determinados derechos, se exige, entre otras cosas, que dichas disposiciones no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”¹⁰.

b. Discriminación en el Empleo.

El concepto de discriminación en el empleo es proteico y puede revestir un contenido y una relevancia diferente en cada ordenamiento jurídico. De acuerdo con la definición contenida en el Convenio No. 111 de la OIT, denominado “*Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*”, **discriminación** es «*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*». Siguiendo el mismo convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo en las distintas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo.

Sobre la relación entre el principio de no discriminación y la condición de trabajador subordinado, se ha pronunciado expresamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva arriba mencionada, a propósito de la situación de los trabajadores migrantes, incluyendo los llamados trabajadores indocumentados. A tal respecto indicó la Corte: “**Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a**

9 DULITZKY, Ariel E., “Alcance de las Obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos”, en “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Distribuciones Fontanera, Primera Reimpresión de la Primera Edición, México, 2006, p. 96-97.

10 Ibídem. Según el mismo autor, en el contexto de la Carta de las Naciones Unidas, el concepto de respeto universal a los derechos humanos, está indisolublemente unido al principio de no discriminación, lo cual implica que “la inclusión por oposición a la exclusión es una característica distintiva del régimen internacional de los derechos humanos instaurado en el marco de las Naciones Unidas”, para lo cual pueden verse los artículos 1, 55, 13 y 76 de la Carta de las Naciones Unidas”, p. 96, 98).

un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna (...) El migrante al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Esos derechos son consecuencia de la relación laboral¹¹.

La opinión consultiva de la Corte Interamericana aquí referida, contó a su vez con la intervención escrita y oral de varios Estados, así como de intervenciones escritas y orales de varios organismos que velan por los derechos humanos, quienes participaron en su condición de *amicus curiae*¹².

Entre las opiniones más autorizadas y claras que se brindaron a la Corte Interamericana, merece ser citada la del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos con el apoyo de la Secretaría Técnica del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, cuyos principales aportes reseña el propio fallo de la Corte. Sobre lo que aquí interesa menciona el fallo en cuestión las siguientes opiniones vertidas por el Consejo Centroamericano de Procuradores. *“El principio de igualdad tiene una doble dimensión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: a) la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos; y b) el derecho de toda persona de ser tratada igual que las demás frente a la ley. La importancia de esta doble dimensión no es solo su reconocimiento en un texto constitucional, sino también que el Estado realice todas las acciones pertinentes para lograr, en la práctica, que los obstáculos para la igualdad entre las personas sean removidos, según el artículo uno de la Convención Americana y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Estado no solo debe abstenerse de generar discriminaciones de jure, sino también debe remover los factores que*

generen discriminación de facto, tanto con respecto a los derechos civiles y políticos como con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales”. Distingue el Consejo dos niveles de cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores en cuanto a los trabajadores indocumentados, uno cierto y el otro más reforzado, aún cuando en ambos casos sin posibilidad de brindar un trato diferenciado a los migrantes indocumentados. En el primer nivel de reconocimiento encontramos a los Estados miembros de la O.E.A. que no son parte en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). El segundo nivel es el de aquellos Estados miembros de la O.E.A. que también son parte del Protocolo indicado. Según el organismo que aquí citamos, *“estos dos niveles permiten advertir dos situaciones jurídicas distintas en relación con la protección de los derechos laborales: los Estados que pertenecen al primer grupo están obligados por los artículos 30, 34 y 45 de la Carta de la O.E.A. y los artículos XIV, XV y XVI de la Declaración Americana; por su parte los Estados partes en dicho Protocolo, además de estar obligados por las disposiciones anteriores, tienen obligaciones derivadas de los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de aquél”*. En conclusión, señala la calificada opinión que aquí reproducimos: *“Los Estados miembros de la OEA y los Estados partes en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se encuentran imposibilitados para realizar un trato perjudicial distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales, entendiendo por éstos, tanto los contenidos en los artículos 30, 34 g) y 45 de la Carta de la OEA, en los artículos XIV, XV y XVI de la Declaración Americana, así como los que adicionalmente reconozca la legislación doméstica de los Estados, tomando como base para tal trato distinto la condición migratoria de dichos trabajadores. Tales derechos humanos se gozan a partir del establecimiento de una relación laboral, la cual no depende de la condición migratoria”*.

11 Ibídem, párrafos 133 y 134.

12 Literalmente, amigo de la corte. Se utiliza esta locución respecto de un tercero que voluntariamente da su opinión o información a un tribunal respecto de determinada cuestión.

Llegado este punto, es importante destacar como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece un principio general de igualdad y no discriminación a partir de la condición de trabajador subordinado, de modo que independientemente de condiciones tales como la raza, género, edad, religión, origen nacional o nacionalidad, todo trabajador debe gozar de los mismos derechos ante la ley del Estado de residencia. Este principio, que va parejo con el conocido principio de territorialidad de la ley laboral, no solo refuerza la aplicación de la ley nacional a todo trabajo que se realice dentro de los límites de los Estados nacionales, sino que además establece una responsabilidad de derecho internacional, más allá de la ley nacional, para que la aplicación resulte igualitaria y sin discriminación alguna.

La decisión de la Corte Interamericana, en cuanto a las preguntas que se le formularon para los efectos de la consulta, arrancan con una declaración general de suyo importante, como es la siguiente: ***“La Corte determina que todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los Estados miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos”***¹³.

En lo que aquí interesa, expresó la misma resolución que: *“Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional”*¹⁴.

Por otra parte, nos recuerda la Corte Interamericana en su sentencia, que en aplicación del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que *“Los Estados Pates deben velar porque se garanticen los derechos reconocidos en el Pacto “a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción” (...) En general los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad, o que sean apátridas”. Así pues, la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados, conforme al artículo 2 del Pacto. Esta garantía debe aplicarse por igual a extranjeros y nacionales. Excepcionalmente, algunos de los derechos reconocidos en el Pacto son expresamente aplicables solo a los ciudadanos (artículo 25), en tanto que el artículo 13 es aplicable solo a extranjeros”*¹⁵.

Junto con la idea clara que deja la resolución de la Corte Interamericana, en cuanto a que la fuente de la aplicación imperativa del principio de igualdad y no discriminación tiene como principales fuentes no solo la Convención Interamericana, sino también otros instrumentos de derecho internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se encuentra el mandato de cada Estado a incorporar en su derecho interno este principio, por sobre cualquier objetivo de política interna que persiga el Estado en cuestión. Así lo señala el fallo al establecer que *“no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias, de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable. La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos*

13 Parágrafo 60 de la Opinión Consultiva de 17 de setiembre de 2003.

14 Ibídem, parágrafo 85.

15 Ibídem, parágrafo 94.

de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos”¹⁶.

Ahora bien, volviendo a los Convenios de OIT que tratan esta materia, es preciso indicar que extra muros del concepto de “discriminación” en el empleo, del Convenio No. 111 de OIT, quedan otros tipos de discriminación que pueden llegar a ser de vital importancia, de acuerdo a la época histórica que vivimos, madre de muchas nuevas formas separación y exclusión, de modo que corresponde al resto de operadores del derecho, y fundamentalmente a los tribunales nacionales, lograr la aplicación integral del principio.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al analizar el tema de la igualdad en el empleo y la ocupación, ha expresado lo siguiente en cuanto al tema de la discriminación: *“El apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio 111 define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia (basada en determinados criterios) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. En esta definición, de carácter puramente descriptivo, se diferencian tres elementos: a) un elemento de hecho (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia, originadas en un acto o en una omisión) que constituya la diferencia de trato, b) un motivo determinado de la diferencia de trato, y c) el resultado objetivo de tal diferencia de trato (o sea la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato”¹⁷.*

También ha señalado la misma Comisión que aún cuando el Convenio No. 111 no se refiere de

manera expresa a la discriminación por razón de la nacionalidad, *“sí extienden su alcance a otras razones que pueden constituir la base de prácticas discriminatorias contra los trabajadores migrantes y sus familias. En efecto, además de su condición de no nacionales, los trabajadores pueden ser asimismo, víctimas de prejuicios por motivos de raza, color, religión, ascendencia nacional y origen social”¹⁸.*

No podemos olvidar, por demás, que si bien el artículo 1 del Convenio 111 no incluye expresamente la nacionalidad como uno de los motivos de discriminación a que se refiere dicho numeral, la parte b) de este mismo artículo hace referencia a *“cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de trato en el empleo u ocupación”*, lo cual permite a las autoridades nacionales, tanto administrativas como judiciales, incorporar este otro criterio a sus resoluciones y reglamentaciones. En complemento con lo anterior, no podemos dejar de mencionar acá, por su perfecta imbricación con el artículo primero del Convenio No. 111 de O.I.T., el texto del artículo primero de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el cual incluyó, entre los factores sobre los cuales está prohibido discriminar *“cualquier otra condición social”*, fórmula que según nos lo recuerda Courtis, es similar a los Pactos de Derechos Humanos del año 1966¹⁹.

Al plantar los temas anteriores en territorio americano, es preciso mencionar que aún hoy sigue siendo problema en algunos de nuestros países, la discriminación étnica, sobre todo en países con un alto margen de población aborigen o afro descendiente, donde es conocido, por ejemplo, que existe una notable brecha en el acceso al empleo decente, según se tengan determinados rasgos físicos, situación que lógicamente se agrava por el bajo acceso a la educación que tienen estas poblaciones preteridas, lo que deviene también en limitaciones de carácter técnico y profesional para desempeñar el trabajo²⁰.

16 Ibidem. Párrafos 171 y 172.

17 OIT, “Igualdad en el Empleo y la Ocupación”. Informe III (Parte 4 B) 83ª Reunión, 1996 Conferencia Internacional del Trabajo. Publicado por Oficina de la O.I.T., Ginebra, 1996, p. 12.

18 OIT, “Trabajadores Migrantes”. Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT a la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional de la OIT del año 1999. Oficina de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999, p. 177.

19 COURTIS, Crhistian, op. cit., p. 657.

20 Ibidem.

Tampoco podemos dejar de mencionar aquí, que una forma de discriminación, la cual se ahonda en nuestra época, es la que proviene de la enfermedad o de las incapacidades limitantes de la persona del trabajador, con lo cual apuntamos no solo a situaciones tradicionales como el despido o la postergación del trabajador o la trabajadora que han sufrido un riesgo del trabajo o una enfermedad incapacitante para laborar, sino también al surgimiento de nuevas enfermedades con impacto en el mundo del trabajo, como es el caso del VIH SIDA. A estas situaciones se ha referido la jurisprudencia constitucional en Costa Rica, utilizando precisamente como fundamento jurídico el artículo primero del Convenio No. 111 de la OIT²¹.

c. La detección de la situación discriminatoria.

La detección de la discriminación en la corporeidad de las relaciones laborales, es una tarea ardua que implica espigar sobre los distintos tipos de discriminación, especialmente aquellos que por sus características favorecen la impunidad. Como desarrollo seguramente de esa búsqueda, encontramos doctrinariamente la diferencia entre discriminación directa e indirecta y entre la absoluta y la desproporcionada, partiendo de que resulta más fácil la detección de la discriminación cuando es absoluta o directa, respecto de cuando es desproporcionada o indirecta, respectivamente.

Así, en algunos países de nuestro continente, ha sido difícil de demostrar, por ejemplo, la discriminación basada en el sexo o en la raza que daban lugar a disparidades, mas no la exclusión total del trabajo, en perjuicio de las mujeres o de los miembros de minorías étnicas.

El uso de nuevas técnicas de redistribución de las cargas probatorias, para facilitar el acceso a la justicia de quienes han sido objeto de trato discriminatorio, es también una parte muy importante de la lucha por descubrir y juzgar adecuadamente las situaciones de discriminación en el empleo. Prácticamente todos los países de nuestro continente se han hecho eco de las nuevas orientaciones de la jurisprudencia de las Tribunales Internacionales que conocen de la materia (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo y Corte Interamericana de Derechos Humanos) o de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en punto a la carga probatoria, cuando se denuncia la violación de un derecho fundamental y particularmente una situación de discriminación. Estamos pues frente a una renovada doctrina procesal que ha tenido un evidente origen jurisprudencial²².

La dificultad de resolver en la vida práctica situaciones de discriminación que se resisten porfiadamente

21 Así en la resolución No. 2008-011863 de las 16 horas y 19 minutos del 29 de julio de 2008, la Sala Constitucional de Costa Rica, ordena el reintegro de una trabajadora despedida y el pago de una indemnización de daños y perjuicios. Para ello se fundamenta la Sala en un criterio anterior del año 2005, lo mismo que en las reglas que pasa a exponer sobre la carga de la prueba en este tipo de procesos judiciales. Indica en efecto la Sala Constitucional en su fallo lo siguiente: "En sentencia número 2005- 13205 de las 15:13 horas del 27 de septiembre del 2005, este Tribunal resolvió -en lo que interesa- que: VI. (...) Como se indicó, el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualesquiera causas y el respeto a la dignidad humana son elementos esenciales de nuestro orden constitucional que coexisten pacíficamente, cuya salvaguardia le corresponde no solo al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad. En tal sentido, toda clase de discriminación, sin importar que provenga de la Administración o de un particular, resulta violatoria del orden constitucional. En el caso concreto de la discriminación laboral por enfermedad, por una parte, el inciso b) del primer artículo del Convenio 111 admite la posibilidad de especificar, a través de cierta vía, cualquier tipo de discriminación que anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación y, por otra parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben de manera expresa cualquier tipo de trato discriminatorio, tesis que, de igual forma, profesa nuestro régimen constitucional al amparo de lo regulado en el numeral 33 de la Ley Fundamental. Por lo demás, el despido discriminatorio de que fue víctima el amparado, afecta colateralmente los derechos constitucionales al trabajo y a la salud. En cuanto al primero, es evidente que todo despido por discriminación irremediablemente implica una lesión al mismo y, en general, al deber de solidaridad inherente al Estado Social de Derecho y al principio cristiano de justicia social (artículo 74 de la Constitución Política). Además, dada la edad del amparado y el motivo real de su despido, su enfermedad, éste queda postrado en una situación particularmente perjudicial tanto para su salud como para su dignidad como ser humano, pues cuenta con menos posibilidades de encontrar otra opción laboral y, consiguientemente, de obtener los recursos necesarios para atender su problema de salud y obligaciones familiares, aparte de que en la práctica, lamentablemente, a una persona de cierta edad, despedida abruptamente y afectada por una enfermedad tan severa como el cáncer, se le dificulta enormemente la obtención de un empleo digno, habida cuenta de los problemas operativos y de costo que podría depararle a un nuevo empleador el tener que encontrar sustituto para eventuales incapacidades por internamiento hospitalario o algún tipo de tratamiento médico. En virtud de lo expuesto, este proceso de constitucionalidad deviene del todo procedente."

22 Ibídem.

a ser modificadas, ha hecho necesario que tanto la legislación como la jurisprudencia (en este caso fundamentalmente en el caso de los Estados de Unidos de América, pero también en otros países del continente), se decanten por la creación de normas contentivas de “discriminación positiva” a favor de ciertos grupos de trabajadores y trabajadoras. La dificultad de regulación de estas nuevas formas de discriminación positiva es indudable, sobre todo cuando colisionan con el derecho de igualdad, o en el caso de las ventajas procesales, con el principio de inocencia. Lo importante, sin embargo, ha sido que a pesar de ese choque con institutos y derechos tan arraigados en nuestros sistemas de derecho, las regulaciones sobre discriminación positiva se han seguido abriendo paso en la ley y en la jurisprudencia, bajo la advertencia, eso sí, de mantener incólumes los principios constitucionales del debido proceso, al que pertenecen también el de igualdad ante el proceso y el de inocencia²³.

3. JUS COGENS Y EL DERECHO A UN TRABAJO DIGNO.

El derecho a un trabajo digno, cuyo origen histórico internacional se remonta al preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo del año 1919, que asume su plena

corporeidad en el principio de que el trabajo no es una mercancía, adoptado por la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo, del año 1944, deriva a su vez de un derecho humano consagrado hoy universalmente, como es la dignidad de toda persona humana (incluida en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, del año 1948). Sobre el concepto de dignidad, ha señalado Ermida que: *“Tratase, según lo ha expresado el Tribunal Constitucional español, de la estima que merece toda persona por el solo hecho de serlo; es el respeto debido a todo ser humano y su derecho a vivir una vida digna. Incluye, por tanto, el derecho a condiciones mínimas de existencia, que deben ser aseguradas por el Estado y por el orden económico. Y en el mundo del trabajo, el derecho a tener una vida digna depende del hecho de poseer un trabajo decente y digno”*²⁴.

Aunque no contamos con sentencias de cortes internacionales que expresamente hayan elevado el derecho a un trabajo digno, a la categoría de jus cogens, la presencia de este derecho y de sus distintas proyecciones en múltiples convenios y declaraciones internacionales, nos permiten pensar que forma parte de la conciencia universal y de lo que podría denominarse como un derecho imperativo de carácter general trabajo ha sido calificado tanto

23 Ibídem. Así, en el Informe a que se refiere la cita al pie de página No. 23 anterior, podemos leer lo siguiente: “La primera distinción que hace el Informe es en cuanto a trabajadores del sector público y trabajadores del sector privado. Empecemos por el sector público. A este nivel, existen restricciones muy claras tanto de rango constitucional como legal para que los empleados puedan gozar de alguna acción positiva. De hecho, muchas constituciones estatales, de manera expresa prohíben la existencia de discriminaciones positivas a favor de empleados del sector público en tales estados, aún cuando se conoce de una reciente resolución de una Corte Federal, en contra del Estado de Michigan, declarando la inconstitucionalidad de una de estas prohibiciones, lo cual abre un nuevo debate sobre el tema. La Constitución Federal también ha impuesto límites a acciones afirmativas que apliquen universalmente. La Corte Suprema, sin embargo, ha permitido las acciones afirmativas, cuando se cumplan dos condiciones específicas. En primer lugar, debe existir una justificación muy fuerte para la acción afirmativa, y en segundo lugar, la acción afirmativa, debe ser hilvanada de manera escrupulosa para adecuarse a la justificación. La Corte Suprema de Justicia reconoce solamente dos intereses, como suficientes para justificar una acción afirmativa en el empleo, a saber: 1) cuando se busca remediar una discriminación histórica; 2) cuando exista diversidad educativa en la formación superior.

Para que una acción afirmativa cumpla con el presupuesto de ser escrupulosamente hilvanada para adecuarse a su justificación, debe ser temporal (termina cuando se obtenga el objetivo) y flexible, así como no puede obstaculizar injustificadamente los intereses de los grupos no protegidos (por ejemplo, no se puede prohibir absolutamente la contratación o admisión de los grupos no protegidos, ni interferir con sus expectativas legítimas).

En el caso de acciones afirmativas en el sector privado, éstas no se encuentran limitadas por la Constitución Federal ni por las constituciones de los Estados. Consecuentemente, solo se encuentran limitadas por las normas legales que prohíben la discriminación en el empleo. En general, la estructura de limitaciones en materia de acciones afirmativas por parte de empleadores privados, sigue el espejo de las limitaciones para el sector público. Algunos casos significativos juzgados por los tribunales, en este sector, indican sin embargo que la justificación para acciones positivas ha sido valorada de manera más generosa que como ha sido su constante en el sector público (Ej. Johnson versus Transportation Agency of Santa Clara Co., 480 U.S. 616 (1987).

24 ERMIDA Uriarte Oscar, op. cit., página 16.

como derecho, como un deber para con la sociedad. En cuanto a derecho, tiene la virtud de que su praxis permite al ser humano resultar útil socialmente y realizarse como persona. Es en esta última dimensión del hecho trabajo, como momento para el desarrollo humano de la personalidad, en que vemos plasmada la íntima relación entre trabajo y dignidad. Mal podría entonces el hecho trabajo, convertirse en lo contrario de lo que es su finalidad, permitiendo que por su medio el hombre se enajene y pierda identidad. Bien afirma Pacheco Zerga que *“El trabajo es, pues un deber y un derecho que expresa, por un lado la obligación de servir y, por otro, la dignidad personal”*²⁵ De ahí que podamos clasificar el derecho a un trabajo digno, como un derecho fundamental.

Dos instrumentos internacionales, aparte de la Constitución de la OIT, la Declaración de Filadelfia de esta Organización, del año 1944, y la más reciente Declaración de Principios Fundamentales de la misma OIT, del año 1998, nos permiten ratificar lo indicado. Es el caso, en primer término del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, en vigor a partir del 3 de enero de 1976. De acuerdo a su artículo 6, parte primera, *“Los Estados parte 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 las medidas adecuadas para garantizar este derecho”*.

Trasladándonos a suelo americano, en apoyo del derecho a un trabajo digno como derecho imperativo y general a nivel internacional, preciso es mencionar el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, del 18 de noviembre de

1988. El artículo 6 del Protocolo, establece el siguiente canon: *“Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”*. Igual que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Protocolo de San Salvador, se agrega otro artículo con las principales proyecciones del trabajo digno. A ello se refiere el artículo 7 cuando señala: *“Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce de los mismos en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a) Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores, condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo igual por trabajo igual, sin ninguna distinción; b)....c) El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencias, probidad y tiempo de servicio”*.

4. CONCLUSIONES

Hoy en día, es posible referirse a derechos fundamentales de carácter laboral, elevados a la categoría de *ius cogens*, de conformidad con la definición de la Convención de Viena sobre los Tratados, la Jurisprudencia de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de los Convenios y Declaraciones tanto de la Organización de las Naciones Unidas, como de la Organización Internacional del Trabajo.

De conformidad con las fuentes citadas, no cabe duda de que en la actualidad es posible citar como derechos

25 Indica esta autora en su obra “La dignidad humana en el derecho del trabajo, que en España “La jurisprudencia social, al calificar al trabajo como privilegio, deber y vocación de la persona, pone de manifiesto que, además de ser una obligación es un derecho (art.35.1 CE), que tiene la categoría adicional de privilegio y vocación. Por tanto, puede afirmarse que nos encontramos ante un derecho fundamental, que tiene la particularidad de responder a una relación personal, enraizada en los más íntimo de la persona, en base a lo cual ésta decide cómo ser útil socialmente y, a la vez, cómo desarrollar sus capacidades logrando así el libre desarrollo de su personalidad”. Editorial Thomson Civitas, Primera Edición, Pamplona, 2007, p. 44,45.

fundamentales laborales, parte del “*ius cogens*”, el derecho a la igualdad y la no discriminación en el empleo, lo mismo que el derecho a un trabajo digno, entendido, en el lenguaje de la OIT, como el derecho a un trabajo decente.

La incorporación de los citados derechos, como parte del *ius cogens*, acarrea para todos los Estados que han suscrito las principales Convenciones y Convenios sobre Derechos Humanos, así como la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos, y la Convención de Viena sobre los Tratados, una responsabilidad internacional, la cual no solo puede ser exigida ante las cortes nacionales, sino también ante cortes internacionales.

5. BIBLIOGRAFÍA

BOLAÑOS Céspedes, Fernando (2012) “*El papel de la jurisprudencia y la lucha contra la discriminación en el Empleo*”, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo, en Congreso Regional Americano, Guayaquil, Ecuador. Sitio web: www.Congresolaboralguayaquil.com

CONSTITUCIÓN Política de República Dominicana.

CONVENCIÓN de Viena, “Derecho de Tratados”, 23 de mayo de 1969.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. “Resolución caso niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, 8 de setiembre de 2005.

Corte interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva No. OC-18/03, 17 de setiembre de 2003.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Resolución OC-18/03, 17 de setiembre de 2003.

COURTIS, Christian (2006), “*Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*”, obra colectiva “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, Editorial Distribuciones Fontanera, Primera Reimpresión de la Primera Edición, México, 2006.

DULITZKY Ariel E. (2006), “*Alcance de las Obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos*”, obra colectiva “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, México, Editorial Distribuciones Fontanera.

ERMIDA Uriarte, Oscar (2011), “*Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación*”, Revista Real Card, Guatemala, No. 5, junio.

FERRAZ, Diego, Goldschmidt, Rodrigo (2012), “*Acoso Moral como restricción ilegítima para un trabajo digno*”, en Baez Xavier, Narciso Leandro et al. (Coords.), “*Problemática de los Derechos Humanos Fundamentales en América Latina y Europa*”, Madrid, Editorial Marcial Pons.

GOLDSTEIN, Eduardo (2009) “*La discriminación racial por origen nacional t etnia en las relaciones laborales*”. Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, MASTERGRAF SRL.

PACHECO Zerga, Luz (2007), “*La dignidad humana en el derecho del trabajo*”. Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A..

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969), *Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (B-32)*, San José, Costa Rica, 7-22 de setiembre.

OIT (1958), “*Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación)*”, (Num.111).

OIT (1999), Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 87ª Reunión de la Conferencia Internacional de la OIT, Ginebra, 1999.

OIT (1996), Conferencia Internacional del Trabajo, *Igualdad en el Empleo y la Ocupación*. Informe III (Parte 4 B) 83ª Reunión, Ginebra.

OIT (2000), “*Un nuevo instrumento para promover los derechos fundamentales*”. Guía de educación obrera, Ginebra, primera edición.

ONU (2000), “*Declaración del Milenio*”. Asamblea General de la ONU, Nueva York, Declaración No. 55/2, 6-8 de setiembre.

ONU (1970), *“Declaración Relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”* (resolución No. 2625-XXV).

ONU (1966), *“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”*. Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre.

ONU (2005), Resolución No. 60/1, Cumbre Mundial de la ONU, Nueva York, 14-16 de septiembre.

OIT (2008) *“Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa”*, Suiza, Primera Edición.

REMIRO Brotons Emilio, Riquelme Cortado Rosa, Orihuela Catalayud Esperanza, Díaz Hochtler, Javier, Perez-Prat, Durban Luis (coautores) (2007), *“Derecho Internacional”*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

SALA Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2008), Resolución No. 2008-011863 de las 16 horas y 19 minutos del 29 del mes de julio.

ZAYAS, Alfred Maurice de. *“Report of the Independent Expert in the promotion of a democratic and equitable international order”*. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Sesión 34 ava., Agenda ítem 3. Dirección web: <http://www.orch.org/documents/l>.