



## LOS CONVENIOS DE LA OIT: ¿UNA NUEVA DIMENSIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO?

Geraldo VON POTOBOSKY ( )

### I. INTRODUCCIÓN

El viraje de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina en materia de tratados a partir de 1992 <sup>(1)</sup> y la reforma de la Constitución Nacional en 1994 abren nuevos rumbos, en la dialéctica entre el derecho internacional y su proyección en el orden jurídico interno. Las líneas seguidas se ubican en la tendencia que se ha generalizado después de la segunda Guerra Mundial, de reconocer expresamente la primacía de la normativa internacional sobre la nacional. Muchas constituciones se han hecho eco de esta evolución, que se ha acentuado en relación con el reconocimiento de los derechos humanos y que cobra progresivamente mayor trascendencia gracias a la acción pretoriana internacional y nacional. La adquisición por un Estado de compromisos internacionales a través de una legislación supranacional o la ratificación de tratados puede crear también derechos y obligaciones en el orden interno, con consecuencias inclusive materiales de la mayor importancia.

Estos cambios conciernen igualmente a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. El objeto de este estudio es analizar los problemas que se plantean en relación con estos instrumentos a la luz de la evolución mencionada, con vistas principalmente a la situación argentina, pero previendo también sus posibles alcances a otros sistemas jurídicos nacionales.

### II. NATURALEZA DE LOS CONVENIOS DE LA O.I.T.

Los convenios internacionales del trabajo son instrumentos que pertenecen a la categoría de tratados, pero con características propias. Cuando surgieron con la creación de la O.I.T. como parte del Tratado de Versalles en 1919, su especificidad dio lugar a prolongados debates que giraron en torno a la distinción hecha en derecho internacional entre los tratados-leyes y los tratados-contratos <sup>(2)</sup> Los que sostenían la primera tesis acentuaban el carácter normativo de los convenios cuya ratificación implicaba la adhesión a un acto legislativo preexistente. En cambio, los autores que se inclinaban en favor de los tratados-contratos ponían énfasis en el acuerdo de voluntades necesario para la existencia de un convenio y en la ratificación para darle un carácter ejecutorio. Entre los juristas latinoamericanos se aplicó a los convenios la distinción hecha por Jiménez de Aréchaga entre acto-regia y acto-condición. La adopción de un convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo constituye el acto-regia, y la ratificación por un Estado de la que emana su obligatoriedad, es el acto-condición. Agrega Pía Rodríguez que las particularidades de esta "especie de tratado-regla de carácter multilateral" derivan de las peculiaridades propias de la O.I.T., y que las obligaciones contraídas mediante la ratificación lo son frente a esta Organización y no frente a los demás Estados ratificantes. Ello no impide que determinados convenios, sobre todo de seguridad social, contengan cláusulas sinalagmáticas o de reciprocidad para los países que los han ratificado.

Jenks y Vallicos han destacado dichas peculiaridades, entre las que sobre salen la adopción de los convenios en asambleas tripartitas y no solamente gubernamentales, y su eficacia especial, debida a las obligaciones que crean

<sup>1</sup> Deseo dejar constancia de mi profundo agradecimiento al Profesor Juan A. Travieso por sus valiosos comentarios e informaciones, que me han permitido enriquecer este trabajo.

<sup>2</sup> Con el trascendental fallo dictado en el caso "Ekmerkdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros" (*El Derecho*, 148-338).

<sup>3</sup> Véase en un resumen de estos debates y las citas doctrinarias en Von Potobosky, G. Bartolomé de la Cruz, H., *La Organización Internacional del Trabajo OIT*, Aztreá, 1990, p. 26 y sigs.



antes de su ratificación (sumisión a las autoridades nacionales competentes, información sobre el grado de su aplicación) y al elaborado sistema de control una vez ratificados. Vallicós agregaba que es sobre todo esta mayor eficacia la que diferencia a los convenios de los tratados internacionales.

La ratificación de los convenios constituye un elemento esencial para su introducción en el orden interno. En efecto, la O.I.T. no constituye un organismo supranacional, como la Unión Europea, que puede conferir un carácter imperativo directo a sus normas, obviando el acto de ratificación.

Los convenios de la O.I.T. siempre han sido asimilados a los tratados en cuanto a los efectos reconocidos a estos instrumentos en las diversas constituciones nacionales (España, Francia, Países Bajos, Honduras, Guatemala, Perú). Con la excepción de cierta doctrina minoritaria, ello ha sido así también en la Argentina, bajo el artículo 31 de la Constitución, que se refiere a los "tratados con las potencias extranjeras», y lo sigue siendo actualmente con respecto a] artículo 75, inciso 22 de la Constitución reformada, que se refiere a los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales (<sup>3</sup>).

### III. JERARQUÍA DE LOS CONVENIOS EN LA ESCALA NORMATIVA NACIONAL

Las situaciones varían según el respectivo orden constitucional: en su carácter de tratados pueden tener rango superior a la propia constitución igual a esta, superior a las leyes nacionales o igual rango que éstas. Existen ejemplos para todas estas posibilidades, que sin embargo comportan diversos matices y condiciones (<sup>4</sup>).

Holanda constituye el ejemplo clásico de un país en el que los tratados internacionales ocupan un rango superior al de la constitución, pero en caso de contradecirla su aprobación requiere los dos tercios de los votos escrutados también figuran en esta categoría, según cierta interpretación, Honduras y Guatemala (derechos humanos).

Igual rango que la constitución tenían los tratados relativos a derechos Humanos en la carta magna peruana de 1979 (sustituida por la de 1993).

El rango supralegal de los tratados es reconocido en diversas formas por las constituciones o la jurisprudencia en Alemania, Bélgica, Italia, Francia, España, Suiza y Japón. En América Latina es el régimen de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Colombia (derechos humanos) y Paraguay.

Finalmente, los tratados son jerárquicamente iguales a las leyes en la mayoría de los demás países, entre los que se encuentran los Estados Unidos México, Venezuela, Ecuador.

En Uruguay la doctrina se encuentra dividida, pero la jurisprudencia se inclina en favor de la igualdad jerárquica (<sup>5</sup>). Esta es también la posición de Pía Rodríguez, para quien una ley posterior puede derogar o modificar la ley que ha ratificado anteriormente un convenio. Barbagelata, en cambio, estima que las normas mínimas de un convenio ratificado tienen primacía sobre las disposiciones contrarias de una ley posterior. Tales normas hacen efectivo el principio protector del trabajo consagrado por la Constitución.

En Argentina, la posición jerárquica de los tratados internacionales ha sido objeto de interpretaciones diversas antes de la reforma constitucional de 1994 (<sup>6</sup>). Se partía del artículo 31 de la Constitución, según el cual "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las

<sup>3</sup> Véase en ese sentido el voto del Dr. Boggiano en el fallo en autos "Frites, Eulogio y Alemán, América c/Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto", recurso de hecho, de fecha 4 de diciembre de 1995, relativo a la falta de ratificación del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Nuestro constituyentes podrían haber utilizado la fórmula más genérica de "tratados y convenios internacionales", evitando así toda duda en cuanto a los "tratados con las organizaciones internacionales" y "adoptados dentro de las organizaciones internacionales" (siendo estos últimos los instrumentos propios de la OIT, de las Naciones Unidas y otros organismos).

<sup>4</sup> Véase Ayala Corao, C.; "El derecho de los derechos humanos", en *El Derecho*, 9.12.94; Racciatti, O. "Los convenios internacionales del Trabajo y las leyes posteriores a su ratificación", en *Derecho Laboral*, enero – junio de 1994.

<sup>5</sup> Véase la exposición sobre la situación en Uruguay en Racciatti, op. cit.

<sup>6</sup> Véanse los detalles en De la Guardia, E., "El nuevo texto constitucional y los tratados (II)", en *El Derecho*, 17.2.1995.



potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; ...." En un primera época la interpretación fue literal, siguiendo el orden de los instrumentos citados. Es decir, que los tratados estaban subordinados tanto a la Constitución como a la legislación. Se hacía caso omiso en esta interpretación de la *ratio legis* de este artículo, destinado a regir la relación entre tales instrumentos nacionales y los de las diversas provincias. En efecto, el texto continúa en estos términos: " y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, etc."

En 1963 cambió la jurisprudencia de la Corte Suprema (caso S.A. Martín y Cía. Ltda. c/Administración General de Puertos), al admitir la igualdad jerárquica entre leyes y tratados.

Un nuevo cambio, pero esta vez en forma de verdadero *aggiornamento* en el sentido de la jerarquización del derecho internacional, fue el mencionado fallo de la Corte Suprema en 1992, en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich". Basado en el artículo 26 de la Convención de Viena (ratificada en 1972 y en vigor desde 1980), el cual dispone que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..", el fallo reconoce la primacía del derecho internacional y afirma que "esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino".

Al comentar esta decisión Travieso destaca (7) que quizás el centro de las relaciones internacionales de la Argentina radica en la prescripción de la propia Constitución, cuyo artículo 27, en forma no trivial, impone al gobierno federal la obligación de "afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". No obrar de esta manera significa incurrir en responsabilidad internacional por violación de los tratados internacionales.

Confirmando y culminando la nueva corriente doctrinaria y jurisprudencial, la reforma de la Constitución dejó definitivamente asentado en su artículo 75, inciso 22, que "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Si se trata de tratados y otros instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, específicamente mencionados en dicho inciso, se les reconoce una jerarquía aun superior, de nivel constitucional.

¿Cuál es la situación en la que se encuentran los convenios de la O.I.T. ante la reforma constitucional? Si bien su rango es ahora claramente superior al de las leyes, ninguno de los convenios que conforme a la clasificación de la O.I.T. forman parte de los derechos humanos fundamentales (libertad sindical, trabajo forzoso e igualdad de oportunidades y de trato) ha sido listado en el artículo 75 de la Constitución y por lo tanto no se les reconoce jerarquía constitucional.

La principal consecuencia práctica para el orden jurídico interno es que mediante la ratificación de un convenio pueden quedar sin efecto las disposiciones legales contrarias, tanto si son anteriores como posteriores a dicho acto. Las mismas serían tachadas de inconstitucionales, por oponerse a una norma jerárquicamente superior.

En un régimen de paridad jerárquica un convenio ratificado deroga una ley contraria anterior, pero ese convenio puede a su vez quedar sin efecto por una ley posterior. No se trata en este caso de una derogación del convenio, sino de su violación con responsabilidades internacionales. En efecto, la ratificación de un convenio constituye un acto complejo en el que interviene tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo. Sólo su denuncia puede desligar de las obligaciones frente a la comunidad internacional. Pero en el orden interno la ley posterior prevalecerá sobre el convenio anterior.

Esta parece ser una tendencia general de los tribunales, según lo demuestra la experiencia comparada. Además, los jueces nacionales también tienden a descartar eventuales conflictos entre la normativa internacional y la propia legislación, y a estimar que ésta se amolda a aquella dentro del contexto del país (8).

La tesis de la prevalencia de la norma nacional posterior en un régimen de superioridad jerárquica de los convenios se hace muy difícil, sobre todo cuando se trata de disposiciones precisas y de operatividad propia (9).

<sup>7</sup> Véase TKAVIESO, J.A., "La reforma constitucional argentina de 1994". en *La Ley*, 1994 E, 1318.

<sup>8</sup> International Labour Office, *International and European labour standards in labour court decisions, and jurisprudence on sex discrimination*, (ed. Bronstein, A. and Thomas, C.), Labour-Management Relations Series 82, Geneva, 1995, p. 6 - 8; Racciatti., op. cit., passim.



Sin embargo, no debe descartarse. Los jueces tratan muchas veces con aprehensión estos casos y se resisten a aplicar la norma internacional recurriendo a diversos tecnicismos (los motivos verdaderos pueden ser de política económica o social, de soberanía, problemas de asimilación de conceptos y técnicas extraños, etc.)<sup>(10)</sup>. Por ejemplo, el Consejo de Estado de Francia, a pesar del régimen suprallegal de la constitución, hizo prevalecer durante más de veinte años las leyes posteriores sobre todo tratado anterior, incluidas las normas comunitarias europeas. Recién en 1989, con un trascendental fallo en el caso "Nicolo", decidió cambiar su posición<sup>(11)</sup>.

Cualquiera sea el rango jerárquico de los convenios, el problema que más interesa es el de su efectividad en el orden jurídico interno de los países. Ello depende en gran parte del régimen nacional de introducción en dicho orden y de las propias cláusulas de los convenios. Pero también en este caso el rol de las instancias judiciales puede resultar determinante. Son temas que se examinarán a continuación.

#### IV. INTRODUCCIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO

Cabe referirse por supuesto al sistema monista o dualista que hayan adoptado los países. A veces se ha criticado esta dicotomía simplificada, pero su uso se ha generalizado y permite encuadrar las posiciones nacionales. Conviene recordar brevemente que en el sistema monista no existe una separación entre el orden jurídico internacional y el interno, de manera que los tratados o convenios —una vez ratificados— se incorporan automáticamente a este último. Veremos luego la relatividad de este principio. En el sistema dualista el derecho internacional y el nacional constituyen dos regímenes separados, por lo cual los tratados ratificados requieren un acto formal de incorporación o transformación ("transposición" en el lenguaje de la Unión Europea con relación a las directivas) al orden interno: puede tratarse de un texto nuevo en armonía con el instrumento internacional, o modificatorio de disposiciones existentes, o derogatorio de normas contrarias.

El Reino Unido constituye el ejemplo típico de un país que ha adoptado el sistema dualista, y así otros con regímenes jurídicos derivados, como Canadá y Australia. En cambio, países que siguen expresa o implícitamente la doctrina monista son Alemania, Austria, España, Francia, Grecia, los Países Bajos, Suecia, Suiza, los Estados Unidos y varios latinoamericanos, entre los cuales figuran Brasil, México, Uruguay y Guatemala.

En la Argentina la doctrina mayoritaria, basada en el artículo 31 de la Constitución, se ha pronunciado en favor de su carácter monista. La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha fundado tradicionalmente en la naturaleza de los instrumentos internacionales, basándose en la operatividad propia de los mismos o de sus cláusulas, o en la aparente necesidad de una intervención legislativa previa. Esta última posición fue constante en lo que se refiere a los convenios de la O.I.T.<sup>(12)</sup> Más adelante nos referiremos a varios casos examinados.

En el caso "Ekmekdjian" la Corte Suprema adoptó decididamente una posición monista al declarar que "Cuando la Nación ratifica un tratado que firma con otro estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos *administrativos y jurisdiccionales* lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata". Las consideraciones contenidas en el mismo fallo en cuanto a la operatividad directa de las normas internacionales, que se analizan más adelante, confirman los alcances de la nueva tendencia monista de la Corte.

<sup>9</sup> Para los fines de este trabajo, se utilizarán indistintamente las expresiones "operatividad directa o propia", "autoejecutivo" y "aplicación directa".

<sup>10</sup> Véanse Leary, V., *International labour conventions and national law: The effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*, Martnus Nijhoff Publishers, La Haya, Huston, Londres, 1983, p. 163, Jackson. J. H., "Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis", en *American Journal of International Law*, vol. 82, N° 2, April 1992, p. 333, 334.

<sup>11</sup> Véase Javillier, J.-C., *Droit du travail*, 5a ed., París, 1996, p. 82.

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, Vanossi, J. R., *Régimen constitucional de los tratados*, Ed. El Coloquio, Buenos Aires, 1969, p. 179 y sigs.



En efecto los alcances del sistema monista en los países que lo han adoptado dependen en definitiva de la interpretación judicial de las normas internacionales en relación con su operatividad directa. El carácter autoejecutivo de dichas normas puede ser manifiesto y permitir su aplicación pacífica a nivel administrativo y judicial. Pero aún en caso de que fuera así, el reconocimiento de este carácter puede resultar de una construcción jurídica que obvia la necesidad de una intermediación legislativa y descansa en la acción judicial. Entramos así en el meollo del problema de la efectividad directa de los convenios de la O.I.T. y su introducción en el orden jurídico interno.

## V. LA OPERATIVIDAD PROPIA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

### 1) Origen y criterios

El problema de la operatividad propia de las normas internacionales se plantea en los países de régimen monista, en los dualistas cuando la ley de ratificación prevé su incorporación al orden interno y también en aquellos que forman parte de un sistema supranacional, en cuyos órganos los Estado Miembros han delegado facultades legislativas. El ejemplo concreto aquí es la Unión Europea, bajo el Tratado de Roma y sus modificaciones.

La doctrina sobre las normas "self-executing" tiene su origen en los Estados Unidos, a raíz de la interpretación de la Constitución en 1828 <sup>(13)</sup>. Ésta dispone que los tratados serán ley suprema de la nación y que los jueces estarán obligados por los mismos, a pesar de las normas constitucionales o legislativas de los estados que se opongan a los mismos. Según Marshall los jueces deben considerar a un tratado como equivalente a un acto legislativo "siempre que opere por sí mismo sin la ayuda de una disposición legislativa" En cambio si cualquiera de las partes del tratado se compromete a realizar un acto determinado cabe entender que el tratado se dirige a las instancias políticas y no a las judiciales; y en ese caso corresponde al legislador dar ejecución al tratado para que éste se transforme en una norma destinada a ser aplicada por los jueces.

Los comentarios posteriores han divergido sobre esta cuestión, y se ha sostenido que los actos de aplicación previstos en un tratado pueden ser cumplidos también por las autoridades administrativas y por los propios jueces. Esta última posición constituye una apertura monista de notables alcances, como veremos.

La doctrina norteamericana ha elaborado tres criterios para determinar el carácter autoejecutivo de las disposiciones de un tratado: la intención de las partes; la precisión y los detalles de los términos utilizados; y la relación del tema con las facultades de la rama judicial, más que de las ramas legislativa o ejecutiva.

Así, en lo que concierne la intención de las partes, la fórmula según la cual las partes "se obligan a realizar" determinado acto revela la falta de operatividad directa de la cláusula respectiva. En cuanto a la precisión terminológica, se consideran demasiado generales las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas para ser de aplicación directa. La jurisprudencia se ha mostrado contradictoria en ambas cuestiones, señalándose por ejemplo, en lo que se refiere a la precisión del lenguaje, que disposiciones como las de la mencionada Carta no son más genéricas que otras como "debido proceso legal", "buena fe" e "igual protección bajo la ley", que los jueces interpretan constantemente como fundamento de sus fallos.

Señalan los autores que conforme lo enseña la experiencia, las considera clones de orden político son tan importantes como las de carácter técnico en la determinación judicial de la naturaleza autoejecutiva de las disposiciones de un tratado. Los distintos criterios que puedan aplicarse en la materia no han sido seguidos en forma constante ni uniforme.

Una cuestión estrechamente relacionada con la aplicación directa de las disposiciones de un tratado es la de su efecto, que se ha dividido en vertical y en horizontal. Es vertical cuando el derecho subjetivo creado por la norma internacional sólo puede ser invocado por un individuo ante el Estado y le permite ejercer una acción

<sup>13</sup> Véase sobre esta cuestión Leary, op. cit., p. 55 y sigs.



contra éste para hacerlo efectivo. Es horizontal cuando el derecho puede ser ejercido por un particular contra otro particular. Ambos efectos son importantes en lo que se refiere a las normas internacionales del trabajo.

## 2) La operatividad propia y las normas de la O.I.T.

Se considera generalmente que los convenios de la O.I.T. contienen normas de carácter general dirigidas a los Estados, a fin de que éstos las apliquen adoptando a este efecto las disposiciones legislativas específicas que correspondan. La propia Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones sostuvo esta posición señalando que "la mayoría de los convenios no contienen disposiciones que prescriban directamente a los habitantes de un país una obligación de hacer o de no hacer, sino que se dirigen a los Estados mismos a fin de obligarlos a reglamentar una cuestión en un sentido determinado". Más aún, para evitar toda duda sobre la aplicación de los convenios, su relación con el derecho interno, y los problemas derivados del desconocimiento de estos convenios, la Comisión recomendó "armonizar también formalmente la ley nacional con el convenio (derogando o modificando expresamente las leyes o códigos anteriores en los puntos cubiertos por el convenio), a fin de que no haya duda o incertidumbre en cuanto a la situación legal".<sup>(14)</sup>

Si se examinan más de cerca las normas internacionales del trabajo puede comprobarse que son de índole diversa: generales; programáticas o promocionales; en forma de directivas (dirigidas a los Estados que ratifican, para la adopción de medidas concretas de aplicación); de reconocimiento de derechos subjetivos con - forme a las condiciones impuestas por los Estados; autoejecutivas (por ser precisas ni estar condicionadas), y otras.

En lo que se refiere a las mencionadas cláusulas directivas, existe la que figura en los primeros convenios y que además de fijar una fecha de entrada en vigor de los mismos, obligaba a los Estados "a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento" de las disposiciones de tales convenios. Esta cláusula fue abandonada en 1927 debido a que producía los efectos contrarios a los deseados, ya que se la interpretaba en el sentido de que las disposiciones del convenio no eran de aplicación directa sino que para ello necesitaban una legislación intermedia. Este no había sido el propósito, pues no se deseaba interferir con una posible operatividad directa de estas disposiciones.

Lo interesante de esta cláusula en el caso de la Argentina es que la Corte Suprema la había tomado como fundamento de su jurisprudencia "dualista". No cabe duda de que la aplicación de muchos convenios debe realizarse forzosamente a través de medidas legislativas. Así pueden disponerlo los propios convenios o determinadas cláusulas de los mismos (por ejemplo, el Convenio n° 147 sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976, con respecto a horas de trabajo, seguridad, seguridad social, etc.). Pero en otros casos el instrumento deja librada la aplicación a diversos otros medios.

Por ejemplo, el Convenio no 132 sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970, dispone que "La legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país" (art. 1). Ahora bien, examinando el artículo 3 del Convenio es posible reconocerle, en parte, un efecto autoejecutivo, al disponer que "Toda persona a quien se aplique el presente Convenio tendrá derecho a vacaciones anuales pagadas de una duración determinada" (párr. 3) y que "Las vacaciones no serán en ningún caso inferiores a tres semanas laborables por un año de servicio" (párr. 3). Son las autoridades judiciales a las que se podrá recurrir para dar cumplimiento a estas disposiciones, que son suficientemente claras y precisas para justificar una aplicación directa.

Un ejemplo de norma general y programática es la del artículo 4 del Convenio n° 150 sobre la administración del trabajo. 1978, por el cual "Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá garantizar, en forma apropiada a las condiciones nacionales, la organización y el funcionamiento eficaces en su territorio de un sistema de administración del trabajo, cuyas funciones y responsabilidades estén adecuadamente coordinadas".

<sup>14</sup> O.I.T. Comisión de Expertos. Informe III (Parte 4). 1963, pp. 9, 11, 12.



Este tipo de cláusulas carece de operatividad propia y exige, por supuesto, la adopción de medidas legislativas y administrativas para su aplicación.

Una norma en forma de directiva es la del artículo 4 del Convenio n° 136 sobre el benceno, 1971, por la cual "Deberá prohibirse el empleo de benceno o productos que contengan benceno en ciertos trabajos que la legislación nacional habrá de determinar". Corresponderá al Estado, como destinatario de la directiva, adoptar las medidas legislativas necesarias. Sin embargo, el mismo Convenio contiene también normas autoejecutivas, que permiten su aplicación directa. Así, el artículo 8 prevé que "Los trabajadores que puedan entrar en contacto con benceno líquido o con productos líquidos que contengan benceno deberán estar provistos de medios de protección personal adecuados contra los riesgos de absorción percutánea". Por su parte, el artículo 11 estipula que "Las mujeres embarazadas cuyo estado haya sido certificado por un médico y las madres lactantes no deberán ser empleadas en trabajos que entrañen exposición al benceno o a productos que contengan benceno". En ambos casos las disposiciones son concretas y precisas como para poder exigir su aplicación directa frente al propio empleador. La situación es similar a la del ejemplo anterior, relativo al Convenio sobre las vacaciones pagadas.

Recorriendo los numerosos convenios de la O.I.T. es posible encontrar muchas otras disposiciones de esta naturaleza, cuya aplicación directa sería posible sin una intervención legislativa o administrativa previa.

En cambio, cuando se trata de normas que quedan condicionadas a la regulación del Estado, la Comisión de Expertos se ha expresado en contra de su carácter autoejecutivo. Un ejemplo es el artículo 2 (párr. 5) del Convenio n° 52 sobre las vacaciones pagadas, 1936, que enuncia el principio de que la duración de las vacaciones deberá aumentar progresivamente con la duración del servicio, pero ello "en la forma que determine la legislación nacional". Para la Comisión, la adopción de normas regulatorias nacionales es necesaria en estos casos.

### 3) La aplicación directa de las normas de la O.I.T. en diversos países

Resulta del mayor interés ahora examinar la jurisprudencia comparada sobre la aplicación directa de las normas de la O.I.T. <sup>(15)</sup>. Se podrá observar así que la justicia o la administración de una serie de países ha reconocido en forma bastante amplia el carácter autoejecutivo de muchas normas, en contraste con la jurisprudencia tradicional argentina.

Por de pronto, cabe referirse a la disposición que figura en muchos instrumentos, según la cual "todo Estado Miembro que ratifique el Convenio se obliga" a tomar medidas relativas a su puesta en práctica. Aun cuando esta cláusula está dirigida a los Estados y según los criterios mencionados más arriba excluiría la aplicación directa del convenio respectivo, no ha sido óbice para que en varios países se llegara a la interpretación contraria. Sin embargo, la jurisprudencia no es pacífica a este respecto, pudiendo llegar a ser contradictoria dentro de un mismo país.

En Francia, la Corte de Casación en el caso "Castanié" (1934) dio aplicación directa al artículo 1 (párr. 1) del Convenio no 19 sobre la igualdad de trato (accidentes de trabajo), 1925. Este dispone que el Estado que lo ratifica se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Estado Miembro que lo haya ratificado, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo. En casos similares la Corte Suprema argentina se pronunció en contra de la aplicación directa.

Un interés particular presenta el Convenio n° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948. Este instrumento contiene las normas básicas de la O.I.T. en materia de libertad sindical y, como ya se indicara, forma parte de los convenios sobre derechos humanos fundamentales de la Organización. ¿Puede considerarse que tales normas tienen carácter autoejecutivo? El artículo 1 establece la obligación para los Estados que lo hayan ratificado, de poner en práctica tales normas. Para el Consejo Federal de Suiza, en un

<sup>15</sup> Este tema ha sido particularmente bien estudiado por Virginia Leary en la obra citada anteriormente.



informe elevado a la Asamblea Federal en 1974 cuando el gobierno examinaba la posibilidad de ratificar este instrumento, dicha disposición está dirigida especialmente a los Estados cuyos sistemas jurídicos requieren la transformación de las cláusulas de los tratados mediante la adopción de una legislación nacional, a fin de hacerlas aplicables en el derecho interno. Esto no planteaba problemas en Suiza, ya que conforme a la doctrina y a la práctica, los tratados ratificados tienen efecto automático en el derecho nacional <sup>(16)</sup>. Para las autoridades suizas, las normas del Convenio son autoejecutivas. En Italia y los Países Bajos las autoridades llegaron a la misma conclusión, y esta vez en forma concreta con respecto a los artículos 2 y 3.<sup>(17)</sup> El primero prevé que "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". El artículo 3 afirma el derecho de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y actividades, y de formular su programa de acción. Las autoridades deben abstenerse de toda intervención que limite este derecho o entorpezca su ejercicio legal.

En Bélgica el juez se basó también en los Convenios no 87 y 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949) para rechazar el reclamo del personal directivo de una empresa para tener sus propios representantes sindicales. Estimó que ambos convenios tratan de libertad sindical y no de representantes sindicales, y que el derecho de asociación no implicaba necesariamente el derecho de los trabajadores a tener representantes sindicales en la empresa. <sup>(18)</sup>

Existe otro ejemplo que nos toca más de cerca. En Paraguay, donde los convenios ratificados de la O.I.T. tienen jerarquía supralegal, el gobierno había dictado el decreto 16.769 (18 de marzo de 1992) por el cual se regulaban las elecciones sindicales y se condicionaba la inscripción de las organizaciones, así como el reconocimiento de sus dirigentes, al cumplimiento de esta norma. Los estatutos sindicales debían adecuarse al decreto. Habiéndose recurrido contra este texto ante la Corte Suprema, ésta lo declaró inconstitucional por violar el Convenio no 87 y alterar el orden jerárquico de las normas. El fallo implica una aplicación directa del artículo 3 del Convenio, que excluye la intervención de las autoridades en la vida interna del sindicato.

España es posiblemente el país en el que los jueces reconocen en mayor medida el carácter autoejecutivo de una norma internacional del trabajo y dejan sin efecto toda disposición nacional contraria. Tal disposición sería considerada inconstitucional por oponerse a una norma jerárquicamente superior. Un ejemplo es el Convenio no 132 sobre las vacaciones pagadas. El artículo 6, cuyo párr. 2 estipula que los días de enfermedad o de accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones anuales, ha constituido frecuentemente la base de sentencias judiciales, aun cuando ese mismo artículo somete esa regla a las condiciones que determinen las autoridades u organismos apropiados. La misma aplicación directa ha recibido el artículo 7 relativo al monto de la remuneración durante el período de vacaciones. <sup>(19)</sup>

La jurisprudencia española ha sido menos pacífica en relación con el Convenio no 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982. En efecto, en un primer tiempo aplicó directamente su disposición (art. 7) sobre el derecho de defensa del trabajador previo a su despido, declarando la nulidad de éste si no se había ajustado a la norma del Convenio; luego se pronunció por la conformidad de la legislación nacional con dicha norma; y también hubo fallo que negó el carácter autoejecutivo del Convenio, por la fórmula empleada en su artículo 1: similar a la transcrita anteriormente con respecto al Convenio no 132.

Francia ofrece nuevamente ejemplos de aplicación directa de normas de la O.I.T. en relación con el Convenio no 81 sobre inspección del trabajo, 1947, y el Convenio n° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. En el primer caso el tribunal se basó en el artículo 12 para reconocer el derecho de los inspectores para interrogar, solos o ante testigos, al empleador o al personal de la empresa. <sup>(20)</sup> En el segundo, estimó que la

<sup>16</sup> Citado por Leary, op. cit., p. 107.

<sup>17</sup> Véase Leary, *ibid.*

<sup>18</sup> Revista Internacional del Trabajo, vol. 101, n° 1, 1982, p. 64, 65.

<sup>19</sup> International Labour office, op. cit., p. 8.

<sup>20</sup> *Ibid.*, vol. 100, n° 1, 1981, p.



decisión del empleador de no confirmar la contratación del trabajador a la expiración del período de prueba, por estar fundada en motivos de discrepancia de carácter político, era abusiva a la vista del principio general de no discriminación contenido en el preámbulo de la Constitución francesa y en el Convenio n° 111 de la O.I.T. (21)

En Uruguay la jurisprudencia "admite pacíficamente la aplicación directa de los convenios internacionales ratificados cuyas disposiciones sean autoejecutables". (22) Cabría agregar que debe tratarse de convenios ratificados con posterioridad a las normas nacionales que pudieran ser contrarias o en ausencia de normas nacionales. En efecto, el citado estudio de Racciati abunda en ejemplos que confirman la jurisprudencia mayoritaria en favor de la prevalencia en el orden interno de la legislación adoptada con posterioridad a la ratificación de un convenio.

En lo que concierne específicamente al Convenio no 98, la Suprema Corte consideró en autos "González Sabio c/Aceiteras del Uruguay y Cidac Unidas S.A." (20 de junio de 1990), que los artículos 1 y 2 tenían un contenido programático, no autoejecutable. La Corte se basó en la terminología de estos artículos, según los cuales los trabajadores "deberán gozar de adecuada pro lección" contra los actos de discriminación antisindical enunciados, y las organizaciones de trabajadores y de empleadores "deberán gozar de adecuada protección" contra los actos de injerencia recíproca. Interesa señalar que si bien, por un lado, la Corte rechazó la acción de reinstalación deducida en este caso, por falta de un texto legal habilitante, por el otro reconoció la posibilidad de una violación del instrumento internacional al referirse al sistema de multas vigente en el Uruguay para el "infractor de las normas del Convenio". Con lo que la realización de uno de los actos de discriminación antisindical previstos en el artículo 1 del Convenio constituiría una violación de esta disposición, la cual recibiría en esta forma una aplicación directa en carácter de norma "autoejecutable".

#### 4) La jurisprudencia tradicional argentina

Hemos adelantado ya el carácter "dualista" de la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo que se refiere a los convenios de la O.I.T. Es bien conocido primer fallo dictado en 1940, en autos "Alonso, Gregorio c/Haras Los Cardos", en el cual la Corte estimó que el artículo 1 del Convenio n° 12 sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921, no era de aplicación directa. Este artículo establece la obligación de los Estados de extender el beneficio de la legislación vigente en esta materia, a todos los asalariados agrícolas. La Corte se basaba sobre todo en el artículo 5, que obliga a los Estados ratificantes a tomar las medidas necesarias en un plazo perentorio. Ya hemos visto más arriba que esta fórmula, utilizada en los primeros años, fue abandonada por inducir erróneamente a la creencia de que la norma internacional requería forzosamente una intermediación regulatoria nacional. Los propios legisladores, en ocasión de la ratificación del Convenio, parecen haber tenido esta misma interpretación al prever la futura adaptación de la legislación a los fines de aplicación de dicho artículo. (23)

Profesores y especialistas como Ramírez Gronda, Krotoschin, Tissebaum, Anastasi, Pinto, Ruiz Moreno, Benito Pérez, Cortés Funes y Scatena, en cambio, sostuvieron la tesis contraria y se pronunciaron por la aplicación directa del Convenio. Ramírez Gronda estimaba que la aplicación del Convenio podía ser asegurada mediante una decisión judicial. (24) Muy distinta fue la opinión de Unsain y Antokoletz, quienes consideraron que un convenio de la O.I.T. no era un "tratado con potencias extranjeras", según reza el artículo 31 de la Constitución, y por lo tanto este último no era aplicable. Quedaba así excluida también la aplicación directa del convenio en cuestión.

<sup>21</sup> Ibid., vol. 107, n° 2, 1988, p. 233.

<sup>22</sup> Véase Racciati, op. cit., p. 208 y sigs.

<sup>23</sup> Sobre este tema véase, en particular, Ruiz Moreno, I., *El derecho internacional público ante la Corte Suprema*, Eudeba, 1970, p.21 y sigs.

<sup>24</sup> Véase Ramírez Gronda, J. D., "Validez y vigencia de los convenios internacionales del trabajo ratificados", *Derecho del Trabajo*, t. XVII, 1957.



La Corte Suprema volvió a utilizar el mismo argumento en 1961, en autos "Roa, Félix y otros c/ Moschos, Constantino", pero esta vez en relación con el Convenio no 8 sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1920, cuyo artículo 8 es similar al artículo 5 del Convenio no 12. En 1965 falló también en este sentido, en el caso "Aramburu, Víctor c/ Papelera Argentina S.A.", basándose en una disposición del mismo tenor del Convenio no 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (art. 19).

A la luz de estos fallos cabría concluir que la posición de la Corte estuvo basada en una cierta interpretación de las obligaciones que los convenios citados imponían a los Estados que los ratificaran, es decir, la necesaria adopción de medidas para asegurar su aplicación. Según esta interpretación, los convenios mismos confirmarían su falta de operatividad propia.

Hemos visto que ésta no fue la intención de los legisladores internacionales y que buena parte de la doctrina nacional y también extranjera se pronunció en favor del carácter autoejecutivo de diversas normas de la O.I.T., a pesar de que los instrumentos respectivos invocaban, de una manera general, una intervención estatal de implementación. Es decir, que no se trataba de cláusulas directivas condicionantes de la aplicación de determinada norma, que si exigen una intermediación reglamentaria, sino de disposiciones cuya ejecución depende del régimen de incorporación de la normativa internacional al orden interno. En esta situación cabe preguntarse cuál sería la óptica actual de la Corte Suprema frente a las normas de la O.I.T., teniendo en cuenta el vuelco histórico de su jurisprudencia en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich". En éste no sólo afirmó la superioridad jerárquica de los tratados sobre la legislación nacional sino que amplió su interpretación respecto de los alcances de la operatividad propia de la norma internacional <sup>(25)</sup>.

## 5) El Pacto de San José: el vuelco de la doctrina judicial y sus proyecciones

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, cuya adopción remonta a 1969, fue aprobada por ley n° 23.054 y ratificada el 5 de setiembre de 1984. Fue su artículo 14, relativo al derecho de rectificación o de respuesta en materia de prensa, el que ocasionó la nueva postura de la Corte Suprema en el mencionado caso.

En un ensayo de definición la Corte declaró que "Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente sin necesidad de instituciones que debe establecer el Congreso" Tal es el caso del citado artículo 14, sigue la Corte, aunque éste remita "a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación" (el artículo 14 dice en las condiciones que establezca la ley). Para la Corte, la interpretación textual del artículo, conforme al cual toda persona tiene derecho..." despeja toda duda sobre su carácter operativo".

En estas condiciones, la Corte estima que la Nación está obligada internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales apliquen la Convención a los supuestos que ésta contemple. O sea, ya no sería necesario el dictado de una ley, como decidiera en los casos examinados anteriormente por considerar que las condiciones que han de regir el derecho enunciado por la Convención constituyen sólo el elemento adjetivo de su aplicación.

Es importante aclarar que la base de la interpretación extensiva de la operatividad propia hecha por la Corte tiene su fundamento en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A ella se refiere en el fallo señalando que dicha Corte rechazó el argumento de que el derecho de rectificación o respuesta será exigible una vez que se establezca una ley formal que determine Acondiciones para su ejercicio, ya que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades y no a facultar a los Estados para hacerlo". Según la Corte Interamericana, las palabras "en las condiciones que establezca la ley" se

<sup>25</sup> Corresponde recordar a este respecto como antecedente valioso el fallo de la Corte Supremo en autos "Cabrera, Washington c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", de fecha 5 de diciembre de 1983, en el que se atribuyó "carácter autoejecutivo" a la "norma imperativa internacional" del derecho a la jurisdicción, por encima de la jurisdicción, por encima de la prerrogativa de inmunidad que los Estados habían otorgado a dicha Comisión.



refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, *integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales*, para determinar cuestiones tales como el espacio a conceder para el derecho de respuesta, el lapso para ejercer el derecho, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, la terminología aceptable, etc.

La opinión de la Corte Interamericana constituye por supuesto un antecedente de especial relevancia para la interpretación de la Convención <sup>(26)</sup>. Lo cual no obsta, sin embargo, a que el gobierno de los Estados Unidos (que no ratificó la Convención) haya considerado que todos los artículos de ésta carecen del carácter autoejecutivo (en virtud de su art. 2) <sup>(27)</sup>, y que para Jiménez de Aréchaga seis de las disposiciones no tengan autoejecutividad, entre ellas las que se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales. <sup>(28)</sup>

De allí que las interpretaciones sobre los alcances de la operatividad propia de las normas internacionales pueden variar enormemente, dependiendo en definitiva de las decisiones judiciales.

En todo caso, en lo que se refiere a los derechos humanos la doctrina ha evolucionado en favor de una presunción de operatividad propia de las normas de los tratados respectivos, a menos que expresamente dispongan su ejecución a través de la vía legislativa <sup>(29)</sup>. Para de la Guardia, la nueva jurisprudencia en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich" sólo admite la aplicabilidad directa del derecho internacional en cuanto a los tratados operativos sobre derechos humanos, y no para otros supuestos <sup>(30)</sup>.

Por nuestra parte consideramos que tanto en la doctrina como en ciertos fallos anteriores de la Corte se ha aceptado y aplicado el carácter autoejecutivo de normas internacionales, sin que se tratara de cuestiones de derecho humano. Lo que importa realmente es el carácter de la norma y su potencial de operatividad propia. Donde la jurisprudencia de la Corte ha avanzado es en la interpretación ampliada de este potencial, y si bien ello se justifica plenamente en relación con los derechos humanos, también puede aplicarse a otros casos.

Los convenios de la O.I.T. entran perfectamente en esta consideración como lo confirma la doctrina y jurisprudencia de otros países, así como los importantes antecedentes doctrinarios nacionales. Más aún tratándose de los convenios pertenecientes a la categoría de derechos humanos, y en particular los relativos a la libertad sindical la abolición del trabajo forzoso y la prohibición de la discriminación.

Los ejemplos citados más arriba de normas internacionales del trabajo y su aplicación directa fundamentan esta posición.

## 6) Las normas de la Unión Europea: aplicación directa y responsabilidad del Estado

La cuestión de la aplicación directa de las normas internacionales ha tenido una evolución muy interesante en el marco del derecho comunitario europeo sobre todo en relación con la responsabilidad del Estado frente a los particulares. Se trata aquí de toda una construcción pretoriana del Tribunal de Justicia Comunitario, que cabe tener en cuenta al examinar situaciones similares concernientes a los convenios de la O.I.T.

La problemática se plantea especialmente con respecto a las directivas de la UE, que a diferencia de los reglamentos y las decisiones no tienen vigencia en el ordenamiento interno de los Estados Miembros sin la adopción de medidas de transposición por parte de éstos. No son así, en principio, instrumentos directamente

<sup>26</sup> La Corte Suprema ha sostenido en autos "Giroldi, Horacio s/ Recurso de Casación", 1995, que la Convención ha adquirido carácter constitucional "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22), es decir, considerando también particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por la Corte Interamericana, cuya competencia al efecto fue reconocido por el Estado argentino.

<sup>27</sup> El cual estipula que cuando los derechos y las libertades a que se refiere el art. 1 no se encuentren ya asegurados por la legislación u otras disposiciones, los Estados se obligan a adoptar, conforme a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para dar efecto a tales derechos y libertades.

<sup>28</sup> Véase Ayala Corao, op. cit., p. 9, 10; Jiménez de Aréchaga, E., "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno", en *Revista IIDH*, enero/junio de 1988, San José, p. 35.

<sup>29</sup> Una cita de autores que se han pronunciado en ese sentido con respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos figura en Ayala Corao, op. cit., p. 9.

<sup>30</sup> De la Guardia, op. cit., p. 3.



aplicables, sino que contienen disposiciones que los Estados deben poner en vigor eligiendo para ellos los medios que consideren apropiados. En efecto el artículo 189 del Tratado de Roma obliga a aquellos a tomar todas las medidas necesarias para lograr los resultados prescritos por una directiva.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido aceptando bajo ciertas condiciones la aplicación directa de una directiva. Para ello las disposiciones de la misma tienen que ser suficientemente precisas y no condicionadas, y tiene que haber transcurrido el plazo fijado por la directiva sin que el Estado haya dictado las medidas de adaptación necesarias o lo haya hecho en contravención de la directiva. En este caso, la acción puede ser ejercida por un individuo contra el Estado ante los jueces nacionales.

Por otro lado, en virtud de la llamada "eficacia directa" de las directivas (a diferencia de la "aplicabilidad directa" de las disposiciones del propio Tratado y de los reglamentos y decisiones) <sup>(31)</sup>, la falta de aplicación de las mismas por el Estado en tiempo oportuno lo hace responsable no sólo internacionalmente, sino también frente a sus ciudadanos, beneficiarios de dichas normas.

El asunto más notorio examinado por el Tribunal Comunitario a este respecto es el caso "Francovich c/República Italiana" <sup>(32)</sup>, en el cual resume claramente la situación legal, basándose en la jurisprudencia elaborada en el curso de los años: cuando un Estado Miembro deja de cumplir la obligación que le incumbe en virtud del artículo 189, párrafo 3 del Tratado, la plena eficacia de la directiva en cuestión impone un derecho de reparación, siempre que se reúnan tres condiciones: que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos en beneficio de particulares; que el contenido de esos derechos pueda ser identificado sobre la base de las disposiciones de la directiva; y que exista una relación de causalidad entre la violación de la obligación del Estado y el perjuicio sufrido por las personas interesadas.

Se trata aquí del ya mencionado efecto vertical de las directivas, referente a las relaciones entre individuos y Estado. En el caso examinado éste no había tomado las medidas necesarias para garantizar a los trabajadores el pago de sus remuneraciones en una situación de insolvencia del empleador, conforme lo dispone la directiva 80/987. Por consiguiente, el Estado tenía la obligación de reparar el perjuicio sufrido por aquellos. Aclara el fallo del Tribunal que en ausencia de una reglamentación comunitaria, la reparación debe encuadrarse dentro del derecho nacional en materia de responsabilidades. De todos modos, las condiciones de fondo de forma fijadas por las legislaciones nacionales no deben ser menos favorables que las aplicables a las reclamaciones similares del orden interno, ni deben ser establecidas de manera tal que resulte excesivamente difícil o prácticamente imposible lograr la reparación.

La jurisprudencia sobre la eficacia vertical de las directivas no se aplica a las relaciones entre particulares. Las directivas pueden llegar a tener aplicación contra el Estado, pero no entre particulares. Aquí se trata de la eficacia horizontal, que corresponde a los reglamentos. Según lo señalara el Tribunal Comunitario en el caso "Dori" (1994), a falta de medidas de adaptación del derecho interno a las directivas dentro de los plazos señalados, los particulares no pueden basarse en ellas para afirmar que poseen derechos frente a otros particulares o invocar estos derechos ante un órgano jurisdiccional.

## 7) Paralelo entre directivas y convenios

Aun reconociendo el orden jurídico propio de la UE, interesa trazar un paralelo entre sus directivas y los convenios de la O.I.T.

A pesar de que las primeras, a diferencia de los convenios, emanan de un ente supranacional y no requieren ratificación, ambos instrumentos están dirigidos a los Estados a fin de dar aplicación a su contenido normativo. Frente al artículo 189 del Tratado de Roma, que enuncia esta obligación, está el artículo 19 de la Constitución de la O.I.T., que impone a los Estados que ratifican un convenio la adopción de "las medidas necesarias para

<sup>31</sup> Véase el desarrollo de este tema en Foglia, R. "Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la giurisprudenza", en *Giornale di Diritto del lavoro e di Relazioni Industriali*, Milano, N° 56, 1992, p. 758 y sigs.

<sup>32</sup> "Andrea Francovich e. a. contre République italienne", Cour de Justice, 19.11.1991, Affaires jointes C-6/90 et C-9/90, Recueil 1991-9).



hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio" (parr. 5, d). A esta obligación general cabe agregar las más específicas de esta naturaleza contenidas en los respectivos instrumentos. Sin embargo, tanto para las directivas como los convenios se acepta la aplicación directa de sus normas autoejecutivas, con la diferencia de que en el caso de las primeras, se trata de una excepción que está condicionada por el incumplimiento de Estado en cuanto a la adopción de medidas de transposición. En cambio la aplicación directa de las normas de un convenio depende del régimen constitucional de cada país y de la "autoejecutividad" de dichas normas, con los alcances admitidos por los jueces nacionales.

La eficacia directa de las directivas es vertical, frente al Estado. En el caso de los convenios, la eficacia puede ser vertical u horizontal. Es decir la acción puede dirigirse contra el Estado o contra otros particulares, como lo demuestra la experiencia comparada.

Donde el Tribunal Comunitario ha introducido una brecha importante es con respecto a la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones de transposición de las directivas. Se trata en este caso de un ilícito internacional, que tiene como consecuencia jurídica la obligación de reparar en el orden nacional, a los particulares perjudicados. <sup>(33)</sup> Esta doctrina se ajusta a la evolución actual del derecho internacional, como lo prueban los trabajos preparatorios del proyecto sobre la responsabilidad internacional del estado por hechos internacionalmente ilícitos", elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. <sup>(34)</sup> Hace notar la CDI, en forma que nos interesa particularmente aquí, que actualmente en el derecho internacional se prevén cada vez más obligaciones del Estado relativos al trato de sus propios nacionales como sería el caso de los Pactos de Derechos Humanos o la mayoría de los convenios internacionales del trabajo. La violación de estas obligaciones constituyen manifiestamente un hecho internacionalmente ilícito. <sup>(35)</sup>

Corresponde considerar, por consiguiente, la cuestión de la responsabilidad de un Estado que habiendo ratificado un convenio de la O.I.T., deja de cumplir con una obligación general de adopción de medidas para hacer efectivas determinadas disposiciones de este instrumento, o no ha cumplido con una obligación específica de reglamentar ciertas disposiciones para darles ejecutividad. Se estaría, en principio, en una situación similar a la descrita anteriormente con respecto a las directivas de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Comunitario.

Estamos aquí frente a un nuevo enfoque de la eficacia de los convenios internacionales del trabajo. En el caso concreto del Convenio n° 12, por ejemplo, que dio lugar al fallo dictado en autos "Alonso c/Haras Los Cardos", a falta de una aplicación directa de este instrumento un individuo podría plantear la responsabilidad del Estado por no haber dictado las medidas de aplicación según está obligado, y dirigirse contra éste por una debida reparación del perjuicio sufrido a causa de dicha inacción.

De una manera general, puede decirse que sería posible plantear muchas otras situaciones similares, basadas en el incumplimiento estatal de las obligaciones impuestas por los convenios. Todo depende del grado de conformidad de la situación legal y de hecho con las normas internacionales. Pero antes que nada depende de la evolución de la doctrina y el derecho internacional y nacional en materia de responsabilidad del Estado, así como su recepción y aplicación por los jueces nacionales. Estamos aquí en una situación *de lege ferenda*, en la que la justicia de la Unión Europea ha tomado la delantera, y que llevará su tiempo para lograr una aceptación más general <sup>(36)</sup>.

<sup>33</sup> Las implicaciones de esta evolución jurisprudencial pueden ser notables. Foglia lo advierte en forma casi exclamatori, con referencia a Italia: "Communque le implicazioni della sentenza Frandovich sono enormi, se si pensa alle numerosissime direttive no ancora attuate del nostro paese" (op. cit., p. 769, nota 44).

<sup>34</sup> Véase Moyano Bonilla, C., "El principio de la primacía del derecho internacional", *El Derecho*, 16.8.1996.

<sup>35</sup> Ibid. p. 6. es importante hacer notar que el relator especial de la CDI fue el recordado Prof. Roberto Ago, destacado internacionalista y ex Juez de la Corte Internacional de Justicia, gran conocedor del sistema normativo de la O.I.T., habiendo ocupado durante muchos años el cargo de miembro de la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones y Presidente del Comité de Libertad Sindical.

<sup>36</sup> Desde la óptica nacional, véase Marienhorff, Miguel S., "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público" (*El Derecho*, 9.9.96).



## VI. CONCLUSIONES

Varios aspectos del derecho internacional han cobrado últimamente una nueva relevancia para la Argentina, o podrían adquirirla en el futuro, proyectándose entonces también sobre la aplicación de los convenios de la O.I.T. El precedente estudio revela que algunos de estos elementos pueden tener una validez más amplia y afectar a otros sistemas nacionales. En el caso argentino, un cambio memorable de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la reforma de la Constitución Nacional han sido decisivos en esta evolución. Otro de los elementos es exógeno, estando relacionado con la evolución de la doctrina jurídica internacional y la jurisprudencia comunitaria europea. Veamos en rápida síntesis en qué forma- queda afectada la eficacia de la normativa laboral internacional.

En primer lugar, la jerarquía supralegal de los convenios ratificados de la O.I.T., implícita en el fallo "Ekmekdjian c/Sofovich", quedó confirmada con la reforma constitucional de 1994. Tales convenios ocupan ahora una posición superior a las leyes, sean éstas anteriores o posteriores a la ratificación. En consecuencia, una disposición legal contraria a una norma de la O.I.T. puede ser atacada por inconstitucional y quedar sin efecto. Cabrían entonces dos posibilidades: por un lado, la suplantación de la norma nacional por la internacional, si ésta tuviera operatividad propia o carácter autoejecutivo; por el otro, si careciera de este carácter sólo la inaplicación de la norma nacional.

En segundo lugar, en lo que concierne a esta "autoejecutividad" la nueva jurisprudencia (no sólo de la Corte) ha ampliado sus alcances. En otros términos existe una interpretación más extensiva del potencial de operatividad propia de las normas internacionales. La jurisprudencia ha seguido así la doctrina internacional en lo que concierne a las normas sobre derechos humanos. Ya no requiere el dictado obligatorio de una legislación nacional de aplicación, conforme a un criterio altamente "dualista", sino que acepta con amplitud la aplicación de la norma internacional a través de los órganos jurisdiccionales. Esta doctrina puede aplicarse también a la normativa de la O.I.T., como lo demuestra la experiencia internacional. Existe, efectivamente, un número importante de normas en los convenios que tienen suficiente operatividad propia como para poder prescindir de una transposición legislativa.

En tercer lugar, el mayor desarrollo del concepto de responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de los tratados, puede tener consecuencias importantes en relación con los convenios de la O.I.T. Si la falta de transposición de una norma internacional del trabajo al orden interno origina perjuicios a los individuos, éstos tendrían una acción de reparación contra el Estado, como ya lo ha decidido la justicia comunitaria europea con respecto a las directivas. El derecho internacional y la doctrina avanzan en ese sentido.

En todos estos aspectos la opinión de los jueces será decisiva. Es a ellos que compete decidir en cada caso específico sobre la aplicación directa de un convenio o determinadas de sus normas, la eventual inconstitucionalidad de una norma nacional, el incumplimiento por el Estado de sus obligaciones y la reparación de los perjuicios que le incumbe. También será importante a este respecto la receptividad por parte de los jueces de la opinión expresada por los órganos de control de la O.I.T. sobre la aplicación de los convenios en los respectivos países.

Puede sostenerse que surge así una nueva dimensión para los convenios de la O.I.T. con respecto a su aplicación en el orden interno de la Argentina. Una dimensión que les dará mayor eficacia tanto frente al Estado como entre las partes en la relación laboral. Ciertas facetas de esta dimensión, es decir, la supralegalidad y la aplicación directa de las normas internacionales del trabajo, ya tienen su aplicación en diversos sistemas nacionales. En cambio, las consecuencias en el orden interno de la responsabilidad internacional del Estado, en relación con dichos convenios, constituyen una dimensión nueva de un carácter mucho más general.