



Revista Latinoamericana de Derecho

Social

ISSN: 1870-4670

revistaderechosocial@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de

México

México

Oliveira Do Prado, Rafael Clemente

LA URGENCIA DE LA RATIFICACIÓN E INCORPORACIÓN POR BRASIL DEL
CONVENIO 189 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT),
SOBRE EL TRABAJO DECENTE PARA LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES
DOMÉSTICOS

Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 16, enero-junio, 2013, pp. 147-178

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640271006>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**LA URGENCIA DE LA RATIFICACIÓN E INCORPORACIÓN
POR BRASIL DEL CONVENIO 189 DE LA ORGANIZACIÓN
INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), SOBRE EL
TRABAJO DECENTE PARA LAS TRABAJADORAS
Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS***

THE NECESSITY OF RATIFICATION AND INCORPORATION
BY BRAZIL OF THE CONVENTION 189 OF THE
INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO)
ON DECENT WORK FOR DOMESTIC WORKERS

L'URGENCE DE LA RATIFICATION ET L'INCORPORATION
PAR LE BRÉSIL DU CONVENTION 189 DE L'ORGANISATION
INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT); SUR LE TRAVAIL
DÉCENT POUR LES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES
DOMESTIQUES

Rafael Clemente OLIVEIRA DO PRADO**

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo principal discutir la incorporación del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos en el ordenamiento jurídico brasileño. Como norma internacional del trabajo, dicho Convenio posee como reto ampliar y proteger los derechos de la categoría de los trabajadores, en este caso los domésticos, entre los Estados-miembros de la OIT. La metodología utilizada para este artículo será el método jurídico, basado en la búsqueda en la doctrina internacional y brasileña sobre el tema, con el fin de determinar si es realmente necesaria una enmienda a la Constitución de la República Federativa de Brasil para garantizar la eficacia de los derechos de las trabajadoras y los trabajadores domésticos traídos por el nuevo Convenio.

* Recibido el 4 de enero de 2012 y aceptado para su publicación el 4 de mayo de 2012.

** Abogado colegiado en La Orden de Abogados de Brasil y catedrático en diversas universidades de América Latina y Europa, Brasil (pradojus@gmail.com).



Mediante la observación de la incorporación de tratados internacionales al derecho interno brasileño, se puede decir que la recepción de una norma internacional del trabajo tiene, por lo menos en el sistema constitucional brasileño, importantes despliegues según la configuración del modelo clásico de jerarquía de las normas. De esta manera, se levantará la discusión respecto a la incorporación de esta norma internacional del trabajo con base en el principio de la primacía de la norma más favorable, donde los principios traídos por el Convenio 189 podrán ser incorporados tanto constitucionalmente como en una ley ordinaria, y en este último caso, buscando siempre no flexibilizar o perjudicar el espíritu del propio Convenio.

Palabras clave: Trabajadores domésticos, derecho internacional del trabajo, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Constitución, Brasil.

ABSTRACT: This article aims to discuss the incorporation of the main 189th Convention of the International Labour Organization (ILO) which establishes Decent Work for Domestic Workers in the Brazilian legal system. As an international labor standard, the Convention has the challenge to expand and protect the rights of that category, in this case the domestic inter-Member States of the ILO. The methodology used for this article is the legal method, based on the search in the international and Brazilian doctrine about the issue to determine if it is really necessary to amend the Federative Republic Constitution of Brazil to ensure effective rights to workers and domestic workers by the new Convention. By observing the incorporation of international treaties into Brazilian domestic law, one can say that the reception of an international standard of work has, at least in the Brazilian constitutional system, major deployments by configuration of the classical model of hierarchy of norms. Thus, the discussion will arise in the incorporation of this international standard labor based on the principle of the primacy of the most favorable rule, where the principles brought by 189th Convention may be incorporated both in constitutionally and in an ordinary law, and in the last case, not always looking for more flexible or impair the spirit of the Convention itself.

Key Words: Household workers, international labour law, International Labour Organization (ILO), Constitution, Brazil.

RÉSUMÉ: Cet article vise à discuter l'incorporation de la Convention 189 de l'Organisation internationale du Travail (OIT) sur le travail décent pour les travailleurs et travailleuses domestiques dedans le système juri-

dique brésilien. Comme norme internationale du travail, la Convention doit relever le défi de développer et dedans protéger les droits de la catégorie de travailleurs, dans ce cas, les domestiques les États membres de l'OITLa méthodologie utilisée pour cet article est la méthode juridique, fondée sur la recherche dans la doctrine internationale et brésilienne sur la question, afin de déterminer s'il est vraiment nécessaire de modifier la Constitution de la République fédérative du Brésil pour assurer l'efficacité des droits des travailleurs et travailleuses domestiques apportés par la nouvelle convention. En observant l'incorporation des traités internationaux dans le droit interne du Brésil, on peut dire que la réception d'une norme internationale du travail a, au moins, dans le système constitutionnel brésilien, les déploiements majeurs par la configuration du modèle classique de la hiérarchie des normes. Ainsi, la discussion se posera sur l'incorporation de cette norme internationale du travail fondée sur le principe de la primauté de la règle la plus favorable, où les principes mis par la convention 189 peut être incorporé à la fois par la Constitution comme droit commun, et dans ce dernier cas, pas toujours à la recherche pour plus souple ou nuire à l'esprit de la Convention elle-même.

Mots-clés: Les travailleurs domestiques, le droit du travail international, Organisation internationale du Travail (OIT), Constitution, le Brésil.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El Convenio 189 y la Recomendación 201 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos.* III. *La incorporación y jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico brasileño.* IV. *El derecho internacional del trabajo y el derecho interno brasileño.* V. *Conclusiones: la necesidad de ratificación e incorporación por Brasil del Convenio 189.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La categoría compuesta por las trabajadoras y los trabajadores domésticos¹ posee un trato diferenciado en el ordenamiento jurídico brasileño, un trato de derechos minimizados, ubicándoles aparte de las demás categorías laborales conocidas. En efecto, son muchos los factores sociales, culturales y

¹ Se utilizará el término trabajadores domésticos para abarcar los dos géneros.

principalmente históricos² que conllevan a tal hecho. Cualquiera que sea la justificación, ella no eliminaría el hecho de que existe una real exclusión de los trabajadores domésticos en la legislación común a la mayoría de los trabajadores brasileños, conformada por la *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT),³ que viene a ser el código de leyes laborales vigentes en Brasil.

Como se puede observar, en el artículo 7º de la CLT, la aplicación de su contenido no alcanza a los trabajadores domésticos, excluyéndoles de su competencia material, además de definirlos como aquellos que prestan servicios de naturaleza no-económica a la persona o a la familia, en el ámbito del hogar de éstas.⁴

La definición técnico-jurídica del trabajador doméstico, según la doctrina especializada, lo conceptúa como una persona física que presta, a nivel personal, de manera onerosa y bajo subordinación, servicios de naturaleza no lucrativa a una familia o persona en el ámbito del hogar.⁵

De esta manera, con su exclusión del principal canon en materia de derecho laboral del país, surgieron leyes específicas que regulan las relaciones laborales del trabajo doméstico, entre las cuales se hallan principalmente la Ley 5.859 del 11 de diciembre de 1972, que reglamenta la profesión de empleado doméstico y da otras providencias, así como el Decreto 71.885, del 9 de marzo de 1973, que aprueba el Reglamento del Trabajador Doméstico traído por

² El trabajo doméstico dentro de la sociedad capitalista tiene una asignación considerada residual, donde los salarios y el *status quo* de aquellos que se dedican a ello también lo son. Según el gran sociólogo brasileño Florestan Fernandes (*in memoriam*) (1978), en Brasil, la historia de las criadas está íntimamente relacionada, y se confunde, con la historia de la esclavitud en nuestro país; no sólo ella, pero casi todas las funciones laborales de descrédito y residuales estaban destinadas al ex esclavo. Brasil ha sido uno de los últimos países del mundo en abolir la esclavitud, el 13 de mayo de 1888. Fernandes, F., *A Integração do negro na sociedade de classes*, São Paulo, Ótica, 1978.

³ Brasil, *Consolidação das Leis do Trabalho* (1943), *Consolidação das Leis do Trabalho*, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Decreto-Lei-Del5452.htm.

⁴ El original en portugués dice que los trabajadores domésticos son: “[...] assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-económica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”. Brasil, *Consolidação das Leis do Trabalho* (1943), Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Decreto-Lei-Del5452.htm.

⁵ “...empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destes”. Godinho Delgado, M., *Curso de direito do trabalho*, 9a. ed., São Paulo, LTR, 2010, p. 354.

la Ley 5.859, del 11 de diciembre de 1972. Es a partir de estos dos diplomas que los empleados domésticos pasan a ser amparados por la competencia de la justicia del trabajo⁶ en litigios de los cuales sean parte.⁷

Aunque respecto a la legislación brasileña que se ocupa de los trabajadores domésticos, actualmente están en vigor la Ley 11.324, del 19 de julio de 2006,⁸ que modifica algunos dispositivos de la Ley 9.250, del 26 de diciembre de 1995; la Ley 8.212, del 24 de julio de 1991; la Ley 8.213, del 24 de julio de 1991, y la Ley 5.859, del 11 de diciembre de 1972, y que revoca el dispositivo de la Ley 605, del 5 de enero de 1949.

Sin embargo, a pesar de que hay ciertos elementos que pueden distinguir a los trabajadores domésticos de los trabajadores regulares, estas leyes no tienen garantizados los mismos derechos de los trabajadores rurales o urbanos a los trabajadores domésticos, y tampoco han promovido una mayor protección en vista de la singularidad de estos trabajadores, configurando en la práctica una grave herida al principio de igualdad.

⁶ La Justicia del Trabajo de Brasil es parte de un sistema de justicia especial del Poder Judicial nacional y está reglamentada por la sección V, “De los Tribunales y Jueces del Trabajo”, artículos 111 y ss. de la Constitución Federal de 1988. Especial mención el artículo 114, que dice que: “Es competencia de la Justicia del Trabajo conciliar y juzgar los conflictos individuales y colectivos entre trabajadores y empleadores, incluyendo los entes de derecho público externo y de la administración pública directa e indirecta de los municipios, del Distrito Federal, de los estados y de la Unión, y en la forma de la ley, otras controversias deducidas del contrato de trabajo, así como los litigios que tengan origen en el cumplimiento de sus propias sentencias, incluidas las colectivas”. La versión no oficial en lengua castellana de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 puede ser hallada en: Georgetown University, Political Database of the Americas (PDBA), *Constitutions and Comparative Constitutional Study*, disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/brazil.html>.

⁷ Conforme sentencia de la Tercera Sala (3^a Turma) del Tribunal Superior del Trabajo (TST) (Proc. RR 3.484/79), Rel. Min. Coqueijo Costa, publicado el 8 de octubre de 1980. Sin embargo, el Decreto N° 71.885/73 limita el derecho de la empleada doméstica cuanto la protección y ventajas oriundas de la CLT, solamente en lo que dice respecto a vacaciones y apuntes en la Libreta del Trabajo y Previdencia Social, no puede ser impedida de buscar en esta justicia (laboral) el cumplimiento de todo lo que le fuera contractualmente ajustado y que tenga pertinencia en relación al empleo, sobre todo lo que refiere al pago de sus salarios. Decisión unánime (TRT 4^a Reg. - 2^a Turma) (Proc. RO 5.604/79), Rel. Juez W. Schneider, proferido el 10 de abril de 1980. La traducción del portugués al castellano es nuestra. Brasil, *Tribunal Regional do Trabalho da 4^a Região* (TRT 4^a Reg. - 2^a Turma) (Proc. RO 5.604/79), Rel. Juiz W. Schneider, proferido em 10/4/80, disponible en: <http://empregadalegalizada.webnode.com.br/legisla%C3%A7%C3%A3o/jurisprud%C3%A9ncia/>.

⁸ Brasil, *Lei*, disponible en: http://www.planalto.gov.br/civil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11324.htm#art4.

Con la promulgación de la Constitución Federal de 1988 se inició un ensayo de equiparar a los trabajadores domésticos con otros trabajadores, intentando disminuir la distancia del abismo que les separaba (y separa) de las otras clases laborales en Brasil.

Cabe destacar que la Constitución Federal de 1988 es un hito en el movimiento de apreciación básica de éstas y otras clases desfavorecidas y vulnerables, tanto que ha recibido el apodo de “La Ciudadana”⁹ durante el proceso Constituyente. En ella están garantizados, mediante el artículo 7º, párrafo único, los siguientes derechos constitucionales a los trabajadores domésticos: el salario mínimo nacionalmente unificado, la irredutibilidad del salario, el décimo tercero salario anual, descanso semanal y vacaciones anuales pagadas, el permiso de paternidad, la notificación de despido, la licencia por maternidad, la jubilación y la integración en el sistema nacional de seguridad social.

Por más que el artículo 7º, haya atribuido constitucionalmente estos derechos a los trabajadores domésticos, varios otros derechos laborales han sido dejados fuera, generando graves problemas de orden social-laboral, como la marginación de esta categoría de trabajadores, la cual se encuentra en una situación de hiposuficiencia, compuesta en su gran mayoría por mujeres, afrodescendientes pobres, y de muy baja escolaridad.¹⁰

⁹ Original en portugués: “A Cidadã”.

¹⁰ A este respecto véanse los datos de 2008, presentados por el Observatorio Nacional de Igualdad de Género, adscrito a la Presidencia de la República, de acuerdo con los cuales el trabajo doméstico representaba el 15,8% del total del empleo de las mujeres en Brasil (las mujeres representan más del 95% de los trabajadores domésticos), correspondiente, en términos numéricos, a 6,2 millones de mujeres, sobre todo negras (una de cada 100 mujeres trabajadoras domésticas es negra y tiene 22 años de trabajo como empleada doméstica). En cuanto a la educación, el 61% de los hogares no ha completado la escuela primaria y el 20,9% no terminó la escuela secundaria. 100% es pobre, con un ingreso promedio de 600 dólares por mes. Sólo el 36,2% tenía un contrato formal de trabajo, y sólo el 41,4% es contribuyente del Sistema Nacional de Seguridad Social (INSS), según los datos disponibles en: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/mulheres-negras-de-baixa-escolaridade-sao-maioria-no-emprego-domestico-em-sao-paulo>. La traducción del original en lengua portuguesa es nuestra. Véase, además, el documento de la OIT Brasil, “Mais Trabalho Decente para Trabalhadoras e Trabalhadores Domésticos no Brasil” corrobora nesse sentido ao traer que: “O trabalho doméstico representa 16,7% do total da ocupação feminina no Brasil, o que corresponde, em termos numéricos, a 6,2 milhões de mulheres. O maior contingente é das mulheres negras: as domésticas são 21,7% das mulheres negras ocupadas, ou seja, de cada 100 mulheres negras ocupadas no Brasil aproximadamente 22 são empregadas domésticas. Para o conjunto formado por mulheres brancas, amarelas e indígenas, o emprego doméstico corresponde a 13% do total da sua ocupação. As trabalhadoras

Algunos otros avances han sido dados por el Estado brasileño en relación con los derechos de los trabajadores domésticos, pero aún incipientes, como la promulgación de la Ley 10.208, del 23 de marzo de 2001, la cual amplifica dispositivos a la Ley 5.859, del 11 de diciembre de 1972, que trata sobre la profesión de empleado doméstico, para que ellos puedan elegir el acceso al *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço* (FGTS) y a la seguridad por despido injustificado.

De esta manera, con este estudio se pretende abordar prioritariamente los posicionamientos doctrinarios sobre la incorporación al ordenamiento jurídico brasileño del nuevo Convenio 189 y Recomendación 251 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y Trabajadores Domésticos. La intención no es hacer un estudio exhaustivo sobre derecho internacional del trabajo, derecho internacional público o del derecho constitucional brasileño, pero sí un análisis desde la perspectiva de la indivisibilidad de los derechos humanos, teniendo en cuenta la urgente necesidad de equiparación de las trabajadoras y de los trabajadores domésticos a las otras categorías laborales brasileñas.

El método utilizado para la construcción de este trabajo ha sido el método jurídico, con base en hipótesis y deducciones para proponer la mejor forma de incorporación de estas normas internacionales de derecho del trabajo en el ordenamiento jurídico brasileño, además de una observación atenta sobre la legislación en vigor y jurisprudencia brasileñas sobre el tema.

Dentro de la esfera de los derechos de los trabajadores domésticos en Brasil está pendiente que el Convenio 189 de la OIT sea internalizado lo antes posible, y que surta sus efectos al igualar a los trabajadores domésticos —discriminados durante la historia y por el propio derecho— con los demás trabajadores.

En el ámbito doctrinario existe una corriente que defiende la no necesidad de enmendar la Constitución Federal en materia laboral, teniendo como argumento fundamental el hecho de que los convenios internacionales del

domésticas são, em geral, empregadas domésticas, cozinheiras, governantas, babás, lavadeiras, faxineiras, acompanhantes de idosos: ou seja, realizam os serviços que se referem ao cuidado com o lar. Os trabalhadores domésticos geralmente realizam serviços de vigia, motorista particular, jardineiro e caseiro, quando o sítio ou local onde exercem a sua atividade não possui finalidade lucrativa". Disponível en: http://www.geradoracaetnia.org.br/publicacoes/maistrabalho_decente.pdf.

trabajo no siguen, necesariamente, la norma de internacionalización de un tratado convencional, además de poseer reglas de jerarquía de las fuentes que posibilitan mayor protección al trabajador y la no obligatoriedad de aplicación del sistema clásico de jerarquía. Sin embargo, y a la inversa, se observa que una parte de la doctrina¹¹ en derecho internacional defiende la necesidad de enmendar la Constitución Federal, pues el orden interno no puede ser suplantado por una disposición internacional, siendo necesario, aunque mínimo, un proceso regular de adecuación de la norma al derecho interno o viceversa.

Teniendo esto en mente, en primer lugar este artículo presentará el proceso de incorporación o internación de un tratado internacional al régimen jurídico brasileño, sus procesos de incorporación y la obligatoriedad de los tratados en el orden interno. Consecuentemente será abordado el conflicto entre el derecho internacional público y el derecho nacional: la autoridad del tratado responsable de la ley interna y la realidad de las autonomías. Finalmente, se abordará la cuestión del Convenio 189 y la Recomendación 201 de la OIT y buscar demostrar los posibles motivos de la necesidad de enmendar la Constitución Federal para la eficacia de estas nuevas normas.

Este esfuerzo está justificado, principalmente, por tratarse de un tema actual en el cual innumerables posicionamientos técnicos están siendo tomados. No obstante, debe ser loable cualquier búsqueda de protección al trabajador doméstico.

Cualquier cantidad de proyectos de enmienda a la Constitución (PEC),¹² actualmente, son abordados con el objetivo de dar una nueva redacción al

¹¹ En este sentido véanse a los constitucionalistas brasileños como: De Abreu Dallari E., P. B., *Constituição e tratados internacionais*, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 48-51. Que se refiere a la norma establecida por el § 3º del artículo 5º, considerado como una ley interpretativa, con el objetivo de asentar jurisprudencias y doctrinas levantadas por el § 2º de dicho artículo 5º, sobre los conflictos entre leyes internas ulteriores y tratados internacionales de derechos humanos, por ejemplo. Para profundizar el análisis sobre la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito del derecho interno brasileño, así como las cuestiones suscitadas por la enmienda 45, que da nueva redacción al artículo 5º § 3º de la Constitución Federal, véase: Piovesan, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 7a. ed., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 51-80; Rezek, J. F., *Direito internacional público*, 10a. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 101-103, como también Ingo Wolfgang, Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, pp. 150-160. Sobre la enmienda 45 a la Constitución de la República Federativa de Brasil véase el apartado IV de este trabajo.

¹² Con referencia al procedimiento de enmienda a la Constitución, es necesario que su propuesta sea votada en dos vueltas en cada una de las Casas del Congreso Nacional, tanto en

artículo 7º de la Constitución que asegure, expresamente, a la categoría de los trabajadores domésticos todos los derechos previstos en dicho artículo.

Actualmente se estima que en Brasil hay alrededor de 7 millones de trabajadores domésticos, de los cuales solamente el 15% está de alta en la seguridad social y posee su situación jurídico-laboral en orden.¹³ El Convenio 189 de la OIT busca alcanzar a estos trabajadores y asegurarles una condición de vida digna y justa; por lo tanto, el tema es socialmente relevante por afectar al conjunto de la sociedad.

Por lo dicho, el presente trabajo busca describir, por medio de la doctrina más actual, el proceso de incorporación de los tratados internacionales y desglosar las partes del Convenio 189 y la Recomendación 201 de la OIT.

II. EL CONVENIO 189 Y LA RECOMENDACIÓN 201 DE LA OIT SOBRE EL TRABAJO DECENTE PARA LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS

Las reivindicaciones de los trabajadores domésticos por la ampliación, protección y equiparación de sus derechos a los derechos de las demás categorías laborales no está adscrito solamente a Brasil, sino a toda comunidad internacional, y contestando a este llamado ha sido aprobado por 396 votos a favor, 16 votos en contra y 63 abstenciones el Convenio 189 sobre el Trabajo Digno para Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos¹⁴ el pasado junio de 2011 durante la 100^a Conferencia Internacional del Trabajo (CIT);¹⁵ como

la Cámara de los Diputados cuanto en el Senado Federal, y su quórum de votación es de 3/5 de los miembros de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal. Fuera de la rigidez del procedimiento y del quórum mínimo referente a la iniciativa de enmienda a la Constitución, existen otras limitaciones, aquellas halladas en el artículo 60, párrafo 1, de la Constitución Federal de 1988, según el cual no se pueden proponer enmiendas durante el estado de defensa, estado de sitio o intervención federal en alguno de los estados de la Unión.

¹³ OIT, Brasil, *Mais Trabalho Decente para Trabalhadoras e Trabalhadores Domésticos no Brasil*, disponible en: http://www.generatoraetnia.org.br/publicacoes/maistrabalho_decente.pdf.

¹⁴ Organización Internacional del Trabajo (OIT), AP núm. 15A, Convenio sobre el Trabajo Digno para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_157833.pdf.

¹⁵ La OIT es la única organización tripartita de las Naciones Unidas, y cada uno de sus 183 Estados miembros está representado por dos delegados del gobierno, uno de los empleadores y uno de los trabajadores, quienes pueden votar en forma independiente. Por ocasión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), cada Estado miembro de la OIT está represen-

también la Recomendación 201 sobre el Trabajo Digno para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos,¹⁶ aprobada por 434 votos a favor, 8 votos en contra y 42 abstenciones.¹⁷

Estos dos instrumentos son las primeras normas internacionales del trabajo destinadas a mejorar las condiciones laborales de decenas de millones¹⁸ de trabajadoras y trabajadores domésticos en el mundo. Como se puede observar en la declaración del ex director general de la OIT, el diplomático chileno Juan Somavia,¹⁹ la OIT al adoptar estos instrumentos “ha hecho historia”, pues según él, afirmó en una nota de prensa:²⁰ “por primera vez llevamos el sistema de normas de la OIT a la economía informal, y éste es un acontecimiento de gran importancia”. Estas declaraciones corroboran, sin duda, la importancia del *status* de dichos instrumentos.

El Convenio 189 ha sido elaborado pensando en que los millones de trabajadoras y trabajadores domésticos que se ocupan de las familias y los hogares puedan disfrutar de los mismos derechos laborales que otros trabajadores, incluyendo horas de trabajo razonables, libertad sindical y negociación co-

tado por una delegación tripartita, integrada por dos delegados gubernamentales, un delegado empleador y un delegado trabajador, más sus consejeros técnicos respectivos. Para mayor información véase el artículo 3º, apartados 1 y 2, de la Constitución de la OIT.

¹⁶ Organización Internacional del Trabajo (OIT), AP núm. 15B, Recomendación sobre el Trabajo Digno para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, disponible en: http://www.ilo.org/wcms5/groups/public/-ed_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms_157834.pdf.

¹⁷ El convenio es un tratado internacional vinculante para los Estados miembros que lo ratifiquen, mientras que la recomendación ofrece una guía más detallada sobre la forma en que el convenio puede ser llevado a la práctica.

¹⁸ La propia OIT no sabría precisar la cantidad de trabajadores domésticos que hay actualmente en actividad en el mundo; sin embargo, se estima que pueden llegar a 100 millones de personas, conforme dice la nota de prensa: “De acuerdo con estimaciones recientes de la OIT basadas en estudios o censos nacionales de 117 países, el número de trabajadoras y trabajadores domésticos en el mundo es de al menos 53 millones. Pero los especialistas consideran que debido a que este tipo de trabajo se realiza a menudo en forma oculta y sin registros, el total podría ser de 100 millones de personas. En los países en desarrollo representan entre 4 y 12% del empleo asalariado. Alrededor del 83% son mujeres o niñas, y muchas son migrantes”. Organización Internacional del Trabajo (OIT), Centro de Prensa, “La 100^a Conferencia de la OIT adoptó normas laborales para proteger entre 53 y 100 millones de trabajadores domésticos en el mundo”, disponible en: http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/media-centre/press-releases/WCMS_157892/lang-es/index.htm.

¹⁹ Para mayor información véase su biografía en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/dgo/biography.htm>.

²⁰ *Ibidem*, nota 12.

lectiva, descanso semanal de al menos 24 horas consecutivas, un límite a los pagos en especie, información clara sobre los términos y las condiciones de empleo. En fin, el respeto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, lo que hace que este nuevo instrumento esté íntimamente relacionado con la materia de los derechos humanos, más allá de la disciplina del derecho internacional del trabajo.

Ahora bien, esta relación posible entre derechos humanos y derecho al trabajo digno se puede verificar en el texto introductorio del propio Convenio 189, que señala que “el trabajo doméstico continúa siendo infravalorado e invisible y lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos”.²¹

Inicialmente, se cree que es necesario explicar la elección de algunos de los conceptos operacionales adoptados en este trabajo, como trabajo y trabajador doméstico, para lo cual se han buscado en los textos del Convenio 189 y de la Recomendación 201 las definiciones adoptadas.

El artículo 1º del Convenio 189 se refiere a “trabajo doméstico” como el “trabajo realizado en un hogar u hogares”. La definición de trabajadora o trabajador doméstico se encuentra en el artículo 1.b del Convenio 189: “la expresión ‘trabajador doméstico’ designa a toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo”.²² Si bien estos instrumentos cubren a todos los trabajadores domésticos, éstos son considerados como medidas especiales para proteger a aquellos trabajadores que puedan estar expuestos a riesgos adicionales debido a su corta edad, a su nacionalidad o a su condición de alojamiento, entre otros. Además, dicho Convenio se refiere a trabajadoras y trabajadores domésticos, que según las palabras del ex director general de la OIT: “Es muy importante que hayamos colocado a los trabajadores domésticos al amparo de nuestros valores, para ellos y para todos los que aspiren a un trabajo digno. Esto también tendrá repercusiones relacionadas con las migraciones y la igualdad de género”.²³

²¹ OIT, Convenio 189.

²² *Idem*.

²³ Respecto del grave y delicado problema de la relación de género al tratarse del tema

Sin embargo, se puede preguntar por qué motivo el texto no utiliza la expresión “trabajadoras y trabajadores del hogar”. Ello porque en la versión oficial en lengua inglesa no se utiliza el término *household worker* existente para referirse a personas que prestan servicios en el ámbito del hogar; siendo que en inglés *domestic worker* es el término utilizado para referirse a trabajadores nacionales en oposición a trabajadores extranjeros.

Según se cree, al tener en cuenta la intención vanguardista²⁴ de dichos instrumentos internacionales, este detalle se ha tomado en cuenta de manera expresa para poder abarcar el mayor número posible de esta categoría laboral. Sin temer conjeturas, se cree que ello se podrá verificar en un futuro no muy lejano en Brasil, en el momento de transponer las normas y principios del Convenio 189, y es que puede ocurrir algún problema de interpretación²⁵ al

de los trabajadores y trabajadoras domésticos, la actual directora ejecutiva de ONU Mujeres, la ex presidenta de Chile, Michelle Bachelet, dijo durante una visita a la Comisión, en la cual concluyeron dos años de deliberaciones sobre este tema, que el déficit de trabajo digno de las trabajadoras y los trabajadores domésticos “ya no puede ser tolerado”, y recordó que estos trabajadores “permiten mantener en movimiento el motor de la economía y los engranajes de la sociedad”. Bachelet dijo también que ONU Mujeres apoyará la ratificación y aplicación de los nuevos instrumentos de la OIT que calificó como “un aporte de importancia histórica a la agenda del desarrollo”. La vicepresidenta representante de los trabajadores, Halimah Yacob, de Singapur, agregó que: “necesitamos normas que sean efectivas y vinculantes para poder ofrecer trabajo digno a las trabajadoras y los trabajadores domésticos, que ofrezcan una guía efectiva para gobiernos, empleadores y trabajadores”, subrayando que urge dotar a las trabajadoras y los trabajadores domésticos de respeto y dignidad como seres humanos. *Ibidem*, nota 12.

²⁴ Como se puede comprobar mediante las palabras de una de las ejecutivas de la OIT: “Este es un logro muy importante”, según la directora del Programa de la OIT sobre Condiciones de Trabajo, Manuela Tomei, que describió las nuevas normas como “robustas, pero flexibles”. Agregó que con estos instrumentos está claro que “las trabajadoras y los trabajadores domésticos no son sirvientes ni miembros de la familia; son trabajadores. Después de hoy no pueden ser considerados como trabajadores de segunda categoría”. *Idem*.

²⁵ Este problema de interpretación se debe al hecho de que, por ejemplo; “una definición objetiva del trabajo doméstico plantea varios problemas, a saber: el primero es que ciertas actividades que entran en ella y producen, por tanto, un valor doméstico, no son consideradas como tal trabajo por las personas que lo realizan. Entre estas actividades que no son consideradas como trabajo destacan, por el valor producido y por el tiempo dedicado a ellas, la atención y cuidado de personas (hijos e hijas y personas enfermas o incapacitadas) y las actividades de ocio productivo. Dentro de la atención a los hijos e hijas, y que están excluidos de lo que se considera trabajo, no sólo están las actividades de compartir juegos o acompañarlos en edades tempranas, sino también en actividades tales como la información y el asesoramiento en edades más avanzadas. En cuanto al ocio productivo, sólo es considerado como trabajo cuando el valor producido es apreciable, por ejemplo la confección de prendas de vestir, y aún así no en

respecto, pues no siempre el término “trabajadora o trabajador doméstico” podrá ser entendido *lato sensu*, teniendo el hogar²⁶ como núcleo principal e ideológico de la palabra, por ejemplo.

El trabajo decente y digno está asentado como un gran reto para la comunidad internacional, y viene siendo una de las prioridades de la política institucional de la OIT. Pues se sabe además que los trabajadores y trabajadoras domésticos no son muchas veces alcanzados por el concepto de trabajo decente, que conforme a la propia OIT es: “la ocupación productiva, adecuadamente remunerada, ejercida en condiciones de seguridad y libre de todas las formas de discriminación, con derechos asegurados a la protección social, voz y representación”.²⁷

La situación mundial de las trabajadoras y los trabajadores domésticos no es para nada sencilla,²⁸ pues como indica Sánchez: “el trabajo doméstico también presenta un enorme déficit de trabajo digno en prácticamente todas sus dimensiones. Y, en cada una de ellas, se hace necesaria una acción pública y social decidida para que esta profesión pueda tener reducido y eliminado este déficit” de justicia social, hecho por el cual más de una vez se lanza la reflexión respecto al vínculo del derecho internacional de los derechos humanos en la materia.

todos los casos”. Ruiz, J. et al., “Trabajo doméstico”, en Reyes, R. (coord.), *Diccionario crítico de ciencias sociales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filosofía y Ciencias Sociales, 2000.

²⁶ Pues el “trabajo doméstico ha reemplazado generalmente al trabajo no pagado que tradicionalmente realizaban las mujeres como *dueñas de casa*, lo cual explica su desvalorización en términos culturales y económicos”. Valenzuela, M. E. y Mora, C., *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*, Santiago de Chile, OIT, 2009, p. 7.

²⁷ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Trabajo Decente, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 87^a Reunión (Ginebra-OIT), 1999.

²⁸ “The development of domestic work within the home is the crucial factor that determined its exclusion from the ambit of labour law. 19 During the 20th century, domestic work was progressively regulated and included within the purview of labour law, either in labour codes or as specific laws as a special employment relationship. However, the legacy of its past legal configuration remains. Quite frequently, labour laws refer to domestic workers either to exclude them completely from their scope or to grant them lower levels of protection by being deprived on many of the rights accorded to other categories of workers”. Ramírez-Machado, J. M., “Domestic Work, Conditions of Work and Employment: A Legal Perspective”, *Conditions of Work and Employment Series*, Ginebra, núm. 7, s.a., p. 7. Disponible en línea: <http://ilo-mirror.library.cornell.edu/public/english/protection/condtrav/publ/7cwe.htm>.

De esta forma, a través de lo expuesto hasta el momento se espera que las novedades traídas por esta nueva norma internacional del trabajo sean internalizadas y positivas en el ordenamiento jurídico brasileño y que, principalmente, aceleren la larga lucha social de esta clase laboral por su equiparación con las demás.

No obstante, por más que exista un sentido común respecto a la importancia y urgencia del tema, hay controversias sobre cómo Brasil podrá efectuar la incorporación del Convenio 189 de la OIT. Como Estado-miembro de la OIT, todavía falta que Brasil la ratifique, y mientras no lo haga surgirán algunas discusiones, como la propuesta en este trabajo mismo sobre la necesidad o no de enmienda a la Constitución Federal para su recepción. Vale subrayar que el sistema constitucional brasileño distingue expresamente a los trabajadores domésticos de los demás trabajadores, como lo señalamos anteriormente al citar el artículo 7º de la Constitución Federal de 1988.

III. LA INCORPORACIÓN Y JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

Según está asentado, el derecho internacional es el conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones entre Estados soberanos.²⁹ Además de creer que la investigación del derecho internacional debe poseer como punto de partida el estudio analítico de sus fuentes,³⁰ formales y materiales, en las

²⁹ Respecto al concepto de derecho internacional y sus orígenes utilizado para este trabajo véase la obra de Fauchille, *Traité de droit international public*; von Liszt, F., *Das Völkerrecht*, Berlín, s.e., 1925; Anzillotti, D., *Corso di diritto internazionale*, 4a. ed., Padua, s.e., 1964; Rousseau, Ch., *Droit international public*, París, s.e., 1970, t. I, todos citados por Macalister-Smith, P. y Schwietzke, J., “Bibliography of the Textbooks and Comprehensive Treatises on Positive International Law of the 19th Century”, *Journal of the History of International Law*, HJIL, vol. 3, núm. 75; Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 2001, disponible en: <http://www.mpil.de/wv/en/pub/research/details/publications/institute/jhil.jfm>. Además véase Oppenheim, L., *Tratado de derecho internacional público*, 8a. ed., trad. de J. López Oliván y J. M. Castro Rial, Barcelona, Bosch, 1961. Finalmente, Díez de Velasco Vallejo, M., *Instituciones de derecho internacional público*, 18a. ed., Madrid, Tecnos, 2011.

³⁰ Oppenheim, *op. cit.*, pp. 24 y ss. Advierte acerca de la distinción entre el origen y la causa del derecho. Para él, las fuentes se derivan de los derechos, independientemente de las causas que los han forjado, utilizando la figura de un manantial de agua, así como el agua que brota de la tierra, el derecho posee su fuente.

cuales el derecho se externaliza mediante sus propios fundamentos, tal como un teorema matemático, según la mejor concepción kelseniana de la norma fundamental.³¹

En la doctrina del derecho internacional existen dos concepciones de fuentes: una es la positivista pura, defendida por Anzilotti³² (1964),³³ entre otros, en la cual la única fuente del derecho internacional es el acuerdo de voluntad entre las partes, sea de forma expresa o tácita, y la otra concepción es la objetivista, fundada en la distinción entre las fuentes creadoras del derecho, las fuentes materiales, y las fuentes formales.

Las fuentes formales del derecho internacional se hallan en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), que contiene los tratados, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, la doctrina, la jurisprudencia y la equidad. Para este trabajo subrayamos entre las fuentes del artículo 38 del ECIJ, los tratados y convenios, pues al fin y al cabo, el foco central de este trabajo es un convenio internacional del trabajo.

De acuerdo con la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Internacional,³⁴ un tratado es el acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas de derecho internacional, que estén regidos por el derecho internacional. De esta definición se pueden extraer las siguientes conclusiones: ante todo, un tratado debe ser un acuerdo internacional, es decir, establecido entre dos o más partes que poseen el *status* de sujetos de derecho internacional; y en segundo lugar, esta relación establecida se da conforme las normas del derecho internacional y no del derecho interno de cualquiera de las partes contratantes.

De esta manera, se puede decir que el término “acuerdo” o “convenio” internacional siempre será sinónimo de tratado. El uso de varias denominaciones para los tratados es una práctica común en el derecho internacional. La

³¹ Las ciencias matemáticas se basan en verdades absolutas, los teoremas, que son reglas y que tienen su explicación científica fundamentada en el seno de las propias matemáticas.

³² Sobre el pensamiento del derecho internacional en la escuela italiana y Dionizio Anzilotti véase Zicardi, P., *Evoluzione e traguardi della scuola italiana di diritto internazionale nel XX secolo*, trad. al portugués por Arno Dal Ri Júnior, disponible en: http://www.iusgentium.ufsc.br/downloads/ziccardi_escolaitaliana.pdf.

³³ Anzilotti, D., *Corso di diritto internazionale*, 4a. ed., Padua, s.e., 1964; Macalister-Smith, P. y Schwietzke, J., *op. cit.*, nota 30.

³⁴ Disponible en: <http://treaties.un.org/Home.aspx>.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969,³⁵ establece que estos tratados son vinculantes independientemente de su nombre específico: tratados, convenios, acuerdos, protocolos y convenciones.

Bajo el principio de fuerza obligatoria de los tratados internacionales, encarnado en el principio de *pacta sunt servanda* del artículo 26³⁶ de la Convención de Viena, es unánime en la comunidad internacional que los tratados sean normas obligatorias entre las partes contratantes.

Las convenciones y convenios internacionales, como el propio Convenio 189 de la OIT, son tipos de tratados que poseen naturaleza obligatoria, normativa y programática entre los sujetos de derecho internacional. El término “convención” o “convenio”³⁷ es lo comúnmente utilizado para denominar los acuerdos internacionales entre Estados, como en el caso de tratados multilaterales adoptados en asambleas o conferencias, como la propia CIT realizada cada verano septentrional en la sede de la OIT en Ginebra, Suiza.

De esta manera, los convenios de la OIT son tratados internacionales que, una vez adoptados por la CIT, pueden ser ratificados por los Estados-miembros, como bien indican los artículos 19 y 20 de la Constitución de la OIT. Y, siendo así, los Estados que hayan ratificado un convenio de la OIT están, entonces, jurídicamente obligados por el contenido de dicho instrumento, por lo cual, según los términos del artículo 19, párrafo 5, de la propia Constitución de la OIT, deben adoptar “las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio”.

No se puede dejar de subrayar la naturaleza particular de los convenios internacionales del trabajo, pues son elaborados y adoptados de manera tripar-

³⁵ Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

³⁶ Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Ésta se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

³⁷ El concepto de convenio internacional abarca el hecho para el cual se le conforme mediante una discusión previa en una asamblea o conferencia, por ejemplo cuando opiniones o puntos de vista de sujetos del orden jurídico internacional se unen alrededor de un tema común. Estas discusiones son llevadas a cabo, en general, por los cuerpos diplomáticos acreditados de los respectivos sujetos de derecho internacional, Estados o/y organizaciones internacionales. De esta manera, los sujetos acuerdan, comprometiéndose recíprocamente, cumplir las obligaciones y respetar los derechos contenidos en un instrumento escrito resultado de estas discusiones.

tita durante la Conferencia Internacional del Trabajo, además de poseer distintas características que los diferencian de los demás tratados internacionales “clásicos”,³⁸ “y que en cierta medida responden a la naturaleza legislativa que se pretendía conferirles al momento de la creación de la OIT”.

No obstante, el derecho internacional del trabajo reconoce otra norma internacional que posee un *status* diferenciado entre los tratados y convenios: las recomendaciones. De acuerdo con Beaudonnet, las recomendaciones son el resultado de las decisiones en las discusiones de organizaciones internacionales y que pueden generar efectos jurídicos por ser de contenido programático, recomendando al Estado-miembro que legisle sobre la materia de que trata la recomendación.

El reto principal de una recomendación de la OIT es perseguir el perfeccionamiento normativo de un Estado-miembro sobre la materia tratada por ella. Las recomendaciones no son fuentes formales del derecho internacional por no estar presentes en el artículo 38 del ECJ y, de esta manera, no generan derechos y obligaciones en el derecho interno de los Estados.

Las recomendaciones internacionales del trabajo no son instrumentos vinculantes, sin embargo poseen un rol de suma importancia en el campo social, jurídico y político del escenario del derecho internacional del trabajo. Las recomendaciones poseen el reto de que los Estados-miembros perfeccionen su legislación interna de manera congruente a sus postulados. Como en el caso de que un convenio sea adoptado en conjunto con una recomendación, ésta podrá proponer medidas que permitan poner en práctica los principios planteados por el convenio, como bien ilustra el caso aquí desglosado.

Es menester que la adhesión a un tratado internacional por un Estado acarree determinados impactos en su orden jurídico interno. Las obligaciones internacionales exigen a los Estados que ejecuten los dispositivos contenidos en el texto de los tratados firmados, y para que tal hecho se materialice es necesario que el texto internacional sea incorporado al ordenamiento jurídico interno de los Estados signatarios.

Esta incorporación puede darse mediante dos vertientes aceptadas por la doctrina internacional: la teoría monista y la teoría dualista del derecho internacional.

³⁸ Beaudonnet, X., *Derecho internacional del trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*, Turín, Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009.

Para la teoría monista existe solamente un orden jurídico universal y no hace distinción entre las normas de derecho internacional y de derecho interno de los Estados, considerando la existencia de nada más un orden jurídico universal, el del propio derecho internacional, y de esta forma no es necesaria la recepción formal en el derecho nacional de los tratados internacionales firmados por los Estados.

La teoría monista está dividida en dos ramas principales, la del monismo con primacía del derecho internacional y la del monismo nacionalista. En la primera, el derecho internacional, encarnado en los tratados y otras normas internacionales vinculantes, es superior al propio derecho interno; el tratado se incorpora automáticamente, sin necesidad de recepción por norma interna, y ello prevalece sobre el derecho interno.³⁹ El monismo nacionalista, por su parte, considera que los Estados poseen soberanía plena y, por lo tanto, sus ordenamientos internos son superiores al orden internacional y sólo internalizan en su derecho interno aquellas normas internacionales que estén en consonancia con el derecho patrio. Pero, como bien indica el artículo 27 de la Convención de Viena, una vez firmado un tratado internacional, las partes no podrán “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”⁴⁰.

En la teoría dualista del derecho internacional existen dos órdenes jurídicos internacionales, compuestos por el derecho internacional, *per se*, y por el derecho interno de los Estados, y la incorporación de los tratados y otros documentos internacionales vinculantes debe pasar por un procedimiento de incorporación para que de esta manera pasen a formar parte del *corpus iuris* nacional.

Dentro de la teoría dualista existen dos vertientes: la del dualismo extremo y la del dualismo moderado. Para la primera el tratado debe ser transformado en proyecto de ley, y así seguir el rito de una ley ordinaria para pasar a formar parte del ordenamiento jurídico nacional. El dualismo moderado exige que el tratado se convierta apenas en un acto normativo interno, prescindiendo de ser incorporado mediante procedimiento legislativo, pudiendo ser internalizado por decreto presidencial o legislativo, como ocurre, por ejemplo, en

³⁹ Esta teoría es defendida en Brasil para la recepción de tratados de derechos humanos y sus principales teóricos son Antônio Augusto Cançado Trindade y Flávia Piovesan.

⁴⁰ Convención de Viena.

el caso brasileño, donde una vez firmado, el tratado internacional es recibido por el Congreso Nacional⁴¹ y en seguida es ratificado y promulgado por la Presidencia de la República.

Además, en Brasil hay un control de constitucionalidad de los tratados, y su legalidad conforme el derecho nacional. Es el Supremo Tribunal Federal (STF), intérprete máximo de la Constitución, quien hace este control con base en el artículo 102, III, b de la Constitución Federal, que dice: “Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole: ...III. Juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: ...b. Declarar la inconstitucionalidad de un tratado o una ley federal”.

Este control de constitucionalidad no abarca a los tratados de derechos humanos, que son regidos conforme el artículo 5º, párrafo 1, de la Constitución Federal, que dice que “las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata”. De esta manera, como se verificará más adelante, se discutirá respecto a las características intrínsecas al tratado de derechos humanos en el Convenio 189 de la OIT, y por lo tanto su incorporación automática al ordenamiento jurídico brasileño.

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y EL DERECHO INTERNO BRASILEÑO

Más allá de las discusiones entre las teorías monistas y dualistas de recepción del derecho internacional por el derecho interno de los Estados, no se puede olvidar que existen principios generales del derecho laboral⁴² que protegen al trabajador, y que según la doctrina⁴³ pueden ser divididos en: *a) in*

⁴¹ De esta manera, el Congreso Nacional brasileño está obligado por el principio *venire contra factum proprium non valet*, que le impide promulgar leyes que contradigan el contenido de tratados internacionales anteriormente aprobados.

⁴² Véase la obra brújula sobre el derecho laboral en América Latina de Plá Rodríguez, A., *Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 9 y ss. Así como Pasco Cosmópolis, M., “En torno a los principios del derecho del trabajo”, *Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, México, Porrúa, 2005.

⁴³ En Brasil, unos de los principales exponentes del derecho laboral es el ministro jubilado del *Tribunal Superior do Trabalho* (TST) y profesor universitario Arnaldo Süsskind, sus obras: *Curso de direito do trabalho*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2010 y *Direito constitucional do trabalho*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2010, son un inestimable supedáneo para la elaboración de

dubio pro operario; b) la aplicación de la norma más favorable, y c) la condición más beneficiosa. El principio de la norma más favorable para el trabajador hace que prevalezca la norma, tanto internacional cuanto nacional, que dé mayor protección y promoción a los derechos de los trabajadores.⁴⁴

No obstante, el derecho internacional del trabajo recibe una fuerte e indudable influencia del sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas de donde emanan importantes supedáneos para la formación de las fuentes del derecho internacional del trabajo.⁴⁵

De esta manera, se puede observar que los convenios de la OIT relativos a los principios y derechos fundamentales en el trabajo tratan, en su gran mayoría, de derechos humanos en la esfera laboral, como el Convenio núm. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación,⁴⁶ que ha recibido influencia directa de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de

este estudio que se presenta. Corrobmando en este sentido Barbagelata (2008) cita una constelación de teóricos brasileños del derecho del trabajo, al decir que: “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. Además existen importantes aportes en estudios particulares de Süsskind, Pinho Pedreira, F. Márquez de Lima, W. D. Giglio, Pallares Moreira Reis, J. A. Rodrigues Pinto y R. Pamplona Filho, etcétera”. Barbagelata, H. H., “Los principios de derecho del trabajo de segunda generación”, *IUSLabor*, Barcelona, núm. 1, 2008. Disponible en: <http://www.upf.edu/iuslabor/012008/Latinamerica.pdf>.

⁴⁴ Según Gonçalves Portela, el principio de la norma más favorable “fundamenta-se não no suposto primado da ordem internacional ou nacional, mas sim na prevalência do imperativo da proteção da pessoa humana, valor atualmente percebido por parte importante da sociedade internacional como superior a qualquer outro...”. Gonçalves Portela, P. H., *Direito internacional público e privado*, 3a. ed., Salvador, JusPodivm, 2011, p. 63. La traducción del original en portugués al castellano es nuestra.

⁴⁵ En este sentido, hay que considerar al derecho del trabajo como una vertiente de los derechos humanos, a lo que añadiríamos el derecho a un trabajo digno, según M. G. Delgado (*Curso de direito do trabalho*, 9a. ed., São Paulo, LTR, 2010, p. 145): “...havendo aparente conflito entre regras internacionais ratificadas e o Direito interno, deve prevalecer a regra e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica... vedação do retrocesso (d)os Direitos Humanos, em suas múltiplas dimensões. O mesmo se aplica a regras de tratados e convenções internacionais sobre direitos trabalhistas — que têm óbvia natureza de direitos humanos: em situação de aparente conflito entre regras internacionais ratificadas (Convenções da OIT, por exemplo) e regras legais internas, prevalece o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, quer no que tange ao critério de solução do conflito normativo, quer no que diz respeito ao resultado interpretativo alcançado”.

⁴⁶ Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>.

1979.⁴⁷ Así como el Convenio 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes,⁴⁸ que ha sido influenciado por la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares,⁴⁹ han tenido nítida influencia de documentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁵⁰

La utilización de la norma más favorable implica el abandono de la teoría kelseniana positivista del orden lógico, es decir, la representación clásica de que la validez de una norma se basa en un estándar que es designado como superior, y que cualquier enfrentamiento entre los dos siempre será decidido por la jerarquía que ocupan, siendo los inferiores preteridos por los superiores.

En Brasil, mediante la aplicación de este principio, siempre se aplicará la norma más favorable al trabajador, independientemente del rango que pueda poseer en la pirámide de las leyes. En el ordenamiento jurídico brasileño, el principio de la aplicación de la norma más favorable al trabajador se halla en el artículo 620 de la CLT, que dice que las condiciones establecidas en convenio, cuando sean las más favorables, prevalecerán sobre aquellas estipuladas en acuerdo.⁵¹

⁴⁷ El artículo 1º de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece: “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el género, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”, posee definición análoga a la del Convenio 111 de la OIT. Naciones Unidas, CEDAW, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>.

⁴⁸ Véase: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>.

⁴⁹ Véase: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/c12563e7005d936d4125611e00445ea9/a0d5b166e404486c1256fe0004ad28a/\\$FILE/G0540821.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/c12563e7005d936d4125611e00445ea9/a0d5b166e404486c1256fe0004ad28a/$FILE/G0540821.pdf).

⁵⁰ Todos estos textos internacionales pueden ser hallados en la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law>.

⁵¹ Brasil, *Consolidação das Leis do Trabalho*. Además, el principio de la norma más favorable para el trabajador encuentra su variante en el principio protector del trabajador y, *lato sensu*, del *in dubio pro operario*. Cfr. el artículo 620 de la CLT: “As condições estabelecidas em Convenção,

Es fundamental que la norma constitucional sea la que prevalezca sobre todas las otras; sin embargo, si existe una norma más benéfica al trabajador, es ésta la que deberá prevalecer, aunque sea jerárquicamente inferior. De tal forma, cuando exista un conflicto normativo entre dos dispositivos del derecho del trabajo, como entre un Convenio ya ratificado (en este caso con fuerza de ley) y la Constitución Federal, la norma elegible será aquella que ofrezca un mayor nivel de protección y una mayor ventaja al trabajador.

La regla general constitucional brasileña de incorporación de un tratado internacional puede ser dividida en cinco fases: negociación, signatura, referendo, ratificación, publicación/promulgación.

La primera fase es la negociación, en ella las partes discuten y establecen los términos del trabajo. La segunda fase, la signatura, es el acto en el cual los negociadores expresan la concordancia con el tenor del trabajo, certifican el texto y lo envían a la Consultoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores (Itamaraty) para dar paso al referendo. En regla, el acto de signar no crea obligaciones jurídicas más allá de no impedir los objetivos del tratado, y en el caso de la OIT, de enviar el texto para el referendo al Congreso. Esas dos fases están presentes en la Constitución Federal, que determina que es competencia del presidente de la República celebrar tratados internacionales, como señala el artículo 84, VIII, de la Sección II, “De las atribuciones del presidente de la República”: “Compete privativamente al presidente de la República: ...celebrar tratados, convenciones y actos internacionales, sujetos a referendo del Congreso Nacional”.⁵²

Según el artículo 49 de la Constitución Federal, es competencia del Congreso Nacional resolver definitoriamente sobre acuerdos o tratados inter-

quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”. Brasil, *Consolidação das Leis do Trabalho* (1943). Además, la importancia del tema, como se ha referido en todo momento de este trabajo, la doctrina argumenta que: “A Constituição Federal haverá de prevalecer em todo ramo do ordenamento jurídico, mas, se houver outras normas jurídicas mais benéficas ao trabalhador, estar deverão prevalecer. É a influência do princípio protetor e a caracterização da norma mais favorável. O Direito do Trabalho não adota o sistema clássico. Em havendo o conflito de normas, deverá prevalecer a norma mais benéfica ao trabalhador, mesmo que seja hierarquicamente inferior. Também, como consequência deste princípio protetor, devem ser preservadas as condições mais benéficas ao trabalhador, ainda que sejam alteradas pela norma jurídica posterior que, em seu bojo, estabeleça condições menos favoráveis”. Neto, Jorge, y Pessoa Calvalcante, J. de Q., *Manual de direito do trabalho*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2004, t. I., p. 130.

⁵² George Washington University, *op. cit.*, nota 6.

nacionales que acarreen encargos o compromisos, así como refrendar los actos internacionales celebrados por el Ejecutivo. Esto es, en el referendo el Congreso hace un juicio de legalidad, constitucionalidad y mérito del tratado, sin poder alterar o enmendar el texto, mas con licencia de aprobar, con o sin reservas (cuando hubiera esa previsión en el tratado). La aprobación del texto por el Congreso se da mediante decreto legislativo, y cabe resaltar que la aprobación de ese acto no obligará al presidente de la República a ratificar el tratado.

La cuarta etapa es la ratificación, proceso por el cual el o la presidente de la República, en cuanto jefe del Estado, por nota diplomática comunica a las demás partes u organismo internacional que el tratado ha sido aprobado internamente. Es en ese momento que el tratado pasa a tener vigencia internacional; es en este momento que el Estado firmante que lo ratifica pasa a estar comprometido internacionalmente. El tratado empieza a tener vigencia a partir del mínimo de contratantes establecido por la Convención de Viena o por sus propios textos.

La última etapa es la publicación y promulgación del tratado en el derecho nacional. Esto se hace mediante decreto presidencial. A partir de ese momento el tratado tiene *status* de ley nacional y pasa a tener vigencia en todo el territorio nacional en los términos de ley. Ésta es la etapa final del proceso de incorporación del tratado al sistema jurídico nacional.

A partir de 1977 el Supremo Tribunal Federal (STF) adoptó la posición en la que los tratados internacionales no son superiores a las leyes nacionales cuando incorporados tienen estatus infraconstitucional y son equiparados a las leyes ordinarias; se someten al principio de especialidad y cronología y pueden ser declarados inconstitucionales a través de un control difuso o concentrado.

Con lo anterior se entiende que los tratados son incorporados con estatus de ley ordinaria, aun siendo por decreto. Ésta es la jerarquía de la mayoría de los tratados en el orden nacional. Son considerados leyes ordinarias y se someten a la Constitución en todos los sentidos. Sin embargo, existen tres excepciones: los tratados en materia tributaria, los tratados de derechos humanos con estatus constitucional y los tratados de derechos humanos con estatus supralegal.

La Constitución Federal apunta la dignidad de todas las personas humanas como uno de sus principios fundamentales. Para consagrar ese principio, la

enmienda constitucional 45 de 2004 introdujo el párrafo 3 en el artículo 5º de la Constitución Federal, el cual pasó a tener la siguiente redacción: “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueron aprobados en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”.⁵³

La interpretación de la enmienda constitucional 45 por el intérprete mayor de la Constitución Federal, el STF, es que el tratado de los derechos humanos aprobado con formalidad de enmiendas en la Constitución Federal sea considerado norma constitucional en sentido formal; o sea, pasan a ser normas con rango constitucional. Así, pues, los tratados de derechos humanos que no obedezcan a la regla especial de las enmiendas deben ser considerados normas supralegales.

In summa, los tratados internacionales comunes tendrán el rango de ley ordinaria, siempre que sigan la regla de incorporación ordinaria en el ordenamiento jurídico nacional. Los tratados internacionales que sean incorporados con la norma ordinaria de incorporación tendrán estatus de ley supralegal; teniendo en cuenta su importancia, serán superiores a cualquier otra ley ordinaria.

Finalmente, los tratados de derechos humanos incorporados por la norma especial del artículo 5º, párrafo 3, de la Constitución Federal serán considerados equivalentes a las enmiendas constitucionales y poseerán estatus de norma constitucional.

Este pensamiento puede ser sistematizado, también, en palabras de Celso de Albuquerque Mello:

Los tratados o convenciones internacionales, una vez, regularmente, incorporados al derecho interno, se sitúan en el sistema jurídico brasileño en el mismo plano de validez, eficacia y autoridad en que se posicionan las leyes ordinarias, habiendo, en consecuencia, entre éstas y los actos de derecho internacional público, mera relación de paridad normativa... En el sistema jurídico brasileño los actos internacionales no disponen de primacía jerárquica sobre las normas de derecho interno. La eventual precedencia de los

⁵³ Brasil, *Constituição* (1988), *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponible en: http://www.planalto.gov.br/civil_03/Constituicao/Constituicao.htm. La traducción de la versión original en portugués al castellano es nuestra.

tratados o convenciones internacionales sobre las reglas infraconstitucionales del derecho interno, solamente se justificará cuando haya una situación de antinomia o el ordenamiento doméstico lo impusiere para la solución del conflicto...⁵⁴

De esta manera, conforme hemos expuesto, una convención de la OIT precisa ser ratificada e incorporada al ordenamiento jurídico para que produzca efectos jurídicos internos. Hay tres formas posibles para su incorporación. Si fueren consideradas normas de derechos humanos pueden ser incorporadas por la norma especial del artículo 5º, párrafo 3, de la Constitución Federal y serán equiparables a las enmiendas constitucionales. Aun siendo consideradas de derechos humanos pueden ser incorporadas por la norma ordinaria, y tendrán estatus de norma supralegal, así como fue recibido por Brasil, por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica. En tercer lugar, pueden ser considerados simples acuerdos sobre derechos sociales, cuya discusión aún tiene divergencias sobre si son o no derechos fundamentales, y por tanto tienden a ser incorporados como ley ordinaria, así como cualquier otro tratado internacional.

V. CONCLUSIONES: LA NECESIDAD DE RATIFICACIÓN E INCORPORACIÓN POR BRASIL DEL CONVENIO 189

Hay una gran parte de la doctrina del derecho del trabajo y del derecho internacional del trabajo, conforme ya se ha verificado hasta aquí, que defiende que el Convenio 189 de la OIT no precisa ser internalizado en el ordenamiento jurídico brasileño mediante una enmienda en la Constitución Federal.

Sin embargo, hay quien diga que sí, que los convenios internacionales del trabajo deben ser internalizados en Brasil mediante enmienda a la Constitución, y defienden además que el ordenamiento jurídico interno no puede ser suplantado de manera directa por una norma internacional, y que ésta debe ser mínimamente adaptada al derecho interno, puesto que esta posición está asentada sobre el hecho de que los convenios internacionales del trabajo no

⁵⁴ Albuquerque Mello, C. D., “Curso de Direito Internacional Público”, *Homenaje a Celso D. de Albuquerque Mello*, 15a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004, vol. 1, pp. 74 y ss. La traducción del original en portugués al castellano es nuestra.

deben seguir el rito ordinario de incorporación de tratados internacionales, dada su naturaleza especial de protección al trabajador.

En este sentido, somos del posicionamiento de que los derechos laborales y el derecho a un trabajo digno y decente pueden ser considerados como un derecho del rol de los derechos humanos, según el carácter indivisible y universal de éstos. Por lo tanto, se cree que la mejor manera de hacer valer estos derechos para los trabajadores y trabajadoras domésticos en Brasil, particularmente, es que el Convenio 189 de la OIT sea incorporado mediante una enmienda constitucional conforme prevé el artículo 5º de la Constitución Federal, corrigiendo de esta manera el grave error histórico de siglos de discriminación, perjuicio y décadas de trato jurídico desigual.

Ahora bien, en Brasil la justicia del trabajo es una rama especializada del Poder Judicial nacional, y como la propia naturaleza especial del tema a nivel interno, las normas internacionales del trabajo deberían ser incorporadas de manera diferenciada. Con base en el principio del igualdad, se cree que así como las demás clases de trabajadores, no de manera exhaustiva, están presentes en el texto constitucional, los trabajadores domésticos deberían constar de manera expresa en ello, primero para reparar un error histórico de discriminación y segundo para que no haya peligro de una flexibilización y retroceso de los derechos adquiridos por los trabajadores domésticos.

Brasil todavía no ha ratificado el Convenio 189 de la OIT, y se espera que no tarde en hacerlo, y el esfuerzo hecho hasta aquí ha sido el de demostrar que realmente urge la equiparación de los trabajadores domésticos a las demás clases laborales en la realidad brasileña. Es menester que urge enmendar el artículo 7º de la Constitución Federal⁵⁵ para que se extiendan al trabajador

⁵⁵ *In verbis*: “Artículo 7º. Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social: 1. El contrato de trabajo protegido contra el despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de la ley complementaria que establecerá indemnización compensatoria, entre otros derechos; 2. El seguro de desempleo, en caso de desempleo involuntario; 3. El fondo de garantía del tiempo de servicio; 4. El salario mínimo, fijado en ley y unificado para toda la nación, capaz de atender sus necesidades vitales básicas y las de su familia, como vivienda, alimentación, educación, salud, descanso, vestido, higiene, transporte y seguridad social, con reajustes periódicos que preserven el poder adquisitivo, quedando prohibida su afectación a cualquier fin; 5. El salario base proporcional a la extensión y a la complejidad del trabajo; 6. Irreductibilidad de salario, salvo lo dispuesto en convenio o acuerdo colectivo; 7. La garantía de un salario, nunca en la remuneración íntegra o en el valor de la pensión de jubilación; 8. El décimo tercer salario con base en la remuneración íntegra o el valor de la pensión de jubilación; 9. La remuneración del trabajo nocturno superior a la del

doméstico todos los derechos que les son negados, por más que esté en vigor una Constitución apodada “La Ciudadana”. Efectivamente, en la práctica la ratificación e incorporación del Convenio 189 y del contenido programático de la Recomendación 251 de la OIT por la mayoría de los países que no disponen de una legislación laboral que ampare y regule la actividad laboral doméstica sería de grande valía. Pues colmaría una importante laguna de trabajo digno y decente ante toda la comunidad internacional, y sin temor de

diurno; 10. La protección del salario en la forma de la ley, constituyendo delito su retención dolosa; 11. La participación en los beneficios, o resultados, desvinculada de la remuneración, y excepcionalmente, participación en la gestión de la empresa, conforme a lo señalado en la ley; 12. El salario familiar para sus dependientes; 13. La duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y a cuarenta y cuatro semanales, facultándose la compensación de horarios y la reducción de jornada, mediante acuerdo o convenio colectivo de trabajo; 14. La jornada de seis horas para el trabajo realizado en turnos ininterrumpidos de alternancia, salvo negociación colectiva; 15. El descanso semanal remunerado, preferentemente en domingo; 16. La remuneración de horas extraordinarias superior, como mínimo, en un cincuenta por ciento a las normales; 17. El disfrute de vacaciones anuales remuneradas, por lo menos con un tercio más, que el salario normal; 18. La licencia de embarazo, sin perjuicio del empleo y, del salario, con una duración de ciento veinte días; 19. La licencia de paternidad, en los términos fijados en la ley; 20. La protección del mercado de trabajo de la mujer mediante incentivos específicos, en los términos de la ley; 21. El aviso previo proporcional al tiempo de servicio, siendo como mínimo de treinta días, en los términos de la ley; 22. La reducción de riesgos inherentes al trabajo, por medio de normas de salud, higiene y seguridad; 23. La remuneración adicional para las actividades penosas, insalubres o peligrosas, en la forma de la ley; 24. La jubilación; 25. La asistencia gratuita a los hijos y personas dependientes desde el nacimiento hasta los seis años de edad en guardería y centros preescolares; 26. El reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos; 27. La protección frente a la automatización, en la forma de la ley; 28. El seguro contra accidentes de trabajo, a cargo del empleador, sin excluir la indemnización a que éste está obligado, cuando incurriese en dolo o culpa; 29. La acción, en cuanto a los créditos resultantes de las relaciones laborales, con plazo de prescripción de: 1. Cinco años para el trabajador urbano, con el límite de dos años después de la extinción del contrato; 2. Hasta dos años después de la extinción del contrato para el trabajador rural; 30. La prohibición de diferencias salariales, de ejercicio de funciones y de criterios de admisión por motivos de sexo, edad, color o estado civil; 31. La prohibición de cualquier discriminación, en lo referente al salario y a criterios de admisión, del trabajador portador de deficiencias; 32. La prohibición de distinción entre trabajo manual, técnico e intelectual, o entre los profesionales respectivos; 33. La prohibición del trabajo nocturno, peligroso o insalubre a los menores de dieciocho años y de cualquier trabajo a las menores de catorce, salvo en condición de aprendiz; 34. La igualdad de derechos entre el trabajador con vínculo laboral permanente y el trabajador eventual⁷. Pero los trabajadores domésticos brasileños no están adscritos a todo el listado del artículo 7º de la Constitución Federal, sino apenas a los incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI y XXIV, así como su integración en la seguridad social. Como bien indica el párrafo único. Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (la traducción del portugués al castellano es del autor).

arriesgar, se estaría contribuyendo de manera sustancial para el desarrollo del propio derecho internacional laboral.

Estas reformas constitucionales a las cuales nos referimos aquí pueden ofrecer cambios ideológicos al cuerpo material del texto constitucional con la incorporación de los mandamientos del Convenio 189, y la consecuente elaboración de legislación laboral respecto a los trabajadores domésticos. Según nuestro punto de vista, las modalidades de incorporación de los convenios internacionales del trabajo, juntamente con las técnicas interpretativas del derecho del trabajo, ya ofrecen el supedáneo necesario para la aplicación y garantía de los derechos del trabajador doméstico.⁵⁶

Existen algunos puntos que van de encuentro a la incorporación vía enmienda del Convenio 189 de la OIT, como la celeridad de la incorporación ordinaria frente a la vía por enmienda constitucional. El procedimiento legislativo de las enmiendas a la Constitución es más complejo y dificultoso que la incorporación de un tratado por vía ordinaria, y este posicionamiento tiene como principal fundamento la urgencia de la protección de los trabajadores domésticos en Brasil, y de que esta vía haría nugatorios los derechos de los trabajadores domésticos.

En Brasil, lejos de la forma como el Convenio 189 de la OIT debe ser internalizado, lo que realmente urge es que alguna acción estatal debe imple-

⁵⁶ Para la corriente doctrinaria que defiende la incorporación del Convenio 189 de la OIT a través de ley ordinaria, los esfuerzos para que sea a través de una enmienda constitucional pueden ofrecer cambios ideológicos y éticos al cuerpo formal de los textos legales y, más específicamente, a la Constitución; sin embargo, para ellos pocos resultados prácticos saldrán de esos procesos, al defender que la protección de esa clase trabajadora puede ser garantizada por las vías hermenéuticas ordinarias del derecho del trabajo. Además, según esta corriente, las modalidades de incorporación de los convenios internacionales del trabajo, sumados a las técnicas interpretativas del propio derecho del trabajo, ya garantizan *per se* la aplicación de los nuevos derechos del trabajador doméstico, o que creemos un poco arriesgado hacer tabla rasa sobre un tema social tan importante como los derechos de los trabajadores domésticos, que dada la actual coyuntura nacional e internacional, en la cual el mercado financiero influye cada vez más en las políticas públicas. Para los críticos de la enmienda a la Constitución para internalizar el Convenio 189 de la OIT es un esfuerzo legislativo y gravoso para las arcas públicas con una movilización superflua de la maquinaria pública; pese a esto, la simple observancia de los pilares del derecho internacional público, el derecho del trabajo y el derecho constitucional pueden garantizar la protección a los trabajadores domésticos sin necesidad de la enmienda a la Constitución para recibir el Convenio 189 de la OIT. Sobre estas discusiones en la doctrina del derecho del trabajo brasileño véase Gonçalves Portela, P. H., *Direito internacional público e privado*, 3a. ed., Salvador, JusPodivm, 2011, pp. 138 y ss.

mentarse para que los trabajadores domésticos obtengan protección y respeto de sus derechos humanos; ya que la falta de equiparación de esta clase con las demás clases laborales a nivel nacional hiere el principio general del derecho de igualdad, debiéndose hacer justicia a más de 6,6 millones de trabajadoras y trabajadores domésticos⁵⁷ que viven en condiciones labores indignas en pleno siglo XXI.

El Proyecto de Enmienda Constitucional (PEC) N° 278/2010,⁵⁸ que da nueva redacción al artículo 7º de la Constitución Federal, está parado en el Congreso Nacional, donde se encuentra aguardando parecer de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados desde septiembre de 2011. Por más que han surgido propuestas de protección y equiparación de los trabajadores domésticos a las otras clases de trabajadores en Brasil, anteriores al Convenio 189 de la OIT, no nos parece que dichos avances logren el éxito si la sociedad civil y el medio académico no se involucran de manera más profunda. Los motivos para este retraso son múltiples y variados, residiendo principalmente en el eje formado por los factores sociológicos, antropológicos e históricos que envuelven la temática.⁵⁹

La ratificación es necesaria para la incorporación del Convenio 189 de la OIT, la cual traería a Brasil importantes cambios sociales, como la obligatoriedad del empleador en hacer el depósito bancario de la seguridad por desempleo, el *Fundo de Garantía por Tempo de Serviço* (FGTS), el derecho del trabajador doméstico en cobrar salario-familia, adicional nocturno, adicional

⁵⁷ Según el documento de la OIT Brasil: “Segundo os dados da Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios - PNAD, o trabalho doméstico conta com 6,6 milhões de pessoas, em 2006, entre as pessoas de 16 anos e mais que estavam no mercado de trabalho. Deste total, 93,2% são mulheres e 6,8%, são homens”. Disponible en: http://www.generatoraetnia.org.br/publicacoes/maistrabalho_decente.pdf.

⁵⁸ “Proposta de Emenda à Constituição nº 478-A, de 2010, do Sr. Carlos Bezerra, que revoga o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais”. Disponible en: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473496>. Interesante resaltar a nivel de curiosidad que no por casualidad ha sido designada como relatora del PEC 478/10 la diputada federal por el *Partido dos Trabajadores* del estado de Rio de Janeiro, señora Benedita da Silva, que ha sido, antes de graduarse como maestra escolar y ser elegida para el Congreso Nacional de Brasil y vicegobernadora del estado de Rio de Janeiro, el prototípico de la criada doméstica brasileña: negra, joven, pobre y semi-analfabeta. Su biografía está disponible en: http://www.beneditadasilva.com.br/?page_id=15.

⁵⁹ Véase nota 9.

por insalubridad y peligro conforme a cada caso. Se requiere que el trabajador doméstico en Brasil goce de los programas de abono salarial y renta relativos al *Programa de Integração Social* (PIS), así como el derecho de cobrar beneficios de la Previdencia Social por accidentes laborales. También estarían asegurados a una jornada de trabajo prevista por ley específica y consecuentemente tendrían derecho a cobrar horas extras.

Por más que la enmienda a la Constitución no sea la vía más célebre, se cree que sea la vía más justa y más segura para el trabajador doméstico brasileño, y el Convenio 189 y la Recomendación 251 de la OIT buscan atender a todos estos trabajadores domésticos de Brasil y del mundo, para que les sean aseguradas condiciones mínimas de un trabajo digno y decente, y condiciones de vida y laborales para su sustento y el sustento de sus familias.

La adopción del Convenio 189 y de la Recomendación 251 de la OIT fue un acontecimiento decisivo, y en la actualidad existe un consenso mundial de que los trabajadores domésticos tienen derecho a los mismos derechos laborales que los demás trabajadores poseen asentados.

El Convenio 189 podrá tardar un poco en tomar toda su plenitud, principalmente por los graves factores histórico-antropológicos que envuelven el trabajo doméstico en todo el mundo; sin embargo, el Convenio 189 permite que el trabajo doméstico sea visto con otros ojos, y que esta carga negativa pueda dejar de ser de una vez por todas la excusa para la continuidad del grave déficit de derechos laborales y también de derechos humanos que poseen los trabajadores domésticos. Ojalá Brasil y tantos otros países no tarden en ratificar estos instrumentos internacionales que podrán servir como importantes herramientas para lograr éxito en el reto de la igualdad social y la justicia distributiva.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BARBAGELATTA, H.-H., “Los principios de derecho del trabajo de segunda generación”, *IUSLabor*, Barcelona, 2008, núm. 1. Disponible en: <http://www.upf.edu/inslabor/012008/Latinoamerica.pdf>.

BEAUDONNET, X., *Derecho internacional del trabajo y derecho Interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*, Turín, Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009.

- DE ABREU DALLARI, P. B., *Constituição e tratados internacionais*, São Paulo, Saraiva, 2003.
- DE ALBUQUERQUE MELLO, C. D., “Curso de Direito Internacional Público”, 15a. ed., *Homenaje a Celso D. de Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, vol. 1.
- DELGADO, M. G., *Curso de direito do trabalho*, 9a. ed., São Paulo, LTR, 2010.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de derecho internacional público*, 18a. ed., Madrid, Tecnos, 2011.
- GEORGETOWN UNIVERSITY, Political Database of the Americas (PDBA). Constitutions and Comparative Constitutional Study. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/brazil.html>.
- GODINHO DELGADO, M., *Curso de direito do trabalho*, 9a. ed., São Paulo, LTR, 2010.
- GONÇALVES PORTELA, P. H., *Direito Internacional público e privado*, 3a. ed., Salvador, JusPodivm, 2011.
- JORGE NETO, F. F. y PESSOA CALVALCANTE, J. de Q., *Manual de direito do trabalho*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2004, t. I.
- MACALISTER-SMITH, P. y SCHWIETZKE, J., “Bibliography of the Textbooks and Comprehensive Treatises on Positive International Law of the 19th Century”, *Journal of the History of International Law*, Heidelberg, HJIL, 2001, vol. 3, núm. 75. Disponible en <http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/publications/institute/jhil.cfm>.
- OBSERVATÓRIO DE GÊNERO. *Notícias. “Mulheres negras de baixa escolaridade são maioria no emprego doméstico em São Paulo”*. Disponible en: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/mulheres-negras-de-baixa-escolaridade-sao-maioria-no-emprego-domestico-em-sao-paulo>.
- OPPENHEIM, L., *Tratado de derecho internacional público*, 8a. ed., trad. de J. López Oliván y J. M. Castro Rial, Barcelona, Bosch, 1961.
- PASCO COSMÓPOLIS, M., “En torno a los principios del derecho del trabajo”, *Homenaje al Dr. Américo Plá*, México, Porrúa, 2005.
- PIOVESAN, F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 7a. ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
- RAMÍREZ-MACHADO, J. M., “Domestic Work, Conditions of Work and Employment: A Legal Perspective”, *Conditions of Work and Employment Series*,

- Ginebra, OIT, s. a., núm. 7. Disponible en línea: <http://ilo-mirror.library.cornell.edu/public/english/protection/condtrav/publ/7cwe.htm>.
- REZEK, J. F., *Direito internacional público*, 10a. ed., São Paulo, Saraiva, 2005.
- RUIZ, J. et al., “Trabajo doméstico”, en REYES, R. (coord.), *Diccionario crítico de ciencias sociales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filosofía y Ciencias Sociales, 2000. Disponible en: http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/index_b.html.
- SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
- SÜSSEKIND, A., *Curso de direito do trabalho*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2010.
- _____, *Direito constitucional do trabalho*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2010.
- VALENZUELA, M. E. y MORA, C., *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente Santiago*, Santiago de Chile, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2009. Disponible en: <http://www.oitchile.cl/pdf/igu033.pdf>.
- ZICARDI, P., *Evoluzione e traguardi della scuola italiana di diritto internazionale nel XX secolo*, trad. al portugués de Arno Dal Ri Júnior. Disponible en: http://www.iusgentium.ufsc.br/downloads/zicardi_escolaitaliana.pdf. 