

privado económico). Este último puede permanecer conformando un derecho del trabajo en estricto sentido, en tanto que la actividad de los sindicatos y la función de las convenciones colectivas ha de corresponder al nuevo derecho económico, pues en tanto relaciones de trabajo forman parte de las relaciones económicas de cambio. «El derecho económico comprenderá el conjunto de las estructuras de organización de cambios y relaciones de trabajo. Es jerárquicamente superior al derecho privado y al derecho del trabajo, derechos de relaciones contractuales individuales».

La vieja dicotomía entre derecho público y derecho privado no se ha de repetir entre derecho social y derecho económico; pero si pretende efectuar una disección, que ha de privar al derecho social de una parte fundamentalísima del derecho del trabajo: todo el derecho colectivo del trabajo, la acción de los sindicatos, la concertación de los contratos colectivos y, obviamente, la fuerza de la huelga. En consecuencia, el derecho del trabajo habría de salir del derecho social para regresar al derecho privado, como un derecho de meras relaciones contractuales individuales de trabajo.

No es tan sencillo dar marcha atrás a la historia. El derecho económico es como el derecho del trabajo, un derecho heterodoxo que altera las estructuras establecidas; que abre nuevos caminos, indispensables, en la transformación del orden jurídico; que está en constante evolución y formación; que inclusive nos demuestra que el derecho del trabajo no puede concebirse exclusivamente como un estatuto protector de los trabajadores en las empresas, sino que es un derecho que requiere superar el aspecto micro-económico para regir en la macro-economía, pues de otra manera su operación pierde fuerza y puede caer, de nueva cuenta, en la concepción instrumentalista del derecho. La acción macro-económica del derecho del trabajo se justifica plenamente por la necesidad de garantizar los valores alcanzados por el propio derecho del trabajo con algo más que declaraciones imperativas. La necesidad del derecho económico es inobjetable en tanto organiza y coordina la acción económica dentro del orden jurídico; sin embargo, la preeminencia del factor trabajo, de las clases sociales proletarizadas, y en última instancia del hombre, otorgan preeminencia y especificidad a la acción del derecho del trabajo sobre el derecho económico, no importa el modelo económico y el sistema político que imponga la sociedad industrial.

SOBRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y SUS FUENTES

por el Académico
DR. HECTOR-HUGO BARBAGELATA

I

El drama de los juristas de hoy y de manera particular el de los *iuslaboralistas*, no se resume enteramente en lo que hasta mediados del siglo, con amargura, con esperanza, con angustia, con perplejidad, pero sobre todo con incertidumbre, se concretaba en la fórmula —más bien vaga—, de *crisis del derecho*. Sus coordenadas del presente, parece más claramente dadas, por un lado por la *insatisfacción* respecto de las realidades del hoy —tanto como las del ayer— y, por otro, en la convicción, más o menos disimulada, de la insuficiencia de casi todas las explicaciones puramente jurídicas para superar las tareas de *ilegitimidad* y de *inanidad* del derecho positivo.

Cuanto se desea transmitir en esta comunicación, se inscribe dentro de tales coordenadas y, por ello, al tiempo que pretende reflejar —sin vanas pretensiones—, algunas ideas respecto de cuestiones sobre las que el autor se ha formulado insistentes preguntas, exterioriza el estado de espíritu con que encara ciertas realidades del presente. Los eminentes colegas, sabrán comprender la sincera súplica que encierran estas frases introductorias y aceptar el anticipado agradecimiento por la ayuda que se preste a través de ulteriores diálogos, en que franca y legalmente se señalen las flaquezas del razonamiento, tanto como los asentimientos o conformidades.

II

1. La cuestión de la *insatisfacción* por los logros del derecho del trabajo se puede examinar en sus dos planos principales: el del derecho internacional y el del derecho interno.

No me detendré en ella, no obstante su interés, pues significa

embarcarse en una visión panorámica y comparativa, que no me siento con fuerzas y capacidad de emprender.

En todo caso en lo internacional no escapa a la percepción de nadie la lentitud de los progresos que en los últimos años se han alcanzado a través de la obra de la benemérita Organización Internacional del Trabajo, tanto como lo poco que se ha adelantado a nivel de acuerdos regionales en nuestra área. El olvido total de la cuestión laboral por parte de ALALC, puede ser tomado, a este propósito, como representativo.

2. En lo que dice a los derechos internos de buena parte de los países representados en este evento, una revisión de las monografías contenidas en los dos volúmenes que por inspiración del maestro De la Cueva editó el pasado año la Universidad de México, bajo el título de: «El derecho latinoamericano del trabajo», permite aseverar que en la mayoría de ellos, sin perjuicio de destacarse logros importantes y elevados niveles técnicos, planea la convicción de que se están requiriendo importantes revisiones o actualizaciones.

3. Por lo que se ha aclarado, no se intentará, pues, un inventario de las carencias o las insuficiencias de la legislación laboral en ambos planos (internacional o nacional). Sin embargo, para ilustrar el subtema con alguna mención, baste pensar en la débil protección que se ofrece a los créditos laborales en las situaciones límites, o los muy escasos avances o aún retrocesos, en los sistemas de estabilidad del empleo, o la insuficiencia del derecho positivo para responder a problemas que surgen en nuevas relaciones laborales.

Con todo, las mayores preocupaciones resultan, no tanto de la convicción de lo que falta, cuanto de esa especie de cambio de inspiración del proceso legislativo que sacrifica la protección del trabajo en aras de las exigencias económicas. O sea, de lo que da en llamarse la orientación hacia el desarrollo económico, que —como se sabe— bajo seductoras apariencias científicas, se limita a cargar en el indeterminado rubro de «costo social», —se trate de «riesgos calculados» o no—, la pesada carga que, caído el disfraz de las cifras, les toca sobrelevar a hombres concretos, por los escasos aciertos y los muchos fracasos de lo modelos en que son forzados a participar.

4. En este sentido, la angustia del jurista es también la angustia del hombre corriente frente a la transposición de la ciencia económica, de una disciplina que se aplica a la elaboración sobre procedimientos y realizaciones y que es, por tanto, sustancialmente apta para prevenir —como se ha dicho en coloquio internacional reciente—, contra el simplismo de las soluciones aparentes o químéricas, en una especie de sensorio central que protestando neutralidad, aspira a reacondicionar la sociedad con propósitos no siem-

pre claros y que, aunque se postula como más acá de lo axiológico, funda en ese mismo predicado, su propio sistema de valores.

Quiero decir, desde luego, lo que todos saben sobre los riesgos de la civilización tecnocrática y, por eso mismo inevitablemente burocrática, pero también aludir a la automutilación que el *Derecho Social* admite al aceptar integrarse como una categoría subordinada del *Derecho Económico*.

5. En relación con este primer grupo de cuestiones pues, la responsabilidad de los juristas, de los *iuslaboralistas* en particular y también de los políticos, ante este cuadro de preocupaciones y de angustias sobre el destino de un derecho que se constituyó para asegurar protección a los seres humanos en cuanto individuos y en cuanto grupos que persiguen dignificar la condición de sus miembros, me parece que deriva hacia reclamar enfáticamente que toda intromisión en el ámbito tradicional de la protección del derecho del trabajo, se haga no sólo en función del interés de los trabajadores, sino que se exijan claras y perentorias demostraciones de la eficiencia de las medidas que entren en colisión con la protección *iuslaboralista*.

Dicho en otros términos, llámese *bienestar social*, llámese *desarrollo*, llámese *puesta en valor de los recursos de la comunidad*, llámese como se quiera, es necesario que detrás de esa fachada esté efectivamente la preocupación para que este hombre de hoy y ahora no sea enajenado aún más, postergado aún más, sometido aún más, para el hipotético beneficio de categorías abstractas o históricas. Y, asimismo, que cuando se hagan planes o se diseñen modelos, o se introduzcan tentativamente cambios, ello sea sobre bases científicamente responsables y demostrables y no simplemente adornadas con una jerga pretenciosa y vacía. Es decir, que a los mismos que repudiaron enfáticamente las *corazonadas de buen corazón* en que toda la acción intervencionista y desde luego la legislación laboral y de previsión estuvo comprometida, es justo que se les replique que no pueden sustituirlas por *intuiciones de corazón duro*, por modelos traspuestos sin contar con el falseamiento de los *espejos deformantes*, o por construcciones o juegos que parten de datos falsos y que son tanto más descaminadas cuanto más ciegos se vuelven por soberbia sus propulsores.

6. Como resumen introductorio, me permito sostener que el jurista al que se le diga, por ejemplo, que las normas que garantizan los salarios mínimos, o la duración de la jornada o la negociación colectiva, descabalan los programas de lucha contra el flagelo inflacionista, u obstaculizan el crecimiento de la tasa del PNB, tienen la obligación de contestar que, antes de aceptar el desacuerdo, aún mínimo, de las garantías jurídicas de tales institutos, debe quedar bien claro cuánto, y quién beneficiará del proceso que se inicia y cómo o de qué manera puede demostrarse científicamente —con todo el aparato técnico exigible—, que la conservación de los beneficios laborales es causa o factor determinante en

la inflación, u obstáculo para el desarrollo. Y, por los mismos medios, qué seguridades se dan de que los nuevos modelos tengan éxito o lo tengan más allá de las apariencias de una contabilidad cuantitativa de difícil formulación y de dudoso contenido social.

III

7. El problema de las *taras* del derecho positivo y fundamentalmente las cuestiones que versan sobre la *ilegitimidad* y la *inanidad*, son aún más complejas y conflictivas.

Por *tara de ilegitimidad* entiendo en primera aproximación la que afecta al derecho positivo elaborado al margen o colidiendo con las condiciones formales para su producción que, sin embargo, es recibido y aceptado como si fuera legítimo, bajo un determinado cuadro de hechos.

Por *tara de inanidad*, la que arrastra el derecho positivo reconocido como tal —estudiado y hasta elogiado como tal—, pero que, a vista y paciencia de todos (incluso en algunos casos de las autoridades internacionales), no se aplica, ni nadie espera razonablemente que se aplique.

8. Es obvio que tales *taras* no son presentadas en esta comunicación como un descubrimiento. La *tara de inanidad*, en especial, como en este magno foro nadie puede ignorarlo, fue padecimiento o enfermedad (y todos lo supieron y muchos lo deploraron), de las meritísimas y precursoras leyes de Indias.

Aclaro también que no pretendo negar aquí el valor paradigmático, ni la significación moral, ni los beneficios prácticos que en última instancia pueden tener los que corrientemente se llaman «progresos manuscritos». Al fin de cuentas y en el peor de los casos, siempre habrá que preferir el riesgo de una legislación ineficaz, o de meros «progresos manuscritos», a la certidumbre de ningún progreso, ni siquiera en las ideas, que es lo que propone la otra opción.

9. Por ello, de lo que aquí se tratará fundamentalmente es de la relación entre una y otra y de las posibles consecuencias que revelen sus contradicciones y puedan servir de punto de partida para el discurso posterior.

Advierto, entonces, la inconsecuencia de quienes aceptan simultáneamente y complacientemente ambas tareas, o sea, que le atribuyen categoría de *derecho positivo* al *ilegítimo*, sólo porque es aplicable, o su aplicación cuenta con el respaldo del poder (legítimo, quasi-legítimo en el sentido que le da G. Ferrero, o redondamente ilegítimo), y no se la quitan al derecho que no se aplica porque ese mismo poder (de la clase que sea), no puede o no quiere aplicarlo.

10. En un grado mayor de profundidad, la *tara de ilegitimidad*, puede ser entendida aún en los casos en que se dan los supuestos

de *legitimidad aparente* y todos mis colegas saben el empeño con que los juristas alemanes —prolongando por otra parte la doctrina de la *Rechtskraft*—, se han abocado a replantear este asunto al término de la amarga experiencia del régimen nazi. También se sabe de los importantes progresos del derecho constitucional alemán e italiano en el plano de las medidas preventivas y las cláusulas de seguridad frente a los riesgos de esta índole.

Sin embargo, salvo en las zonas de las infracciones al *derecho de gentes* o en algunas del *derecho penal*, donde fue posible implementar una doctrina sobre los límites de la obediencia debida y conceptos análogos, no parece que de los procesos de Nüremberg y conexo se haya alcanzado a fundar una concepción genérica del asunto de la *legitimidad* (en relación con los legisladores, los magistrados o los individuos) de suficiente universalidad. Tal vez, sólo la doctrina y las prácticas griegas signifiquen una importante y casi solitaria excepción a considerar en un futuro próximo, entre países en que, como suele decirse, se dan las condiciones de *comparabilidad* y no hay conflicto con los *elementos determinantes*.

11. El caso extremo de la *ilegitimidad sustancial* en la experiencia de la Alemania Nacional-Socialista y el de la *ilegitimidad pura y simple* en la experiencia reciente de Grecia, sirven con todo —a mi parecer—, llevados hasta sus consecuencias necesarias, para encarar un enfoque distinto de la cuestión del derecho positivo.

Este enfoque conducirá, pienso, no sólo a superar, como ya lo postulan muchos autores, el criterio de la *eventualidad de la coerción*, cual nota característica del derecho, sino que autorizará a considerar la noción misma de *legitimidad* del poder sancionador, que por la vía de construcciones muy simples o muy sofisticadas puede perder todo su contenido.

12. Si se regresa ahora a la comparación de las dos *taras* del derecho positivo, para extraer no simplemente conclusiones negativas, sino también eventualmente positivas, me parece bastante claro que:

A) Los juristas debemos enfrentar este asunto y aplicar toda nuestra capacidad de razonamiento e imaginación para resolverlo, si no queremos que la minusvaloración y el descrédito de la Ciencia del Derecho y del Derecho Laboral en particular, sean tan justificados como irreparables, y, por lo que se dijo en el capítulo anterior, si no aceptamos el arrumbamiento de todo el Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en un cajón del moderno y pretendidamente funcional archivo del Derecho económico, bajo un rótulo más bien esotérico, pero que todos entenderán que quiere decir que está fuera de uso.

B) La demostración de que, bajo determinadas circunstancias, un derecho espurio revista como positivo, o se nos impone como tal, no puede ni debe confundirnos sobre su verdadera naturaleza.

C) En el plano de las fuentes formales, se impone no sólo una reafirmación del criterio de legitimidad, sino además una exigencia de verdad. Creo que, a este respecto, todavía los laboristas, aunque

mucho lo hemos afirmado y algo hemos avanzado, no hemos llegado a los extremos prácticos a los que se ha atrevido la doctrina del derecho administrativo. Ello sea dicho al margen de los errores a que se ven arrastrados los administrativistas por su concepción finalista y al no advertir la sustancial esencia laboral de la relación que liga al trabajador con su empleadora, ya sea la Administración u otro tipo de persona pública.

D) Además, me parece que las taras actúan y desacreditan el Derecho Laboral porque, en muchos casos, no nos hemos atrevido a superar el complejo de inferioridad —no ya ante el Derecho Civil que no sería tan grave—, sino ante el Código Civil. En este sentido, es bueno que renunciamos todos a buscar en tal o cual artículo del Código Civil, el permiso para aceptar un nuevo esquema de las fuentes formales o de las relaciones laborales. Si estamos de acuerdo en que el Código Civil representa la cristalización de conceptos que vienen de un tiempo remoto y nos llegan por las copias más o menos serviles del Código Napoleón, no es razonable que nos aferremos a él, y en particular a sus normas sobre «las leyes», como a verdades reveladas. Pues, al fin de cuentas, ni tales Códigos expresaron nunca criterios sobre la cuestión social en términos modernos, ni fueron procesados bajo las condicionantes democráticas de una legislación fruto del consentimiento institucionalizado real, ni en este caso obedecen a las modernas concepciones del hombre y de los derechos humanos y sociales, aceptados por la conciencia jurídica de nuestro tiempo.

IV

13. Se llega entonces a la parte en que se aspira retomar la iniciativa sobre las cuestiones que se están planteando.

Vale decir que, aceptando y sufriendo que todo el Derecho, y el Laboral en particular, padece la situación anteriormente examinada y abierto caminos hacia nuevas reflexiones, cabe asumir la responsabilidad de ciertas afirmaciones que, aunque afortunadamente compartidas por algunos ilustres colegas, no cuentan con asentimiento suficiente general para tenérselas por recibidas en la doctrina.

Estas afirmaciones ya las he formulado en el contexto del derecho positivo uruguayo y a favor de disposiciones constitucionales muy claras, pero entiendo que son susceptibles, si no de universalización, al menos de generalización en el cuadro de las legislaciones del área.

Como quiera que el esquema institucional de referencia da pie para una primera aproximación, volveré a servirme de él para encabezar esta parte de mi exposición. Además, aunque actualmente tengo la convicción de que la demostración puede conducirse por otro camino, partirá también de la cuestión de los Convenios inter-

nacionales y de su eficacia para llegar —espero— a la cuestión de la superlegalidad y de la valididad jurídica de las declaraciones fundamentales o de principios.

14. Séame permitido entonces señalar que en términos de derecho uruguayo, como en el de varios de los países del área y en proporción creciente, el antiguo pleito sobre la validez interna y la aplicación directa de los Convenios internacionales del trabajo ratificados, está definitivamente resuelto en sentido afirmativo, no sólo en el plano de la doctrina, sino también a través de expresiones inequívocas de la legislación, la jurisprudencia y la propia autoridad administrativa.

Pero, como se sabe, esto no agota el asunto, pues queda por determinar la ubicación de los Convenios internacionales en el sistema de las fuentes del Derecho del trabajo.

La audiencia tendrá que disculpar —o quizá que agradecer— que al tratar de resolver este punto no incursione en los meandros filosóficos del tema o en cuestiones que dividen a la doctrina en otros campos de la Ciencia del Derecho —por ejemplo: tesis monista, dualista y de la interacción entre el Derecho internacional y el interno— o en indagaciones sociológicas.

En rigor, la abstención obedece tanto a razonables escrúpulos científicos como a la creencia en la posibilidad de promover el debate un poco más acá de la zona demarcatoria de los límites entre Derecho Laboral y Filosofía del derecho, o entre Derecho del trabajo y Derecho internacional, o entre Ciencia del derecho y Sociología jurídica.

15. Por razones de oportunidad y por servir especialmente a nuestro examen, lo circunscribiremos al Convenio 87/1948.

Tal Convenio internacional, en lo que dice al Uruguay, fue ratificado, junto con casi treinta más, por L. 12.030/953. Con posterioridad, la ley 13.657/1968, ratificó el número 105 y hace poco más de dos años, otras diez leyes ratificaron regularmente doce Convenios más. Entre estos últimos, el número 110 (plantaciones), reproduce puntualmente en sus artículos 62 a 70, los que corresponden a los números 2 a 8 y 10-11 del Convenio 87.

No trato aquí todavía de los Pactos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Asamblea de las NN.UU. en 1966, que fueron ratificados conjuntamente, y con su Protocolo Facultativo, por la ley uruguaya número 13.751/1969. No obstante, es oportuno dejar establecido que la referencia expresa que ambos Pactos hacen al Convenio 87/1948 permitirá atribuir a la ley de ratificación un sentido confirmatorio de las reglas del Convenio y una reiteración de los criterios que de inmediato se pasan a examinar. Todo ello, desde luego, al margen de las condiciones de viabilidad internacional de los textos citados.

16. La posición relativa de los Convenios internacionales dentro

de las fuentes del Derecho del trabajo está genéricamente fijada por la Constitución de la OIT.

La disposición respectiva, inc. 8.^º del art. 19, representa para el derecho positivo uruguayo la consagración de los dos grandes criterios que funcionan en el Derecho Laboral en relación con el sistema jerárquico de las normas, a saber: el de la conservación y el del sobrepujamiento.

La conservación, o la conservación de las condiciones más favorables, prescribe la subsistencia, es decir la no-derogación, por efecto de una norma posterior de igual o superior jerarquía, del régimen anteriormente establecido, en cuanto éste fuera más favorable para el trabajador.

En términos tradicionales, la situación sería analizada considerando que se reconoce a la norma anterior (más favorable) el carácter de especial, o que la compatibilidad de las dos normas, que excluye la derogación tácita, es factible en función de que la legislación laboral persigue el propósito de garantizar un grado o nivel mínimo de protección.

17. La idea del grado mínimo conduce al segundo criterio —o principio— del sobrepujamiento, que autoriza no solamente a los directamente interesados el estipular condiciones por encima del mínimo, sino también permite que normas de inferior jerarquía fijen nuevos mínimos, sobrepujando los de la superior.

Como es fácil de ver, se trata de una situación algo diferente a la de las llamadas leyes dispositivas. Primero, por cuanto los mínimos, por razones de orden público, son infranqueables, y segundo, porque no se establece la relación entre normas más o menos generales y reglas inter partes (que sólo valen como ley entre ellas), sino entre dos o más normas de diversa fuente que crean situaciones jurídicas objetivas.

18. El criterio de la conservación aparece explícitamente confirmado en el Convenio número 87, en relación con la única categoría de trabajadores respecto de la cual se admite que una legislación posterior determine hasta qué punto se aplicarán las garantías previstas.

La leve modificación en la redacción del inciso segundo del artículo 9.^º del Convenio, respecto del inc. 8.^º del art. 19 de la Constitución de la OIT, amén de reafirmar que en este último está insita la idea del sobrepujamiento, da cuenta de la creciente clarificación de conceptos en cuanto a los efectos que puede tener la ratificación de un Convenio.

Además, el Convenio 87 confirma el criterio acerca de la derogación de las disposiciones de la legislación interna que resulten inconciliables —en cuanto menos favorables—, con los preceptos de origen internacional.

Esto, que es una consecuencia lógica de la tesis principal sobre la eficacia en el orden interno de los convenios ratificados, asume, en el inciso segundo del artículo 8.^º, del que se está considerando,

las características de una cláusula de derogación expresa indeterminada.

19. En la hipótesis concreta de una ley anterior a la número 12.030/1953 que autorizase, por ejemplo, la disolución o suspensión administrativa de asociaciones u organizaciones, los efectos derogatorios del Convenio 87 impedirían que pudiese invocársela respecto de organizaciones sindicales, toda vez que, sin ninguna duda, menoscaba las garantías previstas en el Convenio. Asimismo, el artículo 4.^º del Convenio, cuando dice que: «Las organizaciones de trabajadores y de empleados no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa», importa, en lo que a tal tipo de organizaciones se refiere, una derogación tácita de cualquier disposición preexistente, que pudiese entenderse como autorizando tal suspensión o disolución «por vía administrativa».

20. La doctrina, que ha aceptado los criterios de la conservación y del sobrepujamiento en el enfrentamiento de normas de origen interno —incluso cuando las posteriores son de jerarquía superior o inferior, respectivamente—, o en el enfrentamiento de las normas de origen interno preexistente, declina, por regla general, aplicarlos cuando la cuestión se plantea entre Convenios internacionales ratificados y leyes posteriores.

Es probable que la causa de esta inconsecuencia radique en que los autores, cuando tratan —muy incidentalmente por otra parte— sobre este asunto no se sitúan desde el ángulo del Derecho Laboral, o no toman en cuenta debidamente las especificidades de los Convenios internacionales ratificados.

21. En función de los principios del Derecho del Trabajo, no hay forma de entender por qué el criterio de la conservación, que juega, v. gr., entre convenio colectivo y ley posterior, o convenio colectivo y Convenio internacional ratificado posterior, o ley y Convenio internacional ratificado posterior, dejaría de aplicarse cuando la norma posterior es la ley interna.

El argumento de que el juez nacional, llegado el momento no tiene más remedio que preferir la ley común interna posterior, significa lisa y llanamente renunciar a la tesis anteriormente admitida de que los Convenios internacionales por el acto de su ratificación adquieren, por lo menos, la misma eficacia de la ley interna. Pues, si tienen tal eficacia, no se trata de que el juez o quien tenga que aplicar el derecho en un caso concreto opte entre una norma interna y otra externa, sino que resuelva sobre la conservación de los mínimos o de los niveles mínimos de protección, ya logrados por efecto de las normas vigentes.

22. Se dirá que el criterio de la conservación no tiene jerarquía constitucional y que, por consiguiente, como el principio de la no retroactividad de la ley civil, cuando ocurre ella, como en el derecho uruguayo, tendrá que ceder, toda vez que resulte manifiestamente contrariado por una ley posterior.

Como hipótesis y provisoriamente, se admitirá esta restricción,

pero, aun así, debe reconocerse que sólo actuará ante una inequívoca decisión de la ley nueva de contrariar el criterio, como ocurre con la atribución de efecto retroactivo.

Por lo demás, si el orden jurídico posee alguna coherencia, la presunción razonable tiene que estar a favor de la permanencia o *conservación* de las disposiciones de un Convenio que manifiestamente no se procura dejar sin efecto, ya que no se ha iniciado siquiera el trámite para su denuncia. El hecho de que ese trámite esté destinado a hacer cesar los efectos en el plano internacional, o sea, a regular las responsabilidades internacionales del Estado Miembro, no quita que —como se ha admitido en Francia en términos explícitos—, en lo que al derecho se refiere, incluya la única manifestación legislativa que equivaldría a una derogación de los preceptos integrados a la legislación nacional al perfeccionarse la ratificación.

En suma, no mediando tal manifestación inequívoca, la nueva ley tiene que ir a insertarse en el sistema de la legislación laboral respetando el principio de la *conservación*.

23. Pero hay que tener en cuenta, asimismo, que los Convenios internacionales no son estrictamente identificables con los *tratados internacionales*.

Desde el punto de vista interno, el acto legislativo parece más próximo a la aprobación de un Código que a la ratificación de un tratado.

No altera la anterior afirmación el hecho de que el Convenio internacional haya sido elaborado en una reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, ni su sujeción al contralor internacional. En lo que al primer punto atañe, la preparación fuera del ámbito parlamentario es una nota común a los Códigos y a ella se refiere por ejemplo la norma constitucional uruguaya cuando distingue el «Formar y mandar publicar los Códigos», de la creación de la legislación ordinaria. El contralor internacional se suma al interno, pero no lo excluye, como lo dicen claramente y de manera expresa algunas legislaciones, como la uruguaya, pero se entendería igualmente sin necesidad de tales precisiones.

24. Si se retorna ahora a la cuestión principal, se advierte que, por ejemplo el inciso 2.º del artículo 8.º del Convenio número 87 y su correlativo del Convenio 110 sobre plantaciones, refuerzan la idea de que la *no derogación* de las garantías mínimas es una simple proyección hacia el futuro del principio de la *conservación*.

La disposición dice, en efecto, dos cosas: a) que la legislación nacional no *menoscabará*; b) que no será aplicada de suerte que *menoscabe*.

La primera parte, además del sentido abrogatorio que ya le señalamos, incluye una afirmación para el futuro, algo así como un condicionamiento o una limitación de la acción legislativa.

La segunda parte previene contra toda desviación en la aplicación de la legislación nacional que, por un camino indirecto, pro-

duzca los mismos efectos que una legislación contraria a lo preceptuado por el Convenio. Pero, la referencia a la aplicación hace evidente que el encargado de realizar esta operación —que, obviamente, será una autoridad administrativa o judicial interna—, tendrá que manejar la legislación nacional, anterior o posterior al Convenio, *conjuntamente* con éste. No existe modo de aplicar la legislación nacional de suerte que no menoscabe las garantías previstas en un Convenio, si no se tiene a éste presente, al mismo título que la ley interna común y, por tanto, considerándolo subsistente, *conservado o no derogado* por el texto posterior.

25. Desde luego que contra este razonamiento se vuelve a emplear la distinción entre lo atinente a las responsabilidades internacionales y lo atinente a la aplicación interna del Convenio internacional.

Si tal ocurre, se argumenta: si la legislación nacional o la aplicación que se le dé a ésta, menoscaban las garantías de la norma internacional, lo que se estaría produciendo sería una violación de las obligaciones del Miembro, susceptible de poner en marcha los mecanismos de contralor, persuasión y compulsión internacional previstos en la Carta de la OIT.

Pero, el hecho de que eso sea verdad y de que quepan esos procedimientos no quiere decir que una norma con eficacia de ley interna no haya mandado algo, esto es, no haya reafirmado explícitamente el principio de la *conservación*, y previsto que quien tenga que aplicar la legislación deba considerar la manera de hacerlo en forma tal que las otras disposiciones (anteriores o posteriores) no menoscaben los principios insertos en el Convenio internacional que el legislador nacional dispuso incorporar al derecho interno. Nuevamente, no se trata de obligar al juez nacional a optar entre una ley nacional y una norma internacional, sino de hacer funcionar un criterio aceptado para armonizar la aplicación de dos normas internas de derecho laboral, aunque incorporadas al sistema por procedimientos distintos: la ley común y el Convenio internacional ratificado.

26. Más difícil es responder a la objeción sobre la impropiedad de admitir una *auto-limitación legislativa*.

Pero, vayamos por partes. El criterio de la *auto-limitación* puede presentarse como *relativo* o como *absoluto*. La *auto-limitación relativa* a la manera del clásico principio ya citado de la irretroactividad de las leyes, me parece que no se discute por nadie. Como creemos haberlo recordado precedentemente, es que el acto de voluntad legislativa para contrariarlo sea claro e inequívoco. Pero esa única exigencia, como ya tuvimos ocasión de establecerlo, conduce a presumir la *conservación*.

27. El criterio de la *auto-limitación absoluta* tropieza a primera vista con la idea con rango de principio fundamental en un importante sector de la doctrina constitucional, de que en el ejercicio de la facultad de expedir leyes relativas a la independencia, seguridad,

tranquilidad y decoro de la república, protección de todos los derechos individuales y fomento de la instrucción, agricultura, etc. (v. gr., Const. urug., art. 85, inc. 3.º) —o sea, en todas las materias que se suelen incluir en el *poder de policía*—, «cada legislatura sucesiva tiene igual autoridad».

Sin entrar a discutir tal principio ni referir a otros desarrollados, hemos sin embargo de preguntarnos si en rigor de lógica, dicho *poder de policía* puede ser usado para contradecir una norma interna que es también una norma internacional y que, en cuanto tal, obliga o vincula al Poder Legislativo del Estado Miembro. Pero, aun en la hipótesis menos favorable para el criterio de la *conservación*, volveríamos simplemente a la posición de la *auto-limitación relativa*, aunque reforzada.

Aquí se abre una nueva expectativa, porque si cada Legislatura sucesiva puede tener igual autoridad, ninguna podría alzarse contra la Constitución.

28. En términos de derecho positivo uruguayo, entonces, aun renunciando voluntariamente a investigar la cuestión directa de la jerarquía entre derecho interno y derecho internacional, es posible seguir otro camino: considerar a los Convenios internacionales una forma de hace efectivo el *principio protector* del trabajo, expresamente incluido con la calificación de *especial*, en el inciso 1.º del artículo 53 de la Constitución uruguaya, desarrollando la idea que anticipa el artículo 7.º.

Siendo así, surgiría lógicamente limitado el *poder de policía* en relación con las disposiciones del Convenio internacional, puesto que no podría ser considerada *razonable* una ley que se propusiera abrogar una protección que lleva la calificación de mínima.

La falta de *razonabilidad* aparece todavía más patente si se piensa que —al margen de su naturaleza jurídica— el Convenio, en cuanto adoptado por una mayoría de dos tercios de la Conferencia Internacional, de integración tripartita, y en cuanto habiendo alcanzado el número de ratificaciones necesarias para que entre en vigor, representa la concreción de algo que puede tenerse como universalmente declarado el mínimo de protección exigible.

29. Aún, dentro del derecho positivo uruguayo, hay otro sesgo del asunto que nos coloca en el nivel constitucional, por lo menos respecto de algunos Convenios, entre los que se cuenta seguramente el que hemos tomado como modelo y guía de este desarrollo.

En efecto, cualquiera sea la calificación jurídica de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) —y ya se sabe que las posiciones se encuentran divididas y que hasta la distinción un poco nominalista entre «valor jurídico» y «carácter obligatorio» propuesta en cierto momento por M. F. DEHOUSE no ha sido de recepción generalizada—, ésta debe jugar en el cuadro del derecho constitucional uruguayo como el catálogo que es de *derechos y garantías inherentes a la personalidad humana*. Tal catálogo representa cuando menos una fuente de conocimiento que ilumina el precepto del artícu-

lo 72 de la Carta uruguaya, que hace expresa aclaración y reserva de que los derechos y garantías enumerados son sin mengua de los otros inherentes a la personalidad humana o que se deriven de la forma republicana de gobierno.

Vale decir que los Convenios —o la mayoría de ellos— contienen preceptos que por la vía del citado artículo 72 gozan de protección constitucional y que la autolimitación del artículo 8.º, inc. 2.º del Convenio, señalaría precisamente esta *superlegalidad*, que quedaría reconocida en el mismo acto de la ratificación legislativa.

En suma, siempre en términos de derecho uruguayo, una ley que los pretendiera derogar —en forma abierta o tácita— atentaría contra la protección especial al trabajo que garantiza la Constitución, y también, directamente, contra un derecho y sus garantías fundamentales.

30. Ahora bien, cuando advertimos que algunos Convenios y el 87 vuelven a servir de ejemplo, campan en la zona de la *superlegalidad constitucional* por razón de su contenido, estamos dando otro paso que lleva inevitablemente a reconocer la *autolimitación*, no solamente del legislador ordinario, sino también del contribuyente.

Dicho de otro modo, este tipo de normas, como todas las que reciben su validez del reconocimiento de *derechos inherentes a la personalidad humana* que han sido declarados *inalienables* (Constitución uruguaya, Art. 72; Decl. Univ. de los Der. Hum., Preámbulo), quedan desde el momento de su incorporación al orden jurídico nacional, al abrigo de todo menoscabo.

V

31. Desplazando ahora el asunto a un plano general, me parece posible reconocer como válidas casi todas las precedentes afirmaciones, en orden a los sistemas que aceptan que el acto de ratificación legislativa de los Convenios internacionales les otorga, al menos, eficacia de leyes internas y aplicación inmediata.

Por otra parte, aunque es posible que no todas las legislaciones contengan un precepto de las dimensiones del artículo 72 de la Carta Uruguaya, lo cierto es que la mayoría de las Constituciones y textos de parecida naturaleza de los países del área, contienen en términos más o menos desarrollados, la afirmación del *principio protector*. De donde también parecen válidas las derivaciones constitucionales, que aun sin entrar en la discusión sobre las relaciones de prioridad entre Derecho interno y Derecho internacional, acaban de plantease a la vista de los textos constitucionales uruguayos.

32. Toda vez que al comienzo de este capítulo, admitíamos que el camino a recorrer podía ser el inverso, vale decir, no partiendo de un examen minucioso de un derecho concreto, para llegar a su generalización por similitud con los demás casos, sino abier-

tamente desde el plano de los principios generales, se impone esclarecer esa otra manera, al margen y por añadidura de haber podido —creemos— demostrar la tesis por el otro camino.

Tal expediente no es gratuito, puesto que ligando estos desarrollos con los de los capítulos precedentes, pretende afirmarse en términos de especial e inequívoca extensión, que la raíz o el fundamento de todo el Derecho laboral, incluso su relativa invariabilidad —esto es la invariabilidad de su *principio protector*— se debe buscar en las garantías de la libertad humana, que ninguna autoridad puede contrariar y al mismo tiempo pretenderse legítima.

33. En este nuevo razonamiento la Declaración Universal de 1948, como los Pactos de las Naciones Unidas, como la Carta de Bogotá, como el Pacto de San José de Costa Rica, como la Carta de la OIT y sus anexos, como la propia Carta de las Naciones Unidas, como el sistema de los Convenios internacionales y aun de las Recomendaciones, como las propias Convenciones de UNESCO, etc., son derecho, antes o sin necesidad de requerir ratificación, en la medida que signifiquen ese cuadro mínimo de protección al trabajo, que ninguna ley interna podría desconocer o contradecir, sin negar el fundamento de la validez del Derecho y su función ordenadora de la convivencia social.

Por lo mismo, el Derecho tenido por positivo a pesar de su tara de *ilegitimidad*, camina como en el verso de Withman envuelto en su sudario hacia su propia sepultura. Ello será así, no sólo porque su *ilegitimidad* interna pueda ser o sea insubsanable, sino también porque la convivencia jurídica es entendida por todos los pueblos de la tierra, como lo señalan tales documentos, dentro de un régimen de garantías jurídicas en que la expresión de la voluntad de la autoridad sólo está legitimada por un consentimiento institucionalizado y por el efectivo ejercicio de facultades y derechos inherentes a la persona humana, que no deben ser vistos como meras atribuciones de los individuos y grupos, sino como *instrumentos de legitimidad del poder*.

Cuando los juristas ingleses se admirán de que los no-ingleses pueden admirarse por la existencia y funcionamiento de un *estado de derecho*, pese a la falta de expedientes contenciosos de control de constitucionalidad y legalidad, lo que en realidad están poniendo de manifiesto es que tales contravalores quedan difusamente confiados a la *fibra jurídica* del pueblo. Pero de todos modos, uno y otro sistema coinciden en cuanto a que, con o sin *Declaraciones* explícitas, un régimen jurídico sólo es legítimo cuando se respeten y funcionen armónicamente los derechos esenciales, tanto los que tradicionalmente se han llamado civiles como los cívicos o los sociales.

34. De allí, que todas estas *Declaraciones* y Pactos pueden ser considerados y aceptados, más allá o más acá de su eficacia como instrumentos internacionales, más allá o más acá de su eficacia como derecho interno, en cuanto expresión de las *condiciones mí-*

nimas de legitimidad, que en el capítulo precedente se imponía como una noción o concepto a redimensionar para superar la angustia de las sociedades que pueden temer que el derecho haya muerto y bajo sus ropajes, abusando de la confianza en su prestigio como instrumento de convivencia, se imponga solamente el sistema de jerarquías o sumisiones del reino animal.

De allí, por fin, que nos incumbe reivindicar como Derecho, con poder vinculatorio para el legislador, para la Administración y para los jueces, declaraciones privadas, que en cuanto expresan o concretan las exigencias técnico-doctrinarias sobre los fundamentos del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, pueden ser tenidas como fuentes de conocimiento del mismo. Tal, por ejemplo, la Declaración proclamada solemnemente en Querétaro el 26 de septiembre de 1974, que recogió la voz unánime de juristas de distintas orientaciones filosóficas y políticas, para formular, actualizado, un catálogo de mínimos requerimientos de protección del trabajo en el área iberoamericana.

35. Para terminar, hay motivos para suponer que se pueda pensar que todo este discurso arriba simplemente a un reflotamiento del *iusnaturalismo* con una expresión, no superior aunque diversa.

Sin embargo, y aunque no hay que asustarse de los términos y aunque sea tal vez cierto que los hombres no pueden prescindir —si tropiezan con derecho inicuo o con autoridad tiránica—, de abrazar alguna concepción de este género que salvaguarde su dignidad, entendemos que el precedente desarrollo difiere de las formulaciones del Derecho Natural.

En efecto, aun en sus exposiciones más modernas y actualizadas como las de mi recordado maestro Llambias de Azevedo, la esfera del Derecho Natural se reduce a una necesidad de deber ser normativo o dispositivo, que «no es la conexión entre la acción y la sanción, sino más bien anterior a ella». En el camino que hemos tratado de ir recorriendo, en cambio, no hemos abandonado nunca la idea de tal conexión. Que la misma no pueda actualizarse inmediatamente, no prueba que no exista, sobre todo; no prueba que restablecidas las condiciones de juricidad, el derecho funcione nuevamente en plenitud y corrija el entuerto pasado, ni que, en todo momento y bajo las circunstancias más adversas, esté pulsando por funcionar como tal. Y no es esta otra forma enferma de derecho positivo que venimos a intentar a nuestro hospital, sino una forma de derecho cuya aspiración de positividad activa será cada vez más actual, si todos trabajamos para servir a su restablecimiento.