

# Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *ius cogens* laboral

MIGUEL F. CANESSA MONTEJO \*

---

Uno de los grandes logros jurídicos en el pasado siglo XX fue el reconocimiento de que la persona humana con independencia de su nacionalidad, género, raza, color, idioma, religión o convicción, origen étnico o social, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, opinión política o cualquier otra condición es titular de un conjunto de derechos básicos que deben ser respetados, protegidos y cumplidos por los Estados y por la comunidad internacional en su conjunto. Así, los derechos humanos se convirtieron en una referencia esencial en los ordenamientos jurídicos.

Los derechos laborales contribuyeron de manera importante a este logro jurídico. En el plano nacional, la Constitución mexicana (1917) y la Constitución de Weimar (1919) fueron los primeros textos constitucionales que elevaron los derechos laborales a la cúspide del ordenamiento interno. Luego fueron seguidos por la casi totalidad de las constituciones nacionales del siglo XX. Simultánea-

mente en el tiempo, en el plano internacional, se constituyó la Organización Internacional del Trabajo (1919) por medio del Tratado de Versalles, que también recogió una serie de principios fundamentales para el mundo del trabajo. Posteriormente, casi al final de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Miembros de la OIT elaboraron la Declaración de Filadelfia (1944), donde ampliaron las funciones del organismo internacional y especialmente señalaron la importancia del respeto de los derechos laborales básicos en las sociedades contemporáneas.

Por eso no fue una sorpresa que un grupo selecto de derechos laborales fuese incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Se entendió que el mundo del trabajo en el que se desenvuelven los seres humanos tenía que ser protegido por un conjunto de derechos laborales básicos que asegurase el respeto de la dignidad humana. Su inclusión se reafirmó en posteriores instrumentos internacionales de derechos humanos tales como los Pactos Internacionales de 1966, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el Protocolo de San Salvador (1988), el Convenio Europeo para la protección de los Derechos

---

\* Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III. Abogado y Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), las Cartas Sociales Europeas (1961 y 1988), la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

Este selecto grupo de derechos laborales básicos recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos son: la libertad de trabajo, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, el derecho al trabajo, la protección contra el desempleo, la protección contra el despido, la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, la prohibición de la discriminación de personas con responsabilidades familiares, la seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo (la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal remunerado, el descanso remunerado en feriado y las vacaciones periódicas pagadas), el derecho a una remuneración mínima, el derecho a la promoción en el empleo, el derecho a la formación profesional, el derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa, el derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo, el derecho a la tutela de los créditos en caso de insolvencia de sus empleadores, la libertad sindical, el derecho a la protección de los representantes de los trabajadores y facilidades para el ejercicio de sus funciones, la negociación colectiva, el derecho a la huelga, el derecho a la seguridad social (la asistencia médica, las prestaciones monetarias o seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos, las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las prestaciones de maternidad, etc.), la protección especial a los menores de edad, a las mujeres trabajadoras, a los trabajadores migrantes y a los minusválidos.

Hay que considerar que estos derechos laborales básicos se encuentran recogidos en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, con lo que están sujetos al

tipo de obligaciones jurídicas dispuesto por el instrumento internacional. A modo de ejemplo, no son equiparables en términos de exigencia para un Estado americano la libertad sindical recogida en el artículo XXII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y la establecida en el artículo 16.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando ha sido ratificada. Asimismo, algunos de estos derechos sólo son recogidos en algunos de los sistemas regionales de derechos humanos por lo que no pueden ser extendidos a Estados que están fuera de su ámbito de aplicación. Así, el derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa o el derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo son recogidos exclusivamente en el sistema regional europeo. Más allá de estas particularidades de los derechos laborales básicos, lo sustancial es que conforman un segmento de los derechos humanos recogidos en instrumentos internacionales.

Ante la disparidad de términos que se usan para identificar a este importante grupo de derechos, he seleccionado el término *derechos humanos laborales* como el más apropiado, en razón de que no se trata de una denominación nueva o reciente en el Derecho Internacional. Su uso es continuo por las organizaciones internacionales y los organismos privados. A su vez, es un término que se usa indistintamente en los idiomas como equivalentes ('derechos humanos laborales' en castellano; 'labour human rights' en inglés; 'droits humains de travail' en francés). De esta manera, se facilita su comprensión y se reducen eventuales confusiones. Asimismo, se debe resaltar que se trata de una expresión recogida por la jurisprudencia internacional para referirse precisamente a los derechos laborales señalados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, es un término funcional que permite incluir el listado completo de los derechos laborales básicos, sin rechazar que la técnica jurídica formule categorías, distin-

gos o jerarquías dentro de sus componentes. Así se supera en flexibilidad a otros términos afines. Finalmente, es un término que expresa con claridad la titularidad universal de la persona sobre esos derechos.

Así entiendo que los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo.

El reconocimiento de los derechos humanos laborales en el ordenamiento internacional no ha sido óbice para que se planteen una serie de críticas al respecto, especialmente la que resalta la excesiva amplitud del listado de derechos, porque esto le restaría verosimilitud en su aplicación dentro de los Estados<sup>1</sup>. Por ello, se ha planteado que resulta preferible contar con un núcleo duro de derechos (*core labour rights*) más preciso y fundamental que continuar con un listado excesivamente amplio que debilita su obligatoriedad.

<sup>1</sup> Un buen ejemplo lo resumen las palabras del profesor HAYEK, cuando afirma: «Al parecer, no se les ocurrió a los autores de esta Declaración (se refiere a la Declaración Universal) que no todo el mundo es empleado de una organización, y que el derecho a una ‘justa y conveniente remuneración, incluida una razonable limitación de las horas de trabajo, así como vacaciones pagadas’ (artículo 24), es algo que en modo alguno cabe garantizar. La concepción de un ‘derecho universal’ que asegure al campesino, al esquimal y, presumiblemente, hasta al mismísimo Abominable Hombre de las Nieves la posibilidad de disfrutar de ‘vacaciones pagadas’ pone de relieve lo absurdo de semejante pretensión. El más elemental sentido común debería haber sugerido que el contenido de lo que de este modo se declaraba derechos universales era algo que ni en la actualidad ni en un futuro previsible puede llevarse a la realidad; que, al proclamar solemnemente como derechos tales aspiraciones se tergiversaba irresponsablemente el concepto de ‘derecho’ hasta extremos que sólo pueden contribuir a la desaparición de todo respeto a cualquier derecho» (el primer paréntesis es mío) (HAYEK 1985, Vol.II:189).

Sobre este punto se desarrolla el presente trabajo que tiene por finalidad analizar las consecuencias jurídicas de la formulación de un núcleo de derechos laborales para el ordenamiento internacional y confrontarlo con el *ius cogens* laboral.

Tomando en consideración el objetivo de la investigación, he dividido el artículo en cuatro partes. La primera de ellas se aboca al estudio sobre las propuestas de núcleos duros planteados desde la doctrina jurídica laboral. En la segunda parte se ubica el «núcleo duro» dentro de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), dada la centralidad del organismo internacional dentro del Derecho Internacional del Trabajo. En la tercera parte se estudia el *ius cogens* en el Derecho Internacional general. Finalmente, en la última parte se plantea el *ius cogens* laboral como figura jurídica dentro del ordenamiento internacional diferenciándolo de las propuestas de «núcleos duros».

En términos metodológicos se han fijado dos criterios en la presente investigación. En primer lugar, la investigación se enfoca en el «núcleo duro» de los derechos humanos laborales formulados desde el Derecho Internacional del Trabajo, excluyendo las propuestas que provienen del resto del Derecho Internacional. En segundo lugar, los derechos laborales recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos son el campo de intersección entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo, por lo que un correcto análisis no puede agotarse en las categorías del Derecho Laboral.

## 1. EL NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS LABORALES EN LA DOCTRINA

El núcleo duro es un término proveniente de la Física que se refiere al elemento central del átomo y en su traslado al mundo jurídico de los derechos humanos se alude a los dere-

chos esenciales dentro de su listado. Se trata de una categoría jurídica formulada desde la doctrina y no desde la dogmática jurídica internacional.

Con la noción de núcleo duro se plantea la propuesta de que hay un conjunto de derechos humanos que resultan necesarios, indispensables, esenciales, constitutivos al interior del listado. Un rasgo que se postulaba en general a los derechos humanos, en este caso se le vincula exclusivamente a un grupo de ellos, en razón de que subyace la idea de que la extensión del listado de derechos humanos ha desvalorizado a la propia categoría. Por ello, se requiere un grupo más pequeño de derechos que respondan a esa esencialidad de los derechos humanos.

Desde un sector de los internacionalistas se ha impulsado la elaboración de una noción del «núcleo duro» de los derechos humanos –también denominado «derechos humanos fundamentales»<sup>2</sup>, como la denominación que

<sup>2</sup> En la sentencia de *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia utiliza el término *derechos fundamentales de la persona humana* para referirse a aquellos derechos que gozan de obligaciones *erga omnes*. La sentencia es criticada por el profesor MERON por las confusiones que puede provocar: «El pronunciamiento reseñado (los párrafos 33 y 34 de la sentencia de *Barcelona Traction* de la CIJ) no lo hace claro, aunque, si ‘los derechos básicos de la persona humana’, los cuales se elevan a obligaciones *erga omnes*, son sinónimos con los derechos humanos *tout court*, o están limitados a los derechos íntimamente asociados con la persona humana o la dignidad humana y generalmente aceptados, tales como la protección de la esclavitud y la discriminación racial. Además, la distinción entre derechos básicos de la persona humana y derechos humanos ‘ordinarios’ no es autoevidente. Si la CIJ intentó fijar un criterio de los derechos básicos de la persona humana, la inclusión de algunos derechos humanos entre ellos quizás dependería en su aceptación dentro del cuerpo del Derecho Internacional general o su incorporación dentro de instrumentos de un carácter universal o cuasi universal, pero una caracterización más subjetiva y difícil tendría también que ser hecha, por ejemplo en la naturaleza de su asociación con la persona humana y la dignidad humana» (la traducción es mía) (MERON 1986:185).

aluda a este grupo especial de derechos humanos que estaría asentado en las normas imperativas o de *ius cogens* del Derecho Internacional general<sup>3</sup>.

En mi opinión, aquí reside el punto controversial en razón que se usa equivocadamente como sinónimos las normas imperativas o de *ius cogens* y el «núcleo duro» (*core rights*); cuando los primeros provienen de la dogmática jurídica (el ordenamiento internacional) mientras que los segundos son una categoría elaborada desde la doctrina jurídica. Del mismo modo, cuando se analizan los derechos que conforman el «núcleo duro» o los «derechos humanos fundamentales», nos enfrentamos a una amplia variedad de listados lo que le resta solidez. Así, un derecho humano puede ser considerado dentro un «núcleo duro» mientras en otro listado es descartado y sin embargo, todos los listados de derechos supuestamente se apoyan en las normas imperativas del Derecho Internacional.

Para evidenciar esta equivocación conceptual, he seleccionado algunas propuestas formuladas de núcleos duros en el ámbito laboral.

<sup>3</sup> El internacionalista español VILLÁN DURÁN quiere poner de relieve «que existen ciertos derechos fundamentales que constituyen un ‘núcleo duro’ inderogable bajo cualquier circunstancia o excepción, que están protegidos por normas imperativas del DIDH (normas de *ius cogens*) que generan para los Estados obligaciones *erga omnes* cuya violación en gran escala haría incurrir al Estado infractor en un crimen internacional ante la CI de Estados en su conjunto (...). Pues bien, en DIDH este ‘núcleo duro’ de normas imperativas de DI general se identifica con las que no deben ser derogadas en ninguna circunstancia, ni siquiera bajo la vigencia de un estado de excepción. Están expresamente señaladas en el artículo 4 del PIDCP, el artículo 15 del CEDH y el artículo 27 de la CADH. A partir de este núcleo duro mínimo y universal que nos ofrece el DIDH positivo y que corresponde al actual momento histórico de la CI, la tarea hacia el futuro consistirá en ir ampliando progresivamente el contenido material del mismo, de modo que las normas imperativas –y, por consiguiente, universales– del DIDH alcance a todos los derechos humanos reconocidos a nivel universal» (VILLÁN DURÁN 2002: 90-91).

En 1979, Edgren plantea un sistema general de preceptos que puedan utilizarse como «normas equitativas de trabajo», que respondan al intercambio comercial internacional y a la evaluación general de derechos y condiciones de los trabajadores. Para ello, se propone un sistema normativo que sea satisfactorio en la protección de los trabajadores, basándose en la aplicación de un segmento de los convenios de la OIT ya elaborados (Edgren, 1979: 366-367).

Las «normas equitativas de trabajo» de Edgren parten de la dificultad que cuesta establecer salarios en términos internacionales por los distintos niveles de vida que existen en el mundo, resulta preferible asegurar el *derecho de sindicación y negociación colectiva* al ser un método más práctico para alcanzar salarios más justos. A su vez, la *discriminación en materia de contratación y promoción* mantiene salarios bajos en los grupos vulnerables, por eso se hace necesario prohibirlos. La limitación del *trabajo de los menores* es necesaria para evitar la explotación de los niños dentro de las relaciones laborales, por ello se requiere regular la edad mínima para el ingreso a laborar y las reglas concretas sobre el empleo de menores en tareas pesadas y peligrosas. Resulta también problemático aplicar normas mínimas en materia de horario de trabajo, esto se produce especialmente por el pago de las horas extraordinarias. La *prohibición del trabajo forzoso* se justifica por motivos de derechos humanos en general. También son importantes las normas relativas a *seguridad e higiene en el trabajo* porque es injustificable exponer la salud y la vida de los trabajadores. Por último, ninguna de las materias mencionadas puede ser eficaz en los ordenamientos jurídicos sino viene acompañada por una *inspección de trabajo* bien organizada (Edgren, 1979: 367-369). Este listado de materias laborales resultan para nuestro autor esenciales para poder gozar de «normas equitativas en el trabajo».

Casi una década después Charnovitz, analizando la influencia de las normas interna-

cionales del trabajo en el sistema del comercio mundial, resalta que los países a lo largo de la historia han vinculado el respeto de determinados derechos laborales con el intercambio comercial. A partir de esta comprobación, Charnovitz sostiene que las normas internacionales del trabajo han garantizado determinadas condiciones de trabajo en el mundo entero. Así se ha considerado desleal en el comercio internacional la producción de mercancías con el trabajo de reclusos, por ello se ha buscado restringir este tipo de labor, de allí la regulación contra el *trabajo forzoso*. En esa misma línea, se elaboraron las normas internacionales para restringir el *trabajo de menores*. Igualmente, se ha luchado contra la competencia comercial basada en el recurso a una duración excesiva del trabajo, no es por ello casual que el primer convenio de la OIT regulase la *duración del trabajo*. Asimismo, siempre ha existido un consenso mundial en proteger la *seguridad y salud* de los trabajadores, esto explica los tempranos acuerdos contra el fósforo blanco (1906). También el tema *salarial* ha estado en el debate internacional, desde propuestas por implementar un salario mínimo mundial (1927) pasando por el salario equitativo (1943) hasta el salario inferior a la norma (1954), todos ellos con el objetivo de garantizar un nivel de vida a los trabajadores (Charnovitz 1988: 74-78). El autor norteamericano muestra con su investigación, que con independencia del debate sobre la implementación de cláusulas sociales, la vinculación entre normas laborales y comercio mundial siempre ha existido.

Ya en la década de los noventa y con la celebración del 75° aniversario de la OIT, importantes juristas plantean sus reflexiones sobre el porvenir de los derechos laborales y del organismo internacional. Uno de ellos es el profesor uruguayo Plá, quien propone un listado de derechos humanos propios del derecho laboral, que está dividido en dos dimensiones: individual y colectiva. En la primera dimensión incluye el derecho a la intimidad (que subdivide en el derecho de adop-

ción de decisiones personalísimas, el derecho a disponer del comportamiento extralaboral y el derecho a ser protegido frente a los avances de la técnica), el derecho a la libertad de trabajo mediante la abolición de toda forma de trabajo forzoso, el derecho a no sufrir discriminación en el empleo por razones de raza, credo, sexo, opinión política, ascendencia nacional u origen social, el derecho a la protección de la persona en el orden biológico (que comprende el derecho a la limitación de la jornada, el derecho a descansos y vacaciones, el derecho a mejores condiciones de trabajo, el derecho a estar protegido contra los riesgos y la insalubridad), el derecho a la protección de la persona en el orden económico (que abarca el derecho al trabajo, el derecho a obtener una retribución que le permita al trabajador y su familia llevar una vida digna y el derecho a estar protegido contra los riesgos que le significan un desequilibrio económico). En la dimensión colectiva, considera el derecho a la agremiación con todo lo que significa en un triple plano: libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga (Plá, 1994: 16).

El laboralista francés Javillier postula que ante los profundos cambios que se vienen produciendo en el mundo existe la necesidad de que las normas internacionales del trabajo sean divididas entre aquellas que contienen reglas fundamentales y las normas que no son de esencial importancia. Muestra de esa necesidad es que las reglas fundamentales deben aplicarse en todas las relaciones laborales, incluyendo al sector no estructurado de la economía, asegurando con ello una vida decorosa para todos los trabajadores. «En ningún caso se puede permitir que queden a un lado del camino (económico) las normas (internacionales) relativas a los derechos fundamentales de la persona humana –abolición del trabajo forzoso, igualdad de oportunidades y de trato, y libertad sindical–, o las que procuran eliminar formas intolerables de explotación –el trabajo infantil– y asegurar mejores condiciones de salud

y seguridad a los trabajadores» (Javillier, 1994: 564).

El jurista argentino Ackerman reconociendo la importancia de los derechos humanos fundamentales de la OIT: la libertad sindical, la libertad de trabajo y la igualdad de oportunidades y de trato, propone ampliar ese listado con otros derechos humanos básicos: derecho al trabajo, derecho a un ingreso mínimo, derecho a condiciones de vida y de trabajo satisfactorias y a la protección social (Ackerman, 1994: 47-48).

La profesora española Casas Baamonde participando en el debate sobre los derechos laborales fundamentales que deben ser incluidos en el Tratado de la Unión Europea, señala que no deben «existir dificultades para que el derecho a la igualdad y la prohibición de toda discriminación, los derechos de libre sindicación y asociación y los derechos de negociación y acción colectiva accedan a la declaración de derechos fundamentales, unitaria e indivisiblemente integrada por derechos civiles, políticos y sociales, que deberá contener el TUE reformado. Los derechos a la educación, al trabajo y a la Seguridad Social y protección social deberán engrosar también esa declaración europea de derechos fundamentales» (Casas Baamonde, 1996: 71).

La jurista norteamericana Learly en el contexto del comercio internacional y los acuerdos económicos, considera que la libertad de asociación o libertad sindical y la prohibición del trabajo forzoso son los derechos mínimos<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> «Un planteamiento mínimo debería ser tomado hacia el significado de esos conceptos en el contexto de acuerdos económicos y negocios internacionales –sin negar la importancia de la panoplia completa de los derechos de los trabajadores. En ese contexto, el concepto de los derechos laborales podría más apropiadamente y productivamente ser limitado a la libertad de asociación y la prohibición del trabajo forzoso» (la traducción es mía) (LEARY 1996: 38).

El profesor uruguayo Ermida preguntándose por identificar cuáles son los derechos laborales calificables como derechos humanos o fundamentales, concluye que: «Por supuesto que lo son, sin lugar a dudas, aquellos derechos que están expresamente consagrados en los pactos o declaraciones universales sobre derechos humanos y, en los respectivos países, los contenidos en instrumentos regionales. Según Barbagelata, lo son, asimismo, los previstos en convenios internacionales del trabajo que desarrollan a algunos de los proclamados en los instrumentos de derechos humanos» (Ermida, 2003: 127). Posteriormente, en su reflexión sostiene que hay «una interpretación en notoria expansión (...), postula que en tanto parte del *ius cogens*, los derechos humanos reconocidos como tales por la comunidad internacional en esas grandes Declaraciones y Pactos integran el orden público internacional y por tanto, gozan de *imperium* más allá de todo acto de ratificación, convalidación o recepción nacional» (Ermida, 2003: 128).

Todas estas propuestas jurídicas sobre el contenido del núcleo duro de los derechos laborales presuponen un consenso sobre su aceptación en el escenario internacional. Aunque esto no resulta tan claro en todos los casos.

La lucha contra la esclavitud siempre ha convocado un amplio consenso mundial, la masiva ratificación de la Convención sobre la esclavitud (1929) y la Convención suplementaria (1956) así lo evidencian. De igual modo, los convenios de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso (núms. 29 y 105) han recibido un significativo número de ratificaciones en el mundo. Sin embargo, modalidades como el trabajo carcelario no se encuentran prohibidas por las normas internacionales, convirtiéndose en un tema controversial por las masivas denuncias de su explotación en cárceles de países asiáticos<sup>5</sup>. Al lado de esto, la

propia libertad de trabajo también enfrenta serias dificultades en su ejercicio. Los países africanos han argumentado que no es posible su implementación por los serios problemas de desempleo que sufren, por lo que se tiene que ejercer un control sobre la elección del empleo. Así se adoptan medidas como servicio civil obligatorio para los desempleados, la obligación de desarrollar un trabajo útil para la comunidad, la obligación de trabajar la tierra en conformidad con un plan de desarrollo, la imposibilidad de elegir en el momento de acudir a la enseñanza profesional, etc. (Marks, 1984: 268). La libertad sindical sufre masivas violaciones en los distintos países del mundo, desde asesinatos o encarcelamientos de dirigentes sindicales, pasando por la prohibición de organizaciones sindicales y del ejercicio de las huelgas, hasta normativas legales que vacían de contenido al derecho.

Con independencia de las restricciones reales de los derechos laborales en el mundo, eso no desmerece el intento por universalizar un núcleo duro de derechos laborales, la labor de la OIT y de los demás órganos internacionales han estado siempre en esa línea de trabajo.

---

penal o correccional a personas condenadas en razón de ciertos actos o actividades (como la expresión de opiniones, infracciones a la disciplina del trabajo o participación en huelgas). En efecto, en cierto número de países existen disposiciones penales de amplio alcance que podrían permitir la imposición de penas acompañadas de la obligación de trabajar, como medida de coerción política o como castigo a las personas que tienen o expresan ciertas opiniones. Se trata, por ejemplo, de disposiciones que prohíben la manifestación de toda oposición de carácter político o ideológico o reprimen doctrinas o tendencias ideológicas particulares. Asimismo, pueden originar problemas los amplios poderes discrecionales de control preventivo, no sometidos a recurso judicial, que la legislación de ciertos países acuerda al ejecutivo o a diversas autoridades administrativas. La aplicación del convenio puede, igualmente verse menoscabada por el recurso demasiado general o prolongado a poderes de excepción y por la suspensión de las garantías constitucionales» (VALTICOS 1977: 267).

<sup>5</sup> Como reconoce VALTICOS, «las dificultades en este campo resultan sobre todo de la imposición del trabajo

Las dificultades en el plano teórico del contenido del núcleo duro de los derechos laborales continúan siendo la disparidad de opiniones al respecto, hay una mención común por la libertad sindical y la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, pero los demás derechos laborales son incluidos o excluidos del listado dependiendo del autor. A esto debe agregarse que se hace poca mención a una justificación jurídica sobre el contenido, se apela a criterios o términos como la protección satisfactoria de los trabajadores (Edgren), la práctica internacional de los países (Charnovitz), las formas intolerables de explotación (Javiller), para fundamentarlos.

En resumen, hay profundas diferencias en la doctrina jurídica sobre el contenido de un eventual núcleo duro en el ámbito laboral<sup>6</sup>. Inclusive, los argumentos presentados no son respaldados con ejemplos en el ordenamiento internacional, con la salvedad del profesor Ermida<sup>7</sup>, sino que se justifican en criterios morales o en la práctica de algunos Estados, pero no en la práctica generalizada de la comunidad internacional.

## 2. EL NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES DENTRO DE LA OIT

La doctrina laboral apoya sus propuestas de núcleo duro de derechos laborales en los convenios de la OIT, en tanto las normas internacionales del trabajo y los pronuncia-

<sup>6</sup> Como afirma el profesor PLÁ, «hasta ahora, no hay un acuerdo generalizado sobre la forma de la enumeración y especialmente, sobre la clasificación de los derechos humanos en el ámbito laboral» (PLÁ 1994: 14).

<sup>7</sup> Aparentemente, el profesor uruguayo entiende que los derechos humanos están recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional, por lo que sólo un segmento de los derechos humanos son recogidos en las normas de *ius cogens*. Sin embargo, detrás de ese planteamiento se esbozaría la idea de un *ius cogens* laboral en el ordenamiento internacional, materia que se analiza posteriormente en el presente capítulo.

mientos de los órganos de control son una referencia obligada para ese tipo de análisis. Es en el espacio institucional de la OIT donde con mayor rigurosidad podemos discutir sobre la existencia de un núcleo duro y su contenido.

Los Informes Ventejol (1979 y 1987) y la Declaración de la OIT de 1998 utilizan los términos «derechos humanos fundamentales» y «derechos fundamentales del trabajo» respectivamente, para referirse a un núcleo duro institucional de derechos.

### 2.1. La noción de «derechos humanos fundamentales» dentro de la OIT

Resulta difícil rastrear exactamente en qué documento se introduce por primera vez el término «derechos humanos fundamentales» dentro de la OIT<sup>8</sup>, pero se produce con anterioridad a la elaboración de los Pactos Internacionales de 1966. La primera referencia clara la tenemos en la Primera Conferencia Regional Africana de la OIT en Lagos donde se adoptó una resolución que resalta entre los convenios internacionales del trabajo existentes, aquellos relativos a la protección de ciertos derechos humanos fundamentales (OIT, 1961: párrafo 7)<sup>9</sup>.

En la 44<sup>a</sup>. Reunión de la Conferencia (1960), se adoptó la resolución que solicita

<sup>8</sup> El término «derechos humanos fundamentales» utilizado dentro de la OIT no coincide con el formulado por los internacionalistas, por lo que no se les debe confundir aunque recurran a la misma denominación.

<sup>9</sup> Algunos autores han interpretado que JENKS consolida esa perspectiva dentro del Derecho Internacional del Trabajo cuando sostiene que se puede dividir el Código Laboral Internacional (los convenios y las recomendaciones de la OIT) en tres grandes grupos, siendo el primer grupo los convenios que protegen determinados derechos humanos básicos: los convenios 29 y 105 sobre la prohibición del trabajo forzoso; los convenios 11, 87 y 98 sobre la libertad sindical; y los convenios 100 y 111 sobre la prohibición de la discriminación (JENKS 1963:103-104).

evaluar medidas para extender con un procedimiento especial la protección de los casos de discriminación. La resolución hace mención que es política institucional colaborar con las Naciones Unidas para fomentar el respeto y la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales basadas en la dignidad y el valor de la persona humana. Dicha resolución de la Conferencia es abordada por el Consejo de Administración, quien siguiendo el dictado de la Asamblea, realiza el Estudio para evaluar la implementación de un procedimiento especial de protección contra los casos de violación a los convenios de discriminación (núms. 100 y 111). Ese estudio equipara las materias de Libertad Sindical, Trabajo Forzoso y Discriminación en el mismo estatus: «Han ocurrido dos casos en materia de derechos humanos, que podrían considerarse análogos, respecto de los cuales el Consejo de Administración ha considerado apropiado completar otros procedimientos constitucionales ordinarios mediante disposiciones especiales, a saber, en lo tocante a la libertad sindical y al trabajo forzoso» (OIT, 1961: párrafo 16). Al final el Estudio concluye que hay serias dificultades para implementar un procedimiento especial sobre discriminación, pero la evaluación de una similitud entre estas tres materias queda asentada.

Otro hito importante es la mencionada resolución de la 52ª reunión de la Conferencia por el cincuenta aniversario del organismo (1969), en la que se menciona la promoción de los convenios de la OIT sobre derechos humanos, aludiendo a los tres derechos<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> En su artículo por el cincuenta aniversario de la OIT, VALTICOS resalta lo siguiente: «Fue respecto de estos tres grupos de convenios que U. Thant, Secretario General de Naciones Unidas, declaró ante la Conferencia Internacional del Trabajo que la OIT se ha mantenido a la vanguardia del esfuerzo por definir algunos derechos fundamentales, que ha enunciado esas libertades en convenios ampliamente ratificados y que ha elaborado un nuevo procedimiento para la protección de los derechos humanos (aludiendo al de libertad sindical)» (el paréntesis es mío) (VALTICOS 1969: 243).

Este criterio de agrupar en una sola categoría a los tres derechos, luego se traslada a la doctrina. Así el jurista Valticos, en su famosa obra «Derecho Internacional del Trabajo», donde analiza la labor institucional de la OIT, acoge el término «derechos humanos fundamentales» en referencia a estos tres derechos laborales: la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación<sup>11</sup>.

A fines de los setenta, la OIT considera importante realizar una evaluación institucional que permita establecer las pautas para sus labores en los próximos años, por eso se encarga en 1977 a la Comisión de Programa, Presupuesto y Administración que sobre la base de los convenios y recomendaciones existentes, se elaborasen categorías que permitiesen dividirlos y establecer prioridades temáticas para el organismo internacional. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo que cumpliera esa labor (OIT, 1979: párrafos 1 y 2).

El Grupo de Trabajo eligió al Sr. Gabriel Ventejol, representante gubernamental de Francia, como Presidente, iniciando sus sesiones en febrero de 1977 con la participación de los representantes de los gobiernos, trabajadores y empresarios respectivamente. A lo largo de dos años de labores el Grupo pudo arribar a sus conclusiones que se plasmaron en su Informe Final de 1979. En esos

<sup>11</sup> «En efecto, los principios contenidos en la Constitución de la OIT y las normas más precisas establecidas en numerosos convenios y recomendaciones no se han limitado a reglamentar las condiciones materiales de trabajo. También han intentado proteger ciertos valores fundamentales de libertad y de igualdad y asegurar, al mismo tiempo que su bienestar material, la dignidad personal de los trabajadores. De esta forma, las normas internacionales de trabajo han tratado los derechos fundamentales y las libertades públicas desde tres puntos de vista: en materia de libertad sindical, de trabajo forzoso y de discriminación en el empleo y la profesión» (VALTICOS 1977: 239).

dos años resulta importante mencionar una serie de aspectos que permiten comprender las conclusiones de su Informe Final.

En la reunión de marzo de 1977 del Grupo de Trabajo, los representantes de los trabajadores manifiestan que una clasificación de las normas internacionales del trabajo puede terminar en una incansable discusión por clasificarlos, en razón que los distintos criterios que se presentan caen en la subjetividad de sus autores. A ello debe agregarse la preocupación de que la clasificación se convierta en la materialización de una jerarquía de los instrumentos internacionales, lo que sería un problema jurídico muy grave, porque el Consejo de Administración, órgano que ha solicitado el Informe, no tiene la competencia para modificar el estatuto de los instrumentos internacionales (OIT, 1977a: párrafo 8). El pronunciamiento de los trabajadores busca resaltar sus justificados temores de que la clasificación de las normas internacionales del trabajo termine siendo una jerarquización no deseada.

Otro pronunciamiento que merece destacarse fue el señalado por el representante gubernamental de la Unión Soviética, quien estimó que seguían existiendo considerables carencias en las normas de la OIT relativas a derechos humanos. No había disposición alguna que garantizase el derecho de cada individuo al empleo, cuestión que revestía especial importancia (OIT, 1977a: párrafo 29). Lo que se destaca con este pronunciamiento son las dificultades que se presentan al interior del Grupo de Trabajo para definir un listado completo sobre los derechos humanos.

La respuesta a este tipo de demandas se señala en la sesión de mayo de 1977, en la que se postula como criterio de la clasificación de las normas internacionales de trabajo su carácter pragmático. Para ello se proponen tres grandes grupos: los instrumentos que siguen siendo actuales, los menos actuales cuya revisión debe considerarse y los demás. Asimismo, la clasificación no busca limitar la

libertad de las labores del Consejo de Administración respecto a la fijación del orden del día de la Conferencia (OIT, 1977b: párrafo 3). La clasificación no pretende ser rigurosa ni impide que los propios Estados Miembros efectúen su propia clasificación de las normas internacionales de trabajo (OIT, 1977b: párrafo 4).

El representante gubernamental de Canadá introduce en el debate del Grupo de Trabajo el tema de la prioridad de conseguir la ratificación de determinados convenios internacionales por su alcance amplio y general, como los instrumentos relativos a los derechos fundamentales del hombre y la política de empleo, y los instrumentos prioritarios consagrados a problemas más específicos o a grupos particulares de trabajadores (OIT, 1977b: párrafo 7).

Bajo ese marco de discusión, el Grupo de Trabajo adopta en esa sesión cuatro categorías: 1. Instrumentos existentes cuya ratificación y aplicación conviene promover con prioridad. 2. Instrumentos existentes que conviene revisar. 3. Otros instrumentos existentes. 4. Cuestiones sobre las que debería preverse la elaboración de nuevos instrumentos (OIT, 1977b: párrafo 10).

En la siguiente sesión (febrero de 1978), con la adopción de la clasificación del documento anterior se inicia la distribución de convenios y recomendaciones en función a las categorías establecidas. Asimismo, no todas las normas internacionales del trabajo que desarrollan una misma materia son agrupadas en la misma categoría de la clasificación, inclusive las de derechos humanos fundamentales. Con la sesión de abril de 1978, se concluye la distribución de las normas internacionales del trabajo dentro de las categorías ya mencionadas. Dentro de la primera categoría se establece el rubro «derechos humanos fundamentales» en donde se incluyen los convenios y recomendaciones relativos a la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la prohibición de la discriminación.

El Informe Final del Grupo de Trabajo es sometido al Consejo de Administración que lo aprueba en su 209ª reunión de marzo de 1979. Conforme al Informe Final, «el propósito de la categoría 1 es de identificar los instrumentos que constituyen objetivos válidos en el plano universal y facilitar una lista de las principales normas modernas en cada ámbito» (OIT, 1979: párrafo 4). A esto se agrega que la clasificación genera ventajas: «Para la Organización Internacional del Trabajo, las normas de la categoría 1 facilitarán un marco para sus políticas y programas. Esto será así no solamente con las actividades que tienen que ver directamente con las normas, tales como los estudios regionales sobre la aplicación de éstas, la elección de instrumentos para que se informe sobre los mismos de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución y la acción encaminada a fomentar la aplicación y ratificación de normas, sino también en relación con otros problemas de la OIT como son, por ejemplo, las actividades de cooperación técnica en las que, en determinados ámbitos, las normas pueden servir para definir los objetivos de un proyecto y proporcionar directrices para su realización» (OIT, 1979: párrafo 6).

En el propio Informe Final también se hace mención al cuestionamiento del término «derechos humanos fundamentales» por algunos delegados. «El representante gubernamental de la República Democrática Alemana expuso la opinión de que el encabezamiento «derechos humanos fundamentales» era erróneo o no enteramente apropiado cuando se utilizaba para referirse únicamente a la libertad sindical, trabajo forzoso y discriminación. Al clasificar las normas de la OIT debía tenerse en cuenta lo que era válido para el sistema de las Naciones Unidas en su conjunto. En las Naciones Unidas se habían llegado a aceptar, en general, que los derechos políticos, económicos, sociales y culturales debían considerarse como una unidad, como derechos estrechamente vinculados que deben también aplicarse como conjunto úni-

co. El derecho al trabajo, a la seguridad social, a las vacaciones, etc., eran derechos humanos fundamentales, exactamente iguales a los enumerados bajo ese tema. La clasificación debería poner de relieve que el trabajo de la OIT para el establecimiento de normas era un elemento importante en el fomento de la aplicación cada vez más cabal de los derechos humanos en su conjunto. Esta idea debería haberse expuesto en su lugar adecuado del documento. Propuso que se omitiese el tema «derechos humanos fundamentales», que la «libertad sindical» se considerase como tema separado y que los convenios y recomendaciones enumerados en «trabajo forzoso» y «discriminación» se trasladasen al tema «política de empleo», de la cual constituyen aspectos o, en otro caso, que «todos los subtemas se transformasen en temas» (OIT, 1979: párrafo 15).

Detrás de los cuestionamientos se trasluce el malestar de los delegados de los países comunistas, por considerar que el término puede prestarse a confusiones y provocar una deslegitimación de los demás derechos.

En el Anexo I del Informe Final se plasma la distribución de los convenios y recomendaciones entre las cuatro categorías adoptadas por el Consejo de Administración, ubicándose dentro de la primera categoría el tema «Derechos humanos básicos» que incluye los temas: Libertad sindical, Trabajo forzoso y Discriminación. En el caso de la libertad sindical se establece como instrumentos prioritarios: los convenios 87 (libertad sindical), 98 (derecho de sindicación y de negociación colectiva), 135 (representantes de los trabajadores), 141 (organizaciones de trabajadores rurales) y 151 (relaciones de trabajo en el servicio público). En el caso del trabajo forzoso se establece como instrumentos prioritarios: los convenios 29 y 105 (abolición del trabajo forzoso). En el caso de la discriminación se establece como instrumentos prioritarios: los convenios 100 (igualdad de remuneración para hombres y mujeres) y 111 (igualdad en el empleo y la ocupación) (OIT, 1979: 15).

El significado del primer Informe Ventejol no es plantear una redefinición de los derechos laborales, se trata de clasificar los convenios y recomendaciones de la OIT con criterios de prioridad interno, buscando que las normas internacionales del trabajo reciban un mayor número de ratificaciones. Su ámbito se reduce a ser un documento interno del organismo internacional.

En la Memoria del Director General de 1984 (Las Normas Internacionales del Trabajo), el Director General (Francis Blanchard) analizando las ratificaciones de los convenios, equipara dentro de la categoría de los derechos humanos fundamentales a las normas del tripartismo, con lo que su listado se amplía a los convenios 122 (política de empleo) y 144 (consulta tripartita), además del recientemente elaborado convenio 154 sobre la negociación colectiva de 1981 (OIT, 1984: 77).

En ese mismo año, el Consejo de Administración de la OIT convoca nuevamente un Grupo de Trabajo para que actualice el primer Informe Ventejol, estableciendo su mandato en examinar la clasificación de los convenios y recomendaciones existentes y de los temas sobre los que se podrían elaborar nuevas normas. Asimismo, formular recomendaciones al Consejo de Administración sobre la futura política normativa, incluyendo el ritmo de la elaboración de normas, la revisión de las normas ya existentes y sugerir un orden de prioridades (OIT, 1987: párrafo 1).

El Grupo de Trabajo sobre normas internacionales del trabajo es presidido nuevamente por Sr. Gabriel Ventejol, desarrollando sus labores hasta febrero de 1987, fecha en que presenta su Informe Final.

En líneas generales el segundo Informe Ventejol es muy similar al anterior, pero hay algunos aspectos que merecen destacarse en sus debates. En primer lugar, hay un consenso generalizado entre los representantes gubernamentales y de las organizaciones de

empleadores y trabajadores sobre la inconveniencia de establecer medidas de flexibilización entre los convenios que desarrollan la materia de derechos fundamentales<sup>12</sup>. En segundo lugar, se define con mayor claridad que la propuesta es indicativa y temporal, simplemente pretende promover con carácter prioritario la ratificación de determinados convenios (OIT, 1987: párrafo 14 del Anexo I). En tercer lugar, se sigue discutiendo sobre el listado de los derechos fundamentales, si en el anterior Informe se mencionaba el empleo, en este caso se hace mención a la salud, seguridad e higiene en el trabajo<sup>13</sup>.

En el Anexo III del Informe Final se mencionan tres aspectos importantes. En primer lugar, se reitera el propósito de la Categoría 1, como en el primer Informe, que consiste en identificar los instrumentos que constituyen

<sup>12</sup> «El Grupo de Trabajo pudo observar que la propia noción de flexibilidad estaba mal definida y que podía tener acepciones diferentes. Esta incertidumbre quizá podrá explicar, en cierta medida, el recurso limitado a las cláusulas de flexibilidad incorporadas en algunos convenios. Consideró en forma unánime que la flexibilidad no tenía cabida en los convenios sobre las libertades y los derechos fundamentales humanos» (OIT 1987: párrafo 7).

<sup>13</sup> «Un punto de acuerdo, ya comprobado por el Grupo de Trabajo, se refiere a los límites «naturales» de la flexibilidad de las normas. Los gobiernos de diferentes países en desarrollo (Burundi, Chipre, Túnez) o de países industrializados (Irlanda, Suiza) afirman que, en la esfera de los derechos fundamentales, las normas deben tener una aplicación universal; no pueden estar sujetas a modificación en función al nivel de desarrollo; no deben adolecer de ningún debilitamiento capaz de privarlas de su carácter obligatorio mínimo. Además, para el gobierno de la República Federal de Alemania, la flexibilidad debería excluirse de otras disposiciones importantes como la protección de la salud. Los comentarios de las organizaciones de trabajadores son igualmente categóricos respecto de tales limitaciones. De este modo se expresan en el mismo sentido la Confederación Japonesa del Trabajo (DOMEL), que se refiere en particular a los derechos sindicales, y la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), que trata igualmente de satisfacer las exigencias fundamentales en materia de seguridad e higiene» (OIT 1987: párrafo 43 del Anexo I).

los objetivos válidos en el plano universal y facilitar una lista de las principales normas modernas cuya aplicación y ratificación deberían constituir un fin de la política social (OIT, 1987: párrafo 2 del Anexo III). En segundo lugar, existen disposiciones de derechos fundamentales que se ubican en varios convenios que no han sido establecidos dentro de dicho tema<sup>14</sup>. En tercer lugar, los delegados de los trabajadores, en la línea expuesta por la Memoria General de 1984, señalan que el convenio 154 sobre negociación colectiva de 1981 debe considerarse que trata la materia de derechos humanos fundamentales (OIT, 1987: párrafo 16 del Anexo III).

Sin embargo, la clasificación del Informe Final repite en los mismos términos la Categoría 1 con el tema «derechos humanos fundamentales» con los tres derechos laborales: la libertad sindical, el trabajo forzoso y la discriminación. Sin agregar ningún nuevo convenio al listado original, con lo que el convenio 154 sobre negociación colectiva no se encuentra incluido dentro de él, siendo ubicado dentro del rubro «relaciones de trabajo» (OIT, 1987: p.31-32).

Si bien se reconoce que los Informes Ventejol son documentos internos que no menoscaban la importancia de los derechos laborales consagrados como derechos humanos en los instrumentos internacionales. Tampoco deja de ser cierto que tienen una importante influencia dentro y fuera de la propia OIT.

Ejemplo de esa influencia la encontramos en dos importantes laboristas. El profesor

<sup>14</sup> «Una serie de disposiciones que protegen a los sindicatos en estas esferas figuran en los convenios sobre libertad sindical existentes y también en varias otras normas; por ejemplo, disposiciones para proteger a los trabajadores contra la terminación de su empleo a causa de su afiliación o actividades sindicales, o por actuar como representantes de los trabajadores, figuran en el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)» (OIT 1987: párrafo 8 del Anexo III).

francés Javillier considera que se ha establecido una jerarquía entre las normas. «Gracias a un riguroso trabajo de reflexión sobre las prioridades de toda acción normativa, se ha establecido una jerarquía de normas y se ha buscado la articulación entre ésta y la cooperación técnica» (Javillier, 1994: 558). Similar argumento comparte la jurista norteamericana Leary quien considera que la OIT ha establecido una prioridad en función a los derechos humanos básicos. En esa línea argumental, la autora norteamericana sostiene que los derechos incluidos en las convenciones de «derechos humanos básicos» deberían lógicamente ser considerados el cuerpo de normas laborales mínimas internacionales (Leary, 1996: 28).

Si los Informes Ventejol pretenden establecer prioridades entre las normas internacionales del trabajo por la importancia del tema que abordan, y desde ese criterio consagran las materias de derechos humanos fundamentales (la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la prohibición de la discriminación en el empleo), no se puede producir un traslado de valoración de los derechos a los convenios. Cuando se menciona en los debates del Grupo de Trabajo que no todos los derechos que regulan estas materias se concentran en determinados convenios, sino que se encuentran esparcidos en distintos convenios internacionales del trabajo, se está resaltando que la clasificación normativa es referencial, indicativa y no sustancial o excluyente. Por ello, si la libertad sindical se considera un derecho del núcleo duro institucional no se puede postular que sólo los convenios 87 y 98 de la OIT gozan de este rasgo, sino todos los convenios internacionales que regulen la materia. De igual forma en los casos de los otros dos derechos. Asimismo, no todo lo regulado en los convenios fundamentales tiene relación directa con su materia, a modo de ejemplo las regulaciones sobre su aplicación en los países carecerían de esa fundamentalidad.

Al lado de esto, también es importante reconocer que derechos como la seguridad e

higiene en el trabajo o el empleo son mencionados como partícipes de la naturaleza de los derechos humanos fundamentales por diferentes representantes. Si bien son excluidos del listado final y ubicados en otras materias o temas, no se argumenta con claridad cuál es el distingo jurídico que los distancia de los tres señalados. En resumen, lo que hay detrás de la noción de «derechos humanos fundamentales» es la ausencia de una justificación jurídica clara para plantearla como un núcleo duro de los derechos humanos laborales.

Debemos reconocer junto a Leary, que no todas las normas internacionales del trabajo son «normas laborales mínimas»<sup>15</sup>, pero que dentro de ellas hay materias de derechos humanos laborales que requieren ser valoradas como tales. La formulación de una categoría al interior de la OIT como los «derechos humanos fundamentales» no puede hacernos perder la perspectiva del listado de los derechos humanos laborales, eso sería caer en el cuestionamiento que ya formulaban algunas delegaciones dentro de los Grupos de trabajo que elaboraron los Informes Ventejol.

Los Informes Ventejol son la consolidación de una clasificación administrativa que le permite a la OIT establecer sus prioridades institucionales, pero no un documento que plantee divisiones jerárquicas al interior del listado de derechos humanos laborales. Lo

<sup>15</sup> «Convenciones adoptadas por la OIT da la mayor referencia para definir ‘los derechos laborales internacionalmente reconocidos’. Sin embargo, la OIT ha adoptado 177 convenios estableciendo normas laborales en una multitud de temas que oscilan del más general (la libertad de asociación) a más específicos relacionados a condiciones laborales en particulares sectores económicos (transporte por carretera, marinos, industria del vidrio). Además, han adoptado cientos de recomendaciones, códigos y lineamientos que establecen normas laborales. Claramente es inapropiado considerar todas esas normas como ‘normas laborales mínimas internacionales’ (la traducción es mía) (LEARY 1996: 28).

que si representan los Informes Ventejol es el trazado original de la elaboración de un núcleo duro institucional, todavía carece de una justificación jurídica para plantearla como tal, pero el propio desarrollo institucional que culminará en la Declaración de la OIT de 1998 asienta sus bases en ellos.

## 2.2. La noción de «derechos fundamentales en el trabajo» dentro de la OIT

Este término se inserta en el organismo internacional con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998. En este acápite pretendo concentrarme con mayor profundidad en su significado y si representa la formulación de un núcleo duro institucional de los derechos laborales.

El contenido de los «derechos fundamentales en el trabajo» se asienta en el listado expuesto en la noción de «derechos humanos fundamentales»: la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la prohibición de la discriminación en el empleo, agregándose la abolición efectiva del trabajo infantil durante las discusiones que concluyen con la Declaración.

El primer documento en que se menciona los «derechos fundamentales en el trabajo» es la Resolución sobre el 75° aniversario de la OIT y su orientación futura del 22 de junio de 1994. Allí se señala que tienen especial importancia para el organismo internacional los convenios que se ocupan de derechos fundamentales, incluidos los Convenios núms. 29, 87, 98, 100, 105 y 111, que se refieren a la abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical y la discriminación en el empleo (OIT, 1994: 3). Se reitera el vínculo entre derechos fundamentales y un selecto grupo de convenios internacionales.

La Cumbre Mundial Social de Copenhague (1995) avanza en ese criterio cuando en su Programa de Acción, establece que la pro-

tección y el fomento de los derechos básicos de los trabajadores (la prohibición del trabajo forzado y el trabajo de los niños; la libertad de asociación y el derecho de organización y negociación colectiva, y la no discriminación en el empleo) significa aplicar plenamente los convenios de la OIT en el caso de los Estados que lo han ratificado, y en el caso de los Estados que no sean partes en esos convenios los principios consagrados en ellos.

Se trata de la primera expresión clara que vincula los principios con los derechos fundamentales en el trabajo. Los Estados que no han ratificado los convenios fundamentales—depositarios de los derechos fundamentales—están obligados a respetar los principios consagrados en ellos. Asimismo, en palabras de Trebilcolck, la Cumbre Mundial lanzó el surgimiento de un consenso en la identificación de las normas internacionales del trabajo (Trebilcolck, 2002: 18).

Luego, seguirán la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing (1995) y la Conferencia Ministerial de la OMC en Singapur (1996), en los mismos términos: el respeto de los derechos fundamentales, señalando expresamente, en el caso del primer evento, el listado de los cuatro derechos.

Cuando se llega a la elaboración de la Declaración de 1998 ya existe un consenso internacional e institucional sobre el listado de los derechos fundamentales en el trabajo. Esto se va a reflejar en que la discusión dentro de la Comisión de Cuestiones Jurídicas del Consejo de Administración no se centra en el listado de los derechos fundamentales, sino en la propuesta de extender procedimientos especiales para ellos del mismo modo que existe en el caso de la libertad sindical.

Hay detrás del contenido de los «derechos fundamentales en el trabajo» su antecedente consensuado de los «derechos humanos fundamentales» del período anterior. La Declaración de 1998 sigue en la misma línea desarrollada por los Informes Ventejol aprobados por el

Consejo de Administración. Pero existen profundas diferencias cualitativas entre ambos.

La Declaración de 1998 es un documento adoptado por la Conferencia Internacional con el objetivo claro de mostrar el consenso que ha alcanzado la comunidad internacional con respecto a los derechos fundamentales y expresar el compromiso de los Estados en reforzar la aplicación universal de esos derechos (OIT, 1997: párrafo 6). No se trata de un documento interno aprobado por el Consejo de Administración para establecer sus prioridades en el plano de las normas internacionales del trabajo.

Asimismo, en las discusiones de la Declaración de 1998 se formulan los argumentos que distinguen estos derechos fundamentales sobre el resto de los derechos humanos laborales. Aquel déficit de los Informes Ventejol se ventila en este período.

La justificación de los derechos fundamentales en el trabajo se formula en cuatro argumentos. En primer lugar, existe un consenso mundial sobre la importancia de estos derechos, hecho que se ha materializado con los altos índices de ratificación que siempre han gozado estos convenios. En segundo lugar, los derechos fundamentales se asientan en los principios constitucionales del organismo internacional—la Constitución y la Declaración de Filadelfia—. En tercer lugar, los derechos fundamentales representan el piso mínimo de respeto que permite el goce de los demás derechos laborales. Finalmente, en cuarto lugar, se sostiene que los derechos fundamentales en el trabajo son suficientes para asegurar que los trabajadores disfruten de su libertad de autonomía en el mercado laboral. A continuación desarrollo cada uno de los argumentos.

El *primer argumento* sostiene que el masivo número de ratificaciones que han recibido los convenios fundamentales demuestran la importancia que han adquirido para los Estados. Ya en la Memoria del Director General de 1968 se menciona: «Entre los convenios

objeto del mayor número de ratificaciones se cuentan los que consagran la libertad sindical, la prohibición del trabajo forzoso y la discriminación en materia de empleo y ocupación, convenios todos referentes a libertades fundamentales a las que la Organización distingue especialmente entre los derechos humanos que figuran en su esfera de competencia» (OIT, 1968: 11).

Desde la campaña del Director General en 1995, este grupo de convenios ha elevado notablemente su número de ratificaciones, viéndose reforzado este incremento con la Declaración de 1998. En un futuro cercano, los convenios fundamentales tendrán el alcance universal deseado por la OIT.

La dificultad del argumento es que si bien estos convenios han recibido un importante número de ratificaciones, mucho antes que se iniciase la campaña, no es menos cierto que otro grupo de convenios también tiene un significativo número de ratificaciones. Así de los 187 convenios internacionales de trabajo elaborados, 40 convenios han obtenido más de 50 ratificaciones (excluyendo los 8 convenios fundamentales) y dentro de ellos hay 6 convenios que han recibido más de 100 ratificaciones. Así tenemos el convenio 11 sobre el derecho de asociación (agricultura) con 122 ratificaciones; el convenio 14 sobre descanso semanal (industria) con 119 ratificaciones; el convenio 19 sobre la igualdad de trato (accidentes) con 121 ratificaciones; el convenio 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos con 103 ratificaciones; el convenio 81 sobre la inspección de trabajo con 137 ratificaciones; y el convenio 144 sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) con 121 ratificaciones. Algunos de estos convenios se integran dentro del ámbito de los derechos fundamentales, como los convenios 14 y 19, pero otros desarrollan materias distintas<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> El número de ratificaciones de los convenios internacionales del trabajo se encuentra actualizado hasta agosto de 2007.

Si bien el número de ratificaciones es una buena referencia para identificar los convenios que han alcanzado una mayor universalidad para los Estados Miembros de la OIT, puede ser un argumento débil cuando se le quiere vincular con la centralidad de la materia adoptada por el convenio internacional del trabajo. Así, el convenio 138 relativo a la edad mínima que es un convenio fundamental, no era un convenio que destacase por su número de ratificaciones antes de la campaña de la OIT, sin que esto sea óbice para cuestionar su importancia dentro de los derechos humanos laborales.

El *segundo argumento* postula que los derechos fundamentales en el trabajo se encuentran consagrados como principios dentro del texto constitucional de la OIT, diferenciándolos del resto de derechos laborales<sup>17</sup>. La Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia —que son los instrumentos centrales del organismo internacional— establecen los principios fundamentales en la materia.

En el caso de la libertad sindical se le ubica tanto en el Preámbulo como en la Declaración de Filadelfia. El principio de no discriminación en el empleo se desprende de la Declaración de Filadelfia cuando señala que todos los seres sin ningún tipo de distinción persiguen el bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. Además, hay una mención

<sup>17</sup> «El Consejo de Administración y la Conferencia han considerado que la no discriminación y la prohibición del trabajo forzoso y del trabajo infantil constituyen, junto con la libertad sindical, los principios fundamentales de la OIT en materia de derechos humanos. En efecto, los principios de la eliminación de la discriminación y del trabajo forzoso están arraigados en la Constitución de la OIT —véanse, en particular, el Preámbulo y el apartado a) de la Parte II de la Declaración de Filadelfia—, y la Conferencia Internacional del Trabajo ha adoptado instrumentos relativos a estos temas en los que toman cuerpo dichos principios fundamentales» (OIT 1995: párrafo 18).

expresa al principio de salario igual por un trabajo de igual valor en el Preámbulo. El trabajo forzoso presenta dificultades porque no existe una mención expresa en los textos constitucionales<sup>18</sup>, pero se le puede presuponer por la serie de prohibiciones que plantea la Declaración de Filadelfia<sup>19</sup>.

La OIT es muy firme sobre la vinculación entre los principios constitucionales y los derechos fundamentales: «El contenido de esos Convenios corresponde a los principios que figuran en el Preámbulo de la Constitución, en el artículo 41 de la versión de la Constitución anterior a la Segunda Guerra Mundial, o en la Declaración de Filadelfia. Aunque la prohibición del trabajo forzoso no se menciona expresamente en ningún texto constitucional, parecería desprenderse necesariamente de los valores y principios enunciados en los mismos» (OIT, 1997: párrafo 18).

El inconveniente del argumento es que bajo esta interpretación no puede restringirse la justificación sólo a los casos de la libertad sindical, la prohibición de la discriminación en el empleo, la abolición del trabajo forzoso y del trabajo infantil, sino también debería incluir otra serie de derechos humanos laborales. Cuando la Declaración de Filadelfia señala el principio: «el trabajo no es una mercancía», está introduciendo el sustento de los derechos laborales. La naturaleza humana del trabajo es lo que subyace en

ese principio, y como hemos visto, esto resulta siendo la fundamentación central de los derechos laborales.

Con la mención del Preámbulo a la necesidad de mejorar o implementar una serie de derechos: la reglamentación de las horas de trabajo, la fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana, contratación de la mano de obra, etc., resulta difícil distinguir exclusivamente a los derechos fundamentales dentro del mandato constitucional de la OIT. Salvo que se interprete que estas menciones en los textos constitucionales son el planteamiento de objetivos institucionales en vez de la formulación de principios<sup>20</sup>, pero si seguimos este criterio concluiríamos que sólo la libertad sindical y el salario igual por un trabajo igual son recogidos textualmente como principios por la Constitución de la OIT y por ende los únicos con carácter obligatorio para los Estados Miembros de la OIT, en directa contradicción con lo formulado por la propia Declaración de 1998.

A esto debemos agregar que dicha interpretación entraría en oposición con los Principios Generales de la OIT establecidos en el texto original de la Constitución, en donde se señalaron una serie de principios: el trabajo no es un artículo de comercio, el derecho de asociación, el pago de un salario que le asegure un nivel de vida conveniente, la adopción de una jornada máxima diaria y semanal, la adopción de un descanso semanal, la supresión del trabajo de los niños, el establecimiento

<sup>18</sup> «En efecto, resulta claro que la posibilidad de instaurar un procedimiento análogo al utilizado para salvaguardar la libertad sindical podría verse en cierto modo cegada porque ni en la Constitución ni en la Declaración de Filadelfia se menciona expresamente el trabajo forzoso» (OIT 1996: párrafo 17).

<sup>19</sup> «El fundamento jurídico de esta formulación parece ser, según lo ha advertido la propia OIT –y de manera muy particular la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo–, la constatación de que dichos derechos socio-laborales fundamentales, por su propia naturaleza, se constituyen en principios fundamentales de la OIT deducibles de la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia» (BONET 1999: 23). Ver también (MAUPAIN 2005: 444).

<sup>20</sup> Este es el criterio que parecería plantear MAUPAIN cuando afirma –en su polémica con ALSTON– que: «La caracterización de ALSTON de ‘derechos’ en general y en particular aplicado al preámbulo de la Constitución de la OIT es equivocado. El intento del preámbulo aparece para dar forma al mandato de la Organización por la justicia social, identificando (no exhaustivamente) áreas de legítima competencia. El reconocimiento de derechos y su corolario de deberes está dejado a las normas de los convenios internacionales del trabajo también su subsecuente articulación por medio de los convenios revisados y los protocolos, y la elaboración por medio del sistema de control» (MAUPAIN 2005: 447).

to de normas mínimas en condiciones de trabajo, etc.<sup>21</sup>. Estos principios generales marcaron el primer período de labores del organismo internacional y forman parte de su tradición institucional, lo que hace difícil dejarlos a un lado en un tema tan importante como los principios de la OIT.

Finalmente, la exclusión de algunos derechos humanos laborales dentro del listado también responde a una situación política existente dentro del organismo internacional, la dificultad de que los Estados estén dispuestos a tener un listado más amplio dentro de la categoría de derechos fundamentales en el trabajo. Eso se deja traslucir en el siguiente párrafo: «Hay por consiguiente una firme base constitucional para incluir el enunciado de esos cuatro grupos de principios en la Declaración. Aunque otros principios comprendidos en las normas de la OIT son también importantes, no parecería aconsejable extender la lista más allá del acuerdo existente acerca de lo que se considera como derechos fundamentales» (OIT, 1997: párrafo 19).

El *tercer argumento* afirma que estos cuatro derechos fundamentales son imprescindibles en cualquier ordenamiento jurídico, porque permiten que sean asequibles los demás derechos laborales y posibilitan que los trabajadores se beneficien del progreso social.

La OIT lo formula en los siguientes términos: «Las razones para considerar que ciertos derechos son en efecto fundamentales, independientemente de los niveles de desarrollo, han quedado más claras como resultado del debate que ha suscitado la creciente interdependencia de las economías y las sociedades. Esos derechos son en cierto sentido una condición previa para todos los demás porque proporcionan los elementos necesarios para

luchar libremente por la mejora de las condiciones de trabajo individuales y colectivas, de acuerdo con las circunstancias de los países de que se trate» (OIT, 1997: párrafo 16). Es lo que el Director General en su Memoria de 1997 denominaba la condición estática para lograr la justicia social dentro de la globalización de la economía. Esto se traduce en que el respeto de ciertas reglas laborales favorecen una mejor distribución de la riqueza nacional y del progreso social.

Para Brett «se las considera fundamentales por cuanto sin el respeto de esas normas, otras pasarían a ser inaccesibles o correrían peligro. Los derechos fundamentales de los trabajadores son derechos básicos sin los cuales otras metas corren peligro. ¿Qué posibilidades habría de que se respeten las normas de la OIT sobre protección social, sobre protección de la maternidad, sobre trabajadores migrantes, sobre salud y seguridad en el trabajo o sobre la prevención de accidentes laborales si, en primer lugar, se denegara a los trabajadores el derecho de formar sindicatos o de realizar negociaciones colectivas? ¿Qué oportunidades habría para mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres si se permitiera la discriminación en el empleo? ¿Qué posibilidades de éxito tendrían los convenios sobre el fomento del empleo si se permitiera que continúe habiendo trabajo infantil?» (Brett, 2001: 3)<sup>22</sup>.

Similar criterio plantea Maupain, al considerar que los derechos fundamentales en el trabajo disfrutan de una coherencia funcional relacionada con su impacto sobre los logros de otros derechos. En la medida que son 'derechos facilitadores' (*enabling rights*) o derechos procedimentales; estos derechos

<sup>21</sup> Véase el artículo 387 del Tratado de Versalles que desarrolla los Principios Generales de la OIT. Esto fue analizado en el apartado 3.1. «La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo» del capítulo 4 de la investigación.

<sup>22</sup> El mismo autor agrega: «Los derechos y principios fundamentales de los trabajadores son al mismo tiempo un medio y un fin en sí mismos, son derechos humanos en el trabajo que se deben respetar. Y son también la única manera de conseguir progreso social en todos los ámbitos laborales para todas las personas» (BRETT 2001: 3-4).

permiten empoderar a los trabajadores con los instrumentos necesarios para la conquista de otros derechos (Maupain, 2005: 448).

Coincido con la argumentación que postula a los derechos fundamentales designados por la OIT como necesarios e imprescindibles en cualquier ordenamiento laboral. No es posible concebir una relación laboral digna sin que el trabajador haya ejercido su libertad de establecerla. Nadie puede verse forzado a cumplir una determinada labor o trabajo. El trabajo infantil representa no sólo la explotación de indefensos seres humanos sino que también los condena a la pobreza permanente. Tampoco resulta aceptable que se presenten discriminaciones al interior de la relación laboral por distinciones como la raza, el sexo, la religión, etc. Las discriminaciones envilecen el trabajo y sustentan profundas desigualdades entre los trabajadores. La libertad sindical permite que los trabajadores se organicen y defiendan sus intereses. Sin la libertad sindical se mantendrían sujetos al poder empresarial y no tendrían acceso a regular conjuntamente con el empleador las condiciones laborales, ni ejercitar la huelga. También resulta imprescindible proteger a los trabajadores que son objeto de un despido antisindical. Sin la protección en su empleo, los trabajadores estarían intimidados para organizarse y constituir organizaciones sindicales.

Pero si bien todo este conjunto de derechos resultan básicos para establecer condiciones laborales dignas, el argumento me parece que tiene dos limitantes. Por un lado, se parte de una premisa que no necesariamente resulta ser real en las relaciones laborales, que consiste en asumir que la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva son suficientes para consagrar condiciones laborales dignas dentro de las empresas. Para que esto se cumpla se requiere un escenario permisible a ese proceso, que lamentablemente no se produce en una buena cantidad de países, a pesar de que han ratificado los convenios fundamentales. Una prueba de ello

se produce anualmente con los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT (la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical), en donde se retratan las graves violaciones que se producen en el ámbito de la libertad sindical. De allí que resulte sustancial consagrar los demás derechos humanos laborales dentro de los ordenamientos nacionales para asegurar condiciones laborales dignas y un sistema de protección que fortalezca su cumplimiento.

Por otro lado, si la mejora en los salarios y las condiciones laborales se puede lograr con los convenios colectivos, hay derechos que por su propia naturaleza estarían fuera del ámbito de su concretización, porque escapan a la relación directa entre empleadores y trabajadores. Me refiero al derecho al trabajo o a los derechos de protección social, como la seguridad social. Se trata de derechos laborales prestacionales que requieren la participación activa del Estado para su goce.

Asimismo, el piso mínimo de los derechos fundamentales en el trabajo puede ser objeto de manipulaciones para profundizar la debilidad de los trabajadores en el mundo, especialmente en el actual contexto de la globalización de la economía. Si bien la Declaración de 1998 busca fortalecer un contenido mínimo universal de derechos laborales que asegure condiciones de trabajo dignas para el trabajador, ese piso mínimo puede convertirse en un techo jurídico para muchos trabajadores en el mundo<sup>23</sup>.

El *cuarto argumento*, muy cercano al anterior, plantea que los derechos fundamentales en el trabajo son suficientes para asegurar que se respete la libertad de autonomía de los trabajadores, con lo que pueden actuar libremente en el mercado laboral y lograr por medio de negociaciones individuales o colecti-

<sup>23</sup> MAUPIAN resalta que la Declaración de 1998 es el piso del trabajo decente y no su techo (MAUPIAN 2005: 461).

vas con sus empleadores más y mejores derechos laborales.

Desde este punto de vista, Langille sostiene: «Por muchos años el reflector de los procedimientos (de control) ha sido la libertad sindical. La elevación de la OIT a la libertad sindical con un especial estatus constitucional en los últimos 50 años está exactamente en la línea con el mapa conceptual de los derechos laborales. Pero como allí se presentan (y ha sido por un largo tiempo –las convenciones de trabajo forzoso que se remontan de 1929) otros aspectos sin libertad del mercado de trabajo, otras barreras para la libre participación, otras barreras para un proceso de negociación en el cual ambas partes son actores en vez de objetos. Los seres humanos pueden ser tanto excluidos del mercado (por la discriminación) o forzados (literalmente) a entrar dentro de él. Esos aspectos de falta de libertad son reales y dramáticos y son la razón para responder a ellos de la misma forma como en el caso de la libertad sindical y la libertad de la negociación colectiva. Recordar que la negociación colectiva no es garantía de ningún particular resultado sustantivo –esto es puramente procedimental y para trabajadores inexpertos en momentos de alto desempleo no puede (y no está diseñado para) lograr mucho respecto de lo sustancial. La libertad sindical es una condición necesaria para la justicia en el empleo. Como también las prohibiciones a la discriminación, trabajo forzoso y trabajo infantil» (la traducción y el primer paréntesis son míos) (Langille, 2005: 430).

Se trata de asegurar que las restricciones para el libre desenvolvimiento de la negociación en el mercado desaparezcan, esto se logra –en el caso de los trabajadores– por medio de los derechos fundamentales del trabajo porque éstos responden a una lógica de derechos procedimentales que garantizan la autonomía de las personas. Sin embargo esta argumentación peca, en mi opinión, de dos debilidades.

En primer lugar, asume (al igual que el tercer argumento) que los derechos fundamentales en el trabajo son suficientes para que los trabajadores puedan lograr más y mejores derechos por medio de la negociación de sus contratos –a nivel individual– o convenios colectivos –a nivel grupal–. Como se ha señalado, esto no corresponde a la realidad y como resalta Alston, el goce de la libertad individual no te conduce automáticamente a los demás derechos sociales sustantivos<sup>24</sup>.

En segundo lugar, adopta una concepción restrictiva de la libertad de autonomía que excluye a otros derechos humanos laborales. Si entendemos por autonomía que las personas puedan actuar libremente, esto presupone que no deben existir ningún tipo de impedimentos para el ejercicio de esa libertad. Efectivamente, la prohibición de la discriminación, la prohibición del trabajo forzoso y la libertad sindical son derechos necesarios para lograr ese fin, pero éstos resultan insuficientes para asegurar la autonomía de los individuos en su capacidad de decidir. Se requiere previamente, lo que Habermas denomina, un derecho general que garantice las condiciones de vida (Habermas, 1998: 189); sin este derecho fundamental se viciaría cualquier acuerdo entre las partes<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> «En el derecho internacional de los derechos humanos, la interdependencia de estos dos conjuntos de derechos –sociales y políticos, para usar un término sencillo– es axiomático. Aceptando la vital importancia de la libertad individual y su empoderamiento, no obstante, esto no nos lleva a la conclusión que la otra mitad de la ecuación será conseguida automáticamente si la libertad está asegurada. De hecho, quien no participa de la fe liberal de LANGILLE y MAUPAIN, el cambio importante es precisamente encontrar formas de asegurar que el respeto por los derechos procedimentales, con los cuales esos autores están satisfechos, puedan ser complementados por el respeto de los derechos sociales sustantivos» (ALSTON 2005: 477-478).

<sup>25</sup> Hay que tener presente que el planteamiento habermasiano coloca a los ‘derechos procedimentales’ en el centro de los derechos fundamentales, por lo que su propuesta de un derecho fundamental que garantice las condiciones de vida de las personas como paso pre-

Me parece la exclusión del derecho a la seguridad y la salud en el trabajo dentro del listado de los derechos fundamentales de la Declaración de 1998 como un buen ejemplo para mostrar la restringida visión de autonomía que se plantea. Resulta difícil pensar que un trabajador que no tiene aseguradas condiciones laborales que protejan su integridad física en el trabajo pueda ser considerado una persona libre de actuar y que goza de una real autonomía. No obstante esto, tanto Langille como Maupain justifican descartarlo. Para el profesor canadiense la seguridad y la salud en el trabajo no forma parte de los derechos fundamentales en el trabajo —o el «núcleo de derechos»— porque no se ubica dentro de los derechos que aseguran la condición de actor en el lugar del trabajo (Langille, 2005: 431). En el caso del jurista francés dicho derecho se encuentra excluido porque no forma parte de los ‘derechos facilitadores’ (*enabling rights*) (Maupain, 2005: 448-449). En ambos autores, la seguridad y la salud en el trabajo representa un derecho importante pero excluido del núcleo duro porque no resulta necesario para que el trabajador actúe libremente en una negociación con su empleador. Nuevamente, se refleja una visión restrictiva procedimental de los derechos, en donde la inclusión o exclusión de un derecho humano laboral dentro del núcleo duro está condicionado a que éste signifique un punto de soporte jurídico para la negociación con el empleador. Curiosamente se pretende asegurar que sea un actor libre en el mercado de trabajo y, sin embargo, no se considera previamente que ese actor libre tiene que tener asegurada su propia sobrevivencia en el puesto de trabajo. El estrecho vínculo entre el derecho a la seguridad y la salud en el trabajo y el derecho a la vida pone

vio para cualquier acuerdo no tiene porque considerarse ajeno a la propia perspectiva planteada por LANGILLE. Por el contrario, la lectura del profesor canadiense parecería restringida o incompleta a la luz de lo formulado por HABERMAS.

en tela de juicio cualquier exclusión justificable<sup>26</sup>.

Con independencia de la fortaleza o debilidad de los argumentos reseñados, me parece que la Declaración de 1998 postula la formulación de un núcleo duro institucional dentro de los derechos humanos laborales. Los «derechos fundamentales en el trabajo» representan ese conjunto de derechos laborales indisponibles, esenciales, necesarios para las relaciones de trabajo. Diversos autores coinciden con esta conclusión aunque la critican<sup>27</sup>.

El significado de un núcleo duro de derechos fundamentales en el trabajo de la OIT puede ser objeto de diversas interpretacio-

<sup>26</sup> En mi opinión, ambos autores no toman en consideración que estos derechos laborales se encuentran ubicados dentro del listado de los derechos humanos, lo que le concede un redimensionamiento sustancial de su significado. Por ello, un enfoque que reduzca los elementos de análisis a una visión meramente instrumental de los derechos está en oposición a los valores que fundamentan los derechos humanos laborales (la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo). En otras palabras, la lectura jurídica de estos derechos debe partir inicialmente desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y verse complementada por el Derecho del Trabajo, y no viceversa.

<sup>27</sup> Para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: «La OIT ha pasado de hablar de un Código Internacional del Trabajo, una regulación omnicomprensiva de las relaciones laborales, a hablar de unos derechos fundamentales de los trabajadores; de un estatuto completo del trabajador a un núcleo de derechos esenciales. Lo que se está haciendo en última instancia es identificar un núcleo duro de derechos (*core rights*) que forman parte de un determinado orden público internacional, y que deberán ser respetados en cualquier caso por todos los Estados de la Comunidad Internacional (sin necesidad incluso de ratificación previa) (...). Se está pasando de la opción reguladora a una óptica más ‘constitucional’, en términos de derechos fundamentales en el trabajo; como por cierto está haciendo cada vez más la propia Unión Europea, que desde 1989 tiene su Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores. Lo que puede tener más efectos a largo plazo de lo que pudiera parecer» (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 2000: 99). Ver también (LEARY 2001: 5) y (ALSTON 2004: 458).

nes, desde aquellas que lo consideran una retirada del organismo internacional<sup>28</sup> o más bien una respuesta que favorece el fortalecimiento de las normas internacionales del trabajo<sup>29</sup>.

Más allá de este tipo de interpretaciones, no puede olvidarse que la OIT hace del trabajo decente su objetivo central. El trabajo decente significa el respeto a los principios y derechos en el trabajo, la protección social, el empleo y el diálogo social. Para el organismo internacional no puede plantearse un trabajo digno en el mundo sin cubrir los cuatro objetivos estratégicos.

En resumen, los «derechos fundamentales del trabajo» representan un «núcleo duro» institucional de los derechos humanos laborales, con independencia de la debilidad o fortaleza de sus argumentos. Hay que tomar en consideración que este «núcleo duro» institucional es muy distinto a los que son formulados desde la doctrina, ya sea aquella que la postula como la identificación de las normas imperativas como la que lo justifica sobre la práctica internacional de algunos Estados. El «núcleo duro» de la OIT no tiene como referencia los instrumentos internacionales de derechos humanos sino sus propios convenios

<sup>28</sup> «Se está llevando a cabo un curioso fenómeno que podemos llamar de ‘constitucionalización’ de determinadas normas de la OIT, procediendo a una priorización o jerarquización de las aprobadas hasta ahora según su contenido. Se tiende a hablar de identificar un núcleo de normas y de principios básicos, lo que se llama el ‘núcleo duro de las normas internacionales’, el ‘corazón’ de toda la actividad normativa de la OIT hasta el momento. A esto se le ha calificado como una auténtica ‘retirada’ de la OIT hacia su centro» (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 2000: 97).

<sup>29</sup> «La finalidad de una Declaración adoptada en 1998 no fue ni podrá ser en el futuro debilitar las demás normas ni tampoco, como es evidente, el sistema de control del conjunto de normas. Por el contrario, esa Declaración es un valiosísimo instrumento en el camino de la ratificación de las normas internacionales del trabajo (...). Se puede adivinar toda la sinergia necesaria para que esto se traduzca en la práctica» (JAVILLIER 2001: 7).

internacionales del trabajo. El objetivo es lograr la universalización de los 8 convenios fundamentales con la ratificación de todos sus Estados Miembros. Sin embargo, el «núcleo duro» institucional puede ensombrecer al resto de derechos humanos laborales porque se interpretaría que éstos cuatro derechos laborales son los esenciales para cualquier relación laboral, cuando en realidad es el conjunto de los derechos humanos laborales los que aseguran la dignidad en el trabajo y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo.

### 2.3. El significado del núcleo duro institucional de los derechos fundamentales en el trabajo de la OIT

Hay un tema que me parece importante abordar y se encuentra en directa relación con el núcleo duro postulado por la Declaración de 1998, que consiste en el vínculo entre los principios y derechos fundamentales con los convenios internacionales.

La Declaración de 1998 señala que los «principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización», por lo que los Estados Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen el compromiso de «respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios». A continuación se mencionan los cuatro derechos fundamentales: «a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y, d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación».

Esto se ha interpretado como la vinculación directa entre los principios fundamentales con determinado grupo de convenios internacionales<sup>30</sup>. Ya he señalado anteriormente como se identifican esos 8 convenios fundamentales (convenios 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 y 182). La interrogante es si el contenido de los convenios fundamentales corresponde a los principios fundamentales. En otras palabras, si lo establecido en los convenios fundamentales son el contenido postulado por los principios.

Para la OIT, los objetivos básicos de los principios se encuentran recogidos en el caso del trabajo infantil dentro del artículo 1 del convenio 138<sup>31</sup>; la libertad sindical en los artículos 2 del convenio 87 y 1.1 del convenio 98; el trabajo forzoso en el artículo 1.1 del convenio 29 y artículo 2 del convenio 105; la no discriminación en el artículo 2.1 del convenio 100 y el artículo 2 del convenio 111 (OIT, 1997: párrafos 22-23).

Conforme a este criterio institucional, Bonet responde a esta interrogante en los siguientes términos: «Más allá de confirmar la existencia de un *contenido necesario e indisponible* de cada derecho, abren un dilema en torno al propio contenido jurídico de los derechos socio-laborales fundamentales: si el conjunto de Convenios fundamentales reflejan efectivamente el mismo, tal y como es deducible de la Constitución de la OIT y de la Declaración de Filadelfia. Es factible acordar una respuesta afirmativa: primero, por la

redacción de la Declaración de 1998, que parece asumir esa identificación; segundo, porque los Convenios fundamentales no agotan en sí mismos la configuración jurídica del derecho socio-laboral fundamental –pues son objeto de complementación–, de manera que puede entenderse que reflejan los elementos básicos y mínimos de su contenido jurídico; y, tercero, porque los Convenios de la OIT tienden precisamente a conformarse como *instrumentos jurídicos de mínimos*– por lo que a la *fundamentalidad* de los ocho Convenios se les uniría como determinante su voluntad de perfilar unos estándares jurídicos mínimos–. Sin embargo, es factible igualmente mantener una posición que objete la argumentación anterior, ya que el contenido necesario e indisponible que se desprende de la Constitución de la OIT y la Declaración de la Filadelfia no tendría por qué coincidir en su totalidad con el estándar jurídico de mínimos de los Convenios fundamentales –pudiendo ser más reducido–, y podría ser diferenciado a los efectos de distinguir las obligaciones jurídicas constitucionales de todos los Estados Miembros de las derivadas para los Estados Partes de los Convenios fundamentales (...). En la práctica, todo parece apuntar claramente a que la OIT identifica ese contenido necesario e indisponible con los principios jurídicos contenidos en los Convenios fundamentales» (Bonet, 2006: 176-177).

En una posición opuesta, Alston sostiene: «[Si] el núcleo de normas son sinónimos en todo respecto con el contenido de los convenios relevantes. Esto significaría que cada precepto del convenio podría ser leído dentro del núcleo de la norma y cada gobierno sería requerido para cumplirlo. Pero si ésta ha sido la intención, ninguno de los gobiernos que han faltado en ratificar por largo tiempo los convenios en cuestión habrían apoyado la adopción de la Declaración. Este es ciertamente el caso de los Estados Unidos, uno de los principales defensores de la Declaración, pero estaba apenas solo en este punto» (la traducción y el corchete son míos) (Alston, 2004: 491).

<sup>30</sup> «De la Declaración surge que los Estados Miembros reconocen que tienen obligaciones jurídicas derivadas de la ratificación de la Constitución de la OIT, que, por ello, no son sólo de carácter formal. Estas obligaciones se refieren a los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de los convenios fundamentales de la OIT» (SWEPSTON 1999: 120). Ver también (KELLERSON 1998: 245), (BONET 1999: 25-26) y (ALSTON 2004: 490-491).

<sup>31</sup> A esto deben agregarse los artículos 1, 2 y 3 del convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil.

Swepston resalta un ejemplo en que los principios derivados de la Constitución no coinciden con lo estipulado por uno de los convenios fundamentales: «Aunque se trata de principios derivados de la Constitución, no tienen la misma formulación que en ella. Por ejemplo, la Constitución habla sólo de la discriminación sobre la base del sexo, la raza y la religión, mientras que el Convenio 111 cubre cuatro modalidades más» (Swepston, 1999: 120-121).

Pero así como el convenio fundamental podría superar el contenido necesario del principio constitucional, así también los convenios fundamentales pueden resultar siendo insuficientes, por lo que merece ampliarse el listado de los convenios o vincularlos con convenios ya existentes. En el primer caso, tenemos la elaboración del convenio 182 sobre las peores formas del trabajo infantil de 1999, que se inserta desde su adopción por la Conferencia Internacional en un nuevo convenio fundamental. En el segundo caso, tenemos todo ese conjunto de convenios internacionales del trabajo que regulan en términos generales o para un grupo de trabajadores específicos, materias de derechos fundamentales en el trabajo. Así, el convenio 11 sobre el derecho de asociación en la agricultura; el convenio 135 sobre representantes de los trabajadores; el convenio 141 sobre organizaciones de trabajadores rurales; el convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública; el convenio 154 sobre la negociación colectiva; y, el convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares<sup>32</sup>.

Por eso me parece que se puede interpretar la Declaración de 1998 en términos más amplios, en donde los 8 convenios fundamentales sean los centrales pero sin excluir los demás convenios internacionales que regulen de manera clara y precisa los principios constitucionales. Reconozco que esta interpreta-

ción enfrenta serias dificultades, tomando en cuenta todo el proceso institucional que está detrás de los convenios fundamentales y el rechazo de determinados Estados y representantes empresariales.

### 3. EL *IUS COGENS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Si bien los derechos fundamentales en el trabajo son un «núcleo duro» institucional de los derechos laborales elaborado en la Organización Internacional del Trabajo, este «núcleo duro» no se apoya en las normas imperativas del Derecho Internacional general, por lo que su obligatoriedad sobre los Estados no resulta equiparable a la que proviene de este importante grupo de normas.

Las normas imperativas o de *ius cogens* en el Derecho Internacional general es uno de los temas más estudiados por la doctrina jurídica, por lo que no pretendo analizarlo en profundidad sino apoyarme en autores que ya lo han hecho, presentándolo de una manera breve y donde se resalten sus aspectos más sustanciales, especialmente en referencia a los derechos humanos.

La definición formal de una norma de *ius cogens* se encuentra en el artículo 53 de la Convención de Viena (1969): «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 los Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter»<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> La OIT califica a los convenios 135, 141, 151 y 156 como normas básicas de derechos humanos.

<sup>33</sup> A su vez, el artículo 64 de la Convención de Viena formula la definición formal del *ius cogens* superveniente.

El artículo 53 es el resultado de un largo proceso de discusión, primero dentro de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y posteriormente en la Conferencia de Estados en Viena donde se aprobó la redacción de la Convención (1969)<sup>34</sup>. La CDI elaboró el artículo dentro de una definición formal con la finalidad que fuese la propia práctica de los Estados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia quienes estableciesen su contenido material (CDI, 1963: párrafo 231)<sup>35</sup>.

A partir de la lectura del artículo 53 se desprende, en mi opinión, tres elementos de las normas de *ius cogens*.

En primer lugar, son normas imperativas del Derecho Internacional general. Esto significa que en caso de conflicto tienen preponderancia sobre cualquier norma convencional, declarando la nulidad de ésta por su contradicción con la norma de *ius cogens*. La justificación de su imperatividad reside en que son normas que consagran valores fundamentales de la Comunidad Internacional y por ende deben recibir especial protección<sup>36</sup>.

*niens*: «Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará».

<sup>34</sup> Una excelente investigación histórica sobre el proceso de elaboración de la Convención de Viena (1969) se encuentra en «*El Ius Cogens Internacional (Estudio histórico-crítico)*» de ANTONIO GÓMEZ ROBLEDÓ. México DF, UNAM, 1982.

<sup>35</sup> «Efectivamente, la Comisión de Derecho Internacional cuando preparó el proyecto de artículos que sirvió de base a los trabajos de la Conferencia, decidió no incluir ni siquiera ejemplos de normas de *ius cogens*, dejando su determinación a la práctica y a la jurisprudencia internacional» (PASTOR RIDRUEJO 2002: 43). Ver también (CASADO 2001: 26-27); (LI 2001: 510).

<sup>36</sup> «La razón porque determinadas normas poseen tal cualidad imperativa es por ser vistas en el reconocimiento universal de que esas normas consagran valores, las cuales no pueden estar a disposición de los Estados de manera individual. Ese es ciertamente el caso con las normas de derechos humanos fundamentales. Por tanto, el patrón de la formación de las normas de *ius cogens* es realmente difícil» (la traducción es mía) (SIMMA 1994: 292). Véase también (GÓMEZ ROBLEDÓ 1982: 113).

Así, las normas imperativas pueden ser identificadas como uno de los pilares del ordenamiento internacional<sup>37</sup>.

En segundo lugar, son normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto. Lo que no debe interpretarse que se requiere la unanimidad de sus Miembros para aceptarla y reconocerla<sup>38</sup>. Como afirmó el propio Presidente del Comité de redacción de la Convención de Viena (1969), el reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto, no significa necesariamente el reconocimiento por parte de todos y cada uno de los Miembros de la comunidad internacional para otorgar el carácter de *ius cogens* a una norma, lo que se requiere es una amplia mayoría que refleje los «componentes esenciales» de la comunidad internacional. Como consecuencia, un Estado aislado o un número pequeño de Estados no pueden impedir que una norma general del derecho internacional adquiera carácter imperativo (citado por Simma, 1994: 290-291). Con lo que se rechazaría la eficacia jurídica de cualquier objeción persistente sobre una norma de *ius cogens*, en tanto representaría poner en tela de juicio su carácter imperativo<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> «Puede afirmarse que, consideradas en su conjunto, expresan, se integran o constituyen el desarrollo de la práctica del *núcleo esencial positivo* de los principios constitucionales o fundamentales del orden jurídico internacional» (MARIÑO 2005: 81). Véase también (TOMUSCHAT 1993: 307).

<sup>38</sup> «Así, de acuerdo a la Convención, una norma imperativa necesariamente opera conforme para todos los Estados, y esto sobre la base de que la norma habiendo sido ‘aceptada y reconocida’ como imperativa por ‘la Comunidad Internacional de los Estados en su conjunto’. Hay un acuerdo general entre los intérpretes que la ausencia de aceptación o hasta la oposición por parte de uno o varios Estados no es obstáculo para que la norma llegue a ser imperativa» (la traducción es mía) (GAJA 1981: 283). Véase también (MARIÑO 2005: 371).

<sup>39</sup> «El verdadero concepto de *ius cogens* hace razonable argumentar que las normas imperativas no admiten ninguna objeción persistente. Si la finalidad de la norma imperativa es permitir que el interés de los Estados prevalezca sobre el interés conflictivo de un singular Estado o un pequeño grupo de Estados, esta finalidad se

En tercer lugar, son normas inderogables que sólo pueden ser sustituidas por otra norma imperativa. En la traducción al castellano de las Convenciones se utiliza el término «una norma que no admite acuerdo en contrario», que debe interpretarse como la inderogabilidad de la norma<sup>40</sup>. La inderogabilidad de una norma de *ius cogens* no tiene un carácter absoluto porque puede ser sustituida o reemplazada sólo por otra norma imperativa posterior. Lo sustancial es que la norma de *ius cogens* no puede ser derogada ni modificada por una simple norma convencional o consuetudinaria, o por un acto unilateral de los Estados<sup>41</sup>.

En mi opinión, estas tres características tienen que ser concurrentes para identificar una norma de *ius cogens*, no basta que se manifieste una sola característica para calificarla como tal.

Existe la polémica acerca de si las normas imperativas del Derecho Internacional general se aplican sólo para los Estados que han ratificado o se han adherido a la Convención de Viena, o si también se extiende a la generalidad de los Estados. En mi opinión, la norma imperativa o de *ius cogens* es obligatoria para todos los Estados al ser reconocida y aceptada por la comunidad internacional en su conjunto. Por lo que no debe confundirse la

---

frustraría si un Estado o un pequeño número de Estados les fuera permitido escapar de la aplicación de la norma imperativa sobre la base de la objeción persistente» (la traducción es mía) (RAGAZZI 1997: 67). Véase también (BYERS 1997:217).

<sup>40</sup> Tanto el texto en inglés («as a norm from which no derogation is permitted») y en francés («en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise») se refieren expresamente a una norma inderogable.

<sup>41</sup> «Las normas internacionales imperativas priman incondicionalmente sobre cualesquiera otras, con independencia de sus respectivos modos de positivación (...). En este sentido, un tratado posterior no puede derogar a una norma consuetudinaria de *ius cogens*, y una costumbre particular tampoco puede derogar a una norma convencional imperativa» (PASTOR RIDRUEJO 2002: 165). Véase también (RAGAZZI 1997: 58).

regulación que cumple la Convención de Viena sobre la materia y el reconocimiento de la existencia de las normas imperativas que es obligatoria para todos los Estados<sup>42</sup>.

El siguiente paso es tratar de identificar cuáles son las normas de *ius cogens* aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto. Como se ha señalado, queda en manos de la práctica de los Estados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia establecer cuáles son las normas de *ius cogens*. Si seguimos los pronunciamientos de la CIJ tanto antes como después de la elaboración de la Convención de Viena (1969) podemos concretizar un listado de normas de *ius cogens*.

En el período previo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), la Corte Internacional de Justicia se concentró en formular la existencia de principios del Derecho Internacional asentados en la humanidad que resultan obligatorios para los Estados, pero sin precisar ejemplos claros sobre cuál es el contenido de esos principios. El primer pronunciamiento relevante proviene de la sentencia del caso «Canal de Corfú» (9 de abril de 1949), en donde la Corte señala que existen obligaciones internacionales que

---

<sup>42</sup> «Una norma de *ius cogens* cual ha sido reconocida y aceptada por la comunidad internacional en su conjunto conforme con el artículo 53 de la Convención de Viena y desde el cual ninguna derogación es permitida sería una norma del Derecho Internacional Universal. Ningún Estado, incluyendo los que no son parte de la Convención, puede rechazar su fuerza obligatoria sobre ellos por medio de cualquier declaración u objeción. Esto es el resultado natural del inherente carácter en una norma de *ius cogens*. Por tanto, esta forma sería una excepción para la norma de que un tratado no puede imponer una obligación a un tercer Estado. Más específicamente, porque de su importancia, una norma de *ius cogens* requiere que cada Estado se compromete con la Comunidad Internacional en su conjunto sobre la obligación absoluta de cumplirla, y no sólo se compromete con la obligación relativa de cumplirla entre los Estados partes. Por tanto, esto sería obligatorio para todas las naciones» (la traducción es mía) (LI 2001: 514).

están basadas en «determinado principio general y bien reconocido, a saber: consideraciones elementales de humanidad, hasta más exigibles en tiempos de paz que en la guerra» (CIJ, 1949: 22)<sup>43</sup>. Luego, en la opinión consultiva sobre las «Reservas a la Convención para la prevención y sanción contra del delito de genocidio» (28 de mayo de 1951), la Corte resalta que existen principios fundamentales de la Convención que son reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados (CIJ, 1951: 23).

Después de la redacción de la Convención, la CIJ inicia una mayor concretización sobre las normas de *ius cogens*. Es el caso «*Barcelona Traction*» (5 de febrero de 1970), que se convierte en la sentencia paradigmática sobre el tema. La Corte resalta que «debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado dentro del marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos, las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*. Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio, pero asimismo los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial» (CIJ, 1970: 33-34). La sentencia es coincidente con lo expresado en el artículo 53 de la Convención de Viena (1969) respecto a que existen «obligaciones» hacia la comunidad internacional en su conjunto, aunque en el tratado se alude a «normas

imperativas» que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto. Un importante sector de la doctrina lo ha interpretado como una alusión indirecta a las normas de *ius cogens*<sup>44</sup>.

Con su Opinión Consultiva sobre las «Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia» (21 de junio de 1971), la CIJ resaltó que el régimen de *apartheid* dentro de Namibia supone no respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza (CIJ, 1971: párrafos 129-131). En la sentencia sobre el caso del «Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán» (24 de mayo de 1980), la CIJ señala dos puntos importantes sobre esta materia. Por un lado, el reconocimiento del carácter fundamental del principio de inviolabilidad, estableciendo que hasta en el caso de un conflicto armado o en el caso de una violación de las relaciones diplomáticas, esas normas requieren que tanto la inviolabilidad de los miembros de la misión diplomática como de los locales, propiedades y archivos de la misión deban ser respetados por el Estado receptor (CIJ, 1980: párrafo 86). Por otro lado, que la privación abusiva de la libertad a los seres humanos y someterlos a condiciones penosas son en sí mismas manifiestamente incompatibles con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como con los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (CIJ, 1980: párrafo 91).

Posteriormente, con la sentencia sobre el caso «Asunto de las actividades militares y

<sup>43</sup> Para GÓMEZ ROBLEDO, el término utilizado por la sentencia tiene que ser visto como un sinónimo de *ius cogens* (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 195).

<sup>44</sup> «La sentencia de fondo del Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, dictada el día 5 de febrero de 1970, contiene un *dictum* en el que se habla 'de las obligaciones de los Estados hacia la Comunidad Internacional en su conjunto' para caracterizar determinado tipo de obligaciones que denomina *erga omnes*, y que como ha dicho el maestro MIAJA DE LA MUELA, son en realidad las derivadas de normas de *ius cogens*» (PASTOR RIDRUEJO 1979: 581). Véase también (BYERS 1997: 230).

paramilitares en y contra Nicaragua» (27 de junio de 1986), la CIJ resalta que en los diversos trabajos de la Comisión de Derecho Internacional se reconoce como una norma de *ius cogens* la prohibición del uso o amenaza de la fuerza (CIJ, 1986: párrafo 190). Igualmente, la sentencia sobre el caso «Timor Oriental» (30 de junio de 1995) resulta muy ilustrativo porque la CIJ subraya que el derecho de autodeterminación de los pueblos es una norma imperativa: «En opinión de la Corte, la afirmación de Portugal que el derecho de autodeterminación de los pueblos, como esta desarrollado desde la Carta y desde la práctica de Naciones Unidas, tiene un carácter *erga omnes*, es irreprochable. El principio de autodeterminación de los pueblos ha sido reconocido por la Carta de las Naciones Unidas y en la jurisprudencia de la Corte; este es uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo» (CIJ, 1995: párrafo 29).

En la Opinión Consultiva sobre la «Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares» (8 de julio de 1996), la Corte recuerda su pronunciamiento sobre el caso «Canal de Corfú», resaltando que las normas del derecho internacional humanitario son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y las consideraciones elementales de la humanidad. Agregando que «estas normas fundamentales son para ser respetadas por todos los Estados hayan o no ratificado las convenciones que los contienen, porque ellos constituyen principios intrasgredibles del derecho internacional consuetudinario» (CIJ, 1996: párrafo 79)<sup>45</sup>. En la Opinión Consultiva sobre «Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado» (30 de septiembre de 2004), la CIJ reitera el carácter *erga omnes* del derecho de autode-

<sup>45</sup> Posteriormente, la Corte reitera el carácter *erga omnes* de estos postulados: «En opinión de la Corte, estas normas incorporan obligaciones las cuales son esencialmente de un carácter de *erga omnes*» (CIJ 2004: párrafo 157).

terminación de los pueblos: «La Corte hizo claro que el derecho de autodeterminación de los pueblos es un derecho *erga omnes*» (CIJ, 2004: párrafo 88) y que Israel ha violado determinadas obligaciones *erga omnes*: «Las obligaciones *erga omnes* violadas por Israel son la obligación de respetar el derecho del pueblo Palestino a la autodeterminación y determinadas obligaciones bajo el Derecho Internacional Humanitario» (CIJ, 2004: párrafo 155).

Asimismo, en la sentencia sobre el caso «Actividades militares en el territorio del Congo» (3 de febrero de 2006), la Corte vuelve a reafirmar que «los principios subyacentes de la Convención [del Genocidio] son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, aún sin obligación convencional» y que una consecuencia de esa concepción es «el carácter universal tanto de la condena del genocidio y la cooperación requerida 'para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso' (Preámbulo de la Convención)». De esto se sigue que «los derechos y obligaciones amparados por la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*» (CIJ, 2006: párrafo 64)<sup>46</sup>.

A estos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia quiero agregar también los señalados por los tribunales y órganos de control de derechos humanos, así como los desarrollados por la propia Comisión de Derecho Internacional, quienes por su propia labor tienen que analizar en profundidad esta materia.

En el caso de los tribunales regionales de derechos humanos, destaca la Opinión Con-

<sup>46</sup> En la reciente sentencia sobre «La aplicación de la Convención de la prevención y sanción contra el delito de genocidio» (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro) de 26 de febrero de 2007, la Corte Internacional de Justicia reitera que la norma que prohíbe el genocidio fue sin duda una norma imperativa del Derecho Internacional (*ius cogens*) (CIJ 2007: párrafo 161).

sultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la «Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados», en donde: «Este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del 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 evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*» (Corte IDH, 2003: párrafo 101).

Respecto a los tribunales penales especiales, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia afirma que: «La expresa prohibición de la esclavitud en el Protocolo Adicional II de 1977, el cual comprende a los conflictos armados internos, confirma la conclusión que la esclavitud está prohibida por el derecho consuetudinario humanitario internacional más allá del contexto de un crimen contra la humanidad. La Sala considera que la prohibición de la esclavitud en situaciones de conflicto armado es inalienable, inderogable y un derecho fundamental, una de las normas del núcleo de la costumbre general y del derecho internacional convencional» (TPIY, 2002a: párrafo 353). De igual forma, el Tribunal Especial Independiente para Sierra Leona sostiene que: «La prohibición de la esclavitud es una norma consuetudinaria del derecho internacional y el establecimiento de esclavizar como un crimen contra la humani-

dad está firmemente consolidado. Así, la esclavitud con la finalidad del abuso sexual es una prohibición *ius cogens* de la misma manera como la esclavitud con la finalidad del trabajo físico» (TEISL, 2007: párrafo 705).

El Comité de Derechos Humanos al abordar el tema de las reservas al PIDCP, señaló que «las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y *a fortiori* cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías» (Comité DDHH, 1994: párrafo 8).

En el caso de la Comisión de Derecho Internacional, hay una serie de comentarios sobre las normas imperativas en sus diversos documentos de trabajo. He seleccionado dos temas abordados por la Comisión donde se concentran esos comentarios: la propia elaboración del proyecto de la Convención de Viena (1969) y el proyecto de la «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos» (2001)<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> También hay material muy valioso en los documentos de la CDI sobre el proyecto de las «Reservas a los tratados». Véase (CDI 2002: párrafos 59-100)

En cuanto a los trabajos preparatorios de la Convención de Viena (1969), los diferentes Relatores responsables del tema dentro de la CDI fueron elaborando distintas propuestas que terminaron materializándose en el proyecto presentado a la Conferencia de Estados. Merece atención el proyecto del Relator Waldock, en la que se propone expresamente como causa de nulidad por violación de una norma imperativa: el uso o amenaza de la fuerza en contravención de la Carta de las Naciones Unidas; cualquier acto u omisión calificado por el derecho internacional de delito internacional; o cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el derecho internacional (citado por Gómez Robledo, 1982: 40)<sup>48</sup>. Dicha propuesta fue suprimida dentro de las discusiones al interior de la CDI por considerar que era preferible no establecer un listado de casos de *ius cogens*<sup>49</sup>.

Respecto al proyecto de la «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos»<sup>50</sup>, se deben destacar especialmente los artículos 26 (Cumplimiento de normas imperativas)<sup>51</sup> y 40 (Aplicación del presente

capítulo a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general)<sup>52</sup>, en donde la CDI considera que la violación grave de las normas imperativas generan una responsabilidad de los Estados<sup>53</sup>. En sus Comentarios al artículo 26 del proyecto, la CDI señala que «los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena no sólo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como de derecho internacional general, vinculante como tal, sino que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto. Hasta la fecha, son relativamente pocas las normas imperativas reconocidas como tales. Sin embargo, diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a la validez de los tratados. Esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos

<sup>48</sup> Esta propuesta estaba recogida en el artículo 13 párrafo 2 del proyecto de WALDOCK.

<sup>49</sup> «Propuso también BRIGGS –y fue aceptado así desde entonces– la supresión total del párrafo 2 del artículo 13, estimando, y con razón, que era mejor no ejemplificar el *ius cogens* en casos concretos, no fuera a creerse que otros casos no listados allí no podrían ser igualmente, a despecho de dicha omisión, *iuris cogens*. WALDOCK, por lo demás, no había tenido la intención, ni con mucho, de presentar una lista exhaustiva, y debe reconocérsele el mérito de haber presentado la prohibición del uso o amenaza del empleo de la fuerza (artículo 2.4 de la Carta) como uno de los preceptos de *ius cogens* absolutamente indiscutibles, y así se le considera hasta el momento actual» (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 41).

<sup>50</sup> El proyecto fue aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en sus sesiones 2702<sup>a</sup> a 2709<sup>a</sup> celebradas del 6 a 9 de agosto de 2001, remitiéndolo a la Asamblea General de Naciones Unidas, que lo aprobó bajo la Resolución 56/82 (12 de diciembre de 2001), en la que toma nota de los artículos presentados por la CDI.

<sup>51</sup> El artículo 26 establece: «Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho

de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de Derecho Internacional general».

<sup>52</sup> El artículo 40 establece: «1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del Derecho Internacional general. 2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable».

<sup>53</sup> «Como parte de ese entendimiento, las referencias anteriores a violaciones graves de obligaciones debidas a la Comunidad Internacional en su conjunto y esenciales para la protección de sus intereses fundamentales, que en su mayoría se referían a la cuestión de la invocación tal como fue expresada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*, se sustituirían por la categoría de las normas imperativas. Era preferible utilizar esta categoría, ya que se refería al alcance de las obligaciones secundarias y no a su invocación. Otra ventaja del método era que el concepto de normas imperativas estaba ya bien establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados» (CDI 2001: párrafo 49).

contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación» (CDI, 2001: 216-217).

Igualmente, la CDI reitera que es inconveniente establecer ejemplos sobre las normas imperativas dentro del propio articulado del proyecto<sup>54</sup>. Por eso los ejemplos son planteados dentro de los comentarios a los artículos. Así, sobre el artículo 40 señala: «Se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa. Esto lo corroboran, por ejemplo, el comentario de la Comisión a lo que luego fue el artículo 53, las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de Viena, las exposiciones de ambas partes en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares* y la posición de la propia Corte en ese asunto. También parece haber un amplio acuerdo respecto de otros ejemplos citados en el comentario de la Comisión al artículo 53: por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio y la discriminación racial y el *apartheid*. Esas prácticas han sido prohibidas en tratados y convenciones internacionales que han gozado de amplia ratificación y que no admiten excepciones. En la Conferencia de Viena hubo acuerdo general entre los Gobiernos en cuanto al carácter imperativo de esas prohibiciones. En lo que se refiere al carácter imperativo de la prohibición del genocidio, está apoyado por diversas decisiones de tribunales nacionales e internacionales. Aunque no se menciona específicamente en el comentario de la Comisión al artículo 53 de la Convención de Viena, también parece ser aceptado generalmente el carácter impe-

rativo de ciertas otras normas. Esto se aplica a la prohibición de la tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 16 de diciembre de 1984. El carácter imperativo de esta prohibición ha sido confirmado por las decisiones de órganos internacionales y nacionales. Teniendo presente que la Corte Internacional ha definido como «inconculcables» las normas básicas de Derecho Internacional Humanitario aplicables en los conflictos armados, parecería estar justificado que se considerasen también imperativas. Por último, merece ser mencionada la obligación de respetar el derecho a la libre determinación. Como lo señaló la Corte Internacional en el asunto relativo a *Timor Oriental*, «el principio de libre determinación... es uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo, que da lugar a la obligación de la comunidad internacional en su conjunto de permitir y respetar su ejercicio» (CDI, 2001: 305-307).

Con todos estos pronunciamientos podemos establecer un listado de normas de *ius cogens*, que en algunos casos consagran principios del Derecho Internacional y en otros recogen derechos humanos: la prohibición del genocidio, el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de sus locales, la prohibición de los actos de agresión, uso o amenaza de la fuerza, la prohibición de la esclavitud, el principio de igualdad de las personas ante la ley, la prohibición de la discriminación, la privación abusiva de la libertad, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, los principios del Derecho Internacional Humanitario<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> «No es apropiado dar ejemplos de las normas imperativas a las que se hace referencia en el texto del propio artículo 40, como tampoco se hizo en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena. Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanar de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales» (CDI 2001: 305).

<sup>55</sup> También la doctrina se ha pronunciado sobre ejemplos de normas de *ius cogens* que en general coinciden con las mencionadas. Véase a manera de ejemplos: (ALEXIDZE 1981: 262-263); (CASSESE 1993: 77, 241); (GÓMEZ ROBLEDÓ 1982: 102, 155, 185); (MARIÑO 2005: 83-87); (MERON 2003: 418); (RAGAZZI 1997: 49-50); (VILLÁN DURÁN 2002: 100,111).

Merece destacarse que sólo un grupo de derechos humanos recogidos en los instrumentos internacionales se ubican en las normas de *ius cogens*. Por tanto, no se puede afirmar –en la actual etapa del Derecho Internacional– que todos los derechos humanos son recogidos en normas de *ius cogens*<sup>56</sup>. Por supuesto, esto no impide que conforme evolucione el Derecho Internacional se reconozca a la totalidad del listado de los derechos humanos dentro de esta categoría de la dogmática jurídica.

En resumen, las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional general son las normas imperativas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que siendo inderogables establecen la nulidad de las normas internacionales que están en contradicción con ellas. Quedando su identificación a la práctica de los Estados y a la jurisprudencia internacional.

#### 4. EL IUS COGENS LABORAL

En el listado de normas imperativas destacan para el ámbito laboral dos derechos humanos: la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación racial. Entendiendo que estos dos derechos humanos laborales están recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional.

Como se ha señalado, la prohibición de la esclavitud es identificada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* como una de las obligaciones *erga omnes*. Por lo que es indiscutible que se trata

<sup>56</sup> «Dudaríamos ciertamente en pretender la naturaleza imperativa del cuerpo entero de los derechos humanos y humanitarios de hoy íntegramente» (la traducción es mía) (SIMMA y ALSTON 1992: 103). Ver también (VILLÁN DURÁN 227-228). Aunque para el Instituto de Derecho Internacional en su resolución del Congreso de Santiago de Compostela en 1989, se sostiene que los derechos humanos en general gozan de ser obligaciones *erga omnes* (citado por RAGAZZI 1997: 141-142).

de un derecho humano recogido en una norma imperativa del Derecho Internacional<sup>57</sup>. El punto que merece analizarse es si la prohibición de la esclavitud incluye también la prohibición de la servidumbre, tomando en cuenta que ambas prohibiciones suelen ser consagradas conjuntamente en los instrumentos internacionales<sup>58</sup>.

En primer lugar, ambos conceptos de esclavitud y de servidumbre pueden ubicarse dentro de las más graves violaciones de la libertad de trabajo. Para la OIT la esclavitud y la servidumbre son dos modalidades del trabajo forzoso u obligatorio<sup>59</sup>. Sin embargo, existen diferencias entre ambas figuras jurídicas por la distinta formulación legal de las prohibiciones. Por un lado, la esclavitud y la servidumbre se refieren a los sujetos que sufren esa condición, mientras que las prohibiciones del trabajo forzoso se refieren al tipo de relación existente entre el trabajador y su

<sup>57</sup> Se ha interpretado que la sentencia *Barcelona Traction* de la CIJ al señalar la prohibición de la esclavitud se extiende también a la prohibición del comercio de esclavos (RAGAZZI 1997: 106). Criterio que fue asumido por el Relator Especial de la CDI en su Quinto Reporte.

<sup>58</sup> El artículo 4 de la DUDH; el artículo 8 párrafos 1 y 2 del PIDCP; el artículo 4.1 del CEDH; el artículo 6.1 de la CADH; el artículo 5 de la CAfDH. Al lado de estos instrumentos internacionales mencionados, específicamente se han elaborado tratados universales sobre la materia. La Convención sobre la Esclavitud (25 de septiembre de 1926), el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (2 de diciembre de 1949), el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud (23 de octubre de 1953) y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (7 de septiembre de 1956). Mención aparte es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998) que dentro de sus artículos ubica a la esclavitud y otros actos inhumanos de carácter similar como crímenes de lesa humanidad (artículo 7, 1, c y k).

<sup>59</sup> Tanto en el Informe Global de 2001 como en el de 2005 sobre el trabajo forzoso, se consideran a la esclavitud y la servidumbre por deudas como formas tradicionales del trabajo forzoso (OIT 2001: párrafo 1 y OIT 2005: párrafos 26 y 27).

empleador<sup>60</sup>. Por lo que no se podría extender la prohibición de la esclavitud a las demás modalidades prohibidas del trabajo forzoso u obligatorio. Posteriormente, se muestra que existe una tendencia a superar dicho límite.

En segundo lugar, el concepto de esclavitud lo encontramos en el artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud (1926) cuando señala: «La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos». Esto se complementa con el Estatuto de Roma (1998): «Por ‘esclavitud’ se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluidos el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños» (Artículo 7, 2, c). En el caso del concepto servidumbre lo podemos ubicar en la Convención suplementaria sobre la esclavitud (1956) bajo el artículo 1: «a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios. b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición». Al comparar ambos conceptos existe una raíz común que es la ausencia de libertad en la

persona que ejercita el trabajo. En ambos conceptos la persona se convierte en un objeto que está a disposición de un tercero, ya sea como el ejercicio de atributos del derecho de propiedad o como el estado en que se ejerce autoridad sobre él.

En mi opinión, podría interpretarse que la mención de la prohibición de la esclavitud señalada por la Corte Internacional de Justicia incluye también a la prohibición de la servidumbre, en razón que los instrumentos internacionales los equiparan conjuntamente dentro de sus textos y porque comparten una raíz común en sus definiciones. En conclusión, postularía que tanto la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la servidumbre se encuentran recogidas en una norma imperativa del Derecho Internacional general.

Un tema colindante, como se ha señalado, es la relación entre la prohibición de la esclavitud y la prohibición del trabajo forzoso, especialmente la pregunta de si son figuras jurídicas equiparables o si son sustancialmente diferentes. Esto es más relevante desde que la Comisión de Derecho Internacional se pronunció en sus comentarios a su proyecto de Código de Crímenes en contra de la paz y de la humanidad (1996). Conforme a su artículo 18: *Enslavement*<sup>61</sup> es un crimen de lesa humanidad<sup>62</sup> y «*Enslavement* significa el establecer o mantener sobre personas un estatus de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso contrario a las bien establecidas y ampliamente reconocidas normas del derecho internacional» (CIJ, 1996: 48). Siguiendo a la CDI podríamos entender que *enslave-*

<sup>60</sup> «Naturalmente, algunas manifestaciones de la esclavitud (por ejemplo, la servidumbre) a menudo se yuxtaponen con el trabajo forzoso, pero ellos deberían ser tomados separadamente debido a las diferencias esenciales en sus formulaciones legales de sus prohibiciones» (la traducción es mía) (DRZEWICKI 2001: 229). (Ver también OIT, 2005: párrafo 16).

<sup>61</sup> *Enslavement* ha sido traducido oficialmente al castellano como «esclavitud», aunque en sentido estricto no existe una traducción para dicha palabra en nuestro idioma. Más aún cuando existe el término en inglés *slavery* al que le correspondería dicha traducción. Salvo que entendamos que ambos términos son intercambiables, pero esto traería importantes consecuencias jurídicas.

<sup>62</sup> Posteriormente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional lo recogió en su artículo 8,1,c).

*ment* agrupa a las tres figuras jurídicas, aunque siendo distintas entre ellas. Con posterioridad al comentario de la Comisión, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia apoyándose en el referido comentario, considera: «[que las] formas contemporáneas de esclavitud forman parte de *enslavement* como un crimen en contra de la humanidad bajo el derecho consuetudinario internacional» (la cursiva es mía) (TPIY, 2002b: párrafo 117).

Si bien no existe un pronunciamiento judicial estableciendo que la prohibición del trabajo forzoso se encuentra recogido en una norma imperativa o de *ius cogens* del Derecho Internacional general, la evolución de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales apuntaría en esa dirección<sup>63</sup>.

Respecto a la prohibición de la discriminación, igualmente la Corte Internacional de Justicia lo señala como una de las obligaciones *erga omnes*, pero refiriéndose específicamente a la prohibición de la discriminación racial. Lo que fundamenta la prohibición de la discriminación es asegurar que las personas no sufran ningún tipo de humillación en su dignidad humana motivadas por diferencias o distingos peyorativos. Sin duda, la discriminación racial ha sido la modalidad que más se ha presentado en la civilización hasta extremos como el *apartheid*. Por eso, no es extraño que la CIJ se haya pronunciado precisamente sobre ella. Pero no debemos interpretar que las demás modalidades discriminatorias son excluidas del ámbito de las normas imperativas.

El pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respalda esta interpretación, al establecer el tribunal regional que la prohibición de la discriminación en

sus diferentes modalidades es recogida por las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional general. Así, señala que «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» (Corte IDH, 2003: párrafo 101).

Apoyándome en el pronunciamiento de la CIJ y de la Corte Interamericana se puede afirmar que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades se encuentra recogida en una norma imperativa del Derecho Internacional general.

Así, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre como la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituyen en la etapa actual del Derecho Internacional los dos derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas o de *ius cogens*. En otras palabras, son las dos prohibiciones que constituyen el *ius cogens* laboral.

## 5. CONCLUSIÓN

La inclusión de los derechos laborales en los instrumentos internacionales de los derechos humanos supuso colocar a este selecto grupo de derechos en la cúspide del ordenamiento internacional, con obligaciones vinculantes para los Estados y sometidos a procedimientos de control internacional.

Sin embargo, se plantearon críticas que resaltaban la amplitud del listado de derechos humanos laborales que provocaba su desvalorización normativa. Por ello, un sector de la doctrina jurídica ha venido planteando distintas fórmulas que recuperen la naturaleza básica de los derechos humanos seleccionando a un número reducido de ellos que por su importancia resultaría difícil cuestionarlos, denominando a estos listados como el «núcleo

<sup>63</sup> Véase las sentencias (TPIY 2001: párrafos 539-543), (TPIY 2002a: párrafos 349-360), (TPIY 2002b: párrafos 116-124), (TPIY 2003: 191-203) y (TEISL 2007: 739-749).

duro» de derechos laborales (*core labour rights*). No obstante, se presenta una gran disparidad sobre la identificación de los derechos que merecen ser seleccionados en el «núcleo duro», por lo que resulta difícil establecer cuál es el listado de los derechos laborales esenciales. Asimismo, estas propuestas no se apoyan sobre los instrumentos internacionales para ser formuladas, se tratan más bien de criterios como la protección satisfactoria de los trabajadores, la práctica internacional de algunos Estados o, las formas intolerables de explotación, que sirven como argumentos para definir la inclusión o exclusión de un derecho laboral dentro del núcleo duro. En mi opinión, mientras no se formule un núcleo duro asentado sobre la propia normativa internacional laboral, se deberían dejar de lado este tipo de propuestas. La protección del íntegro listado de derechos humanos laborales no puede estar condicionada por fórmulas ajenas al Derecho Internacional positivo.

En el caso de la OIT, la formulación de un núcleo duro de derechos se refiere exclusivamente al ámbito de sus normas internacionales del trabajo y no a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto es un distingo sustancial porque el organismo internacional define claramente que es dentro de su marco normativo donde se postula el núcleo duro. En su Declaración de 1998 la OIT señala que existen cuatro derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil; y, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

El primer argumento para justificarlo reside en que estos derechos recogidos en convenios internacionales fundamentales han recibido un número masivo de ratificaciones de sus Estados Miembros. Sin embargo, no se le puede considerar como un argumento sólido porque también existen otros convenios internacionales del trabajo que han recibido un significativo número de ratificaciones y no

forman parte de los derechos fundamentales en el trabajo. Además, el criterio del número de ratificaciones de un instrumento internacional no está vinculado necesariamente a la importancia de los derechos. El segundo argumento sostiene que los derechos fundamentales en el trabajo se encuentran recogidos como principios en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia. No obstante, ambos instrumentos internacionales recogen un mayor número de derechos laborales y no se reduce sólo a los cuatro establecidos en la Declaración de la OIT de 1998. El tercer argumento afirma que los cuatro derechos fundamentales en el trabajo son imprescindibles en cualquier ordenamiento jurídico y son derechos que van a facilitar (*enabling rights*) la consecución de los demás derechos laborales esenciales. En efecto, no cabe un ordenamiento jurídico que respete la dignidad en el trabajo si es que no incluye estos cuatro derechos. Sin embargo, los cuatro derechos no lo aseguran. Resultaría difícil sostener que el derecho a la seguridad y salud en el trabajo –directamente vinculado al derecho a la vida y a la integridad física y moral de la persona– pueda ser excluido dentro de un listado de derechos laborales imprescindibles en cualquier ordenamiento jurídico. Ni tampoco se puede asegurar que sobre la base de estos cuatro derechos fundamentales en el trabajo se pueden conseguir los otros derechos esenciales. El cuarto argumento sostiene que los derechos fundamentales en el trabajo son los necesarios para asegurar la libertad de autonomía de los trabajadores en el mercado laboral, afirmando que los «derechos procedimentales» hacen desaparecer los impedimentos que no permiten el libre desenvolvimiento de las negociaciones a nivel individual y colectiva que materializan los otros derechos esenciales. Detrás de este argumento se muestra un concepto restringido de la autonomía de las personas que no satisface las condiciones previas de su ejercicio, es decir que se encuentren aseguradas por medio de un derecho general la satisfacción de las necesidades básicas de la persona.

Con independencia de la debilidad o fortaleza de los argumentos, los derechos fundamentales en el trabajo son la formulación de un núcleo duro institucional de derechos laborales dentro de la OIT. Su objetivo es lograr la universalización de los ocho convenios fundamentales con la ratificación de todos sus Estados Miembros y asegurar su protección por medio de los procedimientos de control institucional. No obstante, el «núcleo duro» institucional termina ensombreciendo al resto de los derechos humanos laborales no considerados por la Declaración de la OIT. En el plano internacional, se viene interpretando que los cuatro derechos laborales de la Declaración son los esenciales para cualquier relación laboral, sin considerar el listado de derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Aunque esto se viene matizando desde el propio organismo internacional con su política institucional de alcanzar los cinco objetivos estratégicos donde incluyen la política de empleo, la seguridad social y las condiciones de trabajo. En todo caso, es el conjunto de los derechos humanos laborales los que aseguran la dignidad en el trabajo y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo.

En mi opinión, en vez de formular un «núcleo duro» de derechos humanos laborales resulta más importante para el Derecho Internacional del Trabajo resaltar la existencia de un *ius cogens* laboral. En ese listado de normas imperativas del Derecho Internacional general establecido por la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados, se ubican dos derechos humanos laborales: la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación. En el primer caso se puede extender a la prohibición de la servidumbre en razón de que los instrumentos internacionales de derechos humanos los equiparan y ambos conceptos —esclavitud y servidumbre— tienen una raíz común que es la ausencia de libertad en la persona que ejerce el trabajo. En el segundo caso, la Corte Interamericana ha sido clara en afirmar que

las diversas causas que provocan la discriminación se encuentran prohibidas por una norma de *ius cogens*. Así, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre como la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituyen en la etapa actual del Derecho Internacional los dos derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas o de *ius cogens*.

La importancia del *ius cogens* laboral reside en que cualquier tratado internacional o acto unilateral de los Estados sería nulo si está en conflicto con los derechos humanos laborales recogidos en las normas imperativas del Derecho Internacional general. Así, el *ius cogens* laboral gozaría de un carácter imperativo sobre los ordenamientos internacional y nacionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Mario E. 1994: *La OIT 75 años después. Otro contexto para los mismos principios*. En: *Revista Relasur*. Montevideo, Oficina Internacional del Trabajo, número 4.
- ALEXIDZE, Levan. 1981: *Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*. En: *Recueil des Cours* The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, tomo 172, n° 3.
- ALSTON, Philip. 2004: 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime. En: *European Journal of International Law*. Oxford, University Press, vol. 15, n° 3.
- 2005: *Facing up to the complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda*. En: *European Journal of International Law* Oxford, University Press, vol. 16, n° 3.
- BONET, Jordi. 1999: *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La Declaración de la OIT de 1998*. Bilbao, Universidad de Deusto.
- 2006: *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*. Barcelona, Editorial Atelier.

- BRETT, William. 2001: *Las normas fundamentales del trabajo: un terreno de juego parejo para todos los países*. En: *Los derechos fundamentales en el trabajo: situación actual y perspectivas*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Educación Obrera, número 122.
- BYERS, Michael. 1997: *Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*. En: *Nordic Journal of International Law*. The Hague, Kluwer Law International, n° 66.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia. 1996: *Normas laborales internacionales, Derecho social europeo y derechos fundamentales*. En: *Revista Relaciones Laborales* Madrid, La Ley – Actualidad, Tomo I.
- CASSESE, Antonio. 1993: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo* (1988). Barcelona, Editorial Ariel, 1ª. Reimpresión, trad. de Atilio Pentimalli y Blanca Rivera de Madariaga.
- CHARNOVITZ, Steve. 1988: *La influencia de las normas internacionales del trabajo en el sistema del comercio mundial: resumen histórico*. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, vol. 107, número 1.
- DRZEWICKI, Krzysztof. 2001: *The right to work and rights in work*. En: *Economic, Social and Cultural Rights* de Asbjorn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds). Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers.
- EDGREN, Gus. 1979: *Normas equitativas de trabajo y liberalización del intercambio*. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, vol. 98, número 3.
- ERMIDA URIARTE, Óscar. 2003: *Derechos laborales y comercio internacional*. En: *Globalización económica y relaciones laborales* de Wilfredo Sanguinetti y Agustín García Laso (Editores). Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.
- GAJA, Giorgio. 1981: *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. En: *Recueil des Cours* The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, tomo 172, n° 3.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. 1982: *El Ius Cogens Internacional*. México DF, Universidad Autónoma de México.
- HABERMAS, Jürgen. 1998: *Facticidad y validez* (1993). Madrid, Editorial Trotta, 4ª. Edición revisada, trad. de Manuel Jiménez Redondo.
- HAYEK, Friedrich A. 1985: *Derecho, Legislación y Libertad* (3 Vols.) (1979). Madrid, Unión Editorial, 2ª. Edición, trad. de Luis Reig Albiol.
- JAVILLIER, Jean-Claude. 1994: *Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del Trabajo*. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, vol. 113, número 4.
- 2001: *Razón de ser de los derechos y principios fundamentales y dinámica de las normas internacionales del trabajo*. En: *Los derechos fundamentales en el trabajo: situación actual y perspectivas*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Educación Obrera, número 122.
- JENKS, C. Wilfred. 1963: *Law, freedom and Welfare*, London, Stevens & Sons.
- KELLERSON, Hilary. 1998: *La Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales. Un reto para el futuro*. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, vol. 117, número 2.
- LANGILLE, Brian A. 2005: *Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)*. En: *European Journal of International Law* Oxford, University Press, vol. 16, n° 3.
- LEARY, Virginia A. 1996: *The Paradox of Worker's Rights as Human Rights*. En: *Human rights, Labor rights, and International Trade* de Lance A. Comp y Stephen F. Diamond (Editores). Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- 2001: *Labor rights and trade. The International Labor Organization*. En: *International Trade and Human Rights foundations and conceptual issues* Berne, The World Trade Forum 2001 (August 12-14).
- LI HAOPEI. 2001: *Jus Cogens and International Law*. En: *International Law in the Post-cold War World* de Sienho Yee y Wang Tieya (Eds.) London, Routledge.
- MARIÑO, Fernando M. 2005: *Derecho Internacional Público (Parte General)*. Madrid, Editorial Trotta, 4ª. Edición revisada.

- MARKS, Stephen P. 1984: *Principios y normas de derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia: subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados*. En: *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos* de Karel Vasak (Editor General). París, Serbal/UNESCO, vol. 1.
- MAUPAIN, Francis. 2005: *Revitalization Not Retreat: The Real Potencial of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights*. En: *European Journal of International Law* Oxford, University Press, vol. 16, n° 3.
- MERON, Theodore. 1986: *Human Rights Law-Making in the United Nations*. Oxford, Clarendon Press.
- 2003: *International Law in the age of Human Rights*. En: *Recueil des Cours*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 301.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. 2002: *Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales*. Madrid, Editorial Tecnos, 8ª Edición, reimpresión.
- PLÁ, Amrrico. 1994: *Los Derechos Humanos y la O.I.T.* En: *Revista Derecho Laboral*. Montevideo, tomo XXXVII, n° 173-174.
- RAGAZZI, Mauricio. 1997: *The Concept of International Obligations Erga Omnes*. Oxford, Clarendon Press.
- RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, Miguel. 2000: *Intervención pública y dimensión internacional de las relaciones laborales: lo viejo y lo nuevo*. En: *Intervención pública en las relaciones laborales* de Antonio Galán García (Coordinador). Madrid, Editorial Tecnos, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- SIMMA, Bruno. 1994: *From Bilateralism to Community Interest in International Law*. En: *Recueil des Cours*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, tomo 250, n° 6.
- SIMMA, Bruno y ALSTON, Philip. 1996: *The sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and general Principles*. En: *Human Rights Law* de Philip Alston (Ed.). Aldershot, Dartmouth.
- SWEPESTON, Lee. 1999: *La OIT y los derechos humanos: del Tratado de Versalles a la nueva Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. En: *Revista Relaciones Laborales*. Madrid, La Ley-Actualidad, tomo I.
- TOMUSCHAT, Christian. 1993: *Obligations arising for States without or against their will*. En: *Recueil des Cours*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, tomo 241, n° 4.
- TREBILCOLCK, Anne. 2002: *La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*. En: *Las Normas Internacionales del Trabajo. Un enfoque global*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- VALTICOS, Nicolás. 1969: *La Organización Internacional del Trabajo: Cincuenta años de actividades normativas*. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, vol. 80, número 3.
- 1977: *Derecho Internacional del Trabajo*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., trad. María José Triviño.
- VILLÁN DURÁN, Carlos. 2002: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, Editorial Trotta.
- VON POTOBOSKY, Geraldo. 1995: *La normativa laboral frente a la reestructuración, el desarrollo y la globalización de la economía*. En: *Revista Relasur*, Montevideo, OIT, n° 6.

## Documentos e Informes

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI). 2001: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/56/10)*. Ginebra, Naciones Unidas
- 2002: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/57/10)*. Ginebra, Naciones Unidas.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU (Comité DDHH). 1994: *Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto* (Observación General n° 24). Ginebra, Naciones Unidas.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 1961: *Medidas que deben tomarse en relación con la resolución sobre discriminación adoptada*

- por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 44ª. Reunión (Documento GB.148/9/8). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- 1964: *El costo de la mano de obra como factor del comercio internacional*. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, vol. 69 (enero-junio).
  - 1968: *La OIT y los Derechos Humanos* (Memoria del Director General). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
  - 1977a: *Cuarto Informe de la Comisión de Programa, Presupuesto y Administración* (Documento GB.202/10/31). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
  - 1977b: *Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo* (Documento GB.203/PFA/5/17). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo
  - 1979: *Informe final del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo*. En: *Boletín Oficial* vol. LXII, serie A. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
  - 1984: *Las Normas Internacionales del Trabajo* (Memoria del Director General). Ginebra, Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo.
  - 1987: *Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo*. En: *Boletín Oficial* vol. LXX, serie A. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
  - 1994: *Actas de la LXXXI de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
  - 1995: *Fortalecimiento del sistema de control de normas de la OIT* (Documento GB.264/6). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
  - 1996: *Fortalecimiento del sistema de control de la OIT* (Documento GB.267/LILS/5 y Corr). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
  - 1997: *Curso que ha de darse a la discusión de la Memoria del Director General en la 85ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo* (Documento GB.270/3/1). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
  - 2001: *Alto al trabajo forzoso*. (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
  - 2005: *Una alianza global contra el trabajo forzoso* (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

### Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). 2003: Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la «Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados» (17 de septiembre de 2003). San José, Secretaria de la Corte, serie A, n° 18.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). 1949: Caso «Canal de Corfú» (Reino Unido vs. Albania). La Haya, sentencia de 9 de abril de 1949.

– 1950: Caso «Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania». La Haya, Opinión Consultiva de 30 de marzo de 1950.

– 1951: Caso «Reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio». La Haya, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951.

– 1966: Caso «África Sudoccidental» (Etiopía y Liberia vs. Sudáfrica). La Haya, sentencia de 18 de julio de 1966.

– 1970: Caso «Barcelona Traction» (Bélgica vs. España). La Haya, sentencia de 5 de febrero de 1970.

– 1971: Caso «Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad». La Haya, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971.

– 1980: Caso «Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán» (Estados Unidos vs. Irán). La Haya, sentencia de 24 de mayo de 1980.

- 1986: Caso «Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua *vs.* Estados Unidos). La Haya, sentencia de 27 de junio de 1986.
  - 1995: Caso «Timor Oriental». La Haya, sentencia de 30 de junio de 1995.
  - 1996: Caso «Legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares». La Haya, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996.
  - 2004: Caso «Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado». La Haya, Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004.
  - 2006: Caso «Actividades militares en el territorio del Congo» (Jurisdicción de la Corte y admisibilidad de la aplicación). La Haya, sentencia de 3 de febrero de 2006.
  - 2007: Caso «Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio» (Bosnia y Herzegovina *vs.* Serbia y Montenegro). La Haya, sentencia de 26 de febrero de 2007.
- TRIBUNAL ESPECIAL INDEPENDIENTE PARA SIERRA LEONA (TEISL). 2007: Caso «Brima, Kamara y Kanu». La Haya, sentencia de 20 de junio de 2007.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA (TPIY). 1998: Caso «Furundzija». La Haya, sentencia de 10 de diciembre de 1998.
- 2001: Caso «Kunarac». La Haya, sentencia de la Primera Sala de 22 de febrero de 2001.
  - 2002a: Caso «Krnojelac». La Haya, sentencia de la Segunda Sala del 5 de marzo de 2002.
  - 2002b: Caso «Kunarac». La Haya, sentencia de la Cámara de Apelaciones de 12 de junio de 2002.
  - 2003: Caso «Krnojelac». La Haya, sentencia de la Cámara de Apelaciones de 17 de septiembre de 2003.

**RESUMEN** Los derechos laborales han sido recogidos en los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos dando forma a una categoría jurídica en el Derecho Internacional: los derechos humanos laborales. Son derechos que reconocen como titular universal a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo. Sin embargo, la amplitud de su listado genera críticas sobre su verosimilitud normativa y las dificultades para que los Estados puedan cumplir cabalmente con sus obligaciones internacionales. Por ello, cierto sector de la doctrina postula la formulación de un «núcleo duro» de derechos laborales (*core labour rights*) que recupere la naturaleza básica de los derechos humanos. De igual modo, la OIT con los cuatro «derechos fundamentales en el trabajo» plantea un núcleo duro institucional. Detrás de la formulación de un «núcleo duro» subyace un cuestionamiento a los demás derechos humanos laborales que no lo componen, por lo que la fundamentación que defina la inclusión o exclusión de un derecho dentro del núcleo debe apoyarse en buenos argumentos jurídicos y contar con el respaldo del ordenamiento internacional. Al revisar las distintas propuestas de «núcleos duros» se revela la disparidad en la identificación de los derechos y sin sustentarse en el ordenamiento internacional, lo que le resta solidez jurídica. En vez de formular un «núcleo duro» resulta más importante resaltar la existencia del *ius cogens* laboral. Se trata de aquellos derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas o de *ius cogens* del Derecho Internacional general que gozan de un carácter imperativo sobre los ordenamientos internacional y nacionales, con lo que cualquier tratado internacional o acto unilateral de los Estados sería nulo si entra en conflicto con ellos. En el actual estado de la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados, se ha considerado que el *ius cogens* laboral se encuentra conformado por dos derechos humanos laborales: la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre y la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral.