

Los principios de Derecho del Trabajo de segunda generación*

Dr. Pr. Héctor-Hugo Barbagelata

Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de Montevideo
Universidad de la República (Uruguay)

1. Introducción. La cuestión social. El surgimiento del derecho del trabajo y su distanciamiento del derecho tradicional hasta la cristalización de un sistema de principios propios.

En su significación positiva, la expresión *Cuestión Social* o *Cuestión Obrera*, que comenzó a ser usada por sociólogos y políticos desde mediados del siglo XIX, tuvo la intención de darle un nombre a toda una serie de fenómenos que rodearon el proceso de industrialización y particularmente a la generalización de condiciones extremadamente penosas de vida y de trabajo. Las nuevas realidades atrajeron tempranamente la atención de los círculos académicos, así como de diversos sectores sociales y algo más tarde, fueron incubándose propuestas de mejoramiento de tales condiciones que llegaron a legisladores y a juristas.

De hecho, la *Cuestión Social* tuvo diversas respuestas que abarcaron denuncias lanzadas por activistas sociales como Flora Tristán (recientemente recordada en una novela de Mario Vargas Llosa) o propagadas por prestigiosos escritores de gran audiencia pública como Charles Dickens o Émile Zola, así como por poetas populares como Tomás Hood, el autor de la *Canción de la Camisa* que se difundía por las calles de Londres a mediados del siglo XIX, o más adelante, entre nosotros, en las letras de algunos famosos tangos.

A tales denuncias, se sumaron los resultados de encuestas como la llevada adelante por el Dr. Villermé en 1840, con los auspicios de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París, las cuales pusieron en evidencia, sin que fueran contestadas^[1], las terribles condiciones bajo las que sobrevivían los obreros industriales.

Durante el imperio del derecho tradicional, representado de modo supremo por el Código Civil francés y por algunas leyes complementarias, las respuestas jurídicas se desinteresaban de las referidas realidades. Era el tiempo de la libreta obrera (Ley 22 Germinal, año XI), que imponía una situación de

dependencia personal, y particularmente del art. 1781 del referido Código, prontamente imitado por varios otros, que priorizaba los dichos del empleador, privando al trabajador de toda defensa judicial, en tiempos en que los contratos escritos con las debidas especificaciones y garantías eran raros y la obtención de testigos para aclarar sus términos o los pagos efectuados, era prácticamente imposible.

En lo referente a las relaciones colectivas, la ley Le Chapelier y sus réplicas y variantes en Gran Bretaña, Dinamarca, Estados Alemanes, España y otros países europeos y más tardíamente la represión jurídica y policial en Argentina, Brasil, Chile o Venezuela, y en menor medida en otros países, dificultaron por bastante tiempo la acción del movimiento sindical.

Es cierto que desde principios del siglo XIX en algunos países se dictaron unas primeras y tímidas leyes para la protección de niños pequeños y mujeres, pero estas normas sólo van a alcanzar alguna efectividad en Inglaterra en 1833, con la creación de la Inspección del trabajo. Un caso paradigmático es el de la ley francesa de 1840, que el Ministro de Comercio presentó en el Parlamento, como extremadamente positiva, por cuanto autorizaba el trabajo de los niños desde los 8 años.

En todo caso, los esfuerzos de los tribunales inferiores, como los *Conseils de Prud'hommes* franceses o los similares italianos, para mitigar los efectos de la aplicación de contratos de trabajo leoninos, chocaban contra las Cortes de Casación. Éstas, como lo anotaba con complacencia el primer Barassi en su Tratado sobre el contrato de trabajo de 1900, anulaban los fallos que no se ajustaban a la más ortodoxa interpretación de los códigos civiles.

A pesar de las trabas que le oponían las leyes y la resistencia patronal, desde mediados del Siglo XIX, comenzó a desarrollarse en el occidente de Europa y más tarde en América Latina, un movimiento obrero que condujo a la introducción en el mundo del trabajo de normas nacidas espontáneamente de la confrontación de las organizaciones de trabajadores con los empleadores o sus organizaciones.

Por la misma época, en los últimos decenios del referido siglo, algunos raros juristas transgresores como Antón Menger¹²¹ criticaron agudamente el ordenamiento tradicional, mientras que los sociólogos comenzaban no sólo a

describir la miseria de los obreros, sino que intentaban conocer y comprender las nascentes negociaciones entre las partes profesionales..

Estaba faltando todavía el enfoque técnico-jurídico sobre las nuevas instituciones, el cual comenzaría a concretarse con el admirable estudio de Philipp Lotmar en 1900, sobre los llamados contratos de tarifa¹³.

La doctrina laboral inicia entonces un largo recorrido, manteniendo una vocación de ruptura con el derecho tradicional y adoptando un método diferente, donde se rechazan las ficciones y el intérprete se ubica en directo contacto con la realidad del mundo del trabajo abandonando, como reclamaba Georges Scelle en 1922, el empleo de abstractas “categorías jurídicas”¹⁴. Paralelamente se iba configurando, como lo ponía en claro Gustavo Radbruch¹⁵ en estudios y ponencias, que supo destacar, difundir y desarrollar en nuestro Continente Cesarino Junior¹⁶, una nueva base filosófica para el Derecho Social.

Armado de su recién estrenado aparato conceptual y metodológico, el Derecho del Trabajo se fue enriqueciendo y afinando a través de una copiosa legislación material y procesal (incluso recogida en muchos países en Códigos, consolidaciones o leyes generales, de ambas clases). Todo lo cual, fue complementado y profundizado a través de los constantes aportes de la doctrina y la jurisprudencia.

En tales circunstancias, a mediados del siglo XX no pudo ya ignorarse la autonomía técnica y docente del Derecho del Trabajo (material y adjetivo). Como su natural consecuencia, se buscó identificar aquellos principios que Miguel Reale define como fórmulas en las cuales está contenido el pensamiento rector de una disciplina legal o un instituto jurídico¹⁷, y que lo caracterizan y lo diferencian de las demás ramas del derecho, sin perjuicio de reconocer, como lo recuerda Russomano, la pertenencia de la normativa laboral al fondo jurídico general¹⁸.

La lista y las eventuales connotaciones de los Principios del Derecho Laboral, que originalmente se identificaron, ha alcanzado un importante desarrollo en América Latina, especialmente a partir de la sistematización de los mismos, formulada por Américo Plá Rodríguez.¹⁹

Incluso, hace pocos meses la bibliografía sobre tales principios se ha enriquecido con un par de libros, publicados como homenaje al referido autor. Uno de ellos, correspondió a jóvenes pero ya reconocidos laboristas peruanos; en el otro, colaboraron consagrados especialistas españoles y latinoamericanos como Montoya Melgar, Ackerman, W. D. Giglio, Albuquerque, Pasco Cosmópolis, Murgas Torrazza y Morgado Valenzuela¹¹⁰. Unos y otros, al margen de discrepancias sobre la naturaleza y caracteres de algunos de los principios propuestos por Plá y sobre la extensión de la lista de los que merecían esa calificación, profundizaron sobre la significación del tema.

En Uruguay la sistematización de Plá Rodríguez ha tenido una muy grande influencia puesto que ha servido para cubrir los vacíos de la legislación, proporcionado a los jueces una guía respecto de los fundamentos de la disciplina. Tal influencia queda plenamente certificada a todo lo ancho de los Anuarios de Jurisprudencia Laboral, al punto que los principios enumerados por Plá son tenidos como axiomáticos,

En el Brasil, la existencia de la CLT reduce la relevancia práctica y la autonomía doctrinal de los principios clásicos del Derecho del Trabajo, aunque desde luego, la cuestión es examinada con detenimiento en las obras generales de la materia. y existen importantes aportes en estudios particulares de Sússekind¹¹¹, Pinho Pedreira¹¹²; F. Márquez de Lima¹¹³, W. D. Giglio¹¹⁴, Pallares Moreira Reis¹¹⁵, J. A. Rodrigues Pinto y R. Pamplona Filho ¹¹⁶, etc..

2. De la maduración del proceso de constitucionalización e internalización del derecho del trabajo hasta la concreción del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales

A fines de la segunda década del siglo XX, la casi simultánea concreción de los procesos de constitucionalización y de internacionalización de los derechos sociales, tuvo una muy grande repercusión en la doctrina latinoamericana especializada. El interés se acrecentó con la sanción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con la adopción de los Pactos internacionales complementarios, así como de los instrumentos regionales y comunitarios de la misma clase, todos los cuales contienen muy importantes disposiciones de la materia laboral y de seguridad social.

La afirmación de la juridicidad de las disposiciones atinentes al trabajo contenidas en los instrumentos que se acaban de citar, e incluso desde antes, en los convenios internacionales aprobados por la Conferencia Internacional del Trabajo, no fue fácil¹¹⁷. Por mucho tiempo, primaron las ideas de quienes no admitían que las constituciones pudieran contener dispositivos de esta clase o que simplemente consideraban que eran normas jurídicamente imperfectas, o meras aspiraciones incrustadas en los textos normativos a título meramente programático.

Empero, desde el último cuarto del siglo veinte cobró cada vez mayor fuerza la doctrina que reconoce la validez jurídica de tales disposiciones de los instrumentos internacionales o de las constituciones políticas, en el entendido que no sólo “constituirá un deber para el Estado legislar en el sentido de tales disposiciones sino que además, éstas ofrecerán un criterio de interpretación del derecho interno vigente y, a falta de disposición de derecho interno en la materia, tendrán un valor supletorio”¹¹⁸. En ese sentido, se han expedido los tribunales constitucionales de varios países.

El reconocimiento de la aplicación de las normas constitucionales a las relaciones entre los particulares y no sólo a las que conciernen a las de los ciudadanos con el Estado, fue también un proceso largo, que en un número creciente de países ya se ha consolidado¹¹⁹.

De este modo, fue arribándose al pleno reconocimiento de que todas las normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente integran un sistema con jerarquía constitucional. A ese sistema normativo, los tribunales constitucionales y la doctrina latinoamericana, tomando prestada una expresión acuñada por el *Conseil Constitutionnel* francés, pero ampliando su contenido¹²⁰, han dado el nombre de Bloque de constitucionalidad de los Derechos Humanos¹²¹. De este modo se han superado antiguas discriminaciones entre las normas internacionales, disipando confusiones y se está en vías de consagrar la idea que tempranamente había lanzado Mario de la Cueva, de un Derecho Universal de los Derechos Humanos.

El bloque de constitucionalidad se ha concretado en los diferentes países a través de diversas fórmulas, que en síntesis pueden resumirse en las siguientes:

A) Incorporación de una nómina de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (sujeta a ampliaciones por vía legal), al propio texto de la Constitución. Tal el caso de Argentina o Nicaragua.

B) Formulación indirecta, a partir de la DUDH y del valor atribuido a los tratados ratificados (España).

C) Reconocimiento explícito de la apertura de la enumeración constitucional a todos los derechos inherentes a la persona humana, como es el caso, entre otras, de las constituciones de Uruguay: (arts. 72 y 332.) y Venezuela..(art. 22 y disposiciones complementarias).

En la Constitución actual de Brasil, además de constar una norma análoga a la uruguaya, en el art. 5º, inc. LXXII, párrafos 1 y 2., la remisión, se complementa y refuerza con: la definición del artículo 1 que califica al Estado como “democrático de derecho”, con más la expresa mención de la dignidad humana y el valor social del trabajo (iii y iv) , o sea “la valoración del trabajador, como trabajador y como persona” que configuraría lo que Russomano califica como principio aureo¹²²¹. Todo lo cual, se reafirma con lo dispuesto por el Art. 3.I, que fija como objetivo la creación de una sociedad libre y solidaria, así como con la prelación reconocida a los derechos humanos.(art. 4); la igualdad ante la ley y no discriminación (art. 5); la mención genérica al derecho social al ocio y a la previsión social (art. 6ª); la valorización del trabajo humano como fundamento del orden económico, así como la referencia al derecho a la existencia digna conforme a la justicia social. (art. 170), y el primado del trabajo como base y como objetivo del bienestar y la justicia social.(art. 193),

3. Surgimiento de la segunda generación de principios de derecho del trabajo y establecimiento de una enumeración tentativa

Una vez que se ha terminado por reconocer, con todas sus consecuencias, que el Derecho del Trabajo integra el sistema de los Derechos Humanos y que en ese sistema entra lo especificado con ese alcance en el propio texto de: la Constitución de cada país, pero también los instrumentos internacionales de toda clase, en particular de los concebidos como económicos, sociales y culturales que en un tiempo se acostumbraba llamar de segunda generación, así como los incluidos en los convenios internacionales de trabajo, puede

hablarse con total propiedad de la existencia de un bloque de constitucionalidad de los *derechos humanos laborales*.

Siendo así, el sistema de los Derechos Humanos Laborales y sus instituciones, nos coloca en presencia de un segundo elenco de principios del Derecho del Trabajo.

Dentro de este elenco de *Principios de Derecho del Trabajo de Segunda Generación*, se sitúan, en un sistema abierto a toda clase de progresos, tanto los Principios comunes del sistema general de los Derechos Humanos. (lo cual es, sin perjuicio de las particularidades respectivas) como los Principios propios o particulares de esta rama del derecho.

Dentro de los **Principios comunes al sistema de los Derechos Humanos**, importa destacar los que conciernen a:

a) Principio de complementariedad e interdependencia de todas las normas sobre derechos humanos.

El contenido de este principio no exige muchas explicaciones. Baste decir, citando a Vogel Polsky, que la totalidad de los instrumentos que conciernen a la misma familia de derechos y están unidos en torno a la persecución de los mismos objetivos, deben considerarse partes de un todo coherente e interdependiente, aunque procedan de distintos instrumentos^{1[23]}.

Según se desprende de la fundamentación de un fallo de la justicia argentina - que proporciona argumentos aplicables a todo ordenamiento, tal complementariedad implica también que ninguna norma internacional "hace inaplicable a otra" del ámbito constitucional interno y viceversa".

b) Primacía de la disposición más favorable a la persona humana.

Tampoco requiere muchas aclaraciones este principio que puede reputarse implícito en disposiciones del PIDESC y del PIDCP, (art. 5.2 en ambos pactos), y de otros instrumentos, que acuerdan prioridad sobre las disposiciones de esos tratados, a las leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, vigentes en un país, que reconocieren otros derechos fundamentales o lo hicieren en grado mayor.

El criterio, en cuestión, excluye también, (según ha destacado Rivero Lamas), que puedan derivarse de los instrumentos internacionales sobre tales derechos, límites a los derechos fundamentales reconocidos en las respectivas constituciones

Cabe señalar, que la primacía de la disposición eventualmente más protectora, resulta también afirmada en los artículos 8.3 y 22.3 respectivamente, de los Pactos Internacionales, a propósito de la libertad sindical y sus garantías, que están reguladas por el Convenio 87 de 1948 de la OIT.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el art. 29, inc. B de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no sólo enunció ese criterio, sino que dejó perfectamente aclarados sus efectos en el Derecho Internacional y en el interno de cada país^{1[24]}

En la Declaración Sociolaboral del Mercosur también quedó constancia de que los “principios y derechos en el área del trabajo que pasan a constituir” [dicha Declaración] son “sin perjuicio de otros que la práctica nacional o internacional de los Estados Partes haya instaurado o vaya a instaurar”.

c) Principio de progresividad.

La progresividad de las normas sobre derechos humanos puede ser interpretada en dos sentidos.

En un primer sentido, la expresión refiere al gradualismo admitido por varios instrumentos internacionales y por textos constitucionales para la puesta en aplicación de las medidas adecuadas, como admitía el art.427 del Tratado de Versalles.

Esa concesión a países insuficientemente desarrollados, fue acotada en el PIDESC donde se aclaró con carácter general, que los Estados Partes quedaban comprometidos a “adoptar medidas” para “la plena efectividad de los derechos [reconocidos en dicho Pacto], hasta el máximo de los recursos de que disponga[n]”.

En un segundo sentido, la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aplicable

a los laborales, como ya lo dejaba establecido Emilio Frugoni en el discurso inaugural de la Cátedra de la Facultad de Derecho de Montevideo, en 1926.

Se sostiene a ese respecto, que el orden público internacional “tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de una mayor extensión y protección de los derechos sociales” ^{1[25]}

d) Principio de irreversibilidad

Un complemento del principio de progresividad es la irreversibilidad, o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada, lo cual está reconocido para todos los derechos humanos en el PIDCP y en el PIDESC (art. 4º de ambos).

En esos dispositivos, consta que las leyes que se promulguen a posteriori por los Estados que han ratificado los Pactos, están condicionadas en materia de derechos fundamentales, por la obligación de no contradecir el propósito de “promover el bienestar general en una sociedad democrática”. En esos términos, se coloca en absoluta contradicción con tal principio, cualquier norma que prive a los trabajadores de derechos y garantías fundamentales que ya hubieren sido previamente reconocidos.

Este principio vendría a ser, además, una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador, el cual puede reputarse un principio o regla general en el ámbito del Derecho del Trabajo, desde que ha sido consagrado en el inciso 8º del art. 19 de la Constitución de la OIT. y aceptado universalmente..

e) Adecuación a los criterios sentados por los órganos internacionales competentes.

Este principio establece que las normas contenidas en un instrumento internacional deben ser aplicadas en el ámbito interno en la forma en que efectivamente rigen en el internacional, esto es, en un todo de acuerdo con la interpretación que le dan los órganos internacionales Además, deben tenerse en cuenta las circunstancias concretas de los casos que han motivado los correspondientes dictámenes o decisiones y su sustento normativo.

Por consiguiente, no son asimilables a interpretaciones con el alcance señalado, decisiones de órganos no competentes para emitir dictámenes obligatorios, así como tampoco las meras referencias o menciones por vía de ejemplo, cuando no van acompañadas por una adecuada fundamentación.

f) Presunción de autoejecución y autoaplicabilidad.

Existen disposiciones de los instrumentos internacionales y en particular, de las normas internacionales del trabajo, que requieren una implementación por el derecho interno, como es claramente el caso en que deben ser creados y puestos en funcionamiento determinados servicios.

En otras situaciones, se trata de normas cuya juridicidad suele ser puesta en duda, aunque –como se señaló precedentemente– son cada vez más numerosas y autorizadas las opiniones que reconocen su efectividad. Esa convicción, conduce a la adopción en algunas constituciones de mecanismos de presión a los órganos legislativos nacionales para que no incurran en omisión del dictado de las reglamentaciones imprescindibles para que los derechos consignados en el bloque de constitucionalidad no se frustren. Con esa misma intención, están actuando algunos tribunales constitucionales.

Conviene recordar, que en sistemas, como el uruguayo, la autoaplicabilidad y la autoejecución de las normas sobre derechos y garantías fundamentales, están expresamente consagradas por el art. 332 de la Constitución

Dentro de los *Principios propios*, hay algunos generales de contenido filosófico, mientras que otros se refieren concretamente a los derechos de los trabajadores en la relación de trabajo.

A) Principios generales

a) Encaminamiento hacia el logro de la justicia social, entendida como una situación social en que esté garantizada durante toda la vida de cada ser humano la igualdad del acceso efectivo a toda clase de oportunidades laborales, así como educativas y de formación, de atención de la salud, culturales, de recreación, de bienestar para los miembros de su familia y para el resto de la sociedad, etc.

- b) Reconocimiento, con todas sus consecuencias directas e indirectas, de que el trabajo no puede ser considerado por el derecho como una mercancía.
- c) Reconocimiento del involucramiento absoluto de la persona del trabajador en la actividad laboral, lo cual implica una atención especial a la preservación de su libertad, su integridad física y la independencia de su conciencia moral y cívica.
- d) Reconocimiento de la inmanencia del conflicto en las relaciones laborales, individuales y colectivas^{1[26]}
- e) Reconocimiento de las demás particularidades generadas por las características de las labores, los instrumentos utilizados, el medio en el que se ejecutan, su peligrosidad y penibilidad, etc.

B) Principios concretos que deben regir las relaciones de trabajo,

- a) Protección especial de la ley y consecuentemente de todos los órganos del Estado para todas las manifestaciones del trabajo y para todos los trabajadores sin distinción alguna ^{1[27]}.
- b) Aseguramiento, sin discriminación de ninguna clase de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, que incluyan entre otros extremos, los siguientes derechos:^{1[28]}
 - a') Remuneración que permita satisfacer las necesidades físicas, intelectuales y morales..
 - b') Condiciones dignas de trabajo.
 - c') Salud, seguridad e higiene del trabajo y del MAT.
 - d') Estabilidad y promoción en el empleo.
 - e') Limitación del tiempo de trabajo, regulación de los descansos, el tiempo libre y las vacaciones, etc.
 - f'') Prohibición del trabajo infantil y limitación y regulación del trabajo de los adolescentes.
 - g') Mantenimiento del empleo y a prestaciones económicas en los casos de enfermedad y maternidad.
- c) Recurso efectivo ante de los tribunales de justicia en los conflictos individuales de trabajo, lo cual obviamente implica una magistratura

especializada y la existencia de un procedimiento apropiado y gratuito, que asegure una rápida resolución y ejecución de las decisiones adoptadas.

d) Reconocimiento y garantías de la libertad y de la acción sindical, incluida la negociación colectiva, los convenios colectivos y la huelga.

e) Reconocimiento y puesta en efectivo cumplimiento de los beneficios de la seguridad social con especial referencia a jubilaciones, pensiones, prestaciones en caso de accidentes, enfermedades, falta o pérdida del empleo etc.

f) Reconocimiento del derecho a la formación permanente y puesta a disposición de todos los interesados de los medios apropiados para hacerla efectiva.

IV. La cuestión de los conflictos entre el bloque de constitucionalidad general y el particular de los derechos humanos laborales

El sistema de los derechos humanos, como cualquier otro, no puede ser concebido sino como un todo, cuyas partes están íntimamente correlacionadas. Dentro de él, los derechos humanos laborales específicos, así como los no-específicos, cohabitan con los demás de la misma naturaleza, lo que hace no sólo probable, sino prácticamente inevitable que puedan producirse conflictos entre unos y otros.

Es así que son frecuentes las situaciones generadas, especialmente por el ejercicio de los derechos sindicales, -en particular por las huelgas y fenómenos colaterales o complementarios, como la ocupación de los lugares de trabajo, los piquetes, los peajes, etc., que pueden afectar diversos derechos humanos fundamentales de otras personas, como el derecho a la salud, a la educación, a la propiedad y sus derivados, incluso al trabajo respecto de los no adherentes a las medidas adoptadas.

En cualquier caso y con carácter previo, es conveniente dejar claramente establecidos diferentes criterios que son válidos tanto respecto de los conflictos entre diversos derechos humanos fundamentales, como de los que están en la órbita de los derechos humanos laborales.

Tales criterios pueden resumirse de la siguiente forma:

- Afirmación de que, como consta en la Declaración de Viena de 1993 aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos: “Todos los derechos humanos tienen origen en la dignidad y el valor de la persona humana. Ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales por lo que los seres humanos deben ser los principales beneficiarios de esos derechos y libertades”.
- Aceptación del valor jurídico de todas las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos, sin perjuicio de que en algunos casos sea preciso contar con normas o infraestructuras complementarias, como cuando se trata de prestaciones de la Seguridad Social, de formación, de salud, de vivienda, etc.
- Igualdad de rango jurídico entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos.
- Aplicabilidad de las normas constitucionales sobre derechos humanos a las relaciones entre los particulares.
- En la doctrina se han identificado diversas corrientes que se aplican a fundamentar las estrategias o modos de encarar y resolver este tipo de conflictos^{1[29]}

Las referidas corrientes pueden ser resumidas de la siguiente manera:

A) Las que atienden prioritariamente al objetivo de evitar que tanto uno como otro de los derechos fundamentales en conflicto sean afectados en su contenido esencial. De allí que, por ejemplo, la legislación uruguaya, como la de muchos otros países, o los convenios colectivos, impongan a la parte de los trabajadores en caso de huelga que afecte los servicios calificados como esenciales, la obligación de establecer y asegurar, o admitir que se establezcan y mantengan, servicios en grado de garantizar el mínimo indispensable para el goce del derecho afectado. Como es obvio, la determinación de la esencialidad del servicio y la cuota que debe garantizarse suele ser motivo de amplias controversias entre los protagonistas de las relaciones de trabajo. En efecto, siempre se estará en el límite entre la insuficiencia de las prestaciones que contemplan el legítimo interés de terceros ajenos al conflicto y la demasia del

número de los obligados a mantener las prestaciones, o la no esencialidad de los servicios que deben continuar funcionando. Asimismo la protección de los intereses de terceros llevadas a ciertos extremos, pueden hacer perder eficacia a las medidas.

B) Las que apelan a hacer valer el principio de proporcionalidad, lo cual implica un delicado juicio de valor, no sólo sobre la necesidad y utilidad de una medida gremial que afecta derechos de los empresarios, sino también sobre la posibilidad de recurrir a otras acciones menos duras y sobre la razonable relación de la medida con el daño que ocasiona. Bajo esta serie de consideraciones la mayoría de las medidas gremiales y en especial las de huelga, únicamente podrían ser ejercidas cuando son la única alternativa razonable (*ultima ratio*) para respaldar una reclamación por medios de esta clase, Tal ha sido desde hace mucho tiempo la doctrina del BAG alemán para la calificación de la legitimidad de una huelga. Desde luego, en algunos países como Uruguay, esta doctrina no es aplicable para la solución conflictos colectivos, pues: a) No existe ningún tribunal de justicia habilitado a entender en este tipo de conflictos, y b) Las huelgas no han sido objeto de ninguna reglamentación legal que habilite para calificarlas.

C) Las que invocan concretamente ciertos principios como el que manda que en todo este tipo de conflictos y fundamentalmente en el caso de contraposición con el derecho de propiedad, prima la protección del trabajo y los derechos que de él derivan.. También se invoca el llamado principio *pro homine*, si bien éste no siempre resulta apto para definir en cada caso concreto el lado que debe ser favorecido..

V. Consideraciones finales

1.- Ambas categorías de principios, o sea los que pueden calificarse como clásicos y los de Segunda Generación, son dinámicas y, abiertas a nuevas incorporaciones. También se pueden operar pasajes de la primera para la segunda, en la medida que ésta última les otorga una nueva y mayor significación e inmunidad.

2. Existe una muy importante diferencia de peso jurídico entre los principios clásicos y los de Segunda Generación en tanto y cuanto continúe siendo aceptada la subordinación de los principios clásicos a las contingencias del derecho positivo ^[30]. En cambio, los principios de la Segunda Generación, como derivan del Bloque de Constitucionalidad, son indemnes a los cambios de la legislación, o sea que son supra legales, incluso supra-constitucionales (si hubiera contradicción con las cláusulas del texto constitucional), por ser inherentes a la personalidad humana, como ha sido insistentemente sostenido en fallos de los Tribunales Constitucionales.

3.- En suma, así como hay una segunda generación de Derechos Humanos, hay una segunda. Generación de principios laborales que presiden el desarrollo del Derecho del Trabajo en la búsqueda de una más completa o más eficaz protección de todos los trabajadores.

IUSLabor 1/2008

ISSN: 1699-2938

* Versión de la Conferencia pronunciada en el Paraninfo de la Universidad de la República el 20.09.2006. Con carácter previo, el expositor felicitó a los organizadores de este Encuentro de Jueces del Trabajo, que evidencia la preocupación por el permanente perfeccionamiento de la Justicia del Trabajo. Asimismo, ofreció sus parabienes a los autores de las ponencias presentadas, que representan importantes contribuciones sobre los actualísimos temas que abordan, y agradeció muy cordialmente el honor que representaba el haber sido invitado a pronunciar la Conferencia de Apertura

^[1] Cfr. Levasseur, E., *Histoire des Classes Ouvrières et de l'Industrie en France*, 2ªEd., 2 vols., Rousseau ed., Paris, 1903, pasim.

¹¹² Anton Menger formulaba en 1890 severísimas críticas al proyecto de Código Civil para el Imperio alemán, en un libro que lleva el rotundo título : *El Derecho Civil y los pobres* (trad. por Adolfo Posada, obra reeditada por Comares, Granada, 1998)

¹¹³ *I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro*, in DLRI, núm. 22, Año VI, 1984 (pp. 313 a 392)

¹¹⁴ *Le droit ouvrier*, Paris.

¹¹⁵ ...”La evolución hacia el derecho social, no la aprehendemos en toda su profundidad cuando, bajo el término derecho social, abarcamos simplemente un derecho que atiende a la seguridad y el bienestar de aquellos que son económicamente débiles. El derecho social reposa, mucho más que eso, sobre una modificación estructural de todo el pensamiento jurídico, sobre una nueva concepción del hombre; el derecho social es un derecho que se dirige, no al individuo sin individualidad, despojado de su especificidad, ni al individuo considerado como aislado y disociado, sino al hombre concreto y socializado. Sólo cuando el derecho envuelve un tal aspecto del hombre es que aparecen las diferencias entre poder e impotencia sociales, cuyo examen determina la marca evidente del derecho social”.(Radbruch, G. (1931), “Du droit individualiste au droit social”, in *Archives de Philosophie du Droit et Sociologie*, Cahiers III-IV, 1931, p. 388).

¹¹⁶ *Directo Social Brasileiro*, 1 ed. 1940

¹¹⁷ *Apud* P.M.Reis, op. cit.

¹¹⁸ *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª ed., Curitiba, 1992, p. 31

¹¹⁹ *Los principios del Derecho del Trabajo*, .Montevideo, 1974; 3º ed, Desalma, Buenos Aires, 1998..

¹¹¹⁰ *En torno a los Principios del Derecho del Trabajo, Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, Editorial Porrá, México, 2005.

¹¹¹¹ *Derecho Constitucional del Trabajo* Rio de Janeiro, 1989.,

¹¹¹² *Principiología do Directo do Trabalho*, 2ª. ed., S.P., LTR, 1997;

¹¹¹³ *Principios de Directo do Trabalho*, Ltr, S.P., 1994;

¹¹¹⁴ Equidad, in *En torno a los Principios del Derecho del Trabajo, Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez, cit.*, p. 187 y ss..

¹¹¹⁵ “Principio de constitucionalidad...” in rev. *Forum Adm*, núm. 55, 2005

¹¹¹⁶ *Repertorio de Concitos trabalhistas*, Ltr, S.P., 2000.

¹¹¹⁷ A pesar de que ya en 1919, la Constitución alemana de Weimar, disponía en su art. 162: “El Estado acepta la reglamentación internacional de los derechos laborales, a favor de la clase trabajadora, considerándola como una aspiración mínima de derechos sociales”

¹¹¹⁸ Jiménez de Aréchaga, Justino, *La libertad sindical*, FCU-OIT, Mont., 1980, pp. 62-63.- En el mismo sentido, García de Enterría sostiene que “no existen en la Constitución declaraciones a las que no haya que dar valor normativo”(*La Constitución como norma y el TC*, Madrid, 1991, p.71). Afinando la idea, Bidart Campos advestía que “no es igual el supuesto de cláusulas programáticas a cuyo funcionamiento sólo lo bloquea la ausencia de normas reglamentarias, y el otro en que resulta necesario contar con ... infraestructuras [como en las prestaciones de SS y de vivienda]. En el primero, el juez puede suplir fácilmente la omisión reglamentaria y otorgar aplicación a la norma programática. En el otro, no será fácil ni sencillo” (*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, EDIAR, Bs. As., 1995, p.80).

¹¹⁹ A este respecto, resultó de valor paradigmático el fallo del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 15 de enero de 1958, donde se sostuvo que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, rigen también en las relaciones entre los particulares. (E. Carmona Cuenca, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, CES, 2000, p. 167.)

¹²⁰ Un arrêt del *Conseil Constitutionnel* de 16.07.1971, consagra clara y definitivamente el “valor positivo y constitucional” del Preámbulo de la Constitución y de los textos “auxquels il renvoie”. La fórmula empleada por el Conseil Constitutionnel para encabezar sus decisiones es: “Vu la Constitution, et notamment son préambule et ses articles.../.” Favoreu y Philip, *Les grands décisions...*, p. 287) Los tribunales constitucionales latinoamericanos, no se limitan a la remisión genérica del tribunal francés, sino que especifican que el *bloque de constitucionalidad* está compuesto por todas aquellas *disposiciones y principios* a los que se les reconoce valor constitucional.

¹²¹ Por ejemplo una sentencia del TC de Colombia que ha sido publicada en la *rev. Derecho Laboral*, Mont., XLVIII, núm. 197, marzo, 2000, p. 167).

¹²² Curso, cit., loc. cit.

¹²³ *La Europa Social*, Madrid, 1989, pp. 79-80.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. 5/85, de 13.11.1985.

¹²⁵ Mohamed Bedjanui “Por una Carta Mundial del trabajo humano y de la Justicia Social”, en VV.AA., *Pensamientos sobre el porvenir de la Justicia Social*, BIT, 75º Aniv.

¹²⁶ Según especificaba Sinzheimer en 1927 (“La esencia del derecho del trabajo”, en *Crisis económica y derecho del trabajo*, MTSS, Madrid, 1984, p. 74). En el mismo sentido, O.Kahn-Freund, afirmaba que: “Cualquier acercamiento a las relaciones entre empresarios y trabajadores resultaría infructuoso si la divergencia entre sus respectivos intereses no es abiertamente reconocida y articulada” (*Trabajo y derecho*, MTSS, Madrid, p.49). A su vez, Giugni, advierte que ningún asunto del ámbito laboral “puede ser separado del problema que yace bajo él, o sea el de las relaciones de poder dentro de la empresa” (*rev. cit.*, p. 47).

¹²⁷ Como se sabe, el art.157 de la Constitución alemana de 1919 (*Constitución de Weimar*) disponía: “La fuerza laboral está bajo la protección especial del Estado. Existe un solo derecho laboral”.

¹²⁸ La enumeración de este rubro se remite con pequeñas variantes a lo establecido por el PIDESC en su art. 7, así como en el Pacto de San Salvador..

¹²⁹ V. i.a.: Ronald de J. Chacín Fuentesmayor, “La doctrina de Interpretación de los Derechos Humanos ...”, in *rev. Gaceta Laboral*, Vol. 10, núm. 2/2004, pp. 165 y ss.

¹³⁰ En ese sentido, afirma categóricamente Plá Rodríguez: “un contenido nuevo en el derecho positivo...refleja que esos principios del Derecho del Trabajo no fueron inspiradores del derecho positivo, sino que fueron otros. En consecuencia la enunciación de los principios se debe modificar”. (*Los Principios...* cit., 3ª ed. Actualizada, 1998, p. 28). En el mismo sentido, afirma Montoya Melgar: “El valor de los principios del Derecho del Trabajo es así relativo. Son lo que las normas legales quieren, y no al revés (las normas no vienen obligadas a ajustarse a los principios). Éstos, en fin, tienen un valor relativo, más que normativo, interpretativo e integrador” (“Principios y valores en el DT”, in *En torno a los principios del Derecho del Trabajo- Homenaje a Américo Plá Rodríguez*, Porrúa, México, 2005., p-23).

