

Consecuencias de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales

Hugo Barretto Ghione

Profesor Adscrito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y la Universidad Católica del Uruguay.

Resumen

El presente artículo aborda el estudio de la Declaración Sociolaboral (DSL) del MERCOSUR desde una perspectiva que todavía no había sido explorada. En efecto, la aprobación del instrumento había motivado la preocupación de los sectores académicos sobre la aplicabilidad y recepción constitucional de los derechos consagrados y su consiguiente autoejecutabilidad, pero se agrega ahora la incidencia que podrá tener la acción que despliegue la Comisión Sociolaboral, organismo tripartito de seguimiento, en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos jurídicos nacionales. Por otra parte, se realiza un análisis de la DSL desde "lo que no dice", o sea, los aspectos laborales que no pudieron acordarse e incluirse en la norma. Finalmente, se destaca la conceptualización del derecho no meramente como texto normativo, sino como acción humana, lo que presta un fundamento más a la actuación de la Comisión Sociolaboral.

Palabras clave: Integración Regional, MERCOSUR, Derecho Laboral.

Consequences of the Mercosur Social-Labor Declaration in the Interpretation and Application of Labor Norms in National Ordinances

Abstract

This article studies the MERCOSUR Social-Labor Declaration from a perspective that has not yet been explored. The approval of the instrument motivated worry on the part of academic sectors as to the constitutional applicability and reception of the rights involved and its subsequent placement in practice, but now we add the incidence that could be affected by the initiation of the Social-Labor Commission, the three-party organism of follow-up, in the interpretation and application of labor norms in national judicial legal ordinances. On the other hand, following the worry as to the critical thesis of law, an analysis was made of the Declaration from the point of view of what was not expressed,

the labor aspects which could not be agreed on and included in the norm. Finally we point out the concept of law not only as a legal text, but as human action, which offers one more foundation for the functioning of the Social-Labor Commission.

Key words: Regional Integration, MERCOSUR, Labor Rights.

Recibido: 23-06-02 . Aceptado: 04-10-02

I. Introducción

1. Una de las enseñanzas del derecho del trabajo radica en que la política económica y social de nuestros días no puede concebirse ni aplicarse sin asociar a ella las organizaciones representativas de los empleadores y trabajadores (Givry: 299). Ese parece ser el camino que insinúa transitar el MERCOSUR, en tanto si bien el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto no avanzaron sobre los aspectos socio-laborales, ahora, cuando decide encarar la cuestión laboral, lo hace mediante la aprobación de un instrumento suscrito por las máximas autoridades de los Estados Parte que contiene tanto una Declaración de derechos como la implementación de una Comisión de seguimiento.

En el presente artículo se abordarán las posibles respuestas jurídicas que puedan producirse, no sólo a partir de su aprobación, sino fundamentalmente como consecuencia del desarrollo de las tareas de la Comisión Sociolaboral en su interrelación con los ordenamientos jurídicos y las prácticas nacionales. No se encarará la recepción de la Declaración Sociolaboral en el derecho interno a través de los dispositivos constitucionales vigentes, aspecto suficientemente profundizado desde la perspectiva de los países miembros del bloque en una obra reciente¹, y que por otra parte ha merecido, en general, respuestas positivas en cuanto a la aplicabilidad judicial directa.

II. Notas definitorias y análisis del texto

2. La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (en adelante, DSL) comporta una declaración de derechos fundamentales de carácter social vinculados al trabajo, en su dimensión individual y colectiva. Fue suscrita por los presidentes de los Estados Parte del proceso de integración regional, recogiendo así un acuerdo tripartito alcanzado en el Sub grupo de trabajo Nº 10 de "Relaciones laborales, empleo y seguridad social", órgano consultivo del ejecutivo del MERCOSUR (Grupo Mercado Común).

3. Se ha señalado que el mecanismo empleado en la DSL acude a un tipo de declaración referido al reconocimiento de reglas de derecho del tipo de inspiración legislativa, de

regulación directa, a diferencia de aquellas técnicas alternativas o complementarias de tipo mercantil en boga en la actualidad, como lo son las cláusulas sociales, los códigos de conducta, el etiquetado o la certificación y los fondos socialmente responsables. G. Lyon – Caen (1999) ha llamado a estos instrumentos afincados en el terreno mercantil, como la “búsqueda del antídoto en el veneno”.

Vinculado con estas técnicas de tipo mercantil deben incluirse aquellas iniciativas de “responsabilidad social de la empresa”, practicada por ciertos grupos multinacionales y que comprenden prácticas de códigos de conducta, programas de etiquetado social e iniciativas de los inversores (Diller).

En este sentido, el partido tomado por la DSL, de regulación directa, es radicalmente superior desde el punto de vista jurídico al mecanismo de las cláusulas sociales, si bien puede representar una menor eficacia práctica. Pero para despejar dudas, esta práctica de mixturar la DSL con la corriente mercantil de negocios está expresamente prohibida en el propio documento².

4. En cuanto a la tipología de las normas contenidas en la DSL, pueden clasificarse según el siguiente criterio:

II.a) Normas sobre derechos sociales laborales fundamentales (en su dimensión individual y colectiva).

Se incluyen:

- no discriminación (art. 1º)
- promoción de la igualdad (art. 2º)
- igualdad de trato y oportunidades (art. 3º)
- derechos de migrantes y fronterizos (art. 4º)
- eliminación del trabajo forzoso (art. 5º)
- abolición del trabajo infantil (art. 6.2)
- formación profesional (art. 16º)
- ambiente de trabajo sano y seguro (art. 17º)

- protección en condiciones y ambiente de trabajo (art. 18º)
- seguridad social (art. 19º)
- libertad de asociación (art. 8º)
- libertad sindical (art. 9º)
- negociación colectiva (art. 10º)
- huelga (art. 11º)

5. Llama la atención lo prescripto en el art. 9º de la DSL, referido al derecho patronal de "organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa". La disposición comporta un cuerpo extraño en una declaración de derechos sociales.

La doctrina laboralista tradicional ha precisado que el poder de dirección del empresario se fundamenta en el derecho de propiedad de los medios de producción. Este dato económico y social fundante de la relación de trabajo y explicativo de la hiposuficiencia de una de las partes, queda muchas veces fuera del ámbito del derecho del trabajo: la propiedad y el carácter de sujetos de la relación de trabajo vienen "dados" desde fuera de la esfera laboral propiamente dicha. Se trata de una cuestión que permanece casi ajena al derecho del trabajo y se sitúa mas próxima al derecho de propiedad; el trabajador entra como tal en el escenario jurídico recién cuando ya concluyó el "acuerdo" y ello porque como dice Jeammaud (1987) "el derecho del trabajo conoce solamente sujetos en el papel de empleadores, e ignora oficialmente las razones de su presencia. Solamente pone en escena sujetos que se unen en una operación abstracta: el contrato de trabajo".

El derecho del trabajo recepta y regula este dato social del trabajo por cuenta ajena; el encuadramiento jurídico de tipo legal protege al hiposuficiente pero asegura, a la vez, el sostenimiento y legitimación de la relación económica subyacente (Jeammaud, 1980).

Del conjunto de poderes del empresario (Javillier, 1982), compuesto por el poder de contratar, de dirigir el trabajo, aplicar el régimen sancionatorio, extinguir la relación de trabajo, etc, se recoge en la DSL justamente el de "dirigir económica y técnicamente la empresa", o sea, que en un instrumento de derechos humanos reconocidos internacionalmente se agrega (sin mudar su naturaleza) un derecho de raigambre patrimonial.

Dirigir económica y técnicamente la empresa comporta un derecho sobre una cosa

puesta en el "comercio de los hombres" (la empresa), que es intercambiable con otros individuos y que la mayoría de las veces no es directamente ejecutable por el empleador. La dirección económica y técnica de la empresa no es otra cosa que una mera facultad que se delega por lo general a personal jerárquico pero subalterno, vinculado a la cotidianeidad del trabajo, o que tiene alguna especificidad técnica desconocida por el propio empleador. No posee, por tanto, una naturaleza de derecho fundamental equiparable o asimilable al resto del elenco comprendido en la DSL.

Nótese, por otra parte, que el tenor semántico de la disposición no recoge el derecho a convertirse en propietario, que sí es considerado por el constitucionalismo como derecho en su parte dogmática, sino que se trata de un derecho a disponer, a dirigir una cosa o entidad de su propiedad.

6. Al respecto, Ferrajoli (1999) ha dicho que los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos, y en cambio los derechos patrimoniales (como el de la propiedad privada de los medios de producción, y su corolario, en el caso, el derecho a dirigir la empresa) son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables. Tanto, que como se dijo pueden ser delegables sin mayores dificultades, hasta mediante una simple orden verbal. Esta realidad se comprende acabadamente si se atiende a su expresión social, en tanto el poder de dirección – como todo poder - debe considerarse "no como un fenómeno de dominación masiva y homogénea de un individuo sobre los otros, de un grupo sobre los otros, de una clase sobre las otras; sino (...) que el poder, si no se lo contempla desde demasiado lejos, no es algo dividido entre los que lo poseen, los que lo determinan exclusivamente y los que no lo tienen y lo soportan. El poder tiene que ser analizado como algo que circula, o mas bien, como algo que no funciona sino en cadena. No está nunca localizado aquí o allí, no está nunca en manos de algunos, no es un atributo como la riqueza o un bien (...) en otros términos, el poder transita transversalmente, no está quieto en los individuos" (Foucault, 1992: 143).

La maleabilidad del poder de dirección de la empresa, y su extrema transferibilidad y circularidad, hace que deba relativizarse la naturaleza, alcance y entidad de la disposición comentada.

7. La confluencia de los aspectos jurídicos y sociales anotada, permite concluir que este derecho/poder de dirigir la empresa, no comporta en la DSL el reconocimiento del derecho de propiedad al estilo del constitucionalismo liberal, sino que se trata de una facultad que posee el empleador respecto de una cosa (la empresa); una especie de

“desmembramiento” del derecho de propiedad, esencialmente delegable por acto que en lo laboral no reviste ningún tipo de solemnidad.

El poder del empleador (y el conjunto de poderes que se presentan en la relación de trabajo) “circulan” en el ámbito de la empresa; los derechos fundamentales en su dimensión social, en cambio, tienen una naturaleza esencialmente diversa en tanto resultan inalienables, “personalísimos” y propios de la cultura jurídica emergente de los sucesos políticos y sociales del siglo XX.

8. En el terreno de lo valorativo, debe verse este artículo 7º a contrapelo de ciertos enfoques actuales de las relaciones de trabajo. En efecto, el involucramiento del trabajador con la suerte de la empresa puede verse afectado por este reforzamiento de la ajenidad que significa en definitiva el subrayar el poder de dirección del empresario. La pretendida autonomía del trabajador en los modernos sistemas de gestión no tiene cauce jurídico adecuado en la disposición comentada, en tanto se orienta en una dirección patrimonialista y fuertemente privatista, en desmedro de las tendencias participativas referidas. En definitiva, la norma luce desde este punto de vista, como anacrónica y disvaliosa.

II.b) Normas que prescriben deberes a los Estados con diverso grado de intensidad

9. Como quedó dicho, en la parte dogmática o sustancial la DSL reconoce una serie de derechos fundamentales de las personas que trabajan, así como una serie de deberes para los Estados Parte.

La carga semántica empleada en el conjunto de disposiciones es diversa, y puede establecerse una graduación de las obligaciones asumidas por los Estados Parte, que deberá ser objeto de seguimiento y evaluación en las memorias anuales que se sometan a la Comisión Sociolaboral.

Así, la DSL indica a los Estados en nueve oportunidades que deben “garantizar” ciertos derechos; en cuatro casos habla de “adoptar medidas” y de “instituir mecanismos” y en tres refiere a “realizar acciones”. Por último, en dos ocasiones emplea términos como “fomentar” y “asegurar”³. El empleo de un arsenal semántico tan riguroso y de carácter tan decididamente obligacional no se compadece con una tesis que postule el carácter meramente declarativo y promocional de la DSL. Ermida Uriarte ha señalado, por otra parte, que el término mismo de “declaración” admite la lectura de tratarse de un instrumento de máxima jerarquía cuando se trata de derechos humanos fundamentales.

En síntesis, puede decirse que desde el punto de vista del lenguaje utilizado, se trata de un instrumento altamente prescriptivo para quienes lo suscribieron, que son por otra parte las máximas autoridades que pueden actuar en representación de los Estados.

10. Por otra parte, la índole de los derechos recogidos por la DSL, fruto del acuerdo trabajosamente obtenido en el sub grupo de trabajo n° 10 (fuente material del instrumento) bien pueden considerarse “costumbre instantánea”, que constituye fuente de derecho en el ámbito internacional: Gros Espiell (1999) indica que una resolución adoptada por unanimidad o con gran mayoría cristaliza instantáneamente una costumbre, amén de aquellas consideraciones que postulan que los derechos humanos son materia por excelencia del jus cogens⁴.

11. En concreto, pueden clasificarse las obligaciones asumidas por los Estados de acuerdo a la siguiente graduación:

b.1) derechos que los Estados se obligan a “fomentar”. Se incluyen en este ámbito, por ejemplo, aquellos referidos a la creación de empleo (art. 14°) y el diálogo social (art. 13°);

b.2) normas que prescriben la obligación de “propiciar y desarrollar” mecanismos o procedimientos preventivos y de autocomposición de conflictos (art. 12°);

b.3) derechos que los Estados se “comprometen a garantizar”, “adoptar” o “formular”. Buena parte de los derechos individuales y colectivos tienen esta formulación en la DSL. Se incluyen el derecho a la igualdad de trato y oportunidad (art. 3°), la circulación de trabajadores (art. 4°), eliminación del trabajo forzoso (art. 5°), trabajo infantil y de menores (art. 6°), libertad de asociación (art. 8°), información de los mercados laborales (art. 16°.4), la promoción de la articulación entre formación profesional y empleo (art. 16°.3), políticas y programas de salud y seguridad (art. 17°), seguridad social (art. 19ª), etc;

b.4) por último, los Estados se comprometen a “instituir” una serie de instrumentos de política social, tales como mecanismos de protección contra el desempleo (art. 15°), servicios y programas de formación y orientación profesional (art. 16°) y servicios de inspección de trabajo (art. 18°).

III. La declaración sociolaboral en acción: consecuencias en la interpretación y aplicación de las normas laborales en el ordenamiento interno

12. Los artículos 20º y siguientes desarrollan lo que puede llamarse la DSL en acción, o mas bien la visión diacrónica de la norma. Se trata del compromiso definitivo de los Estados Parte a “respetar los derechos fundamentales inscritos en esta Declaración y a promover su aplicación de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales y las convenciones y los acuerdos colectivos”. En los artículos 20º a 22º se desarrollan los cometidos de la Comisión Sociolaboral, órgano tripartito de carácter “promocional y no sancionatorio”, con el objetivo de “fomentar y acompañar” la aplicación de la DSL.

El artículo 20º es rico en intertextualidades y referencias. A su análisis se dedicarán los próximos literales.

III.a) Comprensión/interpretación/aplicación de las normas laborales

13. La labor de seguimiento y promoción de la DSL debe hacerse a través de la actividad de la Comisión Sociolaboral. El organismo operará en la comprensión e interpretación de los ordenamientos jurídicos nacionales mediante el estudio, evaluación e inevitable comparación de las normas puestas en su conocimiento a través de las memorias de los gobiernos y las eventuales observaciones que pudieran efectuar los actores sociales.

La práctica que pueda desarrollar esta comisión, su incidencia en las relaciones y prácticas laborales y las transformaciones que pueda desplegar, están lejos todavía de avizorarse.

Puede decirse, no obstante, que las primeras experiencias de trabajo de la Comisión, muestran un especial cuidado puesto en el estudio comparativo de las memorias y una morosa negociación de las recomendaciones a efectuar al Grupo Mercado Común (GMC), dejando así poco espacio a quienes puedan sostener la naturaleza meramente declarativa del instrumento. Antes bien, la trabajosa negociación previa es signo inequívoco de la importancia jurídica que revisten no solamente las recomendaciones del organismo, sino la propia actividad de análisis y comparación de las legislaciones nacionales⁵.

14. Por otra parte, la reciente “aprobación en términos generales y particulares” del documento sobre “mecanismos de seguimiento de las resoluciones y otros actos del Grupo Mercado Común”⁶, supone que la Comisión Sociolaboral entenderá en aspectos que tienen que ver no sólo con el contenido normativo de la DSL. Dice en concreto el documento de seguimiento, acordado en forma tripartita: “la Comisión Sociolaboral tiene facultades suficientes para establecer las medidas conducentes al desarrollo de los derechos contenidos en la Declaración, en especial aquellos que garantizan la implementación de las resoluciones y demás actos del GMC respecto de asuntos elevados por la Comisión (...)

el hecho que el GMC se manifieste de distintas maneras implica que la Comisión Sociolaboral no debe restringirse al seguimiento de las resoluciones –que constituyen fuentes de derecho del MERCOSUR – mas abarcar también los demás actos de aquel órgano relacionados con los derechos y compromisos inscriptos en la Declaración⁷.

15. Este sugestivo “derecho en acción” que desarrolla la Comisión Sociolaboral, tiene como objeto el estudio y evaluación del derecho vivo de los países, en tanto debe operar, para ser efectivo, sobre las prácticas, interpretación y aplicación de las normas. Y reparar en el sentido de las normas es una tarea de fina apreciación jurídica: el sentido de la norma depende, en definitiva, de la interpretación que de la misma se haga; al mudar de interpretación se cambia el sentido, y ello significa, en definitiva, que se modifica la norma (sin que cambie, paradójicamente, el texto en sí mismo).

16. La Comisión Sociolaboral al examinar y analizar el cumplimiento de la DSL (art. 20° literales d. y e.) tendrá por objeto de valoración al derecho y su forma de aplicación en el orden interno.

El alcance de su tarea no se agota en el análisis del texto legal, sino debe detenerse en la “aplicación y cumplimiento” o sea, en la interpretación que se haga a nivel nacional de las normas jurídicas relacionadas con las prescripciones contenidas en la DSL. Esta hermenéutica contiene una dialéctica de comprensión/interpretación/aplicación de las normas, conformando una dinámica con un potencial altamente transformador de las prácticas jurídicas nacionales, dado que las mismas se encuentran expuestas a ser objeto de observaciones de un organismo regional y eventualmente de decisiones del órgano ejecutivo del MERCOSUR.

17. La aplicación y el cumplimiento de la DSL determina la comparación del modelo normativo ideal con el ordenamiento jurídico interno, comprendiendo por tal las prácticas judiciales de los Estados Parte.

La interrelación permite, por ejemplo, que los pronunciamientos judiciales puedan formar parte de las memorias sometidas a la Comisión Sociolaboral. A la vez, los propios jueces pueden disponer que algunas prácticas en rigor en las relaciones de trabajo sean informadas y llegar a conocimiento de la Comisión, vía la remisión de las sentencias a los Ministerios de Trabajo o a las mismas secciones nacionales de la Comisión Sociolaboral⁸.

18. La interpretación judicial, por tanto, no debería quedar al margen del estudio de la Comisión Sociolaboral. Dicen Alchourrn y Bulygin (1983:17-20) que los jueces (y por extensión, agregamos nosotros, los operadores jurídicos en general) muchas veces

“modifican las normas, sobre todo cuando su aplicación llevaría a resultados manifiestamente injustos o indeseables, por ejemplo, por haber cambiado las circunstancias económicas, políticas o sociales. Pero lo hacen en forma encubierta, tratando de ocultar este hecho, diciendo que se trata sólo de otra interpretación de la misma norma. Así amparándose en el hecho de que el texto de la ley permanece invariable, pretenden disimular el cambio de la norma”.

Concluyen los autores que “pretender que la norma sea el texto, es decir, un conjunto de signos lingüísticos, sin tener en cuenta su sentido, es pueril. Sin embargo, muchos juristas creen de buena fe que las mismas normas pueden –sin perder identidad– ser interpretadas de distintas maneras en diferentes ocasiones”⁹.

Las normas cambian de acuerdo al sentido que se les asigna históricamente; el texto, sin embargo, permanece igual a sí mismo.

Ello explica adecuadamente cómo el derecho laboral uruguayo se ha flexibilizado sin que haya operado una ley general modificatoria como ocurrió en otros ordenamientos (entre ellos, el argentino). El sentido de las normas, interpretadas en clave flexibilizadora, ha comportado un cambio fundamental en muchos aspectos de las relaciones laborales en el Uruguay. Alguna doctrina ha advertido este proceso (Mantero De San Vicente, 1997).

Abordar la aplicación y cumplimiento de la DSL significará, en definitiva, atender al curso de las interpretaciones de las normas, constitutivas de la evolución del derecho del trabajo, y por ello las “corrientes jurisprudenciales” podrán ser objeto de análisis de la Comisión Sociolaboral.

19. Por último, si los derechos reconocidos en la DSL tienen antecedentes en otras normas surgidas en tratados internacionales ratificados por los Estados Parte, según se dice en el propio exordio, al recogerse en este instrumento se refuerza su validez y efectividad. Su fuente en este caso no es otra que el reconocimiento social de su validez como “derecho”¹⁰ de acuerdo a la práctica y la aplicación de que es objeto en el ámbito regional, y por extensión inevitable, en el ordenamiento nacional.

Por otra parte, en caso que las recomendaciones sean recogidas por resoluciones del GMC, al actuar en el marco de sus competencias, las mismas constituyen en definitiva la “red normativa” de que habla Ermida Uriarte¹¹: en última instancia las recomendaciones del GMC integran el elenco de fuentes formales del derecho en el MERCOSUR y con ello hasta los espíritus mas apegados al formalismo jurídico, al “mito básico de la perfecta certidumbre”, como decía Frank¹², estarán contestes.

III.b) La plena eficacia jurídica de la DSL, un imperativo de la coherencia del sistema jurídico

20. Conviene detenerse, además, en el enunciado del artículo 20º, dado que a nuestro juicio es posible a partir de su texto desarrollar algunas consideraciones sobre la eficacia directa de la DSL en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En concreto, la dinámica que despliegue la DSL pondrá sin duda en evidencia una especie de “esquizofrenia jurídica” en quienes sostengan su ineficacia jurídica. Las hipótesis restrictivas en admitir la eficacia directa de la DSL deben admitir, no obstante:

- a) la existencia de un órgano permanente del MERCOSUR, como lo es la Comisión Sociolaboral, con amplia legitimación social y enorme potencialidad autónoma (ya se vio su proyección en materia de seguimiento de sus recomendaciones y “otros actos” del Grupo Mercado Común);
- b) la posibilidad de que dicho órgano sea fuente material de normas jurídicas bajo la forma de recomendaciones al Grupo Mercado Común;
- c) la incidencia en las prácticas nacionales a través de los análisis de las normas y su aplicación, de las interpretaciones de las mismas y de su valoración en tanto puedan ser coherentes con los derechos consagrados en la misma DSL.

21. Si la Comisión Sociolaboral tiene esta competencia de observar “desde lo alto” el cumplimiento de los derechos fundamentales consagrados en la DSL, ¿como podrá decirse que esos mismos derechos no son efectivos a nivel microsocial sin caer en una irrenunciable contradicción en el sistema jurídico? ¿La DSL y la Comisión Sociolaboral pueden observar a un Estado Parte por el incumplimiento de un derecho en ella reconocido y el Estado puede aducir, en otro plano, que no es posible oponer esos derechos en lo nacional porque no están vigentes en su sistema jurídico particular?

No se compadece la competencia asignada a la Comisión si se sostiene la ineficacia jurídica en lo nacional de las normas de la DSL.

IV. Un abordaje de la declaración desde lo que no dice

IV.a) El derecho revela en su ignorar

22. Revisitar el elenco de derechos reconocidos en la DSL comporta también advertir el grado de evolución de las relaciones laborales regionales y las fuerzas que despliegan los

actores sociales regionales para negociar las condiciones y el marco del espacio social del MERCOSUR.

En este sentido, la teoría crítica del derecho ha advertido sobre que el derecho habla también por lo que no dice (Tedeschi, 2001), revelando en su ignorar; "los blancos, los silencios, las contradicciones, son signos desplazados del problema que, a través de tales huellas, revelan su propia condición problemática", dice Ruiz (1991:149).

Es conocido en derecho del trabajo este tipo de espacios donde se expresa el poder social de los actores (en particular, el de los empleadores), en tanto cuando el derecho nada dice sobre los términos de una relación jurídica, cuando no la regula, pero no obstante le adjudica un carácter jurídico, lo que hace es tomar partido por el más fuerte. Se trata de una especie de no/regulación originaria.

23. En concordancia, una serie de derechos fundamentales de los trabajadores han quedado sin lugar en la DSL, por no haberse obtenido un acuerdo en el seno del sub grupo de trabajo N° 10.

Se denotan algunos derechos que quedaron sin consagración, espacio que en lo regional debe ser "integrado" con otras normas de carácter internacional que permitan la construcción¹³ de la dimensión social del MERCOSUR. En este sentido, la insuficiencia de la DSL reclama que desde el Sub Grupo N° 10 de Relaciones laborales, empleo y seguridad social se continúe con los trabajos tendientes a la aprobación en común de una serie de Convenios internacionales del trabajo que constituyan un piso mínimo protector de los trabajadores de la región.

Se entiende pertinente la inclusión, en una futura revisión de la DSL, de derechos tales como:

- la regulación del tiempo de trabajo (pausas intermedias, diarias, semanales, anuales);
- el salario mínimo;
- la terminación de la relación de trabajo (causales y procedimientos).

Por último, teniendo en cuenta la tesis de la "disponibilidad colectiva" de los derechos individuales en la relación de trabajo, corresponde preguntarse si la extensión de los derechos colectivos en la DSL no responde en definitiva (también) a ese enfoque

facilitador de ciertos mecanismos de flexibilidad laboral.

IV. b) Una regulación de la relación individual de trabajo “desde fuera”

24. En todo caso, la falta de una regulación explícita de las condiciones de trabajo sustanciales que vienen de enumerarse, hace que parezca en definitiva mas importante la regulación que se hace de la relación individual de trabajo “desde fuera” de la misma.

El partido que toma la DSL puede apreciarse con mayor exactitud si se repara:

a) en que fija fundamentalmente un marco que permite ajustar las condiciones en que se presta el trabajo, a través de la negociación colectiva, la libertad sindical, el diálogo social, la promoción y desarrollo de los procedimientos preventivos y autocomposición de conflictos, y la huelga;

b) en que, por otra parte, al regular aspectos de la relación individual de trabajo, se apoya en una serie de instrumentos que tienen que ver con el “punto de partida”, como lo es la implementación de políticas activas de empleo, la eliminación del trabajo forzoso, la abolición del trabajo infantil, la ayuda al trabajador migrante, etc.;

c) luego de fijar los puntos de partida, la DSL hace un “salto a dos pies” en relación al estatuto protector tradicional del derecho del trabajo (descansos, salario, estabilidad, etc) y se dirige directamente a la red de contención significada por la seguridad social, la protección de los desempleados y la inspección del trabajo;

25. En síntesis, del conjunto de derechos y obligaciones de la relación individual de trabajo, la DSL sólo encara la formación profesional como un derecho, lo cual debe verse como un aporte definitivo en la región, y el “derecho a ejercer sus actividades en un ambiente de trabajo sano y seguro” (art. 17º). Esta limitación ha merecido fuertes críticas de la doctrina laboralista. En particular, Mansuetti¹⁴ ha dicho que el contenido de la declaración es demasiado elemental y, en la mayoría de los casos, se encuentra por debajo de los niveles mínimos de protección que comparativamente han reconocido en sus derechos internos cada uno de los Estados miembros.

V. Consideraciones Finales

26. Hay que reparar, ante todo, en la naturaleza de la DSL. Además de enmarcarse en

un proceso de integración regional que padece de debilidades evidentes en lo institucional, y además de comportar uno de los productos normativos del MERCOSUR, es un instrumento de carácter laboral, y esa peculiaridad de su origen se proyecta en consecuencias jurídicas inocultables.

Es sabido que en lo laboral, los ordenamientos jurídicos son complejos y las normas que regulan las relaciones de trabajo tienen, desde siempre, diversa procedencia en cuanto a las fuentes de la cuales dimanen. Es cotidiano en la disciplina la recurrencia a normas jurídicas provenientes de ordenamientos diversos, que complementan y se yuxtaponen al propio. Bobbio (1997:154) señala que “la complejidad de un ordenamiento jurídico proviene del hecho de que la necesidad que tiene cualquier sociedad de regular las conductas es tan grande que no hay ningún poder (u órgano) capaz de satisfacerlas por sí mismo”. Para dar solución a esta exigencia, dice el autor, el poder supremo recurre generalmente a “la recepción de normas ya formuladas, producto de ordenamientos diversos y precedentes”.

27. En este sentido, puede decirse que la DSL, como producto de un consenso social en que participaron los actores sociales reconocidos en su legitimidad y representación, constituye una fuente autónoma de derechos.

28. Por otra parte, su redacción denuncia el “pedigree o linaje” de las normas, al decir de Dworkin. Cuando el autor refuta las tesis más radicalmente formalistas, expresa que la distinción entre reglas y principios permite la recepción de los derechos fundamentales como “derecho” a ser considerado e invocado en los tribunales y sobre los cuales los jueces no tienen posibilidad alguna de apartamiento.

29. En última instancia, además, el derecho es acción humana¹⁵. Una concepción extendida entre los profesionales y los jueces postula que existe una rígida separación entre moral y derecho. El operador jurídico debería abstraerse de toda valoración y juzgar o analizar los fenómenos jurídicos desde el tópico exclusivamente normativo.

Para una concepción formalista, el derecho es la norma jurídica y nada más que eso: la experiencia jurídica se agota en el texto de la ley y su aplicación lineal y rígida, tal la visión empobrecedora trasuntada que se atribuye (erróneamente) a Kelsen¹⁶.

30. La DSL es antes que nada un instrumento de alto valor jurídico y ético, un compendio de normas y principios acordados por las representaciones sociales y gubernamentales del MERCOSUR y recogidas por las máximas autoridades de los Estados. Las normas y principios contenidos son de insoslayable aplicación por los operadores

jurídicos, fundamentalmente los jueces. Aún en la racionalidad de quienes se sitúan en una postura formalista, que reducen las decisiones judiciales a simples silogismos o se parapetan en objeciones piedeletristas, conviene recordar:

- a) Que los textos jurídicos siempre adolecen o exhiben una indeterminación semántica (vaguedad o ambigüedad) que habilita inexorablemente a que el decisor pueda adoptar mas de una decisión válida dentro del sistema; y
- b) que la calificación de los hechos es mas indeterminada aún, porque son resultado de un proceso de interpretación calificante (Sarlo).

Por ello, y sin pretender profundizar en temas de raigambre filosófico-jurídicas, es dable advertir en derecho social (quizá mas que en otras disciplinas) que el derecho es conducta¹⁷, acción humana, o mas bien, un sistema una de cuyas salidas es, justamente la conducta transformadora (Capón Filas, 1998)

31. El hacer, la conducta, no está así desvinculada de la problemática jurídica: la interpretación de los textos y la lucha simbólica en pos de significados valiosos para la persona, es una de las tareas fundamentales del jurista. La DSL supone así no solo la posibilidad de su aplicación directa en los ordenamientos jurídicos nacionales, sino que el desarrollo de las tareas de la Comisión Sociolaboral constituye una oportunidad de operar en la interpretación y aplicación que de las normas jurídicas haga la administración del trabajo y los tribunales laborales en la esfera nacional. En concreto, los pronunciamientos de la inspección del trabajo y las tendencias jurisprudenciales, por ejemplo, serán objeto de análisis y examen de la Comisión Sociolaboral, en tanto deberá comparar esos datos con el modelo ideal normativo de la DSL en oportunidad del tratamiento de las memorias de los gobiernos y las observaciones de las organizaciones de empleadores y trabajadores. El trabajo de valorar el derecho tal como se lo interpreta y aplica comportará una tarea de alto potencial transformador.

1 Se trata de los trabajos recogidos en el volumen Eficacia Jurídica de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, producto de la Reunión Técnica Internacional de especialistas en Derecho Laboral. Bs.Ad AADTSS y OIT. 2002. A su vez, Hugo Roberto MANSUETI también llega a la conclusión de la "vigencia plena y operativa de la DSL" agregando argumentos derivados del derecho internacional público, como los "acuerdos ejecutivos" y la necesidad de que los acuerdos internacionales deben ser cumplidos, respetando la "regla fundacional del derecho internacional público: pacta sunt servanda". En "la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR. Su importancia jurídica y práctica". En revista Derecho Laboral T.XLV N° 206 Pag. 332-333.

- 2 Dice en concreto el artículo 25° de la DSL; "Los Estados Parte subrayan que esta Declaración y su mecanismo de seguimiento no podrán invocarse ni utilizarse para otros fines que no estén en ellos previstos, vedada, en particular, su aplicación a cuestiones comerciales, económicas y financieras".
- 3 En el resto de los casos, figura con una mención los términos "reconocer", "promover", "eliminar", "propiciar" y "desarrollar", "poner en práctica", "facilitar el acceso", "formular", "aplicar", "actualizar" y "coordinar".
- 4 René - Jean DUPUY, representante de EL Vaticano en la Conferencia de Viena sobre Derechos de los Tratados, propuso en esa oportunidad que se adoptara como denominador común del jus cogens el principio de la supremacía de los derechos humanos, agregando: "¿Por qué no interpretar el artículo 53 (de la Convención de Viena) como si se refiriese esencialmente a los derechos humanos?". Citado por Antonio GÓMEZ ROBLEDO en El Jus Cogens Internacional (estudio histórico crítico). UNAM. 1982, Pág. 203
- 5 Hasta el momento de escribir este artículo solo se había aprobado por el GMC una resolución sobre Formación Profesional, que lleva el número 59/01. Quedaron sin resolución, otras dos recomendaciones de la Comisión Sociolaboral, referidas a "políticas activas de empleo" y "acciones relacionadas con el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres".
- 6 MERCOSUR/GMC/Comisión Sociolaboral del MERCOSUR/Acta 1-2002. IX Reunión de la Comisión Sociolaboral del MERCOSUR
- 7 Traducción por el autor del documento oficial presentado por la delegación brasileña.
- 8 Así ha operado, por ejemplo, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la República Argentina.
- 9 Y agregan: "puede ser perfectamente razonable adaptar las normas a nuevas circunstancias de la vida, pero es ingenuo creer que porque no se ha cambiado el texto de la ley, las normas siguen siendo las mismas. Las condiciones de identidad de una norma están dadas por al identidad del sentido y no la de su formulación lingüística. Si los jueces atribuyen otro sentido a las mismas palabras, estamos en presencia de otra norma".
- 10 Las razones últimas de aplicación del derecho o la definición misma de derecho, o el fundamento de validez de las normas jurídicas descansan en la tesis positivista de Hart, en la existencia de una práctica social de reconocimiento". NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del dercho. Astrea. 2 ed. Bs.As. 1996
- 11 ERMIDA URIARTE, Oscar. "La construcción de una red normativa laboral del MERCOSUR" inédito.
- 12 Lo que FRANK subraya es que mucho de la incertidumbre en el derecho no es infortunado accidente sino un inmenso valor social, en tanto el derecho sólo puede producir compromisos temporarios y relativos entre estabilidad y el ajuste indispensable a los factores de la vida social constantemente cambiantes. Citado por

enrique MARI en "La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegetica y su nexa con el proceso codificadorio de la modernidad" en el vol. Materiales para una teoría... cit. Pág.233

13. Gerardo CORRES ha postulado que la dimensión social del MERCOSUR, a diferencia de la experiencia europea, no se hace a partir de una concepción normativa. sino que mediante una "etapa previa a la norma": la eficacia no se resume en la norma, sino en la práctica social y en le aprendizaje. La norma, dice el autor, se construye sobre la base del consenso; o sea, es la realidad y el diálogo social los que proveen de eficacia al instrumento. El consenso tripartito es el modelo del MERCOSUR: "para ello, el desarrollo de su Pacto Social, de construcción paulatina y sólida, conforme a sus particularidades, aparece como una nueva forma de relacionarse entre los estados, y de buscar el fortaleciemitno conjunto, necesario para enfrentar las consecuencias disvaliosas de la globalización económica". En "la razón de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR y su fundamento en el constructivismo" en revista Pistas en el sitio www.mundodeltrabajo.org.ar

14 Mansueti, Hugo Roberto, Ob. cit, p.324, nota 1

15. Las consideraciones que siguen se toman de la ponencia "Significados de emergencia social: el problema y su superación (notas sobre las palabras y la acción social)" presentada por el autor en el IX Congreso del Equipo Federal del Trabajo. Bs. As. agosto de 2002.

16 Oscar SARLO ha sostenido recientemente que esta no es la postura de Kelsen . Dice el profesor uruguayo que Kelsen diferenciaba entre le conocimiento científico del derecho, que deja de lado las preferencias morales, y las decisiones judiciales, que son por naturaleza imprevisibles lógicamente por la índole imprecisa y abierta de sus premisas que no permite la deducción estricta en conclusiones. "La sentencia judicial no será producto del silogismo, sino que será lisa y llanamente una decisión, que, como tal, estará teñida de valoraciones y preferencias, que resultan inasibles para la ciencia. Cuando el decisor se encuentra ante el marco de posibilidades de cual hablaba Kelsen, no cabe otra cosa que preferir una de esas posibilidades y ello solo puede hacerse a base de valoraciones. El autor se desentendía así del razonamiento judicial, por entender que escapaba a los criterios científicos. En "Inmunidad ministerial, interpretación constitucional y argumentación racional" Estado de Derecho. Julio 2001, Pág. 6-7

17 COSSIO, Carlos. Radiografía de la teoría ecológica del derecho. Despalma. Bs.As. 1987. Dice el autor: "Jamás el legislador crea "el " derecho, ni puede crearlo; que puede solo modificarlo, es decir, que solo puede crear la modificación forzosamente parcial, del derecho, pues haga el legislador lo que hiciere , siempre encuentra, ya, funcionando un derecho dado con la anterioridad en la experiencia. Y esto es así aunque le legislador no pasa de la modificación de aquel dato, ni de allí puede pasar ; no esta en sus posibilidades comenzar sobre un vacío jurídico. Este derecho que preexiste siempre a toda modificación que en él introdujere un legislador, está, con todo, en alguna parte y es forzoso que en alguna parte esté. Está en la conducta de la gente y es obvio que solo allí puede estarlo. Pero la única plena necesidad que hay para que el derecho esté en la conducta, es que el mismo sea esa conducta" . Pág. 150-151.

Bibliografía

1. ALCHOURRON, Carlos. BULYGIN, Eugenio. "Definiciones y normas". En: **El lenguaje del derecho**. Homenaje a Genaro R. Carrió. VV.AA. Abeledo-Perrot. Bs.As. 1983. p.17-20.
2. BARRETTO GHIONE, Hugo. "Significados de emergencia social: el problema y su superación (notas sobre las palabras y la acción social)" Ponencia inédita, presentada. En: **IX Congreso del Equipo Federal del Trabajo**. Bs.As. agosto de 2002.
3. BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho**. Temis. Bogotá. 1997. 154 p.
4. CAPON FILAS, Rodolfo. **Derecho del Trabajo**. Platense. 1998.
5. CORRES, Gerardo. "La razón de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR y su fundamento en el constructivismo". En: **Revista Pistas**, en el sitio <http://www.mundodeltrabajo.org.ar>
6. COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Depalma. Bs.As. 1987.
7. DILLER, Janelle. "¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores". En: **Revista Internacional del Trabajo**. 111 p.
8. ERMIDA URIARTE, Oscar. "La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR y su eficacia jurídica". En **Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR**. OIT. 2001.
9. ERMIDA URIARTE, Oscar. "**La construcción de una red normativa laboral del MERCOSUR**" inédito.
10. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del mas débil. Trotta. Madrid. 1999.
11. FOUCOULT, Michel. **Microfísica del poder**. De la Piqueta. Madrid. 1992.
12. GIVRY, Jean. "Posibles enseñanzas del derecho del trabajo para las relaciones económicas internacionales". En: **Revista Internacional del Trabajo**, vol. 93.

núm. 3/76. 299 p.

13. GOMEZ ROBLEDOS, Antonio. **El Jus Cogens Internacional (estudio histórico crítico)**. UNAM. 1982.
14. GROS ESPIELL, Héctor. "Naturaleza jurídica y carácter de fuentes de derecho internacional de la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos". En: **Derechos Humanos. UCUDAL/AMF**. 1999 p.41.
15. JAVILLIER, Jean – Claude. **Derecho del Trabajo**. IELSS. Madrid. 1982. 246 p.
16. JEAMMAUD, Antoine. Propostas para uma compreensão materialista do direito do trabalho. Col. **Seminarios** N° 8. Río de Janeiro. 1987 p.18.
17. JEAMMAUD, Antoine. «Les fonctions du droit du travail» En: el vol. **Le droit capitaliste du travail**. VV.AA. presses universitaires de Grenoble. 1980 p. 175.
18. LYON – CAEN, Gerard. "Globalización y derechos sociales". En: **Revista Contextos**. N° 3 Bs.As. 1999. 79 p.
19. MANSUETI, Hugo Roberto. "La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR. Su importancia jurídica y práctica". En: **Revista Derecho Laboral**. T. XLV N° 206.
20. MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. "El principio protectorio frente a las nuevas modalidades de contratación laboral y otras formas de flexibilización del Derecho del Trabajo en Argentina y Uruguay". **Ponencia presentada en las Jornadas uruguayas-santafesinas**. Junio de 1997. Libro de ponencias. 489 p.
21. MARIN, Enrique. "La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexa con el procedo codificadorio de la modernidad". En: **Materiales para una teoría crítica del derecho**. Abeledo – Perrot. 1991.
22. NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. Astrea. 2 ed. Bs.As. 1996.
23. RUIZ, Alicia "Aspectos ideológicos del discurso jurídico". En: **Materiales para una teoría crítica del derecho**. VV.AA. Abeledo – Perrot. Bs. As. 1991. 149 p.
24. SARLO, Oscar. **"Inmunidad ministerial, interpretación constitucional y**

argumentación racional” Estado de Derecho. Julio 2001. p. 6-7.

25. TEDESCHI, Sebastián Ernesto. “El Waterloo del Código Civil Napoleónico. Una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales”. En: **Desde otra mirada**. Textos de Teoría Crítica del Derecho. Christian Courtis (comp.). Eudeba. Bs.As. 2001. p. 179.