

LEONARDO JESÚS AMBESI

**EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ESTADO DE
DERECHO LEGAL Y EN EL ESTADO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**Los desafíos teórico – prácticos que plantea la conversión del
ordenamiento laboral en un Derecho de principios**

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la
Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Rodolfo L. Vigo



UNIVERSIDAD

AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2016

*A Cecilia, mi esposa,
a mis hijas, Daniela y Constanza,
por su inagotable amor y comprensión.
A la memoria de mis padres.*

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL.....	5
ABREVIATURAS.....	17
AGRADECIMIENTOS.....	19
INTRODUCCIÓN.....	21
1. PLANTEAMIENTO: EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO A PARTIR DE SU NUEVA CONSTITUCIONALIZACIÓN.....	21
2. LAS PARTICULARIDADES DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL DERECHO DEL TRABAJO ARGENTINO ANTE EL CAMBIO DE PARADIGMA JURÍDICO.....	23
3. LA NECESIDAD DE ANALIZAR EL NUEVO PANORAMA IUSLABORAL DESDE UNA PERSPECTIVA MÚLTIPLE	25
4. ALGUNAS ACLARACIONES PREVIAS.....	27
5. ESTRUCTURA Y ORDEN EXPOSITIVO DE ESTA INVESTIGACIÓN	28
PRIMERA PARTE	31
LA FORMACIÓN Y TRÁNSITO DEL DERECHO DEL TRABAJO ENTRE LOS MODELOS ESTADUALES: LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL Y EL CASO ARGENTINO	

CAPÍTULO I LA COMPLEJA FORMACIÓN DEL “NUEVO DERECHO” Y LAS
ETAPAS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

1.	PLANTEAMIENTO: UN ORIGEN RODEADO DE CONTRASTES	33
a)	Las tensiones genéticas	35
1.	<i>Cambio – estabilidad</i>	35
2.	<i>Libertad – protección</i>	37
3.	<i>Persona – técnica</i>	38
4.	<i>Soberanía – autonomía</i>	39
b)	Las paradojas de la Ley	40
1.	<i>La Ley, motor político de los derechos individuales</i>	41
2.	<i>La Ley, una oportunidad para los derechos colectivos</i>	42
2.	EL ESTADO DE DERECHO LEGAL	45
a)	Primera etapa	45
b)	Segunda etapa:	47
1.	<i>La “presión” del naciente Estado Social</i>	47
2.	<i>El problema: una rama jurídica entre lo público y lo privado</i>	49
3.	<i>La ascensión del concepto de “ordenamiento”</i>	51
3.	EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL	54
a)	Origen	54
1.	<i>Un orden jurídico basado en los valores</i>	54
2.	<i>El problema de los derechos sociales</i>	58
b)	Proyecciones laborales	59
1.	<i>El trabajo identificado en las constituciones europeas de la Segunda Posguerra</i>	60
2.	<i>La tutela judicial de los derechos</i>	62
4.	LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y LOS DERECHOS LABORALES	66
a)	El sistema de la Organización de Naciones Unidas	68
1.	<i>Declaraciones, pactos y convenios</i>	69
2.	<i>Declaraciones, convenios y recomendaciones de la OIT</i>	72
b)	Los sistemas regionales: Europa y América Latina	73
1.	<i>Convenios y Cartas europeas</i>	73

2.	<i>Declaraciones y documentos interamericanos.....</i>	75
5.	LA TEORÍA RESULTANTE: EL NEOCONSTITUCIONALISMO.....	78
a)	Denominación y condiciones de existencia	78
1.	<i>Un nombre, varios autores.....</i>	78
2.	<i>Las exigencias de la nueva constitucionalidad.....</i>	80
b)	Las tesis generales	82
1.	<i>Conexión del Derecho con la Moral.....</i>	83
2.	<i>Constitucionalización de la totalidad del Derecho.....</i>	84
3.	<i>Supremacía de los principios sobre las reglas.....</i>	85
4.	<i>Importancia de la función judicial.....</i>	88
5.	<i>Relevancia de la técnica de ponderación.....</i>	89
c)	Constitución, Derecho del Trabajo y realidad laboral.....	90
1.	<i>La irradiación de los principios constitucionales.....</i>	90
2.	<i>La “reaparición” de las paradojas del Derecho del Trabajo.....</i>	91
6.	LOS NUEVOS CONCEPTOS QUE INGRESAN AL DERECHO DEL TRABAJO..	93
a)	Los Derechos Humanos Laborales	94
1.	<i>Derechos Humanos – Fundamentales Laborales.....</i>	94
2.	<i>El Jus Cogens laboral internacional.....</i>	99
b)	Los efectos sobre el sistema y sobre terceros	101
1.	<i>El bloque de constitucionalidad.....</i>	101
2.	<i>Drittwirkung.....</i>	102
7.	RECAPITULACIÓN	104

CAPÍTULO II EL DERECHO DEL TRABAJO ARGENTINO BAJO EL MODELO DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL

1.	INTRODUCCIÓN.....	107
2.	EL SISTEMA JURÍDICO LABORAL HASTA 1994	108
a)	El origen constitucional y legal.....	108
1.	<i>Antecedentes fundacionales.....</i>	108
2.	<i>La regulación colectiva y la reforma constitucional de 1949..</i>	112
b)	La reforma de 1957: Constitución y Ley para el trabajo.....	114
1.	<i>El artículo 14 bis.....</i>	114

2.	<i>La reserva de codificación</i>	117
c)	El carácter programático u operativo de las garantías constitucionales laborales	118
1.	<i>La tesis del mandato positivo</i>	119
2.	<i>La tesis de la expresión mínima</i>	121
3.	<i>La tesis del cumplimiento parcial</i>	122
3.	LA CONSOLIDACIÓN DE UN SISTEMA BASADO EN LA LEY	124
a)	El Derecho del Trabajo como ordenamiento jurídico	124
1.	<i>La pretensión autonómica</i>	124
2.	<i>El particularismo</i>	125
b)	El orden de la Ley	126
1.	<i>El molde positivo</i>	126
2.	<i>El catálogo de fuentes de la LCT</i>	127
3.	<i>El Orden Público Laboral</i>	131
4.	EL PAPEL ESPECIAL Y SUPLETORIO DE LOS PRINCIPIOS.....	133
a)	De la Constitución a la Ley	133
b)	El esquema de la LCT	137
1.	<i>Principios como reglas operativas inmediatas</i>	138
2.	<i>La solución interpretativa de la Ley</i>	139
3.	<i>Irrenunciabilidad y conciliación: una encrucijada legal y valorativa</i>	143
5.	LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA VOLUNTAD LEGISLATIVA	147
a)	El Congreso Nacional como soberano del Derecho del Trabajo ..	147
1.	<i>La afirmación de las competencias legales</i>	147
2.	<i>La afirmación de las competencias administrativas en las relaciones colectivas</i>	151
b)	La perspectiva de los jueces laborales. Una mirada a los plenarios de la CNAT	154
1.	<i>El período anterior a la LCT</i>	155
2.	<i>Desde la sanción de la LCT hasta 1994</i>	158
6.	LAS ESCLUSAS DEL SISTEMA JURÍDICO LABORAL	164
a)	Los debates de la constitucionalidad laboral	165
1.	<i>La libertad en los precedentes “Siri” y “Kot”</i>	165

2.	<i>El poder de policía amplio en el caso “Cine Callao”</i>	168
3.	<i>La justicia social y el caso “Bercaitz”</i>	169
b)	La prevalencia Ley – Convenio Colectivo	170
1.	<i>Los casos “Nordensthol”, “Soengas” y “Rickert”</i>	170
2.	<i>La doble relevancia del caso “Cocchia”</i>	172
7.	RECAPITULACIÓN	174

**CAPÍTULO III EL INGRESO DEL DERECHO DEL TRABAJO ARGENTINO
AL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

1.	INTRODUCCIÓN	177
2.	LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 COMO RUPTURA DEL PARADIGMA NORMATIVO	179
a)	Los límites de la Convención Nacional Constituyente	179
1.	<i>Una reforma con pretensiones cerradas</i>	179
2.	<i>El tratamiento de los derechos laborales en la Convención</i> ...	181
b)	El artículo 75, incisos 19 y 22, de la Constitución Nacional	183
1.	<i>La nueva cláusula de prosperidad</i>	183
2.	<i>La apertura jurídica supranacional</i>	184
c)	El período de transición laboral: 1995 – 2004	187
1.	<i>La presión de los tribunales laborales</i>	188
2.	<i>El anticipo legislativo</i>	190
3.	LA CONCRECIÓN DEL CAMBIO DE PARADIGMA	191
a)	“Vizzoti”	191
1.	<i>Descripción de la regla legal</i>	192
2.	<i>Imperfección de la regla legal</i>	194
3.	<i>Nueva constitucionalidad laboral</i>	195
b)	“Aquino”	198
4.	LA RELECTURA JUDICIAL DE LOS DERECHOS LABORALES	202
a)	Proyecciones	202
1.	<i>Relaciones individuales</i>	203
2.	<i>Riesgos del trabajo</i>	209
3.	<i>Relaciones colectivas</i>	212

4.	<i>Poder de policía laboral.....</i>	216
5.	<i>Discriminación.....</i>	218
b)	El impacto del nuevo paradigma en las funciones públicas	222
1.	<i>Los plenarios de la CNAT.....</i>	222
2.	<i>La hora de la LCT.....</i>	225
3.	<i>Las modificaciones al régimen de riesgos del trabajo.....</i>	227
5.	EL NEOCONSTITUCIONALISMO LABORAL ARGENTINO.....	229
a)	La variante local de la nueva constitucionalidad.....	229
1.	<i>Semejanzas y diferencias en la experiencia latinoamericana</i>	229
2.	<i>La migración del Derecho del Trabajo.....</i>	231
b)	El debate local sobre los derechos humanos laborales.....	233
1.	<i>La tesis sustentada en la modulación.....</i>	234
2.	<i>La tesis sustentada en la garantía.....</i>	236
3.	<i>La tesis sustentada en la comunicación.....</i>	237
6.	EL DERECHO DEL TRABAJO ABIERTO	241
a)	El protagonismo de los principios.....	241
b)	El desbordamiento de las fuentes jurídicas	244
1.	<i>La pluralidad de las fuentes.....</i>	244
2.	<i>La comunicación de las fuentes: El Nuevo Código Civil y Comercial.....</i>	247
c)	La tutela judicial como mecanismo de solución de controversias	251
1.	<i>Los nuevos límites a la concepción transaccional del Derecho del Trabajo.....</i>	251
2.	<i>La afirmación de la tutela judicial efectiva.....</i>	253
7.	RECAPITULACIÓN	255
SEGUNDA PARTE		258

LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA LA NUEVA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL DERECHO DEL TRABAJO

CAPÍTULO IV EL DESAFÍO DE LA INTERPRETACIÓN: LA
HERMENÉUTICA JURÍDICA LABORAL

1.	INTRODUCCIÓN.....	261
2.	UNA MIRADA SOBRE LA HERMENÉUTICA Y SU IMPORTANCIA PARA EL DERECHO DEL TRABAJO	263
	a) Aproximación a la hermenéutica general	263
	1. <i>De la Antigüedad al giro ontológico del Siglo XX</i>	263
	2. <i>Los conceptos esenciales de la nueva hermenéutica</i>	265
	b) La hermenéutica jurídica	267
	1. <i>Las particularidades que plantea el Derecho</i>	267
	2. <i>Los límites del proceso comprensivo para el Derecho</i>	271
	c) La hermenéutica jurídica laboral	274
	1. <i>El problema del pasado textual y el presente interpretativo en el Derecho del Trabajo</i>	274
	2. <i>La experiencia dialéctica en el Derecho del Trabajo</i>	276
3.	LOS SUJETOS DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA LABORAL.....	277
	a) Los intérpretes laborales	277
	1. <i>Trabajadores y empleadores</i>	278
	2. <i>Sindicatos, empleadores y entidades representativas empleadoras</i>	280
	3. <i>Los sujetos estatales</i>	281
	b) Los condicionantes de la pre-comprensión	284
	1. <i>Los intereses</i>	284
	2. <i>Los valores</i>	286
	3. <i>La técnica</i>	287
4.	LOS OBJETOS DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA LABORAL.....	290
	a) El lenguaje de las normas laborales	290
	1. <i>El texto en el Derecho del Trabajo</i>	290
	2. <i>Lo lógico y lo analógico</i>	295
	b) Los hechos	297
5.	LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS LABORALES.....	299
	a) La dimensión moral del Derecho del Trabajo	299

b)	El nuevo catálogo de principios y reglas laborales	302
1.	<i>Los debates en torno a una división polémica</i>	302
2.	<i>La construcción de una nueva clasificación</i>	305
3.	<i>La importancia de la colaboración y la buena fe recíprocas</i> ...	308
6.	DE LA INTERPRETACIÓN A LA CONCRECIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO	309
a)	El examen de las reglas	311
1.	<i>El tándem reglas – reglas</i>	311
2.	<i>De las reglas en sentido estricto a las reglas en sentido amplio y a los principios</i>	313
b)	El examen de los principios	314
1.	<i>La posibilidad metodológica constitucional</i>	315
2.	<i>Los criterios interpretativos de la Corte Suprema en materia laboral</i>	318
7.	RECAPITULACIÓN	325

CAPÍTULO V EL DESAFÍO DE LA JUSTIFICACIÓN: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA LABORAL

1.	INTRODUCCIÓN:.....	329
2.	DE LA NORMA AL DISCURSO JURÍDICO	332
a)	Las grandes corrientes modernas de la argumentación	333
1.	<i>La teoría de la nueva retórica</i>	333
2.	<i>La teoría normativa</i>	334
3.	<i>La teoría comunicacional</i>	336
4.	<i>La teoría de lo racional – razonable</i>	338
b)	Argumentación y argumentación jurídica	339
1.	<i>El nuevo nombre de la interpretación</i>	339
c)	La nómina de argumentos jurídicos	341
1.	<i>La “caja de herramientas” del discurso jurídico</i>	341
2.	<i>Los argumentos jurídicos y el Derecho del Trabajo</i>	347
3.	LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS LABORALES	348
a)	El argumento protectorio o tuitivo	348

1.	<i>Conceptualización</i>	348
2.	<i>Características</i>	349
b)	El argumento gerencial o directivo	351
1.	<i>Conceptualización</i>	351
2.	<i>Características</i>	351
c)	El argumento soberano o pacificador	352
1.	<i>Conceptualización</i>	352
2.	<i>Características</i>	353
4.	LA ARGUMENTACIÓN, ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS E INTERESES LABORALES	353
a)	Argumentos y reglas	354
1.	<i>En las relaciones individuales</i>	355
2.	<i>En las relaciones colectivas</i>	357
3.	<i>Los sujetos estatales no judiciales</i>	358
b)	Argumentos y principios	359
1.	<i>Desigualdad y discriminación</i>	359
2.	<i>Desigualdad y trato diferente</i>	361
c)	Argumentos y valores	363
5.	EL USO HORIZONTAL DE LOS ARGUMENTOS EN LA INSTANCIA JUDICIAL LABORAL.....	364
a)	Lo que el juez espera de las partes	365
b)	Lo que las partes esperan del juez	366
6.	LOS ARGUMENTOS Y LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO	371
a)	Los argumentos convertidos en fuentes jurídicas	371
1.	<i>Los argumentos como fuentes en sentido estricto</i>	372
2.	<i>Los argumentos como fuente en sentido amplio</i>	374
b)	La jerarquía de los argumentos jurídicos laborales	374
1.	<i>La tarea de jerarquización argumental y su omisión arbitraria</i>	375
2.	<i>Argumentación laboral y respuesta jurídica correcta</i>	377
7.	RECAPITULACIÓN	380

CAPÍTULO VI EL DESAFÍO DE LA DECISIÓN: EL GOBIERNO DE UN
DERECHO DEL TRABAJO CONSTITUCIONALIZADO

1.	INTRODUCCIÓN.....	383
2.	PODER, CONSTITUCIÓN Y DERECHO DEL TRABAJO	385
	a) La problemática relación del poder y lo jurídico	385
	b) La Constitución como decisión inclusiva, la Ley como decisión selectiva, el reglamento como decisión de conversión	389
3.	LA DECISIÓN JURÍDICA LABORAL.....	392
	a) Aproximación al concepto	392
	1. <i>Antecedentes</i>	392
	2. <i>El Derecho del Trabajo y la decisión</i>	394
	b) El despliegue de la actividad laboral	397
	1. <i>La matriz decisoria</i>	397
	2. <i>Tipología de las decisiones</i>	400
4.	LA DECISIÓN JUDICIAL LABORAL	402
	a) El pronunciamiento del juez como medida de gobierno	402
	1. <i>Entre los paradigmas, la complejidad y la finalidad curativa</i>	402
	b) La motivación judicial: entre los principios, la discrecionalidad y el problema del “ángulo inverso”	406
	1. <i>Un ejemplo sobre limitación de la responsabilidad solidaria</i> ..	407
	2. <i>Un ejemplo sobre la limitación de la noción de dependencia laboral</i>	409
	c) La revancha de la Ley: el Nuevo Código Civil y Comercial y el rol asignado a los jueces	412
5.	LOS DEBATES SOBRE EL PROGRESO, LA PROGRESIVIDAD Y LA CRISIS ..	414
	a) El arribo del “mercado total”	415
	b) Progresividad y progreso	418
	c) Crisis	423
6.	EL FUTURO SISTÉMICO DEL DERECHO DEL TRABAJO.....	427
	a) Un sistema débil, poroso y estable	427
	b) Los esfuerzos de precisión	431

1. <i>Conceptos, formas y figuras</i>	433
2. <i>Análisis crítico: pensar institucionalmente sin anclar las instituciones</i>	436
7. RECAPITULACIÓN	442
CONCLUSIONES	445
JURISPRUDENCIA FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.....	455
BIBLIOGRAFÍA	461

ABREVIATURAS

CN: Constitución Nacional

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CNAT: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

EDL: Estado de Derecho Legal

EDC: Estado de Derecho Constitucional

ES: Estado Social

LCT: Ley de Contrato de Trabajo

LRT: Ley de Riesgos del Trabajo

NCCyC: Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

OIT: Organización Internacional del Trabajo

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PIDPYC: Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles

AGRADECIMIENTOS

Cuando a fines del año 2011 decidí realizar mis estudios de doctorado, la Universidad Austral surgió como una elección natural, en virtud de mi experiencia como antiguo graduado en la Maestría de Derecho Administrativo y ante la búsqueda de un lugar propicio a la investigación y la docencia en grado y posgrado. Mi esposa, también MDA, fortaleció este interés, apoyando mi iniciativa. Siempre le estaré agradecido por ello así como por la asistencia constante que me brindó durante la realización de este proyecto.

Sin embargo, este recorrido hubiera quedado trunco sin el aliento y apoyo brindados por el Decano de la Facultad de Derecho, Jorge Albertsen, quien desde el inicio fue un sostén invaluable. Su visión, compartida por los restantes miembros del Consejo de Dirección, de la Dirección de Posgrados y del Doctorado en Derecho, sobre la amplitud de análisis con que debe observarse el Derecho del Trabajo actual, ha posibilitado que el presente estudio arribe a destino. A todos ellos va mi reconocimiento.

En cuanto al aspecto académico, me encuentro en deuda con dos grandes juristas. En primer término, con mi Director de Tesis, Rodolfo Vigo, quien volvió a ser mi profesor luego de casi dos décadas, y cuya vitalidad y sagacidad intelectual nuevamente me maravillaron. Su doble cualidad de filósofo del Derecho pero también de ex Juez de la Suprema Corte de Justicia de Santa Fe, le permiten combinar sus dotes teóricas y prácticas de manera excepcional, lo cual representa una ventaja para quien viene de un campo tan afincado en la realidad, como es el laboral. Rápidamente empati-

zamos en la necesidad de abordar el estudio de lo sucedido en el Derecho del Trabajo durante su reciente etapa. Los avances del Dr. Vigo en la investigación de los modelos estadales, legal y constitucional, con su pertinente aparato conceptual, tienen aquí su reflejo.

En segundo lugar, mi otro “acreedor” intelectual es Julio César Simon, ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mentor y guía desde que concluyera mi carrera de grado. Sus cualidades son similares: goza de una experiencia práctica inigualable en la rama laboral, combinada con un permanente interés académico. Esta investigación resulta tributaria de su visión intensa y trascendente de las instituciones laborales y del Derecho en general.

A ambos, por supuesto, libero de cualquier responsabilidad por el contenido del presente.

Finalmente, pero no por ello menos importante, hago extensivo mi agradecimiento a quienes han colaborado, de una u otra manera con este esfuerzo: Romina Pittondo, actual Secretaria General de la Facultad de Derecho, Luciano Laise, mi compañero de cursada y “terapeuta” de mis ansiedades bibliográficas, el personal de Biblioteca de la Universidad Austral, los asistentes María Rosa y Hernán de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Romina Groothuis de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Todos son merecedores de mi retribución a su generosidad.

Deseo agregar a estas menciones, los nombres de las profesoras Mónica e Irene, quienes me ayudaron a resolver cuestiones vinculadas con la jurisprudencia y textos legales en inglés y alemán, respectivamente.

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO: EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO A PARTIR DE SU NUEVA CONSTITUCIONALIZACIÓN

Representa una afirmación habitual la que identifica al Derecho del Trabajo como un ordenamiento jurídico dinámico, sujeto a los cambios que se promueven desde las relaciones económicas, sociales y/o políticas. Estas variaciones fueron reguladas durante mucho tiempo por la figura de la Ley, mientras las garantías laborales insertas en la Constitución quedaban resignadas, salvo excepciones, a un papel programático, enunciativo de un plan mayor ideado por el constituyente pero con efectos prácticos subordinados a la voluntad del legislador.

Fundada con una particular vocación protectoria hacia la parte más débil del vínculo productivo, la rama dedicada al trabajo se concibió como un derecho fuertemente normado, tanto en el contenido como en el alcance de esa tutela. Sin embargo, la definición de tales aspectos quedó radicada en la función legislativa. El inicio del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, incorporado en la reforma de 1957, no deja dudas (“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...”). Esta expresión denota el rasgo soberano en el Derecho del Trabajo, afincado en el Congreso,

que se corresponde con la noción del “Estado de Derecho Legal”, comprensiva de todo el sistema jurídico.

La crisis general sufrida en Europa occidental a partir de 1945, por la quiebra de este modelo legalista, derivada de su incapacidad para responder a las demandas de concreción de los valores fundamentales, dio origen a un nuevo paradigma, donde la Constitución pasó a ocupar el lugar central del escenario jurídico, sus principios comenzaron a operar por sí mismos, se conectaron con otros similares (nacionales y supranacionales), y se impusieron sobre las leyes. El juez, antes que al legislador, emergió como la figura que decide sobre la arquitectura, validez y funcionalidad del sistema. Este nuevo modelo recibió la denominación de “Estado de Derecho Constitucional”, también de “nueva constitucionalización”, o simplemente “neoconstitucionalismo”.

En la República Argentina, un punto de inflexión similar se puede ubicar a partir del año 1994, cuando la última reforma constitucional estableció, entre otras disposiciones, la jerarquía supralegal de los tratados celebrados con otras naciones y con organizaciones internacionales, a la vez que otorgó rango constitucional a determinados instrumentos contenidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, en lo que interesa al Derecho del Trabajo, este cambio de paradigma se puso en práctica una década más tarde, a través de los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien en el año 2004 declaró la inconstitucionalidad del tope para las indemnizaciones por despido sin causa (caso “Vizoti”) y de la eximición de responsabilidad civil para los empleadores afiliados al seguro obligatorio del régimen de riesgos del trabajo (caso “Aquino”).

Ambas sentencias fueron pioneras en el desarrollo de una jurisprudencia cuyos pronunciamientos abordaron distintos aspectos de las relaciones laborales, desde la óptica de una Constitución operativa, con efectos multiplicadores en todo su universo, conmoviendo las bases conceptuales del sistema jurídico hasta ese momento vigente.

En este contexto, el presente estudio aborda el impacto que ha tenido este movimiento en el Derecho del Trabajo, desde el Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional, y la consiguiente necesidad de analizar sus efectos y relevar los nuevos desafíos que se le presentan a esta disciplina.

La hipótesis que aquí intentará demostrarse, es que tal fenómeno ha obtenido la apertura del sistema jurídico laboral, con resultados notables en materia de respeto y promoción de los derechos humanos (fundamentales) laborales, pero a la vez ha provocado una encrucijada para el futuro gobierno del Derecho del Trabajo. Dicha situación, signada por una creciente inestabilidad para el sistema, puede superarse a través del conocimiento exhaustivo por parte de todos los operadores jurídicos (especialmente los judiciales) sobre el modo en que se desenvuelven los principios y las reglas y el efecto que ello tiene en la consiguiente reducción de la discrecionalidad de sus conductas.

2. LAS PARTICULARIDADES DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL DERECHO DEL TRABAJO ARGENTINO ANTE EL CAMBIO DE PARADIGMA JURÍDICO

Ante la magnitud del cambio, se aprecia el interés que puede despertar el examen de este proceso de transformación de modelos jurídicos y sus consecuencias para el espacio ocupado por la regulación laboral. Ese atractivo se incrementa cuando se aprecia el conjunto de singularidades que rodea el Derecho del Trabajo en general y al argentino en particular.

En primer término porque al tratarse de un derecho “joven”, la contextura del Derecho del Trabajo occidental arrastra en su “cuerpo” las señales de las inquietudes que motivaron su nacimiento. Estas tensiones emergen a la superficie de las relaciones laborales con cierta periodicidad, emancipadas de la evolución que puedan seguir las ciencias jurídicas. Al entrelazarse con el tejido de garantías desplegado por el nuevo constitucionalismo, sus con-

tracciones se proyectan hacia lo judicial y lo político, reclamando una atención preferente.

En segundo lugar, y en lo que respecta al derecho nacional, no debe olvidarse que el positivismo legalista influyó sobre la textura de todo el ordenamiento del trabajo, aunque esto no impidió que, en determinados supuestos, se apelara a la supremacía de la Constitución como fundamento expreso de resolución. Es más, la desconfianza impuesta durante décadas a considerar la operatividad total del artículo 14 bis CN (por la jurisprudencia y por la legislación), no fue obstáculo para que en determinadas materias se entendiera que las garantías constitucionales poseían un sentido propio, independientemente de lo dicho por otra fuente jurídica.

Por lo demás, el proceso de “re-jerarquización” de la Constitución no debe escindirse de las características locales que posee el acceso a la jurisdicción y al control de constitucionalidad. A diferencia del ejemplo europeo, que exhibe un sistema especial y concentrado, nuestro país ofrece un mecanismo cercano al estadounidense, donde cualquier juez de la República se encuentra habilitado para examinar la validez constitucional de una norma, y será la Corte Suprema, como última y definitiva instancia nacional, la encargada de confirmar o rectificar esa evaluación.

Tal juego de competencias se intercala, a su vez, con un atributivo derivado de la historia del Derecho del Trabajo: el de haber nacido con una estructura de extensión ordinaria y nacional a la vez, cuya juridicidad se plantea día a día en el fuero nacional con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en los tribunales laborales de las provincias. A este conjunto se agregan las cuestiones abordadas por los juzgados federales distribuidos en todo el territorio. Este conglomerado de voces judiciales fue el que contribuyó a cimentar la perspectiva que hoy presenta el Estado de Derecho Constitucional, pero también a profundizar los problemas de coordinación jurisprudencial que se siguen suscitando a pesar de los intentos reiterados de armonización.

Puede resultar jactancioso, pero el Derecho del Trabajo argentino se caracteriza por expresar una idiosincrasia propia. Continúa

manteniendo, hasta nuestros días, ese cariz “vociferante” del que hablara Máximo Monzón para indicar el modo en que los conflictos de intereses reclaman una respuesta que apremia. Se trata de un determinado modo de gestión de las relaciones laborales, no siempre basado en lo estrictamente jurídico, en donde las variables de negociación y conflicto se reproducen más allá de lo que abarque el sistema de normas del trabajo, y de lo que desee predicarse acerca de la vigencia de la Constitución sobre la Ley.

Un estudio del cambio de paradigma, entonces, no debe ignorar esta realidad social en donde se forja el Derecho del Trabajo. Hacerlo, sería cometer el fatal error de limitar la visión del escenario a lo estrictamente jurídico, descuidando su faceta práctica, permanentemente surcada por múltiples operadores que activan y reactivan, desde los hechos, sus distintas pretensiones posicionales.

3. LA NECESIDAD DE ANALIZAR EL NUEVO PANORAMA IUSLABORAL DESDE UNA PERSPECTIVA MÚLTIPLE

La nueva constitucionalidad del Derecho del Trabajo ofrece un paisaje inmediato sobre los cambios de criterio vinculados al estándar de validez de normas y actos. Sus postulados han hecho impacto hacia el interior de esta rama y la han reconfigurado. Ello plantea un interrogante sobre la mejor forma de abordar la tarea de indagación. La respuesta concurre desde el encuentro entre lo múltiple y lo complejo, esto es, a través de la superación de las visiones tradicionales de la disciplina, sea de las que se encuentran ancladas en las teorías contractualistas, sea de la que otorgan prioridad a la gestión corporativa de intereses, o sea de las que se aproximan siempre y de modo crítico a cualquier vía de conciliación respecto de las controversias generadas en torno a la fórmula Trabajo – Capital.

Hay que reconocer, en esta etapa, la exigencia de adoptar otro punto de vista a la hora de pensar el modo en que se desarrolla el

Derecho del Trabajo. La pluralidad de fuentes, la existencia de nuevos modos de control judicial, y la permanente evaluación de las razones dadas por los operadores para justificar sus acciones, son algunos de los datos que debe “leer” con premura el iuslaboralismo.

Se ha producido, en definitiva, una apertura del Derecho del Trabajo y al mismo tiempo una crisis de efectividad sobre las herramientas que usualmente se emplearon para administrarlo. El Estado de Derecho Constitucional, sin embargo, ha promovido el renacimiento de algunas otras que no recibieron su reconocimiento en el período anterior, como las nuevas líneas de comprensión que expone la filosofía hermenéutica, las modernas corrientes argumentales que campean en las ciencias sociales, o las teorías decisionales contemporáneas, que operan sobre los modos de proyectar y definir una resolución.

Ante el escenario descripto, corresponde dudar de la supervivencia de los antiguos conceptos jurídicos vinculados a los sujetos y a las instituciones, provenientes de un sistema esencialmente cerrado; o mejor aún, preguntarse si han sobrevivido y, en caso afirmativo, el contenido que ha quedado en esos conceptos luego de la mutación profunda operada en su naturaleza y en rol.

La presente tesis intenta dar respuesta a estos interrogantes.

Al encararse un reto de tal naturaleza, rápidamente se explica la insuficiencia del Derecho del Trabajo para revisar sus propios componentes y proceder a examinarlos. Debe acudir, entonces, a la asistencia del Derecho Constitucional y de la Filosofía del Derecho, pero también de la Sociología Jurídica y de la Ciencia Política, para que tales campos del conocimiento alumbren esta búsqueda

El arsenal metodológico utilizado comprende distintas técnicas de investigación, aplicadas de forma combinada. Se han analizado y sistematizado los conceptos esenciales del Derecho del Trabajo en el Estado de Derecho Legal (fuentes, principios, reglas, interpretación, procedimientos) y, luego de relevar las tesis básicas del neoconstitucionalismo, se ha descripto la ruptura del paradig-

ma normativo legalista y sus efectos en los citados elementos, reconfigurados a la luz del Estado de Derecho Constitucional.

Con esta plataforma de exploración se ha franqueado el ingreso al interior del Derecho del Trabajo, a ese núcleo conceptual donde los cambios jurisprudenciales se deben contrastar con los textos legales para verificar si, en la práctica, el ordenamiento ha pasado a ser gestionado desde la supremacía de los principios. La consecuencia de este paso ha sido la evaluación concreta de la importancia que la interpretación, la argumentación y la decisión poseen en un sistema jurídico rediseñado.

4. ALGUNAS ACLARACIONES PREVIAS

En todo emprendimiento de estas características, resulta fundamental el aporte de quienes, con su pensamiento, marcaron un rumbo o fijaron un criterio sobre algunas de las materias objeto de estudio. Al encararse una reflexión de esta escala, se ingresa en un diálogo donde participa lo mejor de la doctrina laboral argentina, junto a exponentes de sistemas jurídicos comparados, filósofos y iusfilósofos clásicos y contemporáneos, sociólogos, cientistas políticos y pensadores que merecen algunas o todas estas denominaciones. Ante esa magnífica concurrencia y debido a la necesidad de preservar la visión de conjunto, se ha preferido hilvanar sus ideas en el texto principal, dejando a salvo en cada caso su pertenencia. Lo que importa son sus ideas y como ellas permiten elaborar respuestas concretas a los planteos formulados. Esto presenta alguna dificultad con el neoconstitucionalismo, cuyas principales voces no proveen un aparato conceptual uniforme. Sin embargo, se ha persistido en este esfuerzo de plasmar ideas y, junto a ellas, observar procesos de evolución en el conocimiento de lo que interesa en esta tesis. Vaya lo expuesto como primera aclaración.

En segunda instancia, y en relación con lo anterior, cabe advertir el sentido de Derecho que aquí se adopta. Sin perjuicio de reivindicarse el carácter dinámico del Derecho del Trabajo, lo jurí-

dico sigue constituyendo un proceso de descubrimiento, de búsqueda de justicia antes que de estricta regulación y lógica judicial, de solución de problemas antes que de sistema de leyes. Ello no significa que desaparezca la mirada sistémica o que no se apele a los instrumentos y razonamientos conocidos por los juristas para definir los conflictos. Lo que se desea expresar es una concepción alejada de cierta rigidez analítica que continúa presente en una rama forjada por el positivismo legal.

En tercer término, debe indicarse que cuando aquí se habla de normas jurídicas, se alude a principios y reglas, siguiendo la conocida distinción perfeccionada por la nueva constitucionalidad (Dworkin, Alexy). Esta es una denominación que le sienta muy bien al Derecho del Trabajo, tan principialista pero también tan reglado, y que permite comprender el panorama jurídico en el que se desarrolla este trabajo. Si bien los autores convocados al tema emplean de diverso modo esta clasificación (p.ej. aludiendo a reglas que se dividen entre principios y normas, o reservando la Constitución para los principios y la Ley para las reglas, como lo hace Zagrebelsky), la nomenclatura seleccionada, basada en la determinación de los mandatos, ofrece buenas expectativas de utilización, dejando apartada por un momento su propia problemática.

5. ESTRUCTURA Y ORDEN EXPOSITIVO DE ESTA INVESTIGACIÓN

El plan de análisis se divide en dos grandes secciones: la primera de ellas vinculada a la formación del Derecho del Trabajo y a su tránsito entre los modelos estatales antes mencionados, signados por la primacía de lo legal y de lo constitucional respectivamente; la segunda parte, en tanto, luce conformada por los grandes desafíos que enfrenta un ordenamiento como el laboral, estimulado jurisprudencialmente a un esquema de subordinación a los principios.

En el primer capítulo se reconocen las grandes tensiones que envuelven al Derecho del Trabajo continental desde su nacimiento

en la Edad Contemporánea, y el modo en el que el Estado de Derecho Legal trató de superarlas. Luego se presenta el origen del Estado de Derecho Constitucional así como el sendero emprendido por la regionalización y la internacionalización de los derechos humanos, cuya consecuencia teórica redundaba en la aparición de la corriente llamada “neoconstitucionalismo”, donde las garantías fundamentales sobre el trabajo ocupan un espacio propio. En este aspecto, los nuevos conceptos que penetran en la especialidad tienen mucho que ver con esa imbricación.

El capítulo segundo ofrece un panorama del Derecho del Trabajo local bajo la égida del Estado de Derecho Legal, destacándose sus características esenciales en materia de fuentes y en el papel secundario asignado a los principios. Este diagnóstico no impide reflejar ciertas “ventanas” de salida contenidas en aquellos casos en los que la solución ha quedado signada por lo constitucional.

En el capítulo tercero se aborda el ingreso del ordenamiento laboral en el Estado de Derecho Constitucional. Se busca reflejar el proceso de transición que transcurre entre la reforma constitucional de 1994 y el quiebre determinado por la Corte Suprema de Justicia en los fallos “Vizzoti” y “Aquino”, que son relevados desde esa perspectiva. Le sigue una descripción de las líneas jurisprudenciales construidas desde dichos pronunciamientos, de sus efectos descendentes en el orden judicial y de su impacto en las restantes funciones públicas. Todo ello, bajo la existencia de un “neoconstitucionalismo” de corte laboral y desde la forma en que este fenómeno de auge principialista se desenvuelve. La consecuencia directa es la apertura del sistema jurídico, que se analiza en sus aspectos más destacados.

La segunda parte se enfoca en los grandes desafíos que ocupan al Derecho del Trabajo constitucionalizado.

El capítulo cuarto se inicia con una aproximación a la filosofía hermenéutica en general y a la hermenéutica jurídica en particular, como saberes del proceso de comprensión. Al facilitarse la identificación posterior de una hermenéutica jurídica laboral, con su arrastre de elementos condicionantes de la interpretación, se

enlaza a la importancia que los valores readquieren en esta etapa. El análisis del objeto hermenéutico, que es el texto (constitucional o infraconstitucional), de los hechos, y de la concreción jurídica en las distintas situaciones, obra como cierre de este ciclo.

Conectado con el anterior, el capítulo quinto se centra en el desafío que supone, desde el Estado de Derecho Constitucional, la justificación de las posiciones asumidas en el ámbito del trabajo. Para ello se efectúa una mirada previa a las grandes teorías de la argumentación, adentrándose luego en la argumentación jurídica y en la argumentación jurídica laboral. Se dedican apartados especiales al estudio de la utilización de los argumentos laborales en las instancias privadas y públicas del Derecho del Trabajo, con detenimiento en las instancias judiciales. La posible elevación de determinados argumentos al rango de fuentes jurídicas es objeto de particular tratamiento.

Finalmente, el último capítulo pone en juego el tercero de los desafíos detectados: el que se refiere al gobierno del Derecho del Trabajo, entendido como gestión de las decisiones. Se ingresa a la observación de las tesis decisionales, con miras a la construcción de una teoría de la decisión jurídica laboral, cuya mayor exposición se encuentra en el pronunciamiento judicial. Pero si compete a los jueces decir los alcances de un ordenamiento de principios, la pregunta que se realiza tiene íntima vinculación con la necesidad de determinar los niveles y sujetos que gobiernan el Derecho del Trabajo y cuáles son sus límites. Por ello, la tesis concluye con un esbozo sobre lo que se entiende como el futuro sistémico de la rama laboral, caracterizado como un ordenamiento poroso pero no por ello menos eficaz, en tanto lo racional, en su acercamiento al concepto amplio de justicia, opere a modo de cerco legítimo a la discrecionalidad habitual de los protagonistas laborales.

PRIMERA PARTE

**LA FORMACIÓN Y TRÁNSITO DEL DERECHO DEL TRABAJO
ENTRE LOS MODELOS ESTADUALES: LA EXPERIENCIA
INTERNACIONAL Y EL CASO ARGENTINO**

CAPÍTULO I

LA COMPLEJA FORMACIÓN DEL “NUEVO DERECHO” Y LAS ETAPAS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

1. PLANTEAMIENTO: UN ORIGEN RODEADO DE CONTRASTES

El Derecho del Trabajo que ha llegado hasta nuestros días constituye un fenómeno temporalmente reciente, comparado con otros integrantes de la familia jurídica continental. Sus primeras manifestaciones hay que rastrearlas en los últimos dos siglos. Se trata de un derecho novedoso, nacido al calor de dos acontecimientos extraordinarios: uno político, como lo fue la Revolución Francesa con sus garantías ciudadanas emergentes, y otro económico – social, encarnado por la Revolución Industrial, que motivaron las respuestas estatales elaboradas para enfrentar sus consecuencias en la fuerza de labor obrera.

Más allá que históricamente se reconozca la existencia de anteriores regulaciones sobre la prestación ejecutada por una persona a favor de otra, es aquí, en este código genético revolucionario donde se encuentra la datación de su origen, y donde se acredita el

comienzo de una disciplina dirigida a normar la situación del trabajo libre pero a la vez dependiente¹.

Es cierto que, como hacer productivo, el trabajo reunió desde sus inicios dos características propias de su humanidad: su trascendencia para quien lo realiza y utilidad para quien se beneficia de su producto. Al proyectarse ambas condiciones en la evolución social, con la desaparición progresiva de la esclavitud y el consiguiente incremento del empleo asalariado (primero miserable y bajo coacción), se fue dejando paso a una realidad distinta, sobre la que se asentará su expresión jurídica, la del trabajo humano, productivo, libre y por cuenta ajena².

En este nivel de progresión, lo atinente al trabajo quedo incorporado al elenco de las cuestiones políticas, jurídicas y económicas que se sucedieron hasta ocupar un lugar central en el debate público.

Una aproximación crítica a esta “infancia” del Derecho del Trabajo observa que, desde su formación en la sociedad capitalista, se abrió un espacio en donde el conflicto socio – laboral se presentó en toda su extensión, y en donde la nueva rama jurídica constituyó

¹ Cfr. Jean PÉLISSIER – GILLES AUZERO – Emmanuel DOCKÈS, *Droit du travail*, 27^o ed., Dalloz, París, 2013, 8 y ss. Para una descripción de la anterior regulación del trabajo ajeno ver, Manuel C. PALOMEQUE LÓPEZ – Manuel ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 21ra. ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2013, 44-46; ver también la obra de José MARÍN MARÍN, *Los trabajos, los días...y el derecho. Una aproximación a la “prehistoria” del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2001. Sobre su aparición como respuesta a los problemas jurídicos y sociales generados por la Revolución Industrial, se puede consultar, entre otros *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Antonio Martín VALVERDE – Joaquín GARCÍA MURCIA dirección y coordinación, Aranzadi, Navarra, 2008, Volumen I, 124.

² Así se refleja en Phelps BROWN, *Economía del trabajo*, trad. de Felicidad Beltrán Jimenez, Yale University Press, 1963 - Aguilar, Madrid, 1967, 16-23; en Robert CASTEL, *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trad. de Jorge Piatigorsky, 1era. ed., 1era. reimpr., Paidós, Bs.As., 2004, 153-155; y en Manuel ALONSO OLEA, “Sobre la realidad social subyacente al derecho del trabajo”, DT 1971, 145.

una opción política para integrar o apaciguar un antagonismo estructurado³.

Pero esta disparidad, largamente conocida como la alteridad Capital – Trabajo, oculta una verdadera interdicción de lo social sobre la puja de libertades y propiedades, desatada desde las primeras revueltas políticas del Siglo XVIII, que a lo largo del tiempo intentará resolverse mediante la apelación a instrumentos jurídicos conocidos como el Contrato, la Ley y la Constitución, reconfigurados todos ellos para adaptarse a la evolución ascendente de los derechos.

Al perseverar en esos intentos, el Derecho del Trabajo quedará inmerso en sus tensiones originarias, promoviendo verdaderos contrastes jurídicos entre el sujeto que busca proteger y los derechos que desea garantizar. Por su parte, cada instrumento jurídico utilizado reproducirá estas contradicciones congénitas, las que se pueden agrupar en dos grandes paradojas, subsistentes hasta el presente.

a) Las tensiones genéticas

1. Cambio – estabilidad

Si se toma el texto de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se observa un contenido cubierto de valoraciones. Más allá de su inveterada reivindicación de la libertad (el conocido lema se completa con los principios de igualdad y fraternidad), los asambleístas de 1789 imaginaron un conglomerado de derechos y garantías, aunque sean de reconocimiento legal y adjudicación individual, que no descarta su conjugación con algún programa de contenido social.

³ Cfr. MARÍN MARÍN, cit., 54.

Sin embargo, la noción del *homo oeconomicus* que se fue anudando, de la mano de la codificación posterior, promovió una idea en la que confluyeron los revolucionarios y los compradores de tierras: la del ciudadano – propietario. Dicha concepción, avalada inicialmente por un Estado no intervencionista, fue la que marginó al asalariado como sujeto político, potenciando nuevamente una sociedad fracturada en clases⁴.

No es casual, por lo tanto, que los derechos de libertad y propiedad hayan requerido de un elemento, la seguridad jurídica, para que establezca las relaciones sociales, les confiera certidumbre y les asegure respeto y protección a lo largo del tiempo.

Tampoco es accidental que, en esta primera etapa de rígida abstención estatal, la demanda de cambio se haya canalizado hacia las expresiones fundacionales del materialismo dialéctico, que en su reclamo de dignidad contribuyeron, como aportantes incómodos, a la pre-historia de los Derechos Humanos⁵.

Lo notable es que, al entender el Derecho como una “ilusión jurídica”, que descalifica la figura de la Ley y delimita la definición misma de Derecho⁶, y considerar a éste como un fenómeno derivado de las relaciones económicas, carente de alguna autonomía, sin que pueda desarrollarse u originarse en otro tipo de realidades que

⁴ Sobre este tema ver Clara ÁLVAREZ ALONSO, *Lecciones de historia del constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, 233 y ss.

⁵ Esta es la opinión de Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, “El puesto de Marx en la historia de los derechos humanos”, en *La filosofía del derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento del Derecho de la Universidad de Sevilla*, Sevilla, 2009, 179-216. A similar conclusión había llegado Popper, ver *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. E. Loedel, 1ra. ed. de esta presentación, Paidós, Madrid, 2010, 302; aunque, en la Addenda de esta obra, el autor revisó esta última apreciación.

⁶ MARX – ENGELS, “La ideología alemana (I)”, en Karl MARX, *La ideología alemana (I) y otros escritos filosóficos*, trad. cast. Jaime Vergara, 1ra. ed., Losada, Bs.As., 2005, 138 y ss. Una frase resulta significativa: “Del mismo modo (que la voluntad libre), el derecho es reducido de nuevo a la ley”.

no sean los materiales de producción⁷, esta corriente dejó de lado la oportunidad de impulsar el cambio desde la esfera legal. Serán luego los movimientos obreros, transformados en actores reconocidos por el sistema político, quienes mantendrán viva esta tensión, incorporada al régimen jurídico como un problema singular, de solución legal.

2. *Libertad – protección*

La Revolución Francesa no sólo potenció la importancia del instrumento normativo (la Ley) por excelencia; lo acompañó con la típica figura convencional del Derecho Privado. Pero el contrato no fue solamente una manifestación de la autonomía privada sino también el canal común por donde transitaba el ejercicio de los derechos. Se constituyó así en un “vehículo de libertad”, erigido en fuente jurídica propia, con abstracción de las características particulares de los sujetos concurrentes a su celebración⁸.

Si la forma contractual, llevada a su máximo nivel social, podía ser plenamente aplicable a la organización política, cuanto más se debía esperar de su encarnación en la realidad laboral. En ese intercambio privado de trabajo y salario, desde la perspectiva del liberalismo puro, se transformaban las relaciones de subordinación (por obra de un “hechizo”) en vínculos de coordinación entre hombres libres e iguales⁹.

Como ancestros del contrato de trabajo, aparecieron las figuras del arrendamiento de servicios, tomada de la *locatio* romana, el contrato alemán de servicios leales, el contrato de empleo o con-

⁷ Cfr. Carlos I. MASSINI, *Ensayo crítico acerca del pensamiento filosófico-jurídico de Carlos Marx*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1976, 61-62.

⁸ Cfr. Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, 2da. edición revisada y ampliada, Comares, Granada, 2014, 47.

⁹ La expresión corresponde a Antonio BAYLOS, *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, 20.

trato inglés de servicios y la relación del auxiliar del comerciante, contenida en la codificación comercial de la época. Ninguno de estos instrumentos logrará reflejar en su totalidad el fenómeno laboral de la nueva vinculación: alguien que somete libremente a las órdenes de otro, quien cuenta con las atribuciones necesarias para disponer sobre la fuerza del trabajo del primero, sobre su confianza y seguridad¹⁰.

Esta tensión también seguirá su curso histórico, ascenderá del nivel contractual, al legal y convencional, y poco tiempo después, ingresará en el programa constitucional.

3. *Persona – técnica*

Las reflexiones vertidas en torno a la naturaleza de la técnica no son nuevas. Basta citar el diálogo platónico sobre la finalidad de la *Téckné* o su calificación aristotélica como “oficio” dentro de las virtudes dirigidas al conocimiento, para confirmar el interés que el concepto ya despertaba en la Antigüedad¹¹. Claro que esa atención, por la concepción de la época, no se centraba en lo laboral sino en lo artístico o artesanal; sólo mucho tiempo después, al erigirse el trabajo como una fuerza productiva, la técnica se convertiría en un motor de prosperidad humana.

Más cerca en el tiempo, el problema de la técnica se abordó desde dos enfoques principales: el primero, vinculando la técnica con la naturaleza del hombre, como una condición de su posibilidad de existencia; la segunda perspectiva, tomando en cuenta el atributo mencionado para trascenderlo, al desligar la técnica de esa función instrumental de asegurar la vida¹².

¹⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, cit., 82-86.

¹¹ Cfr. PLATÓN, *República*, 341d y ss; ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1140^a,

¹² Sobre este punto ver Hans BLUMENBERG, *Historia del espíritu de la técnica*, edición de los escritos póstumos a cargo de Alexander Schmitz y Bernd Stiegler, trad. Pedro Madrigal, Pre-textos, Valencia, 2013, 107-108.

Este último aspecto fue el que comenzó a tomar velocidad con la Revolución Industrial. La técnica innovó el modo de producción de bienes y servicios, y con ello, el trabajador empezó a formar parte de su lógica, basada en el aprovechamiento de la fuerza material. A medida que la técnica vaya cobrando autonomía del componente humano, la fricción ser hará más patente, hasta alcanzar su punto culminante con el avance sobre la inutilidad misma de la fuerza de labor.

La consecuencia actual de este proceso no es otra que la pregunta por el futuro del trabajo humano.

4. Soberanía – autonomía

El problema de la distribución y ejercicio del poder en la sociedad resulta un tema de constante preocupación desde los albores de la Modernidad. Su análisis se entronca, incluso, con el nacimiento de la Ciencia Política y con la expansión en la teoría constitucional de la noción de soberano. La limitación del obrar de los súbditos y/o la imposición de obligaciones públicas o privadas, desde esta figura, será el motivo de los procesos históricos que desembocarán en el ciclo de revoluciones del Siglo XVIII. Su reflejo en el pensamiento jurídico denota, en sustancia, el debate forjado en torno al origen y predominio de la Ley sobre las relaciones particulares¹³.

¹³ La obra clásica que destaca estos aspectos es de Thomas HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto, 2da. ed. en español, 9na. reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 1998. Una definición: “La libertad de un súbdito radica, por tanto, solamente, en aquellas cosas que en la regulación de sus acciones ha predeterminado el soberano” (173). Para un análisis de la soberanía desde el punto de vista de las reglas jurídicas, ver H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, 3ra. ed., 2da. reimpr., Abeledo Perrot, Bs.As., 2012, Cap. IV, 63-97, con sus ejemplos de los soberanos “Rex”.

En este contexto, la supervivencia de las corporaciones medievales de oficios, con su capacidad para el dictado de reglas propias, ofrecía un claro ejemplo del riesgo que significaba su autonomía, tanto para los partidarios de la soberanía estatal absoluta como para los simpatizantes de la independencia privada individual.

La doctrina laboral siempre ha destacado el papel pionero que tuvo la prohibición de toda manifestación asociativa gremial, basada en el trabajo, con anterioridad a la Revolución de 1789. Sin embargo, el objetivo del Edicto *Turgot* era mucho más amplio: el Estado Absolutista debía armonizar la ejecución de una directiva pública destinada a suprimir los privilegios estamentales (entre ellos, los de la representación de oficios), con la garantía de determinados derechos individuales basados en la imagen de la monarquía como resorte político de decisión¹⁴.

Se inauguró de esta manera el juego contemporáneo de tensiones entre la soberanía estatal y las autonomías privadas, que derivó en una danza continuada de restricciones y permisos legales. Por ello, cuando la Asamblea Nacional prohibió la agremiación por decreto del 2-12-17 de marzo de 1791 y, siguiendo sus pasos, completó la inhibición con la ley *Le Chapelier* de junio de 1791, lo que hizo fue continuar – en clave revolucionaria – con este dilema planteado en el ocaso del Antiguo Régimen.

b) Las paradojas de la Ley

El Derecho del Trabajo que se estaba formando al calor de sus tensiones genéticas, inició un vínculo contradictorio con su herramienta normativa por excelencia. Es que la Ley reconoce pero también moldea derechos, legitima a los sujetos pero también limi-

¹⁴ Para un estudio detallado de esta cuestión ver Reinhardt KOSELLECK, *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*, ed. de J.A. Pardos, trad. de R. de la Vega y J. Pérez de Tudela, Trotta – Universidad Autónoma de Madrid, 2007, 124-139.

ta su capacidad de acción. A diferencia de otras ramas del árbol jurídico, que no sienten esta soberanía como una degradación, la especialidad laboral percibió el rol de la Ley como un cuerpo bifronte. Debía buscar su costado protector y a la vez tolerar su perfil dirigente.

1. La Ley, motor político de los derechos individuales

La primera de estas discordancias remite a las garantías de libertad nacidas al calor de la Declaración de 1789. A pesar de su anhelo universalista y de su reivindicación de la sacralidad del hombre, el carácter racional y laico de la proclama dejó que la vigencia de esos derechos dependa de la autoridad de la Ley; se estructuró, de esta manera, una relación jurídico – positiva antes que natural¹⁵.

Al erigirse la expresión de la voluntad general en principio rector, la Declaración francesa resolvió limitar el ejercicio de los derechos de cada hombre en función de las garantías otorgadas a los demás miembros de la sociedad. Y esta frontera únicamente puede ser determinada por la Ley, sin perjuicio de establecer la precedencia de los derechos imprescriptibles del hombre y su conservación por la sociedad política¹⁶.

La siguiente frase demuestra con claridad la supremacía del instrumento legal: “Por el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político, ahora se trata de darle por la legislación movimiento y voluntad”¹⁷. No existe, desde allí, una concepción que

¹⁵ Cfr. Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 112-117.

¹⁶ Ver arts. 2º, 3º 4º y 6º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano votada por la Convención Nacional de Francia el 2 de octubre de 1789, texto reproducido en *Repertorio Jurídico*, Guillermo CABANELLAS (ed), 4ta. ed. ampliada, Heliasta, 2003, 340.

¹⁷ ROUSSEAU, *Del Contrato Social o Principios del Derecho Político*, trad. Mariano Moreno, Facultad de Derecho UBA – La Ley, Bs.As., 2003, 25.

sustente las expectativas, por ejemplo laborales, de los sujetos sometidos a su dominio. Es la Ley la que otorga movilidad a las relaciones e intencionalidad a las conductas. Aunque luego esta percepción dejó paso a un ordenamiento social más intenso, el contraste entre la legislación que libera y a la vez condiciona, seguirá presente en el mundo del trabajo.

2. *La Ley, una oportunidad para los derechos colectivos*

Entronizada en la cúspide del sistema jurídico, La Ley no se ocupó inicialmente de ajustar los límites del contrato laboral individual. Lo colectivo, además, comenzó a postularse como un modelo alternativo, de características revolucionarias, y con independencia de otras variantes políticas. Ese espíritu (que animó p.ej. a los consejos obreros de la Revolución de 1848), rápidamente entró en conflicto, no sólo con el gobierno estatuido sino también con las formas partidarias de representación, indicando el grado de recelo que provocaba el surgimiento de un poder social institucionalizado¹⁸.

A la vista de lo sucedido, parte de la reivindicación obrera se alejó de la ecuación violenta del reclamo y la represión, para construir una posición solidarista e interventora, superior a la pura contractualidad individual y a la abstinencia regulatoria estatal. Lo que antes era criminal, sobre todo para la actividad sindical, comenzó a dejar de serlo, y las administraciones iniciaron un período de emisión de leyes protectoras, particularmente en materia de condiciones mínimas, promocionando la negociación, con una

¹⁸ Sobre el conflicto entre el sistema de consejos obreros, creados espontáneamente, y el sistema de partidos, ver Hannah. ARENDT, *Sobre la revolución*, versión española de Pedro Bravo, Alianza Editorial, Bs.As., 1992, 271 y ss.

evolución propia en los regímenes europeos continentales y del *common law*¹⁹

En este proceso de ascendencia de lo social hacia el terreno político y jurídico, la Iglesia Católica destacó la presencia de “lo justo” en la relación laboral y lo elevó a un nivel imperativo, como consecuencia de la dignidad superior que posee el mismo trabajo humano. Para ello, articuló el deber patronal de abonar el salario en forma suficiente con el tiempo de prestación que se debe estipular según la remuneración y la clase de actividad y lugar en el que se desarrolla. A partir de la regulación de estos elementos, se comenzó a pensar en la existencia de una comunidad productiva donde el Estado actúa como promotor del bien obrero en general. El otro punto relevante fue el impulso dado al derecho de asociación de los trabajadores, cuyas entidades se calificaron como sociedades privadas de asistencia mutua, nacidas dentro de la sociedad civil, de conformación pública, y en pleno ejercicio de un derecho natural que también debe ser respetado por el Estado²⁰.

Como corolario de toda esta valoración de la Ley, en tanto instrumento de protección, en el movimiento obrero ganó la idea de intervenir en la creación de las normas y en su interpretación. Así, con el Convenio Colectivo de Trabajo se crearon órganos específicos, de interpretación y arbitraje para la solución de los conflictos. Los anteriores consejos de trabajadores, políticos y autónomos, de-

¹⁹ Sobre la descriminalización de las leyes laborales, el avance de la legislación social como “piso de derechos” y el desarrollo de la negociación colectiva en Gran Bretaña ver Simon DEAKIN – Gillian S. MORRIS, *Labour Law*, 5º ed., Hart, Oxford – Portland, 2009, 7-18.

²⁰ LEÓN XIII, *Rerum Novarum. Encíclica sobre la cuestión obrera*, ed. Paulinas, 2da. ed., 2da. reimpr., Bs.As., 2010. Ver también, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, Librería Editrice Vaticana, Vaticano, 2005. Sobre el impacto de la Doctrina Social de la Iglesia en el pensamiento jurídico, ver Justo LÓPEZ, “La filosofía del derecho y la doctrina social de la Iglesia”, *TySS*, 1992, 5; más reciente, en su relación con la materia laboral, ver Daniel FUNES DE RIOJA, “Las encíclicas sociales y su vinculación con el derecho del trabajo”, *DT* 2013 (diciembre), 3107.

vinieron cuerpos sindicales jurídicos, lo que fue considerado por alguna visión de la teoría política como una mengua para el movimiento obrero, quien al transformarse en un grupo de presión social común, habría perdido la impronta de su origen²¹.

Sin embargo, luego de sucesivas y cruentas luchas por su reconocimiento y a pesar de la constante oposición, la visión del sistema político sobre los sindicatos comenzó a cambiar, pasando a ser considerados de manera positiva, como un elemento estabilizador que se integraba a la comunidad bajo la forma de otra institución²².

Frente a estas novedades, el Estado asumió la tarea de estructurar el Derecho del Trabajo, tomando a la Ley como vértice de un sistema que garantice niveles apreciables de participación y paz social. Esta misión, sin embargo, fue cumplida al inicio con cierta moderación, ya que la Ley continuó siendo el factor determinante para el reconocimiento y operatividad de los derechos laborales. El sistema amplificó esta característica cuando apostó a dominar la escena de los nuevos sujetos colectivos. Por eso, ante la aparición de los primeros instrumentos políticos y jurídicos reivindicatorios de los valores y principios de la dignidad laboral, no puede sorprender que el Estado optara (hasta 1945) por asignarles un perfil declamatorio, o a lo sumo secundario, de la normativa infraconstitucional derivada de su propia producción.

²¹ Esa es la opinión de Hannah ARENDT en *La condición humana*, trad. Ramón Gil Novales, 1ra. ed., 5ta. reimpr., Paidós, Bs.As., 2009, 234-240. Para la autora, el rasgo inicial que caracterizaba los movimientos laborales como nuevo espacio público y su posibilidad de construir un modelo político distinto se perdió con la integración de los sindicatos en la sociedad moderna.

²² Para una descripción de esta evaluación respecto de los sindicatos británicos en la sociedad industrial victoriana, ver Henry PHELPS BROWN, *Los orígenes del poder sindical*, trad. Ángeles Conde, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, 42 y ss.

2. EL ESTADO DE DERECHO LEGAL

a) Primera etapa

Con la libertad como centro del orden político y social, y la propiedad como noción derivada del concepto de “derecho subjetivo”, la sociedad europea del Siglo XIX fundó un sistema jurídico cerrado, conocido como positivismo legalista, que aquí se denominará Estado de Derecho Legal (en adelante EDL)²³.

En este modelo, la Constitución existe como un elemento técnico, como un supuesto de comprensión de todo el sistema jurídico, donde la referencia axiológica deja paso a la formalidad de la norma. Al identificarse lo jurídico con lo legal, no existen otras libertades que aquellas consignadas en la Ley, reflejando la expresión del Estado y de sus potestades soberanas. En otras palabras, el liberalismo sustancial quedó convertido en un liberalismo formal y el Estado de Derecho en Estado Legal²⁴.

Esta primacía de la propiedad sobre la labor, hay que decir, tuvo una intensidad mayor en la experiencia estadounidense, estructurada bajo la permanente sospecha a la omnipotencia legislativa. En lugar de configurar un proyecto común, la Revolución norteamericana elaboró un espacio de competencia para el futuro, sobre la base de una tutela fuerte de los derechos individuales²⁵.

²³ Sobre la consolidación de los conceptos de libertad y propiedad en torno a la Ley ver Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, Capítulo 2, especialmente 75-96.

²⁴ Cfr. Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, 56-57.

²⁵ Cfr. Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. M. Martínez Neira, 6ta. ed., Trotta, Madrid, 2009, 41 y 94-95.

El EDL continental, por su parte, alumbró un componente metodológico, anclado en las siguientes tesis generales:

- a) El Derecho es el Derecho positivo, se agota en la Ley, entendiendo por tal al conjunto de normas estatales. A ellas debe atenerse el jurista.
- b) La ciencia jurídica tiene un carácter esencialmente reproductivo, centrado en la repetición del Derecho positivo.
- c) El jurista se maneja, frente a esta realidad normativa, mediante la utilización de fórmulas de abstracción. Se construyen conceptos generales con pretensión de validez para el conjunto del Derecho. Se habla así de la dogmática jurídica.
- d) La interrelación entre los conceptos y los principios generales es lo que forma el sistema jurídico, una orden sin contradicciones y con posibilidad permanente de subsumir cualquier caso.
- e) La jurisprudencia, en función de lo antes expuesto, queda limitada al empleo de la pura lógica, con exclusión de toda otra consideración²⁶.

En este marco, la institucionalización legal de las relaciones laborales representó una necesidad irrefrenable para el sistema. Dicha circunstancia vino acompañada de las aspiraciones de independencia de la nueva rama jurídica, ocupada por alcanzar el máximo grado de la escala jerárquica positiva. Consciente de no ser una simple reglamentación de relaciones particulares, ni un capítulo nuevo o remozado del Derecho Civil, la vocación de autonomía del Derecho del Trabajo se vinculó con los fenómenos sociales de interés para la comunidad, como la organización del sindicalismo y

²⁶ GARCÍA PELAYO, cit., 58-59.

de la empresa, que se empalmaron con el desarrollo teórico de los nuevos conceptos²⁷.

Incluso en un sistema fuerte acento privado, como es el del *common law* estadounidense, la necesaria regulación en el interior del aparato productivo tuvo consecuencias concretas en legislaciones estatales, especialmente al establecerse la jornada de trabajo para determinadas industrias. En este esquema, la evolución hacia el reconocimiento de la soberanía legal laboral debió aguardar varias décadas²⁸.

b) Segunda etapa:

1. La “presión” del naciente Estado Social

Sobre el fin de la Primera Guerra Mundial, el ámbito jurídico laboral alumbró novedades importantes: el reconocimiento de principios fundamentales del trabajo, insertados en la Constitución Mexicana de 1917 y en la de Weimar de 1919, así como la creación de un organismo supranacional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuya creación fue concebida en el marco del Tratado de Versalles.

Si a estos acontecimientos se suma la Constitución de España de 1931, queda visible una etapa de reconocimiento de derechos

²⁷ Cfr. Francisco DE FERRARI, “Autonomía y evolución del Derecho del Trabajo”, en DT, 1963, 497.

²⁸ Se trata del caso “Lochner v. New York” 198 U.S. 45 (1905). En ocasión de analizar la legislación impuesta por el Estado de Nueva York, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de tal normativa, al entender que interfería con la libertad de contratación que alcanzaba a los contratos celebrados entre empleadores y trabajadores. Recién tres décadas más tarde, y a través del caso “West Coast Hotel Co. v. Parrish”, 300 U.S. 379 (1937), el tribunal abandonó la doctrina sentada en dicho precedente, al concluir que la libertad de contratación, como otras libertades, no es absoluta y puede ser regulada con el fin de proteger a la ciudadanía. En ambos fallos, la votación de los magistrados fue de 5 a 4.

sociales, incluidos los laborales, con una mayor sofisticación técnica y precisión normativa, que vincula la ampliación de estas garantías junto a otras de carácter político, referidas a distintos mecanismos de participación ciudadana²⁹.

La construcción de este Estado Social (ES), comenzada a fines del Siglo XIX, reflejó su potencial jurídico en estas innovaciones constitucionales, más allá que su patrimonio institucional no fuera exclusivamente democrático. La promulgación, en la Italia fascista de 1927, de la *Carta del Lavoro*, denota una similar preocupación por establecer herramientas de articulación de las relaciones laborales, aunque sea bajo el fuerte control oficial.

Los ejemplos de la experiencia comparada obligan a poner el foco en ese punto. El objetivo del ES consistió en la aseguración de la existencia colectiva (de allí que se lo caratulara como una organización “de procura existencial”, “de providencia” o “de bienestar”, según la terminología empleada) mediante la distribución de bienes y servicios básicos, unida a la promoción y afianzamiento de un nuevo orden laboral. Pero al tratarse de medidas regulatorias y prestacionales, encarnadas en los niveles legislativo y administrativo, su avance no requirió de una fase política y jurídica como el Estado democrático de Derecho. Sus condiciones, en definitiva, eran condiciones de la legalidad ejecutora antes que de la constitucionalidad tutelar³⁰.

²⁹ Ver el análisis de Sebastián MARTÍN en “Derechos sociales y procesos constituyentes (1931, 1978, ¿2016?)”, *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, Nueva Etapa, N° 23, CC.OO., Madrid, diciembre 2014, 37. Para el citado historiador del Derecho, dicho período merece ser calificado como un primer neoconstitucionalismo, al asentarse allí las bases del movimiento jurídico que continuaría en la Posguerra.

³⁰ Ver Fernando DÍEZ MORENO, *El Estado Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, 34. Sobre la noción del Estado “de procura existencial” alumbrada por Forsthoff en 1938 y continuada en la Posguerra, y su conexión con el principio de subsidiariedad, ver Nuria MAGALDI, *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, especialmente 96-99.

No hay que olvidar que, ante los avances constitucionales y sociales, el positivismo del EDL reaccionó impugnando toda apelación metafísica en el Derecho, entendiéndola básicamente como una consecuencia derivada de la Primera Guerra Mundial³¹

Frente a estos lineamientos, se comenzó a explorar la tesis de una realidad social constitucional, superadora del formalismo, que dio lugar a la construcción de una Constitución democrático – social del trabajo, alejada de la visión mercantil del mismo, impulsada por el Estado y los grupos sociales. Este pensamiento, político – jurídico, elaborado desde la Constitución de Weimar, será retomado después de 1945³².

No sorprende, por lo tanto, que estos acontecimientos fueran insuficientes para promover un giro decisivo para el Derecho del Trabajo, que continuó sometido a la Ley como forma de expresión. El legalismo, pergeñado en Europa, insistió en reivindicar su lugar protagónico, produciendo normas legales como “reglas de juego” que sobrevuelan y arbitran los respectivos intereses grupales del trabajo³³.

2. El problema: una rama jurídica entre lo público y lo privado

La rigidez del sistema promovido por el EDL imponía la ubicación de la especialidad laboral en algún punto de su universo, pero el modo científico de hacerlo presentaba serias dificultades.

³¹ Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de la ed. francesa, Moisés Nilve, 22º ed., Eudeba, Bs.As., 1986, 69.

³² Se trata de la línea desarrollada por Hermann Heller; sobre el tema ver José Luis Monereo Pérez, *La defensa del Estado social de derecho. La teoría política de Hermann Heller*, ed. El Viejo Topo, España, 2009.

³³ Ver el análisis de Bob Hepple en *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Bob Hepple compilador, trad. de J. Rodríguez de la Barbola, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, 46 – 50.

Las dudas comprendían desde cómo denominar al conglomerado de normas que se había desarrollado sobre el trabajo (¿Legislación? ¿Derecho?), hasta el lugar, público o privado, donde debía asentarse una especialidad, que por otro lado comenzaba a pugnar con otras por ser tratada de modo independiente³⁴.

En el campo del Derecho Administrativo, por ejemplo, la proliferación de las convenciones colectivas, previstas en la Ley alemana de Consejos de Empresa de 1920, instaló la idea de una normativa cercana al Derecho Público. Si bien ello mereció fundadas objeciones de los administrativistas, suscitó a la vez numerosos interrogantes sobre la cuestión. En su búsqueda de autonomía y jerarquía, el Derecho del Trabajo dejó ver una forma de creación jurídica propia de lo público, con una función parcial de un círculo jurídico regulado por el Derecho Privado. Esto desconcertó a los juristas de la época, quienes finalmente optaron por situarlo como un supuesto independiente de la rama estatal general³⁵.

En el ámbito privado ocurrió algo similar. Ya por ese tiempo, se advirtió que, en el Derecho de las Obligaciones, ningún acreedor puede darle órdenes al deudor. A esta definición se sumaron otras voces, quienes apuntaron a descubrir el poder del empleador como un poder social derivado de su posición en la empresa³⁶.

La incomodidad era palpable. Este problema, persistente bajo la égida del EDL, se manifestó en la discusión por la figura del contrato, sobre todo en aquellas posturas filosóficas que privilegiaban la naturaleza de la relación. Por su esencia privada, el contra-

³⁴ Una reseña histórica de estos problemas doctrinarios de denominación y ubicación se puede encontrar en Néstor DE BUEN L., *Derecho del Trabajo*, 7ma. ed., Porrúa, México, 1989, Tomo I, 26-38 y 87-103.

³⁵ Cfr. Ernst FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, 613-614.

³⁶ Para una síntesis de las tesis expresadas por Sinzheimer, Nikisch y Molitor, ver María Dolores SANTOS FERNÁNDEZ, *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete, 2005, 55-58.

to quedaba excluido del ámbito de un Derecho de contenido social como el laboral, donde lo que se imponía la esencia de la vinculación³⁷.

Es esta la época de los desarrollos doctrinarios que priorizaron la “relación” de trabajo por sobre el “contrato” de trabajo, y donde se forjó la noción de una comunidad económica con roles sociales diferenciados. Este criterio, sin embargo, fue rechazado por los partidarios del contractualismo laboral, quienes vieron allí una concepción antidemocrática propia de los regímenes totalitarios de la época.

En suma, en el repudio a las características particulares de la relación de trabajo, se confundió el instrumento jurídico adoptado con la naturaleza de una relación social, productora de un nuevo tipo de comunidad, más impersonal, basada en la producción³⁸.

3. *La ascensión del concepto de “ordenamiento”*

Si la esfera individual del vínculo de trabajo quedaba atraída por la controversia relación – contrato, lo colectivo no podía limitarse a las disonancias de este espacio micro-jurídico; debía explorar y asirse a todas las posibilidades que le brindaba el sistema; como ya se dijo, debía ascender en la escala jerárquica jurídica.

³⁷ Cfr. Luis LEGAZ Y LACAMBRA, “Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones”, ensayo de 1943, en *Horizontes del pensamiento jurídico (estudios de filosofía del derecho)*, Bosch, Barcelona, 1947, 115-128.

³⁸ Ya había advertido Weber sobre las distintas formas estructurales de la actividad comunitaria, que van desde la acción doméstica hasta el nacimiento de las sociedades mercantiles, siendo éstas, comunidades que se construyen por la relación práctica de vida más impersonal en la que los hombres pueden participar; ver Max WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, 1ra. ed. en español, 10ma. Reimpr., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, 289-306 y 493-494.

Comenzó a exponerse la idea de regímenes autonómicos estatales y privados productores de normas que, a partir del reconocimiento jurídico de los sindicatos, permitían la utilización de la figura contractual en la órbita colectiva. El que hubiera nacido en la esfera privada, no impedía considerar al contrato como un fenómeno de la autonomía, proveniente de los grupos menores del Estado, determinados por sus propios intereses, distintos del interés público regulado por la Ley, la única fuente jurídica que produce Derecho sin esas limitaciones³⁹.

Sin embargo, el Derecho del Trabajo necesitaba que esta articulación, surgida entre la heteronomía y la autonomía, se montara en un anclaje teórico más concreto. De allí el recurso a la noción de “ordenamiento jurídico”, difundida en Italia sobre el final de la Primera Guerra, con claros reflejos de las teorías institucionalistas en boga. Esto favoreció el asentamiento de una rama joven, como la laboral, que aspiraba a ser concebida como un régimen normativo integrado a un sistema general pero con características distintivas.

En el concepto de ordenamiento jurídico, entonces, se expresa la idea del Derecho como un orden social, de una organización estructurada como una unidad que, además, es considerada globalmente como una institución. Esto significa que el término “Derecho”, en este pensamiento, contiene un doble significado: es un ordenamiento jurídico e institucional, pero está formado por unidades independientes que se conectan también como instituciones⁴⁰.

La adopción de esta tesis por la experiencia continental (que más tarde cruzó el Atlántico y se diseminó por América Latina),

³⁹ Cfr. Francesco CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho – Metodología del Derecho*, trad. Carlos POSADA, ed. de José Luis MONEREO PÉREZ, Comares, Granada, 2003, 96-97 y 110.

⁴⁰ Cfr. Santi ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, trad. de la reimpresión de la segunda edición italiana, ed. Sansoni, Firenze, 1951, por Sebastián MARTÍN – RETORTILLO y Lorenzo MARTÍN – RETORTILLO, Reus, Madrid.

proveyó al Derecho del Trabajo de un complemento significativo: el ordenamiento jurídico no es considerado solo un conjunto de normas, ya que se completa con otros elementos formales, de valoración y de sanción. En tal sentido, comprende una determinada cantidad de economía, de hábitos sociales, de técnica y de moral, teniendo esta última una gravitación mayor o menor, de acuerdo a su incorporación en las instituciones y del rol que se le haya atribuido en cada Estado⁴¹.

Munido de dicha arquitectura, el Derecho del Trabajo fue desplegando sus expresiones de autonomía, pero siempre alineado a la normatividad del ordenamiento y a su técnica de restricción y regulación del poder, desde el nivel superior a los niveles inferiores, sea en relación al contenido, sea en relación a la forma⁴².

A su vez, en la evolución de la propia corriente positivista, el Derecho del Trabajo pudo seguir apegado al EDL sin resignar sus propósitos elevados en el sistema. Es decir, continuó invocando valores trascendentes (que serán catalogados como un “contenido mínimo de derecho natural”), justificados por la necesidad de reconocer una igualdad aproximada entre los hombres (quienes poseen un altruismo limitado), ante la escasez de recursos a distribuir. Allí se aceptó la idea de reconocer un mínimo de cooperación voluntaria entre las personas que, sin un cierto contenido moral de las reglas, no podrían asociarse para garantizar su supervivencia. Los términos de ese contenido, volcados en las reglas, quedarán atribuidos a la textura abierta del lenguaje jurídico⁴³.

⁴¹ Santi ROMANO, *El ordenamiento...*, cit., 80-89 y 111-113,

⁴² Sobre los límites formales y materiales del ordenamiento, ver Norberto BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, trad. de Jorge Guerrero R., Temis, Bogotá, 1992, 165 y ss.

⁴³ HART, cit., 239 y ss. Sobre la “textura abierta” del lenguaje y del lenguaje jurídico, ver 159 y ss., donde el autor alude, entre otros ejemplos, a la regla de proveer sistemas seguros de trabajo como un estándar general empleado por la legislación.

3. EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

a) Origen

1. *Un orden jurídico basado en los valores*

El final europeo de la Segunda Guerra Mundial dejó al descubierto el paisaje desolador causado por los efectos de la conflagración, traducido en las trágicas pérdidas humanas, materiales, sociales, económicas y culturales sufridas. Estas consecuencias también se extendieron a lo jurídico y obligaron a una inmediata reconstrucción institucional, reactiva a todo totalitarismo, como lo demuestran las Constituciones de Francia, de 1946, y de Italia, destinada a regir a partir del 1º de enero de 1948.

En Alemania, a la vista del proceso legislativo anterior, la reacción académica se volcó contra el positivismo hasta entonces dominante. La más célebre de estas repulsas quedó plasmada en una máxima, “la extrema injusticia no es Derecho”, que resume la falta de justificación de una norma legal ante determinadas acciones o circunstancias que, por sus contenidos y efectos, resultan intolerables para la vida y la dignidad humanas⁴⁴.

⁴⁴ Se trata de la llamada “Radbruchsche Formel” o fórmula de Gustav Radbruch. Sobre su concepción y su reivindicación filosófica y jurisprudencial ver Robert ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, trad. cast. José A. Seoane, *Anuario da Facultade de Dereito da Univesidade da Coruña*, N° 5, año 2001, 75-96, disponible en www.ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf. Sobre los fundamentos dados por el propio Radbruch se pueden consultar las transcripciones de sus clases de 1948 en Gustav RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, 1ra. ed. en español., 11ma. reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 2013, capítulo II, 31-39. Sobre la dimensión valorativa de esta posición, ver Rodolfo L. VIGO, “La axiología jurídica de Gustav Radbruch” en *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Facultad de Derecho UBA – La Ley, Bs.As., 2004, 18.

Con este reproche al positivismo exacerbado y en medio de la ocupación dispuesta por las potencias aliadas, el mundo jurídico germano – occidental centró su interés en dar respuesta a dos interrogantes esenciales: qué hacer desde ese momento con el sujeto político llamado “Estado” y qué tipo de ordenamiento jurídico otorgarle en consecuencia.

Las dos preguntas se abordaron de manera contemporánea. A partir de la opinión mayoritaria que consideró subsistente al Estado alemán, se procedió a la reconfiguración de los estados locales o *Länder*, convocándose en 1948 a un Consejo parlamentario que, reunido en Bonn, aprobaría la Ley Fundamental el año siguiente. El cuerpo jurídico así sancionado transmite el contenido axiológico que refleja el propósito seguido por sus autores: alejarse de la tradición constitucional, centrada sobre el funcionamiento del Estado, para trasladar su interés al significado que la Constitución posee en sí misma, teniendo en cuenta que dicho instrumento había sido concebido con ese rango jerárquico⁴⁵.

El cambio trascendente consistió en la imposición de una idea básica: la inviolabilidad de la dignidad del hombre, mandato al que deben someterse todos los departamentos del Estado con el fin de respetarla y protegerla. En similar posición privilegiada, se ubicaron en el texto determinados derechos, calificados de fundamentales, disponiendo la obligación estatal de tutelarlos, al entenderse que los mismos no solamente contienen garantías sino también valores que sirven de guía a la tarea legislativa⁴⁶.

⁴⁵ Para una reseña histórico-jurídica de este período ver Francisco SOSA WAGNER, *Juristas y enseñanzas alemanas I 1945-1975. Con lecciones para la España actual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, especialmente 15-25 y 37.

⁴⁶ Cfr. Christine HORHMANN-DENNHARDT, “División de poderes, independencia de la justicia y la función del Tribunal Constitucional Federal”, en Christine HORHMANN-DENNHARDT, Rupert SCHOLZ, Pedro CRUZ VILLALÓN, *Las Constituciones alemana y española en su aniversario*, edición bilingüe, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2011, 5.

El ejemplo más acabado de estos criterios se puede confirmar en el inicio del cuerpo constitucional alemán que continúa vigente:

“Artículo 1:

- (1) La dignidad humana es intangible y su respeto y protección constituyen un deber de todos los poderes públicos.
- (2) El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos humanos e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.
- (3) Los derechos fundamentales que se proclaman a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial como derecho directamente aplicable”⁴⁷.

La piedra basal del nuevo sistema había sido colocada. A partir de allí, con el protagonismo de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Constitucional Federal, se comenzaron a establecer los conceptos centrales referidos a un sistema de valores. Su síntesis quedó plasmada a nivel judicial una década más tarde, al concluirse que la Ley Fundamental no había establecido un orden neutral de valores sino un articulado sobre derechos fundamentales centrado en la personalidad humana, desarrollada libremente en la comunidad social y en su dignidad, siendo éste el fundamento jurídico – constitucional válido para todas las áreas del Derecho (legislación, administración y judicatura) que reciben de allí su motor vital⁴⁸.

⁴⁷ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, reproducida en C. HORHMANN-DENNHARDT, R. SCHOLZ, P. CRUZ VILLALÓN, cit., 140 y ss.

⁴⁸ Se trata de la doctrina sentada en el caso *Liith* de 1958, punto culminante de una secuencia de fallos emitidos por el Tribunal Constitucional Federal alemán, iniciada con los casos *Sozialistische Reichspartei (SRP)* de 1952, y continuada con los casos *Kommunistische Partei Deutschlands (KPD)* de 1956 y *Elfes* de 1957. Tomado de Luis M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005, 9-15.

Entre los avances más significativos producidos por esta evolución jurisprudencial se destaca la manera dual de concebir los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos que operan frente al poder público y en tanto normas objetivas que expresan determinados valores que se extienden por todo el ordenamiento jurídico.

Este diseño planteó la posibilidad de considerar la Constitución (y por su conducto todo el sistema jurídico) como un orden abierto, distinto a la forma de clausura fijada por el EDL. Ello, sumado a previsiones de autodefensa contenidas en el propio texto, permitió a la jurisprudencia elaborar la noción de una “democracia militante”, ofreciendo la idea de un sistema jurídico que se configura y se asegura al mismo tiempo⁴⁹.

Otra de las innovaciones que produjo un decisivo impacto en la ciencia jurídica fue la ubicación privilegiada en el diseño estatal que se otorgó al Tribunal Constitucional Federal, órgano calificado de verdadero “guardián de la Constitución”; expresión debatida que alude tanto a la posibilidad de buscar en esa instancia la protección de los derechos fundamentales, como a la de reconocer a la jurisdicción constitucional una posición funcional prevalente⁵⁰.

⁴⁹ Sobre la idea de la *streithare Democratic* (“democracia militante”) elaborada por el Tribunal Constitucional Federal en el caso *KPD*, derivada del art. 21 de la Ley Fundamental, y su aplicación como principio en distintos supuestos (como la fidelidad de los funcionarios públicos a la Constitución) ver Francisco Javier DÍAZ REVORIO, *La Constitución como orden abierto*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, 61-68.

⁵⁰ La expresión “guardián de la Constitución” pertenece a Otto Bachof, quien fuera académico e integrante del Tribunal Constitucional Federal, pronunciada en ocasión de su famoso discurso inaugural como Rector de la Eberhard-Karl-Universität Tübingen en 1959. Hay traducción en español del mismo en Otto BACHOF, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

2. *El problema de los derechos sociales*

El acervo de valores constitucionales custodiado jurisdiccionalmente no fue aceptado sin más al trasladarse a la órbita de los derechos sociales. Las críticas más severas lo reputaron incompatible con la realización del ES, que como se ha reseñado, respondía ante todo a un andamiaje de corte legal y administrativo. Así, en un análisis crítico de la jurisprudencia desplegada por el Tribunal Constitucional, se llegó a sostener que se estaba asistiendo al desplazamiento del Estado de Derecho por un verdadero Estado Judicial (*Justiztaat*), generador de confusión y de ausencia de soluciones prácticas⁵¹.

Sin embargo, el paso había sido dado. Al entenderse los derechos sociales como derechos fundamentales que parten de un origen propio (la liberación de formas concretas de privación), y luego se articulan con los derechos clásicos de libertad, igualdad y dignidad, el complejo ingresado al sistema democrático mantiene idéntica importancia de sustentación en sus valores fundamentales. Se trata de un sistema donde la prevalencia de la vida humana se erige en la cúspide de estos valores⁵².

La garantía formal de la libertad, presente en un texto constitucional del EDL, se transformó por esta vía en una garantía ma-

⁵¹ Esa era la opinión de Forsthoff quien, estudiando los pronunciamientos del Tribunal, en una carta dirigida a Schmitt en 1959 expresó: “Mi seguimiento de sus decisiones me hacen tomar conciencia de las monstruosidades que supone un Estado de jueces (*Justiztaat*)...ya el hecho de la existencia de un tal *Justiztaat* tiene como consecuencia una corrupción del método jurídico y de la lógica, según ponen de manifiesto de manera evidente la sentencias del Tribunal Constitucional”; citado por Francisco SOSA WAGNER, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, Marcial Pons, Madrid, 2008, 72.

⁵² Cfr. Beatriz GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos fundamentales*, Universidade de Vigo – Civitas, Madrid, 2002, 123; sobre el modo ver en la Constitución una manera de entender el mundo, la vida y el hombre, consultar Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *El Estado social y democrático de derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, especialmente 61 y ss.

terial, extendida al conjunto de la vida común y de las manifestaciones sociales, causando inevitables problemas de interpretación en cuanto a lo que debe entenderse por “Derecho”⁵³. Para solucionar esas controversias, y en pos de realizar un orden jurídico constitucional total y concreto, se incorporaron instituciones y procedimientos forjados con el fin de ofrecer la mayor garantía posible contra la injusticia. Y a través de ese conjunto de normas impuestas conforme a la Constitución, tomadas por sí mismas, se comenzó a demostrar el mínimo de efectividad social o chance de efectividad y el mínimo de justificación ética o posibilidad de justificación de los restantes elementos del sistema⁵⁴.

El Estado de Derecho Constitucional (EDC) había nacido.

b) Proyecciones laborales

Las constituciones europeas posteriores a 1945 recibieron la impronta de la dignidad humana, asociada a un contenido social expreso, que igualó el papel del trabajo al de otras materias contenidas en los derechos fundamentales. Dicha situación no quedó aislada de las restantes decisiones capitales que se adoptaron en la época, como el progresivo avance de la unificación regional e internacional, encarando un proceso supranacional de relaciones jurídicas, con resignación de espacios soberanos y sujeción a nuevos niveles de gobierno y jurisdicción.

Un repaso a estos textos normativos brinda una idea de la importancia que lo relativo al trabajo adquirió en este período. El contexto social y económico también hizo su aporte. En un lapso de tres décadas (1945 – 1975), el Estado de Derecho se convirtió en

⁵³ Sobre este punto ver Ernst BÖCKENFÖRDE, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho” en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2008, 17-45.

⁵⁴ Sobre este tema ver Ralf DREIER, *Derecho y Justicia*, trad. Luis Villar Borda y Osvaldo Quijano, Monografías jurídicas, Temis, Bogotá, 1994.

un Estado Social de Derecho, cuyo lado prestacional lo llevó a denominarse Estado de Bienestar, es decir, un conglomerado productivo estructurado en torno a grandes empresas y sindicatos, arbitrado por un sujeto estatal proveedor de servicios y asegurador de un conjunto de contingencias humanas, como la enfermedad y la vejez. Este esquema perduró más allá de la crisis económica de mediados de los setenta, ingresando también a las constituciones mediterráneas más jóvenes.

1. El trabajo identificado en las constituciones europeas de la Segunda Posguerra

El modelo francés, todavía apegado al diseño constitucional del EDL, insertó en el Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946 un conjunto de principios de naturaleza política, económica y social, precedido por un decisivo rechazo al totalitarismo, y con un reconocimiento decidido de los derechos inalienables y sagrados para el hombre. Entre los mencionados principios se encuentran los siguientes: 1) “Cada individuo tiene el deber de trabajar y el derecho de obtener un empleo. Nadie puede verse perjudicado en su trabajo o en su empleo a causa de sus orígenes, opiniones o creencias”; 2) “Cualquier hombre puede defender sus derechos y sus intereses a través de la acción sindical y afiliarse al sindicato de su elección”; 3) “El derecho de huelga se ejerce con arreglo a las leyes que lo reglamentan”; 4) “Todos los trabajadores participan, a través de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones laborales, así como en la gestión de las empresas”.

La Constitución italiana de 1947 fue más radical, al definir a Italia como “...una república fundada sobre el trabajo” (artículo 1º), cuyo deber es “...remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país” (artículo 3.2.). Conforme a di-

chos principios fundantes, la República "...tutela el trabajo en todas sus formas y manifestaciones" (artículo 35).

En la segunda etapa, la Constitución griega de 1975 inscribió al trabajo como un derecho bajo protección del Estado, quien debe velar por las condiciones de pleno empleo para los ciudadanos, así como por el progreso moral y material de la población. Se garantiza el derecho a la misma remuneración por el trabajo de igual valor realizado, sin tener cuenta razones de sexo ni otras distinciones, delegándose en la Ley la determinación de las condiciones generales de labor, que serán integradas por los convenios colectivos de trabajo, concertados mediante negociaciones libres y, ante el fracaso de las mismas, fijadas a través de un arbitraje (artículo 22).

De manera similar, la Constitución portuguesa de 1976 dedicó un capítulo especial a los derechos, libertades y garantías de los trabajadores, incluyendo allí disposiciones aplicables a las relaciones individuales y colectivas. Se establece la garantía para todos los trabajadores de la seguridad en el empleo, quedando prohibidos los despidos sin causa justificada o por motivos políticos o ideológicos (artículo 53). Asimismo, se garantiza para todos el derecho al trabajo, correspondiendo al Estado promover la ejecución de políticas de pleno empleo, la igualdad de oportunidades en la elección de la profesión o de género de trabajo, y condiciones para evitar que sea vedado o limitado, por razón de sexo, el acceso a cargos, trabajos o categorías profesionales; también se impulsa la formación y la valorización profesional de los trabajadores (artículo 58). Al Estado le es atribuido el deber de asegurar las condiciones de trabajo, retribución y descanso (artículo 59.2).

En su Constitución de 1978, España declaró su configuración como un "Estado social y democrático de derecho" (artículo 1.1), en donde los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad individual y grupal sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitando la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (artículo 9.2.). El deber de traba-

jar y el derecho al trabajo queda garantizado para todos los españoles, así como la libre elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo y la obtención de una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades propias y las de su familia, no pudiendo realizarse discriminación alguna por razón de sexo (artículo 35). El progreso social y económico se atribuye como un deber a los poderes públicos, con la obligación de llevar adelante una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1).

2. La tutela judicial de los derechos

Se ha dicho que la implantación de órganos judiciales con competencia constitucional en la Europa de posguerra se produjo a través de tres oleadas. La primera, ubicada en la salida de los regímenes totalitarios, se identificó con el restablecimiento en Austria de su Tribunal Constitucional, y en Italia y Alemania con la creación de jurisdicciones similares. La segunda oleada alcanzó los países del mediterráneo, Portugal, Grecia y España, junto a otros ejemplos peculiares, como el reforzamiento de la jurisdicción del Consejo Constitucional Francés y el funcionamiento del Tribunal de Arbitraje de Bélgica. La tercera oleada, finalmente, llegó con la caída de los regímenes comunistas en Europa del Este y la creación de sistemas de justicia constitucional en esa geografía, que ya contaban con algunos precedentes. El signo distintivo de esta trayectoria fue el cambio paulatino de función en muchos de estos tribunales: pasaron de declarar la inconstitucionalidad de las leyes a ser garantes de los derechos fundamentales⁵⁵.

En Alemania, donde el Tribunal Federal del Trabajo comenzó a funcionar desde 1953, se consideró decisiva la influencia recibida del Tribunal Federal Constitucional, creado dos años antes, para

⁵⁵ Sobre el tema ver Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *El constitucionalismo. Procesos de formación y fundamentos del derecho constitucional*, 3ra. ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

abrir la temática jurídico – laboral a la jurisprudencia sobre derechos fundamentales. Sus pronunciamientos sobre la vigencia de tales derechos entre privados y el reconocimiento del trabajador como sujeto en situación de inferioridad estructural frente al empresario, forman parte de los hitos casuísticos del Derecho Judicial germano⁵⁶.

De manera similar, se ha reconocido en Italia el papel de la jurisprudencia constitucional en la evolución del Derecho del Trabajo. En particular, se ha destacado la tarea de la Corte Constitucional, la cual ha permitido elevar los principios laborales constitucionales a un rango de preeminencia, mediante el dictado de pronunciamientos interpretativos que, en caso de contradicción con las normas legales, les otorgaran una prevalencia efectiva⁵⁷.

En España, el texto de la Constitución de 1978 le otorgó al trabajo un primerísimo plano, conteniendo garantías individuales y colectivas especiales, en paridad con los derechos de ciudadanía, las que fueron calificadas con una versión laboral de los derechos fundamentales o de un verdadero Derecho Constitucional del Trabajo⁵⁸.

Las primeras sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, asimilaron el derecho de sindicación a los derechos de asociación y participación política, tanto en lo referente a la libertad sindical como al derecho que poseen las organizaciones

⁵⁶ Ver el panorama trazado por Ulrich ZACHERT, en Ulrich ZACHERT, Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo, La Coruña, 2008, 3-4. Comparar con los autos del Tribunal Federal Constitucional del 19 de octubre de 1993 (referencia 1 BVR 567, 1044/89), y del 23 de noviembre de 2006 (referencia 1 BVR 1909/06); ambos en versión en español, 181-201.

⁵⁷ Cfr. Edoardo GHERA, *Diritto del Lavoro*, 17° ed., Cacucci Editore, Bari, 2012, 35-37.

⁵⁸ Cfr. Manual ALONSO OLEA, *Las fuentes del derecho. En especial, del derecho del trabajo según la Constitución*, 2da. ed., Civitas, Madrid, 1990, 28-29.

para ejercer sus actividades, incluyendo las garantías inherentes a la negociación y al conflicto⁵⁹.

El derecho de huelga, en especial, fue objeto de tratamiento jurisdiccional, al reconocérselo como un derecho subjetivo y como un derecho fundamental, de titularidad individual de los trabajadores pero de ejercicio colectivo, interpretándose asimismo que, en materia de servicios esenciales, deben resguardarse los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos⁶⁰. En cuanto al derecho al trabajo (artículo 35), el Tribunal Constitucional sostuvo que el mismo no se agota en la libertad de trabajar y supone un doble aspecto, individual y colectivo, donde entran en juego los derechos de acceso y de continuidad en el empleo, de la promoción a través del trabajo y de una remuneración suficiente⁶¹.

⁵⁹ Cfr. Sentencia 23/1983 del 5 de marzo, la libertad sindical “comprende el derecho a que la Administración no interfiera en la actividad de las organizaciones sindicales y a que éstas no se vean discriminadas por aquélla”; Sentencia 40/1985 del 13 de marzo: la libertad sindical comprende “no sólo el derecho de los trabajadores de organizarse sindicalmente, sino además el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades que permitan la defensa y protección de los propios trabajadores”; Sentencia 70/1982 del 29 de noviembre, ratificada por la 39/1986, del 31 de marzo: “Cuando la Constitución y la ley les invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *uti singulis*, sean de necesario ejercicio colectivo”; Sentencia 51/1988: El art. 28.1 “integra derechos de actividad de los sindicatos (negociación colectiva, promoción de conflictos), medidas de acción que, por contribuir de forma primordial al desenvolvimiento de la actividad a que el sindicato es llamado por el art. 7º CE, son un núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical”; citadas en Enrique ÁLVAREZ CONDE, *Curso de derecho constitucional*, Volumen 1 El Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades, 2da. ed., Tecnos, Madrid, 1996, 435-437.

⁶⁰ Sobre el derecho de huelga, Sentencia del 8 de abril de 1981; sobre los servicios esenciales Sentencias del 17 de julio de 1981, 51/1986 de 24 de abril y 53/1986 del 5 de mayo; citadas en ÁLVAREZ CONDE, cit., 443-447.

⁶¹ Sentencias del 2 de julio de 1981, 83/1983 y 83/1984 de 24 de julio, en ÁLVAREZ CONDE, cit., 453.

La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares también ha sido motivo de abundante jurisprudencia, sobre todo, en aquellas cuestiones como la discriminación, donde el texto de la Constitución española resulta expreso, incluyendo los casos de la discriminación por sexo o por edad, o el respeto a la garantía de libertad de expresión de los trabajadores⁶².

Sin dejar de lado las particularidades de su ordenamiento jurídico, Francia también recibió el impacto del movimiento favorable a la proyección operativa de estos principios, cuando a partir de la reforma del Código de Trabajo de 1982, se generalizó la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones laborales. La Corte de Casación llegó a condenar, sobre ese criterio, tanto los actos unilaterales como las cláusulas contractuales y convencionales, incluyendo las abstenciones, que aparecían como conductas atentatorias de tales garantías⁶³.

En esta reseña no se debe obviar la evolución practicada en el sistema estadounidense. La puesta en marcha de las medidas sociales derivadas del *New Deal* originaron la aprobación de las disposiciones contenidas en la *National Labor Relations Act* de 1935, cuya constitucionalidad fue puesta a prueba cuando la agencia federal competente (NLRB) ordenó a una de las principales compañías de acero que cesara en sus conductas de discriminación y coerción a trabajadores con actividad sindical. Ante su negativa, la agencia solicitó una orden judicial de cumplimiento que le fue de-

⁶² Se trata de la Sentencia 7/1983, de 14 de febrero. Para el tribunal, afirmar que los derechos fundamentales carecen de virtualidad plena en el texto constitucional y sólo la adquieren a partir de su concreción legislativa, va en contra del art. 53.1 CE y de la jurisprudencia en la materia. Sobre la discriminación por razones de edad, ver STC 69/1991 de 8 de abril; sobre libertad de expresión de los trabajadores ver STC 88/1985 de 19 de julio, todas citadas en Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997, 455-456, 473 y 501.

⁶³ PÉLISSIER – AUZERO – DOCKES, *Droit du travail*, cit., 653.

negada por el tribunal de apelación. La Corte Suprema revocó esa decisión⁶⁴.

El cambio de composición del máximo tribunal por Roosevelt, entre 1937 y 1941, la posterior jurisprudencia dictada contra la segregación y la sanción de la *Civil Rights Act* en 1964, cuyo Título II estableció la prohibición de la discriminación, dieron lugar a un período de profundización de esta línea⁶⁵.

4. LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y LOS DERECHOS LABORALES

¿Qué prospectiva se le ofreció a la asignatura laboral en este ascenso constitucional? Pues la posibilidad de continuar elevándose hasta ser abordada por estructuras de derechos múltiples, que la valorizan desde la posición del sujeto, el trabajador, y desde la protección, en la faz objetiva, de su actividad. Un punto en común del EDC es que los derechos esenciales de la dignidad humana tienen su correlato en el trabajo. No hay un “hombre político” y un “hombre que trabaja” disociados. Existen personas que gozan de derechos ciudadanos y laborales sin otra referencia particular más que los aspectos de la sustancia a la que protegen.

Indagar en esta matriz de principios relativos a la libertad, la igualdad, la equidad y la justicia, requiere detenerse sobre los estratos de un complejo jurídico signado por las cláusulas de los instrumentos internacionales que, al garantizar los derechos esenciales del hombre, se han ocupado de su actividad productiva.

⁶⁴ *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp*, 301 U.S. 1, 57 S.Ct. 615, 81 L.Ed. 893 (1937), citado y transcritos sus fundamentos en Kathleen SULLIVAN – Gerard GUNTHER, *Constitutional Law*, 16 ed, Foundation Press, 2007, 96-98.

⁶⁵ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954).

Es que, en forma contemporánea al desarrollo del EDC, se generó la integración jurídica supranacional. En Europa, ello comenzó con la suscripción de instrumentos comunitarios y continuó con la creación de un régimen supranacional habilitado por los propios Estados, que tuvo su punto más alto en la conformación de un órgano judicial propio (el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, actualmente de la Unión Europea). Se dio lugar así, a otro fenómeno novedoso: la presión e influencia constante derivada de los pronunciamientos dictados por las autoridades jurisdiccionales comunitarias respecto de los ordenamientos constitucionales nacionales, a quienes les fueron impuestas reformas articuladas de manera descendente, desde el nivel integrado superior⁶⁶.

Lo señero fue, en este ejemplo, la consagración judicial de la superioridad y aplicabilidad directa del orden comunitario, que contempla garantías para los particulares pero también obligaciones para éstos, los Estados miembros y las instituciones comunitarias. Los derechos fundamentales integran los principios generales del Derecho que deben ser asegurados, no se pueden admitir medidas incompatibles con los mismos, que han sido reconocidos y garantizados por las instituciones de los Estados, mientras que los instrumentos internacionales sobre protección de derechos humanos, a los que los Estados miembros han adherido, ofrecen indicaciones a tener en cuenta en el Derecho comunitario⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. Calogero PIZZOLO, “La fase descendente del derecho constitucional trasnacional. La constitución frente a la integración supranacional y el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Griselda Capaldo, Jan Sieckmann, Laura Clericó directores, Eudeba – Fundación Alexander von Humboldt, 2012, 365-382.

⁶⁷ La ratificación de la superioridad institucional comunitaria fue realizada en el Asunto 26/62, *Van Gend en Loos* (5-2-1963, Rep. 25); la vinculación inicial entre Derecho Comunitario e Internacional en el Asunto *Nold contra Commission* (sentencia del 4-5-74, Rep. 491 y 507) ambos fallos citados por Joel RIDEAU, “El papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en AA.VV., *Tribunales*

Esta integración jurídica, de múltiple vinculación, no se agotó en la órbita regional. Con la aprobación de instrumentos internacionales basados en el respeto y la protección de la dignidad humana, se inició un sendero de convergencia entre los niveles nacionales, supranacionales e internacionales, obligando a la esfera estatal al diseño de “fórmulas constitucionales puentes” donde se conecta el ordenamiento interno con este nuevo sistema llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)⁶⁸.

América Latina, pionera con su Declaración de 1948, seguirá su derrotero evolutivo, marcado por sucesivos períodos de inestabilidad política y social, pero en donde también se arribará a la consolidación de un nivel supranacional tuitivo, sin obviar el impacto de los tratados y convenciones internacionales en su franja constitucional.

a) El sistema de la Organización de Naciones Unidas

Poco tiempo antes de la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, el campo occidental había avanzado en la pretensión de configurar un nuevo de orden internacional. La Carta de San Francisco de 1945, por la cual se creó la Organización de Naciones Unidas (ONU), cristalizó ese propósito al instalar un nivel superior a los Estados nacionales, con su propia estructura de gobierno y su nivel particular de jurisdicción.

En el artículo 55 de la Carta se estableció, como deber de la organización, la promoción de mejoras en el nivel de vida, de trabajo permanente para todos y de condiciones de progreso y desarrollo económico y social. En esta obligación se incluyeron la solución de los problemas económicos y sociales, el impulso de la

constitucionales europeos y derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 537-561, especialmente 545-546 y 551.

⁶⁸ PIZZOLO, cit., 378-380.

cooperación cultural y educativa, y el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin distinción, con el fin de hacerlos efectivos (incisos a, b y c). Los Estados Miembros se comprometieron, de acuerdo al artículo 56, a realizar los esfuerzos conducentes, de manera exclusiva o en conjunto con la organización, para dar cumplimiento a dichos objetivos⁶⁹.

Desde este criterio fundacional, en el seno de la ONU se encaró la formalización de un conjunto de instrumentos destinados a formar, junto a otras fuentes del Derecho Internacional. De estos documentos interesa relevar las cláusulas laborales que contienen, con la finalidad de observar este panorama jurídico de nivel superior.

1. Declaraciones, pactos y convenios

Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido entendida como una continuidad de esa universalidad de los derechos del hombre proclamada en la Declaración de 1789, que ha devenido, con el nuevo documento, en la doctrina oficial de la sociedad internacional, haciendo pasar estos derechos desde la esfera de lo ideal a la realidad⁷⁰.

El texto contiene un conjunto de derechos laborales que, a diferencia de otros, ha superado el debate en torno a su exigibilidad. Se ha estimado que los mismos tienen un carácter vinculante para todos los Estados Miembros⁷¹.

⁶⁹ Texto disponible en www.un.org

⁷⁰ Cfr. Jean RIVERO, *Les libertés publiques, Tome 1 Les droits de l'homme*, 8e. édition, PUF, Paris, 1997, 92.

⁷¹ De acuerdo al artículo 23, toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo (1). Asimismo se garantiza a toda persona el derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por igual trabajo (2). En el mismo sentido, la per-

La ONU recurrió, además, a la metodología del “Pacto” como forma de consolidar el acuerdo internacional vertido sobre los derechos fundamentales del hombre, incluidos los del trabajo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP), aprobado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 y vigentes a partir del 23 de marzo de 1976, presenta como singularidad la atención prestada a los derechos laborales colectivos, lo cual denota la importancia que para ese momento había adquirido la vida sindical y la negociación colectiva.

Se incluyó, en esta línea, la mención expresa del Convenio 87 sobre libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), elevando de esta manera el grado de esencialidad de tal instrumento, así como su valoración autónoma en el espacio universal de los derechos, más allá de la aprobación de cualquier Estado a su letra o de su adhesión al organismo laboral internacional⁷².

sona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure tanto a él como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, la cual será completada, de ser necesario, por otros medios de protección social (3). El aspecto colectivo, se garantiza toda persona el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses (4). Una mención especial se realiza en el artículo 24 con relación al descanso. Se garantiza toda persona ese derecho así como al disfrute de su tiempo libre y, en cuanto a lo laboral, a una razonada limitación de la jornada y a vacaciones periódicas pagas. Por otra parte, en el artículo 29 se han previsto deberes de las personas con respecto a la comunidad, partiendo del criterio de que sólo en ese ámbito pueden desarrollar libre y planamente su personalidad (1). En tal sentido, se ha dispuesto que en el ejercicio de los derechos y goce de las libertades las personas solo están sujetas a aquellas restricciones impuestas por las leyes con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer lo que se denomina como “las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (2).

⁷² En su artículo 22 prescribe el derecho de toda persona a asociarse libremente con otras, a fundar sindicatos y a afiliarse a estos para la protección de sus intereses (1). El ejercicio de este derecho sólo puede ser limitado por aquellas leyes que se estimen necesarias en una sociedad democrática, en razón de los intereses de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o cuando deba protegerse

En sentido similar se ubica el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por la Asamblea General de la ONU en la misma fecha que el anterior, con entrada en vigencia el 3 de enero de 1976. El documento contiene derechos individuales y de formación⁷³, un catálogo de garantías vinculadas al derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias⁷⁴, y un apartado dedicado a los derechos colectivos⁷⁵.

la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás. Dicho texto no impide la restricción al ejercicio de sindicación cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía (2). Por otra parte, ninguna disposición del articulado descripto autoriza a los Estados Partes en el convenio 87 a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías contenidas en él ni a aplicar la ley de manera tal que puedan resultar menoscabadas dichas garantías (3). El documento cuenta con una Protocolo Facultativo por el cual se habilita al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar las comunicaciones de los individuos que invoquen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos denunciados en el Pacto.

⁷³ En su artículo 6 se establece el reconocimiento por parte de los estados firmantes del derecho a trabajar, que incluye el derecho de toda persona a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado, debiendo los estados tomar medidas adecuadas para garantizarlos (1). La norma aclara, a tono con las nuevas necesidades, que entre las medidas que deberán adoptarse para lograr los plenos efectos de este derecho, se encuentra la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana (2).

⁷⁴ Este catálogo se encuentra en el artículo 7 y comprende: a) una remuneración que otorgue mínimamente a los trabajadores un salario equitativo o igual por un trabajo de igual valor, sin distinción alguna, debiendo asegurarse a las mujeres condiciones no inferiores a la de los hombres, con el mismo principio de igualdad; para todos los trabajadores y su familia se deberán garantizar condiciones de existencia digna; b) seguridad e higiene en el trabajo, c) igual oportunidad para todos los trabajadores de ser promovidos a la categoría superior que le corresponda, sin otras condiciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) el descanso, disfrute del tiempo libre, limitación razonable de la jornada de trabajo y vacaciones periódicas pagas, así como días festivos remunerados.

⁷⁵ En la nómina de derechos colectivos se encuentra: a) el derecho de las personas a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección

2. Declaraciones, convenios y recomendaciones de la OIT

Sobreviviente del Tratado de Versalles de 1919, con un esquema de gestión inédito para la época, como es el tripartismo sectorial (sindicatos, empleadores y gobiernos), la OIT dedicó sus mejores esfuerzos para fijar estándares mundiales en materia de relaciones laborales y derechos del trabajo, a través de tres clases diferentes de documentos: las declaraciones, los convenios y las recomendaciones.

Un repaso a las declaraciones brinda una imagen condensada de los grandes fines y líneas de acción de la OIT. En la primera de ellas, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo de 1944, reunida en Filadelfia, se establecieron los objetivos de la Organización, que se incorporaron como anexo a su norma constitutiva. Allí se delinearon un conjunto de principios, relativos a la naturaleza del trabajo (“el trabajo no es una mercancía”), a la manifestación de la libertad (“La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante”), a la superación de la pobreza (“La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos”) y a la igualdad de condiciones (“Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad y de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”). El contenido de este núcleo esencial se consolidó en 1998, cuando la 86° Conferencia Internacional aprobó la emisión de una Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo, por la cual los Estados Miembros quedan obligados a su respeto y promoción, más allá de que hayan o no ratificado los convenios pertinentes. Se dividen allí los principios y derechos en cuatro categorías: la de libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo al derecho de negociación colectiva, la de eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la de la abolición del trabajo infantil y la de eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. La Declaración contiene un Anexo relativo a su seguimiento por parte de la OIT

sobre los convenios fundamentales no ratificados y mediante un informe global sobre los principios y derechos fundamentales del trabajo. Finalmente, en el año 2008 se adoptó la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, en donde se reafirma la misión y axiología que ostenta la OIT frente a la realidad social y económica contemporánea⁷⁶.

b) Los sistemas regionales: Europa y América Latina

1. Convenios y Cartas europeas

Su nombre oficial es Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, pero se lo conoce como Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Adoptado el 4 de noviembre de 1950, tiene como antecedente la Declaración Universal de 1948. En su inicio se dejó establecida la prohibición de la esclavitud o servidumbre y del trabajo forzoso u obligatorio (artículo 4º), así como de la prohibición de toda discriminación (artículo 14).

En relación a las garantías colectivas, se contempló la libertad de asociación, incluyendo el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos, no siendo pasible su ejercicio de otras restricciones legales que las necesarias en una sociedad democrática, para (artículo 11)⁷⁷.

El espacio comunitario también dio nacimiento a una serie de documentos, conocidos como “Cartas”, en donde se intentó prescribir una normativa vinculada a los derechos fundamentales. La primera de ellas fue la Carta Social Europea, denominada “Carta de Turín”, adoptada el 18 de octubre de 1961 y que comenzó a regir a partir del 26 de febrero de 1965. A esta siguió la Carta de Es-

⁷⁶ Los textos se encuentran disponibles en www.ilo.org

⁷⁷ Texto disponible en www.echr.coe.int

trasburgo, denominada asimismo “Carta Social Europea revisada”, de 1989, que detalló una serie de derechos de la autonomía colectiva, aunque sin eficacia jurídica. Ambas fueron continuadas por la Carta de Niza sobre la declaración de derechos fundamentales, que también careció de eficacia jurídica inicial.

Sin embargo, luego del fracasado proyecto de dotar a la Unión Europea de una Constitución, ha sido con el Tratado de Lisboa donde operó el reconocimiento de los derechos, libertades y principios contenidos en la Carta (conforme el texto adoptado en 2007) y se estableció que dicho instrumento tendría el mismo valor jurídico de los tratados (art. 6 TUE). Ello ha permitido afirmar que la Unión Europea posee en la actualidad un catálogo de principios, derechos y libertades de carácter objetivo y cuyo valor jurídico es igual al de los tratados constitutivos⁷⁸.

El problema de la determinación en conjunto con la articulación de competencias y la expectativa de no regresividad en la interpretación de los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 53 de la Carta) pareció resolverse con la fórmula esbozada por el TJUE: cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medias nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según la interpretación dada por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión⁷⁹.

⁷⁸ Cfr. Araceli MANGAS MARTÍN – Diego LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 8va. ed., Tecnos, Madrid, 2014, 126.

⁷⁹ Ver doctrina de las Sentencias de 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni*, C-399/11, apartado 60 y *Akerberg Fransson*, C-617/10, apartado 20, mencionada en Araceli MANGAS MARTÍN – Diego LIÑÁN NOGUERAS, cit., 136.

2. *Declaraciones y documentos interamericanos*

Adoptada por los Estados Miembros de la OEA en la Conferencia de Bogotá de abril de 1948, conjuntamente con la Carta de constitución del organismo, y pocos meses antes de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se reconoce el derecho de toda persona al trabajo en condiciones dignas, incluyendo de manera particular, el derecho a seguir libremente su vocación en cuanto lo permitan las oportunidades libremente de empleo. Se garantiza al trabajador el derecho a recibir una remuneración que, según su capacidad expresa le asegure un nivel de vida conveniente para sí y para su familia (artículo XIV).

El artículo XV protege el derecho de toda persona al descanso, a su honesta recreación y a empleo útil de su tiempo libre para su mejora espiritual, cultural y física.

En la faz colectiva, el artículo XXII garantiza a toda persona el derecho a asociarse para la promoción, ejercicio y protección de sus intereses legítimos, entre los cuales se destaca el sindical.

Como particularidad del documento, cabe señalar que en el artículo XXXVII del capítulo dedicado a los deberes se incluyó la obligación de trabajar que recae sobre todo individuo, dentro de su capacidad y posibilidades, con el objeto de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.

La Convención Americana de los Derechos Humanos, adoptada en la Conferencia de San José, el 22 de noviembre de 1969, con vigencia a partir del 18 de julio de 1978, se inicia con dos obligaciones impuestas a los estados partes: la de respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención, garantizando su libre y pleno ejercicio, y la de adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, cuando los mismo no hubiesen estado ya garantizados en el ordenamiento interno (artículos 1 y 2).

Como particularidades, el documento incluye, entre los derechos civiles y políticos, la prohibición de la esclavitud, la servi-

dumbre y la realización de trabajos forzosos u obligatorios (artículo 6), la garantía de acudir ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de los derechos y obligaciones laborales (artículo 8.1), y la libertad de asociarse libremente con fines laborales, con la sola restricción impuesta por las leyes que sean necesarias en una sociedad democrática en relación de la seguridad nacional, de la seguridad del orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades ajenas; estas garantías no impiden la imposición de restricciones y aun la privación del derecho de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía (artículo 16).

Un supuesto particular de derecho incorporado a la convención es el llamado Desarrollo Progresivo, por el cual los estados partes se comprometen a adoptar las medidas internas y las que surjan de la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos derivados de las normas económicas, sociales, educativas, de la ciencia y la cultura, contenidas en la carta de la OEA (reformada por el Protocolo de Buenos Aires), en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (artículo 26).

En materia de interpretación, la convención ha establecido como pauta que ninguna disposición del documento puede ser interpretada como forma de permitir a los estados parte, grupos o personas la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos, o limitarlos en mayor medida que lo allí previsto. Esta limitación se extiende a los derechos y libertades que puedan estar reconocidos según las leyes de cualquiera de los estados partes o de otra convención en la que sean miembros dichos estados. Finalmente la prohibición alcanza a la exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o derivados de la forma democrática representativa de gobierno, y a cualquier exclusión o limitación de los efectos que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de similar naturaleza (artículo 29).

Por último, en cuanto a los deberes, el instrumento formula una correlación con los derechos estatuidos al indicar el deber de toda persona para con la familia, la comunidad y la humanidad, y la limitación de sus derechos por parte de los derechos de los demás, de la seguridad común y de las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática (artículo 32).

Con carácter singular la convención instituye dos órganos de protección de las garantías y aseguramiento de las garantías contraídas por los estados partes. El primero de ellos es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya función es la observancia y defensa de los derechos humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con competencia para conocer en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la convención que se le hayan sometido, en tanto los estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan esa competencia (artículos 33, 41, 44, 52, 61, 62 y concordantes).

En esta materia jurisdiccional, los casos “Baena” del año 2001, y “Huilca Tecse” del año 2005, dictados por la Corte Interamericana, han resultado de suma relevancia para comprender la importancia de la protección a la libertad de asociación en materia sindical, enmarcada en el *corpus juris* de los derechos humanos⁸⁰.

⁸⁰ Ver CIDH, 02/02/2001, “Baena, Ricardo y Otros”; 03/03/2005, “Huilca Tecse c. Perú”; ambos pronunciamientos poseen gran significación, como fuentes, para el giro jurisprudencial que vivirá el Derecho del Trabajo argentino a partir del año 2004.

5. LA TEORÍA RESULTANTE: EL NEOCONSTITUCIONALISMO

a) Denominación y condiciones de existencia

1. *Un nombre, varios autores*

La magnitud del avance político – jurídico que significó la reivindicación de valores y principios constitucionales dedicados a la persona humana, con grado cierto de vigencia y tutela por órganos competentes, en unión a otros sistemas de garantías y jurisdicción que trascienden las soberanías nacionales, favoreció la aparición de una teoría jurídica relacionada con este proceso, construida desde la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional.

La expresión que resume tales desarrollos teóricos es la de “neoconstitucionalismo”, término con el cual se denominó a esta corriente en la escuela iusfilosófica genovesa y que luego fue utilizado por la literatura especializada en Hispanoamérica. Sin embargo, debe aclararse que en buena parte de Europa se continuó hablando de “constitucionalismo” para indicar una línea de pensamiento similar, en tanto en el common law se prefirió el empleo de la acepción *new constitutionalization* para señalar el desarrollo de la constitucionalidad de los derechos a nivel global⁸¹.

La denominación aludida, familiar entre los estudiosos del tema, no resulta de fácil aprehensión para el operador jurídico general. El prefijo “neo”, agregado al inicio, acrecienta la confusión. En sentido gramatical, “neo” significa “nuevo”, “reciente” o “perteneciente a”, siguiendo su origen griego. Pero en el campo de las ciencias sociales esto puede variar: términos como “neoliberalismo” o “neomarxismo” aluden a teorías que guardaban relación con los vocablos originales y luego se han alejado de algunos de sus postu-

⁸¹ Cfr. Mauro BARBERIS, “Esiste il neoconstitucionalismo?”, en *Analisi e diritto*, Marcial Pons, Madrid, 2011, 12, nota 3.

lados esenciales. Incluso se han utilizado este apelativo para señalar una distorsión a un principio o criterio determinado, con sentido peyorativo. Por si ello no bastara, el final “ismo” remite a un cierto contexto ideológico que se superpone a su imagen teórica, arrojando sombras sobre su verdadero contenido jurídico.

A esto se suma la falta de una línea exclusiva de pensamiento que domine la corriente. Más allá de la presencia de una matriz común, forjada en torno al nuevo papel de la Constitución, se carece de una escuela conformada por un “maestro” o “mentor” quien, a partir de una o varias obras fundacionales en el campo de conocimiento, fuera sucedido por colaboradores y/o discípulos que exploraron y profundizaron sus principales propuestas teóricas.

El listado de autores que son incluidos por los analistas en esta línea abarca un universo muy amplio. Comprende, desde pensadores que desconocen la existencia del vocablo “neoconstitucionalismo”, pasando por aquellos que lo aceptan de buen grado, hasta llegar a quienes desconfían de este agrupamiento. Es por eso que no resulta sencillo elaborar una lista muy completa de autores, más allá de la utilidad que posee la conformación de una suerte de “plana mayor” de neoconstitucionalistas, cada uno con su propia perspectiva del tema⁸².

Esta diversidad ha hecho que se intentara deslindar la variedad de senderos que recorren el citado horizonte intelectual. Una primera división ubica en un sector a los autores positivistas, que se acercaron de manera tangencial, descriptiva o normativa al estudio del EDC, distinguiéndolos de aquellos otros enrolados en un

⁸² Cfr. Rodolfo L. VIGO, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, *Revista de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2008, 255*. Existe acuerdo en desarrollar una nómina de autores que comprenda a Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Carlos Nino y Gustavo Zagrebelsky, pudiendo completarse con otros como Antonio Pérez Luño, Luis Prieto Sanchís, Andrés Ollero, Gregorio Peces Barba, Neil Mac Cormick, Manuel Atienza, José Juan Moreso u Alfonso García Figueroa. Un listado similar se puede encontrar en BARBERIS, “Esiste il...”, cit., 13.

positivismo crítico, distanciado del EDL, pero lejano a la justificación de los valores y a la judicialización del Derecho. Frente a ellos, en el área no positivista, ha sido posible diferenciar a quienes son tributarios de una raíz constructivista o kantiana (basada en la inmanencia), de quienes reconocen una visión personalista, inspirada en Aristóteles y Aquino (basada en la trascendencia)⁸³.

Otra división, que ha despertado un interesante debate, es la que diferencia entre un constitucionalismo “principialista”, también llamado “argumentativo”, centrado en la configuración de los derechos fundamentales como valores y principios, y un constitucionalismo “garantista” o “normativo”, que caracteriza a los citados derechos como reglas insertas en un sistema regulativo de prohibiciones, prestaciones y garantías. Esta clasificación ha sido rechazada o discutida por numerosos autores, pero corresponde mencionarla como ejemplo de la pluralidad de pensamiento que se conjuga en esta materia⁸⁴.

2. *Las exigencias de la nueva constitucionalidad*

Formuladas las distinciones precedentes, lo que importa es señalar la aparición de una tendencia dedicada a sostener la efec-

⁸³ Cfr. Rodolfo L. VIGO, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, EDUCA, Bs.As., 2015, capítulos 9 y 16; también en “¿Dos o tres neoconstitucionalismos?”, LL 2014-A, 925. El autor incorpora, en el listado de referentes nacionales, a Santiago, Rabbi Baldi, Cianciardo y Herrera.

⁸⁴ La clasificación corresponde a Luigi Ferrajoli (quien no utiliza el prefijo “neo”) y la discusión sobre la misma se puede leer en *Un debate sobre el constitucionalismo. Luigi Ferrajoli*, Monográfico revista *Doxa* núm. 34, Marcial Pons, Madrid, 2012. Ver también Luigi FERRAJOLI – Juan RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, 31-119. Allí se puede observar la división que practica Ferrajoli entre la posición que denomina “constitucionalismo argumentativo, pospositivista o principialista”, de carácter genérico, y la suya, que califica como “constitucionalismo garantista”, donde fomenta el uso de un lenguaje lo más taxativo posible, como garantía de máxima efectividad de los vínculos constitucionales impuestos a la legislación y a la jurisdicción.

tiva constitucionalización del ordenamiento jurídico, definido como un proceso que transforma el sistema para dejarlo totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. En este tránsito, la Constitución se ha inmiscuido en las diferentes instituciones jurídicas de manera invasora, condicionando la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, la acción de los actores políticos y la totalidad de las relaciones sociales⁸⁵.

Ahora bien, para hablar válidamente de una operación tan intensa como la antes expuesta, la teoría ha requerido la presencia de un conjunto de requisitos, como ser:

- a) La ubicación de la Constitución como norma jurídica superior, dominando a toda otra norma del sistema. Su contenido, además, debe ser rígido, solamente modificado a través de un procedimiento especial.
- b) La presencia en la Constitución de valores o principios, los cuales suponen una preferencia por lo bueno o lo valioso que ha merecido su consagración jurídica, utilizándose para ello (de manera preferencial) el lenguaje actual de los derechos humanos. Estos principios, como toda norma constitucional, tienen una fuerza vinculante que lo hace productores de efectos jurídicos.
- c) La inexistencia en la Constitución de normas puramente programáticas, de omisiones o de presuntas cuestiones “políticas” exentas del control judicial. El contenido constitucional se aplica de forma directa e inmediata, debiendo los jueces evitar cualquier contradicción de las leyes con su texto;

⁸⁵ Cfr. Riccardo GUASTINI, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 4ta. ed., 2009, 49. En palabras de Néstor Sagües, la Constitución es un “corsario” que toma o se apropia lo que desea de cada rama jurídica y le impone su dominio.

- d) La inserción en la Constitución de mecanismos de garantía de control jurisdiccional, quedando a cargo de los jueces el sostenimiento de su superioridad. Estos procedimientos de garantía son entendidos como regímenes de control jurisdiccional (o semi-jurisdiccional) sobre las leyes⁸⁶.

El consenso respecto a la enumeración de los caracteres definitorios del paradigma neoconstitucional queda limitado a estos elementos. A partir de allí, se ha debatido la incorporación de otras facetas determinantes, como la llamada “sobreinterpretación” de la Constitución, esto es, la posibilidad de extraer del texto constitucional normas tanto expresas como implícitas, junto a su influencia para la resolución de desacuerdos políticos, el control de la discrecionalidad política de los órganos legislativos o la aptitud de las normas constitucionales para ser utilizadas como justificación en la argumentación política. Estos elementos serán abordados más adelante, al integrarse las cuestiones jurídico-laborales a este análisis.

b) Las tesis generales

Con origen en los progresos formulados en Europa, Estados Unidos y América Latina, por autores cuyas teorías se vinculan directa o indirectamente con el paradigma constitucionalizador, se han podido reseñar los principales postulados que constituyen el acervo común de esta corriente. Debe reiterarse en este punto que la citada reunión de criterios abarca a pensadores que han reflexionado sobre estos tópicos con anterioridad a la difusión del vocablo “neoconstitucionalismo”, o a los contemporáneos del mismo, que aceptaron o rechazaron ser catalogados de este modo. También se han incorporado las ideas de teóricos que no llegaron a co-

⁸⁶ Cfr. VIGO, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo...”, cit., 260-261; GUASTINI, cit. 50-58.

nocer el auge de esta corriente y que, sin embargo, han contribuido con sus investigaciones a su posterior desarrollo.

1. Conexión del Derecho con la Moral

El rechazo al positivismo justificante de todo obrar estatal, evidente al concluir la Segunda Guerra Mundial, motivó en ambas orillas del Atlántico Norte que los tribunales comenzaran a recurrir a los principios generales, en una adaptación destinada a elaborar otras respuestas jurídicas, para hacer frente a los nuevos fenómenos sociales y económicos. Comenzó, de esta manera, a erigirse en la práctica constitucional una idea de la fuerza jurídica que de por sí tienen los derechos morales de las personas frente a los órganos estatales⁸⁷.

Con ello reapareció la polémica sobre la separación o inclusión de la Moral en el Derecho; discusión que ingresó con similar intensidad hacia el interior del neoconstitucionalismo. Mientras algunos autores se inclinaron por mantener la fuerte separación heredada del positivismo, otros reafirmaron la imposibilidad de sostener válidamente esa escisión⁸⁸. Incluso se habló de la detección de los numerosos conceptos morales que pueblan y crecen en el territorio jurídico. Con cierto tinte antropológico, se los ha denominado “criaturas de moralidad”⁸⁹.

Lo importante es que, en esta percepción acerca de la vinculación entre el Derecho y la Moral, se incluyen los principios vincu-

⁸⁷ Ver Ronald DWORKIN, *La justicia como toga*, trad. cast. M. Iglesias Vilas e I, Ortiz de Urbina G., Marcial Pons, Madrid, 2007, 231.

⁸⁸ En la obra de Ferrajoli y Prieto Sanchís se advierte con claridad esta inclinación por la tesis fuerte del positivismo frente a la Moral; por el contrario, en los trabajos de Dworkin, Alexy o Nino, se desprende la idea de su vinculación con el Derecho.

⁸⁹ Cfr. Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, 94-95.

lados a la Justicia, así como las concepciones acerca del Bien y del Mal arraigadas en la tradición. Al ser lo justo una medida de corrección en la distribución y compensación de la asignación de bienes en una comunidad, las cuestiones de justicia aparecen, en definitiva, como un reflejo de las cuestiones morales⁹⁰.

La evolución que ha seguido el discurso moral a lo largo del tiempo, también ha servido para configurar una versión desde el constructivismo ético, donde se parte de considerar que ciertos principios pueden delimitar hechos sociales moralmente relevantes que, una vez identificados, ayudan a deducir principios de justificación⁹¹.

2. *Constitucionalización de la totalidad del Derecho*

Se ha expresado que, dentro del cúmulo de vertientes que entrelazan la dimensión neoconstitucionalista, se acepta como una característica esencial que la Constitución se imponga sobre la totalidad del sistema jurídico. Este elemento, enlazado con el cambio del modo de operar del nivel constitucional, que pasó de ser un mero límite a convertirse en un parámetro de conducta, resume el

⁹⁰ Cfr. Robert ALEXY, *La institucionalización de la justicia*, trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez, 2da. ed. ampliada, Comares, Granada, 2010, 15-20. El autor pone el acento en la vinculación necesaria que existe entre la argumentación jurídica y la argumentación moral. Esto no significa que las decisiones jurídicas moralmente defectuosas no puedan tener validez jurídica, pero sí que tales decisiones son defectuosas no sólo moral sino también jurídicamente. Esta es la manera en que se incorpora la idea de la Justicia al concepto del Derecho.

⁹¹ Cfr. Carlos NINO, *Ética y derechos humanos*, 2da. ed., Astrea, Bs.As., 1989, Cap. III, 91 y ss; ver también Carlos NINO, “La Constitución como convención”, en *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Gustavo Maurino ed., Siglo XXI, Bs.As., 2013, 19-51.

despliegue de valores que invaden y rediseñan todo el cuerpo del Derecho⁹².

La instalación de estos parámetros de conductas no ha dejado de llamar la atención. Por ello se ha aclarado que la fórmula del EDC no se reduce a la de un Estado con una Constitución, sino a la de un Estado configurado a partir de un pluralismo social y de numerosas instancias, ideales y materiales que el mismo contiene. En esta versión del EDC, el Derecho aparece como una fuerza de convivencia, con la ductilidad para comprender la imagen de una ciudadanía abierta, compleja, dinámica, basada en el respeto pero sometida al mismo tiempo a una constante tensión sobre su identidad⁹³.

3. Supremacía de los principios sobre las reglas

El neoconstitucionalismo puede verse desde distintos ángulos históricos, pero hay uno que lo explica cabalmente: su aparición como respuesta a las grandes tragedias humanas del Siglo XX. En este caso, bajo los acontecimientos que marcaron la lucha por los derechos civiles y la Guerra de Vietnam, en el common law estadounidense se elaboró una teoría jurídica alejada del positivismo legal y del utilitarismo económico. Su propósito fue la reivindicación

⁹² Cfr. Susanna POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, trad. cast. Renzo Saavedra Velazco, Mar Fernández Pérez y Félix Morales Luna, Palestra, Lima, 2011, Cap. IV, especialmente 169-176.

⁹³ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *La virtud del dubio. Entrevista su etica e diritto, a cura di Geminello Preterossi*, Editori Laterza, Bari, 2008, 89-106. Para el autor, el Estado constitucional es un Estado de la “sociedad abierta”, utilizando la terminología de Karl Popper. Häberle emplea un concepto similar para hablar de una “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” en el EDC; ver Peter HÄBERLE, *El Estado constitucional*, edición argentina, Astrea, Bs.As., 2007, 263 y ss.

ción de los derechos, en especial, de los derechos pertenecientes a los ciudadanos en una comunidad política⁹⁴.

Al reivindicarse de esta forma los derechos, se reivindicaron los principios como directrices políticas o pautas diferentes de las normas, en franca contradicción con el paradigma legal. El principio dejó el rol secundario al que lo derivara el positivismo, para ser elevado a la categoría de estándar a ser observado, no por favorecer una determinada situación fáctica, sino por representar una exigencia de naturaleza moral.

En este contexto, resultó necesario efectuar una distinción entre los mecanismos de actuación de los principios y de las reglas: mientras las segundas operan de modo disyuntivo ante una determinada situación, los primeros ofrecen razones, sin exigir una decisión particular. En el movimiento neoconstitucional, este análisis se convirtió en la clave para avanzar en otra diferencia, la distinta consistencia que exhiben los principios y las reglas. En especial, se partió de advertir que los principios poseen una dimensión del peso o importancia de la cual carecen las reglas⁹⁵.

Todo ello dio impulso a una teoría de los derechos fundamentales, que partió de considerar a toda norma una regla o un principio. En ese esquema, los principios constituyen normas que ordenan la realización de algo, en la mayor medida posible y dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, mientras que las reglas son normas que solamente pueden ser cumplidas o incumplidas. Los principios son mandatos de optimización, que pueden tener grados de cumplimiento, mientras que las reglas son manda-

⁹⁴ Cfr. Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 1ra. ed., 4ta. reimpr., Ariel, Barcelona, 2010, 37. Su definición, desde las libertades personales, se funda en calificar los derechos individuales como triunfos políticos en manos de los individuos.

⁹⁵ DWORKIN, cit., 77-78.

tos de determinación, al ordenar la realización de algo de manera exacta⁹⁶.

Otra versión, elaborada en torno a las estructuras conceptuales del positivismo, diferencia la mera legalidad formal, que caracterizaba al EDL (un Estado de Derecho en sentido débil), de la legalidad sustancial del EDC (un Estado de Derecho en sentido fuerte). Esto último supone la presencia de una racionalidad formal, relativa a la legitimidad de la producción de normas, y una racionalidad sustancial, por la cual, la Constitución conecta el contenido de las leyes al respeto que deben guardar de los principios y de los valores que ella misma prescribe, como ser, los derechos fundamentales⁹⁷.

Por último, no puede dejar de señalarse otra variante del tema, donde se ha expresado que, si el Derecho está compuesto de reglas y principios, las normas legislativas son “prevalentemente” reglas, en tanto las normas constitucionales son “prevalentemente principios”; por lo tanto, distinguir los principios de las reglas significa distinguir la Constitución de la Ley. En tal sentido, las funciones supletorias, integradoras o correctivas de las leyes – reglas que poseían los principios en el EDL, han mutado al asignarle el EDC un ámbito de autonomía para operar sobre la realidad y darle valor. La realidad queda “iluminada” por los principios, quienes se asumen con un valor normativo propio, que no requiere de una

⁹⁶ Robert ALEXYS, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, 2da. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, 67-68.

⁹⁷ Cfr. Luigi FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, 1. Teoría del derecho, Trotta, Madrid, 2011, 534-539. Para esta opinión existen dos grandes principios: el de mera legalidad o legalidad formal, donde la exigencia de certeza jurídica obliga a definir de la manera más exacta los requisitos de validez y vigencia de un acto, y el de estricta legalidad o legalidad sustancial, donde la exigencia de la certeza jurídica obliga a que las normas sustantivas sean determinadas de la manera más exacta posible, con la máxima precisión semántica, en función de la validez sustancial de las decisiones que de ellas dependen.

mediación legal, al estilo de la subordinación prevista en el período anterior⁹⁸.

4. *Importancia de la función judicial*

Un modelo basado en los derechos es un modelo que destaca el papel de las decisiones judiciales así como su carácter político. Los jueces, al fundar sus decisiones en principios de moral política, que consideran correctos, enriquecen la democracia y le aportan un foro de principios independientes donde se puede hacer justicia y donde se confirma que la justicia es, en última instancia, una cuestión de derechos individuales y no una cuestión independiente del bien público⁹⁹.

En Europa, este nuevo papel asignado a la justicia constitucional supuso la importación del modelo del *common law*, basado en el denominado *judicial law-making*, lo cual requiere de los juristas que pretendan conocer el Derecho, incluyendo la Constitución, deben conocer la jurisprudencia¹⁰⁰.

Este criterio pone en primer plano la finalidad que campea en el EDC de alcanzar la justicia y, por lo tanto, la consideración de la tarea judicial en ese punto, donde el respeto a la equidad se erige como justicia del caso, más allá de la regla establecida en la Ley¹⁰¹.

⁹⁸ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, Trotta, 9na. ed., Madrid, 2009, 110, 16-118. El autor trae a colación un ejemplo caro al Derecho del Trabajo: “Cuando la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio”.

⁹⁹ Ver Ronald DWORKIN, “Los jueces políticos y el Estado de Derecho” en *Una cuestión de principios*, trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli, Bs.As., 2012, 25-52.

¹⁰⁰ Cfr. Rodolfo L. VIGO, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, México, 2005, 42.

¹⁰¹ Cfr. Rodolfo L. VIGO, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo...*, 306-307.

En particular, ello implica la perforación de la noción de soberanía estatal, ante la posibilidad de imponerse el curso de una decisión, por la invocación que puede hacerse del conjunto de fuentes supranacionales. Este quiebre también se extiende al derrumbe de las fronteras, hasta entonces existentes, entre las ramas públicas y privadas de los sistemas jurídicos nacionales, que quedan superadas por la comprensión total de la nueva constitucionalización.

5. Relevancia de la técnica de ponderación

Se ha dicho que hablar de un principio implica aludir al principio de proporcionalidad inserto en él. Según la jurisprudencia constitucional alemana, de allí deriva la propia esencia de los derechos fundamentales¹⁰².

Este principio de proporcionalidad, contiene en su interior tres subprincipios: los dos primeros, de idoneidad y de necesidad, se vinculan a mandatos de optimización relativos a las posibilidades fácticas, en tanto el tercero, denominado de proporcionalidad en sentido estricto, se entiende como un mandato de optimización relacionado a las posibilidades jurídicas¹⁰³.

Cuando una norma de derecho fundamental con rango de principio se enfrenta a otro principio, se ha entendido indispensable realizar una ponderación como forma de arribar a una decisión judicial. La actividad de ponderar asume que en un caso concreto existen principios que entran en contradicción, lo que conduce determinar, en la mayor medida posible y dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, cuál de ellos tiene un mayor peso y, en consecuencia, cuál es el que define el asunto¹⁰⁴.

¹⁰² BVerfGE 19, 342.

¹⁰³ Cfr. ALEXY, cit., 91-93.

¹⁰⁴ Cfr. Carlos BERNAL PULIDO, *El Derecho de los derechos*, 1era. Ed., 5ta. reimpr., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, 95-111.

c) Constitución, Derecho del Trabajo y realidad laboral

1. *La irradiación de los principios constitucionales*

Es cierto que el ascendente de la Constitución sobre el Derecho del Trabajo es fácilmente reconocible en los textos citados anteriormente, por la elevación a ese rango de muchas de las instituciones laborales. Una lectura rápida de las constituciones analizadas refleja la presencia de principios referidos al empleo, el salario, la jornada, así como otras garantías propias de la faz colectiva, como la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga.

Lo novedoso es que esta penetración no ha quedado restringida al aspecto externo de la contratación o relación laboral, sino que se ha extendido a su interior, específicamente en el reconocimiento al trabajador de determinados derechos esenciales, por su condición de persona y de ciudadano, y en la limitación a la discrecionalidad de los poderes empresariales¹⁰⁵.

En el análisis de su fundamentalidad, se ha descartado que los derechos sociales sean considerados una categoría contingente frente a las libertades, al existir un condicionamiento mutuo y una co-implicación entre ambos conjuntos. En consecuencia, al ser todos ellos derechos positivizados en la Constitución, son mandatos inmediatamente aplicables que tornan inconstitucional cualquier actuación contraria a su contenido¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Miguel RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo” en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, I-1996, 107; en adelante RL.

¹⁰⁶ PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, 204-210. El autor destaca que las nuevas corrientes del pensamiento iusnaturalista se alejan de la vieja aspiración del iusnaturalismo idealista, consistente en formular un catálogo eterno e inmutable de los derechos del hombre. Las actuales tendencias, sensibles a la historia, coinciden en favorecer una concepción abierta y dinámica de los derechos naturales sin dejar de lado la tradición iusnaturalista clásica.

En el caso alemán, por ejemplo, el trabajo y la propiedad se constituyen mutuamente a nivel constitucional, porque ambos pertenecen a la condición humana, a la libertad personal y a la dignidad de los derechos humanos. En este esquema, el trabajo asume una jerarquía tan alta, que resulta necesario darle un sitio igualmente fundamental en la reconstrucción teórica del Estado constitucional. Esta posición no implica desmerecer el papel de la economía. Ella deja de ser simple mercado para transformarse en una economía social (y luego también ecológica) de mercado que, como aspecto del bien común, se realiza en el derecho laboral y social¹⁰⁷.

2. La “reaparición” de las paradojas del Derecho del Trabajo

El reconocimiento de principios constitucionales operativos que potencian las garantías laborales no ha logrado alejar el componente contradictorio que posee el Derecho del Trabajo desde de su nacimiento y que ha continuado reflejado en su evolución.

Como se anticipó, el modelo superficiario del Estado Social de Derecho o Estado de Bienestar (grandes empleadores, grandes sindicatos y un gran Estado como árbitro), alumbrado hacia 1945, entró en crisis tres décadas más tarde, promoviéndose la instalación de un nuevo estándar laboral, acelerado por hechos económicos (la llamada “Crisis del Petróleo”), pero también históricos (el final de la Guerra Fría), comerciales (la competencia mercantil internacional, y técnicos (una nueva revolución tecnológica, en clave informática). Este estándar, adaptado a las condiciones resultantes del medio, se caracteriza por el abandono de los vínculos por tiempo indeterminado, su sustitución por formas contractuales

¹⁰⁷ Cfr. Peter HÄBERLE, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Ferro, Astrea, Bs.As., 2007, 392-395 y 398-401. El apelativo de “ecológica” que introduce el autor para completar la conocida fórmula de “economía social de mercado”, remite al texto del artículo 38 de la Constitución de Turingia.

temporarias, la aceptación de figuras extrañas a la noción clásica de dependencia, como el trabajo autónomo y otras fisonomías atípicas, la flexibilización de condiciones de prestación y la persistencia del desempleo como efecto duradero y creciente¹⁰⁸.

Es por ello que, con una visión escéptica, se anunció en su oportunidad una nueva mutación en el Derecho del Trabajo, caracterizado por la crisis del modelo de relación indefinida y de protección universal. Como se aclaró, “El más ilustre de los mitos que se tambalean es el del empleo estable, a tiempo completo y en las instalaciones de una empresa, preferentemente industrial y de dimensiones medio-grandes...aunque la Constitución que lo proclama es virtuosa, el derecho al trabajo es tan solo virtual”¹⁰⁹.

Un ejemplo elocuente en la materia lo brinda el caso italiano. Como se adelantó, la Constitución de 1946 asentó la república sobre el valor trabajo. Este principio refleja la existencia de un derecho único entre otros derechos, merecedor de una consideración especial, y que opera como un cimiento mismo del edificio jurídico del Estado¹¹⁰.

Sin embargo, ante el avance sucesivo de reformas laborales y esquemas que dieron prioridad a lo económico, se trató de conjugar el efecto operativo e inmediato de un principio conformado con tales características, con las situaciones impuestas por esa realidad social. Desde el propio campo neoconstitucional, adoptando un criterio de ductilidad, se ubicó al trabajo como uno de los derechos “imperfectos” que, a diferencia de aquellos cuya tutela puede obtenerse en los tribunales de justicia, requiere que su cumplimiento

¹⁰⁸ La literatura sobre el tema es abundante. Una excelente síntesis de lo expuesto se puede encontrar en Arturo BRONSTEIN, *International and Comparative Labour Law. Current Challenges*, I.L.O. – Palgrave Macmillan, 2009, 11-29.

¹⁰⁹ Umberto ROMAGNOLI, “Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural”, en *Relaciones Laborales*, I-1997, 153.

¹¹⁰ Sobre este tema ver Gustavo ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell’articolo 1*, Giulio Einaudi editore, Torino, 2013.

se lleve a cabo en el marco general de la política, a través de la actividad legislativa, de la intervención administrativa y de la participación de las fuerzas políticas y sociales¹¹¹.

Este tema del carácter “imperfecto” se volverá a plantear en la presente investigación, al abordarse el problema del gobierno del Derecho del Trabajo, especialmente en relación al campo discrecional que posee la decisión en la esfera judicial, y a maleabilidad que afecta los principios, quienes quedan sometidos a la “presión” ejercida por los operadores laborales y/o a la presencia de acontecimientos, como las crisis sociales y económicas, que ponen a prueba su contenido.

6. LOS NUEVOS CONCEPTOS QUE INGRESAN AL DERECHO DEL TRABAJO

La expansión de los criterios neoconstitucionales en los diferentes ordenamientos nacionales y su desplazamiento a través de las diversas ramas jurídicas locales, ha derivado en la utilización de categorías conceptuales, poco menos que desconocidas hasta ese momento por el universo laboral. Su convivencia con los institutos legales tradicionales no resulta sencilla; al derivarse de los valores y principios de la Constitución, estos conceptos se imponen desde una instancia jerárquica y con un mandato de efectividad superior.

El listado de nuevos conceptos incluye a los derechos humanos en clave laboral, con su noción de fundamentalidad nacional y su imperatividad global como derecho común de los pueblos, y los efectos que tales definiciones implican a nivel vertical y horizontal, esto es, en el ensamble de los principios constitucionales como blo-

¹¹¹ ZAGREBELSKY, cit., 39-43. Para el autor, lo que se garantiza es una política constitucional del trabajo, donde lo laboral no quede condicionado a la política, como un derecho que puede o no ejercerse, sino que sea la política la que deba ser condicionada por el trabajo

que y en la invocación de los derechos esenciales de la persona frente a terceros.

a) Los Derechos Humanos Laborales

1. *Derechos Humanos – Fundamentales Laborales*

Anteriormente se aludió al crecimiento que vivió el nuevo constitucionalismo, entrelazado con la expansión del DIDH. Ambos fenómenos, por su densidad conceptual, desarrollaron categorías políticas y jurídicas propias y a la vez similares entre sí, que al arribar a una etapa de concurrencia en las constituciones, no dejaron de provocar profundas discusiones teóricas respecto a sus dimensiones y alcances.

Es cierto que la vaguedad conceptual del término “derechos humanos” hace posible una multitud inabarcable de definiciones que no alcanzan a esclarecer su contenido y alcance. Más aún, se han agrupado tales definiciones en tres grupos: a) las tautológicas (que no aportan elementos nuevos para caracterizar tales derechos), b) las formales (que no especifican su contenido, limitándose a enunciar su proposición) y c) las teleológicas (que apelan a valores últimos, también susceptibles de interpretaciones diversas)¹¹²

Frente a ello, los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional¹¹³.

¹¹² Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ma. ed., Tecnos, Madrid, 2010, 27.

¹¹³ PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos...*, cit., 50. El autor rebate las potenciales derivaciones tautológicas, teleológicas y formalistas que puedan achacarse a la definición, manifestando que en la misma se insiste en el carácter histórico que contribuye a determinar estos derechos, en reseñar valores como ejes reivindicados en distintos

De acuerdo a la reseña expuesta, el origen de la expresión “derechos fundamentales” queda ubicado en Francia, en el marco del proceso que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La fórmula, que recorrió la Constitución de México de 1917 y la de Weimar de 1919, se incorporó con posterioridad a la Ley Fundamental de Bonn y a otras Cartas de posguerra, confluyendo con la positivización de los derechos humanos en el ámbito internacional. De allí que los derechos fundamentales refieren a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, generalmente en su plexo constitucional, que por tal motivo suelen gozar de una tutela reforzada¹¹⁴.

La definición precedente resalta la confluencia descriptiva y prescriptiva de los derechos humanos, dejando a los derechos fundamentales un sentido más preciso en la descripción del conjunto de derechos y libertades jurídicamente reconocidos y garantizados por lo que institucionalmente se ha denominado como Estado de Derecho¹¹⁵.

Esta visión, por supuesto, no guarda aceptación unánime en una teoría como la neconstitucional, que arrastra diferencias en estos planos, producto de los particulares anclajes filosóficos. La vertiente autotitulada “garantista”, por ejemplo, ha preferido una definición formal de los derechos fundamentales, concibiéndolos como todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad para obrar. Se asimila en el carácter de derechos subjetivos a las expectativas positivas (prestacionales) o a las negativas (de ausencia de lesión), atribuidas en un sujeto según su status contemplado por las nor-

momentos y en adoptar un reconocimiento positivo amplio que incluya los más variados instrumentos normativos de protección y garantía.

¹¹⁴ Cfr. Antonio PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 10ma. ed., Tecnos, Madrid, 2011, 25-38 y 42.

¹¹⁵ PÉREZ LUÑO, *Los derechos...*, cit., 42-43.

mas positivas, como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de actos que involucran su ejercicio¹¹⁶.

Así, la idea de los derechos fundamentales, asentada en una imputación positiva a un sujeto definido por el mismo ordenamiento, busca mantener vigente una noción de derecho subjetivo que, sin embargo, colisiona con el propio paradigma de los derechos humanos. No hay que olvidar que el EDL adoptó el concepto de derecho subjetivo para extenderlo a las relaciones entre los sujetos, reconociendo a su titular la facultad de disponer de algo, con la necesaria protección jurisdiccional que pueda recibir en caso de controversia sobre su atribución. Una concepción formal de los derechos fundamentales como la antes citada, se enfrenta a los muros valorativos levantados por el EDC y a la noción misma de los derechos humanos, en cuyo marco sólo se podría aceptar la expresión “derecho subjetivo” como una derivación de lo que constituye lo justo para el hombre como persona¹¹⁷.

El problema, entonces, queda centrado en el modo de fundamentación de los llamados derechos fundamentales. Su positividad en el nivel superior de un ordenamiento, no puede quedar limitada a necesidades funcionales del sistema jurídico; por su propia definición, el concepto debe articularse en derredor a la figura del

¹¹⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 4ta. ed. Trotta, Madrid, 2009, 19 y ss. Ferrajoli defiende el carácter teórico de su definición, al no relacionarla con un ordenamiento jurídico dado, así como su naturaleza formal o estructural, que deja de lado la naturaleza de los intereses y necesidades tutelados, basándose únicamente en el carácter universal de la imputación. En su opinión, la definición tendría la ventaja de prescindir de las cuestiones de hecho y aplicarse a cualquier ordenamiento, aunque en el mismo no se hayan previsto derechos fundamentales, siendo por tanto ideológicamente neutral, cualquiera sea la filosofía jurídica o política que se profese.

¹¹⁷ Sobre este último punto ver Maurice BEAUCHOT y Javier SALDAÑA, *Derechos humanos y naturaleza humana*, UNAM, México, 2000, 76-104.

hombre, única persona que reúne la humanidad y la fundamentación de la definición que se busca¹¹⁸.

En este sentido, si la denominación de ciertos derechos como “fundamentales” o “humanos” alude a una prioridad axiológica de la persona humana, su fuente primaria proviene de su dignidad, y su expresión remite a un núcleo básico irreductible e irrenunciable, que no puede ser disponible por la persona ni por los poderes públicos ni por los organismos supranacionales de cualquier tipo¹¹⁹.

La ambivalencia de la expresión “fundamentales” ha signado este debate. Sin perjuicio de ello, es posible arribar a una identificación de sus contenidos por su grado de positivización. En el plano de los derechos humanos, esta característica deja de ser incierta, a tenor del significado preciso y vinculado a la naturaleza básica de estos derechos, que son percibidos como una traducción normativa de valores extrajurídicos¹²⁰.

En este plano, la pregunta es si los derechos humanos pueden concebirse sin algún tipo de fundamentación que no derive de su positividad. Y la respuesta es que los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal. Justamente, el que sean universales, fundamentales, abstractos, morales y prioritarios, muestran características inherentes a un valor y a una dignidad, el de persona, que se proyectan sobre todo; sobre su exis-

¹¹⁸ Sobre las concepciones funcionales y ontológicas de la persona humana ver Daniel HERRERA, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, EDUCA, Bs.As., 2012.

¹¹⁹ Cfr. Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM, México, 2003, 81-82.

¹²⁰ Cfr. Blanca MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, en *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Jesús Ballesteros ed., Tecnos, Madrid, 1992, 42-60.

tencia, su comunicación y sobre la pretensión de corrección como significado normativo¹²¹.

Por otra parte, en la encrucijada conceptual, también se ha puesto en duda la posibilidad de considerar algunos derechos como “absolutamente fundamentales” frente a otros de carácter relativo, propiciándose el abandono de un fundamento absoluto de los derechos humanos y de su excesivo normativismo. Para esta postura, los derechos humanos poseen un rol preponderante como principios orientadores que, a diferencia de las normas, no se excluyen sino que se ponderan, y por lo tanto, su jerarquía dependerá de las peculiaridades del caso concreto. En suma, su articulación se determinará en la dinámica esfera judicial antes que en la estabilidad general que da la legislación. Precisamente, la mayor virtualidad de la Ley consistirá en hacer a estos derechos justiciables¹²².

En definitiva, según la mirada europea, la noción de los derechos humanos pertenece al ámbito de protección intensa brindada a determinados derechos en el ordenamiento internacional o regional, mientras puede reservarse el concepto de derechos fundamentales para el orden interno, siendo que ambos niveles de protección, por perseguir los mismos fines, están llamados a confluir en una relación de colaboración¹²³. Este distingo, sin embargo, no será asimilado por el sistema interamericano, ni por el ordenamiento argentino, dando lugar a otro debate, el de la versión local

¹²¹ Cfr. Robert ALEXI, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), 237-248.

¹²² Cfr. A. OLLERO TASARA, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, 409-410.

¹²³ Cfr. Luis María Díez – PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 4ta. edición, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2013, 32. Para el autor, esta conclusión resulta inevitable en España donde, por imperio del artículo 10.2 de la Constitución, se deben interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por esa nación.

de los “derechos humanos/fundamentales laborales”, que se verá a continuación.

Un detalle adicional está dado por la aparición de un sub-concepto dentro de los derechos humanos, con origen en la teoría del Estado de Bienestar, como es el de la “ciudadanía social”. Reivindicado en Francia, a principios de la década del 80, cuando un informe de su Ministerio de Trabajo (Rapport Auroux) comenzó a hablar de una “nueva ciudadanía” que debe reconocerse en plenitud a los trabajadores. A pesar de la crisis sufrida por el Estado de Bienestar, el concepto se resignificó hacia el interior de la empresa, como una forma de potenciar una mayor participación de los trabajadores en su organización y dirección, por una parte, y como una garantía sobre determinados derechos de la intimidad, por otra¹²⁴.

2. *El Jus Cogens laboral internacional*

La inclusión en los distintos instrumentos internacionales reseñados, de derechos y garantías vinculados con el trabajo, la dignidad de la persona que lo realiza y su conexión con la satisfacción de sus necesidades básicas, en confluencia con diversas disposiciones aplicables a las conductas de las partes en las relaciones de producción, permite hablar de un conjunto de derechos humanos laborales cuya garantía es responsabilidad de los Estados y que en los niveles internacionales y regionales cuentan con un mecanismo jurisdiccional de protección¹²⁵.

Ahora bien, dentro de este grupo de derechos existe un núcleo que, por su importancia, ha sido elevado aún más en su jerarquía

¹²⁴ Cfr. Fernando MUÑOZ LEÓN, “Ciudadanía laboral: crítica y defensa de un concepto jurídico-político”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Chile, Año 20, N° 2 (2013), 373-404.

¹²⁵ Cfr. Miguel Francisco CANESSA MONTEJO, *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, PUV, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, 433 y ss.

y obligatoriedad, de suerte tal que si los Estados intentaran derogarlos a través de la celebración de nuevos instrumentos internacionales, ello sería inválido, por cuanto este núcleo se encuentra incorporado en el Derecho Internacional.

De esta manera, junto a la noción de *jus cogens* que la comunidad internacional ha alumbrado en torno a la prohibición del genocidio, la inviolabilidad diplomática, la prohibición de actos de agresión, el uso o amenaza de la fuerza, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura, la vigencia del principio de igualdad ante la Ley (con la consiguiente prohibición de la discriminación), el derecho a la autodeterminación de los pueblos y el Derecho Internacional Humanitario, existe un *jus cogens* laboral, que comparte con el anterior las notas de inderogabilidad y de imperatividad a todo nivel jurídico¹²⁶.

En dicha altura jurídica se encuentra el principio de la dignidad humana erigido en concepto esencial, donde opera como fundamento del ordenamiento jurídico, como orientador de la tarea normativa y como fuente del Derecho. Es evidente que, de la noción misma de dignidad, se alumbra el principio de igualdad y prohibición de discriminación, Pero, tal como se ha señalado, no debe ignorarse que de esta matriz surgen otros principios de singular relevancia, como los de plenitud, de fraternidad, de interdependencia e indivisibilidad, de efectividad, de opción preferencial o de justicia social, de progresividad y *pro persona (pro homine)*¹²⁷.

Este razonamiento, al situarse en la confección de un ordenamiento político – jurídico, ha llevado a sostener la idea de un “Estado de Derechos Humanos”, diseñado desde la combinación formada por la noción continental del Estado de Derecho, la anglo – sajona del *Rule of Law*, y la vigencia y proyección de los derechos

¹²⁶ CANESSA MONTEJO, cit., 517.

¹²⁷ Rolando GIALDINO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 19-21.

fundamentales, de acuerdo a la sujeción realizada por los Estados al Derecho internacional. Así construido, opera en sus dos dimensiones: una formal, vinculada a los procedimientos democráticos de participación y gobierno, y otra sustancial, relativa al contenido de las normas que se producen en su interior¹²⁸.

b) Los efectos sobre el sistema y sobre terceros

1. El bloque de constitucionalidad

El término fue delineado a partir de la “cláusula de supremacía” prevista en el artículo 6° de la Constitución de los Estados Unidos, cuyo rasgo fundamental es el de referir a un ente normativo de carácter colectivo, que posee como propiedad común, la de su superioridad respecto al resto de las normas. Cuando esta noción pasó a Francia, especialmente con la creación del Consejo Constitucional en la Posguerra, se utilizó para denotar la prevalencia de los principios constitucionales como elementos rectores de la actuación política y jurídica del Estado. Posteriormente, la formalización y entrada en vigencia de los sucesivos tratados y convenciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha dado un nuevo giro al término, especialmente en Latinoamérica, convirtiendo el concepto de “bloque de constitucionalidad” en un verdadero plano de supremacía de la totalidad de los derechos humanos, en relación con las restantes normas y niveles normativos¹²⁹.

Esta renovada constitucionalización implica la institucionalización de los derechos esenciales de las personas y, en esta llamante arquitectura de bloque, las instituciones jurídicas tradicio-

¹²⁸ GIALDINO, cit., 118-126.

¹²⁹ Cfr. Marcos del Rosario RODRÍGUEZ, “El Bloque de constitucionalidad”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Vol. 14/2013, 235-264.

nales deben ajustarse a estos bienes humanos básicos, quedando impedidas de violentarlos. Pero además, esas instituciones (p. ej. laborales) serán pasibles de remodelación, para guardar su coherencia con los principios. En todo ese tránsito, los hechos producidos por las instituciones serán, como veremos, también hechos interpretativos, que avanzan desde su positividad hasta alguna exigencia de justicia¹³⁰.

2. *Drittwirkung*

Anteriormente se mencionó que uno de las primeras decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán fue el reconocimiento del efecto de irradiación de la Constitución sobre la totalidad del Derecho. Esta característica, denominada *Drittwirkung* (literalmente “efecto sobre terceros”) implica que los derechos fundamentales no sólo pueden ser reivindicados en las relaciones de los particulares con el Estado (efecto vertical), sino también en las relaciones que se dan entre los mismos particulares (efecto horizontal).

En América Latina, a partir de la sentencia emitida por la CIDH en el caso *Blake c. Guatemala* (especialmente mediante el voto del juez Cancado Trindade) se comienza a hablar de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Su argumentación será compartida por la CIDH en el caso *Comunidad de Paz de San José de Apartado c. Colombia*, en donde se establece el reconocimiento de los efectos de la Convención Americana de los Derechos Humanos entre privados, mencionándose como *Drittwirkung*. En un paso posterior, con la Opinión Consultiva N° 18/03, la CIDH consolidará la vigencia en el sistema interamericano de este criterio.

¹³⁰ Cfr. Neil MAC CORMICK, *Instituciones del derecho*, trad. Fernando Atria y Samuel Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011, 250-251 y 366 y ss.

Lo interesante del caso es que la opinión fue solicitada por México como reacción a un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien decidió (por 5 votos a 4) que un trabajador indocumentado carecía de derecho al pago de salarios caídos con posterioridad a ser despedido ilegalmente por intentar ejercer derechos amparados por la legislación laboral¹³¹.

Para la CIDH, por el contrario, el principio de igualdad y no discriminación constituye *jus cogens* representativo de la comunidad internacional y también orden público interamericano en los términos de la CADH. Esto genera obligaciones para los particulares y para los Estados que deben garantizar su vigencia y respeto, además de adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención¹³².

Un interrogante que se ha planteado es si el efecto horizontal de los derechos fundamentales se extiende a las relaciones privadas sin ninguna limitación. Para la doctrina que resiste la importación plena de estos institutos a los ordenamientos no originarios, el principio de validez de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, si es indubitado, debe ser analizado en el caso concreto, ponderando sus circunstancias, los bienes y los principios del Derecho privado, con el derecho fundamental en juego¹³³.

Una perspectiva interesante es aquella que ha observado en los derechos fundamentales el valor que poseen en sí (más allá de su posible enfrentamiento con las reglas legales y con los princi-

¹³¹ *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*, 535 U.S. 137 (2002).

¹³² Sobre la aplicación de la *Drittwirkung* en el ámbito interamericano y su evolución ver Javier MIJANGOS Y GONZÁLEZ, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, 2007, UNED, 583-608, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

¹³³ Esa es la opinión de Gregorio PECES – BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, 635.

pios), con fines normativos para constituirse como un elemento de análisis crítico y a la vez un test destinado controlar el contenido de las instituciones¹³⁴.

Pero, si los valores contienen esta dimensión normativa que testea la sustancia de las instituciones, y por otra parte, los derechos fundamentales como principios las revisan y reformulan para adecuarlas a los primeros, está claro que el monopolio arquitectónico de sus constructores – legisladores, se ha perdido. El nuevo interrogante, generado desde el EDC en sus distintas variantes, es quién instituye, o sea, quien moldea esos conjuntos normativos.

Se ha dicho que de esto se trata la presente crisis de las instituciones jurídicas, que se pretende salvar mediante un incremento de la actividad normativa, cuando en las sociedades complejas y plurales como las actuales, los problemas de la vida social tratan de resolverse a través de la interpretación y del cumplimiento de justicia en los casos concretos¹³⁵.

7. RECAPITULACIÓN

El objetivo de esta introducción extensa ha sido la presentación del periplo seguido por el Derecho del Trabajo continental a través de los modelos político – jurídicos de supremacía legal y constitucional respectivamente. Se ha hecho referencia a las características peculiares que rodearon el nacimiento de esta rama, a las tensiones y paradojas que la acompañan desde ese instante, y a la evolución que para su contextura significó su inmersión en el sistema cerrado del EDL.

¹³⁴ Cfr. Gianluigi PALOMBELLA, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, trad. José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Trotta, 2006, 146.

¹³⁵ Sobre este tema ver Fabio CIARAMELLI, *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*, trad. Juan – Ramón Capella, Trotta, Madrid, 2009, 131-135.

En esa progresión histórica, no exenta de connotaciones trágicas, a principios del Siglo XX se elevaron las garantías laborales esenciales hasta llegar a una cúspide signada por una Constitución programática, quedando sujetas al dominio de la Ley a los fines de su operatividad. Mientras tanto, el Derecho del Trabajo buscó su lugar en la gran familia jurídica, dejando en claro que su asimilación a lo privado o a lo público exclusivamente no sería una tarea de simple clasificación. Así, mientras se avanzaba en el desenvolvimiento de un Estado social prestacional, democrático o autoritario, la idea del ordenamiento jurídico fue la respuesta descubierta por la doctrina iuslaboralista para ayudar al Derecho del Trabajo a superar estas divergencias formales y brindarle el contenido teórico institucional que necesitaba.

El final de la Segunda Guerra Mundial trajo consigo el decisivo cambio de paradigma que entronizó al EDC y, al mismo tiempo, activó la integración supranacional de los ordenamientos locales bajo el valor del reconocimiento y respeto a la dignidad humana. El Derecho del Trabajo, cuya internacionalidad fue pionera desde 1919, asistió al enriquecimiento de sus principios protectorios desde la puesta en vigencia de las declaraciones y pactos que forman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El campo teórico no fue ajeno a estos movimientos y la aparición del neoconstitucionalismo representó en buena medida ese fenómeno. En su pluralidad, se destacan notas salientes de su pensamiento, que van desde la recuperación de la conexión entre Derecho y Moral, pasando por la primacía y operatividad de los principios constitucionales sobre el resto de las normas jurídicas de toda la geografía jurídica, hasta llegar al papel destacado que cumple la función jurisdiccional en materia de control constitucional y al empleo que realiza de las técnicas ponderativas de principios en ese sentido.

Sin embargo, este desarrollo en el nivel jurídico, que impactó en el área iuslaboral, resultó truncado en el área prestacional, con la crisis del Estado Social de Derecho o Estado de bienestar, al emerger un paradigma económico descentralizado, tecnológico y

competitivo internacionalmente, basado en la temporalidad de la prestación del trabajo, en la utilización de concepciones contractuales atípicas para su vinculación y en la aceptación de la desocupación como elemento contingente de ese diseño.

A ello se sumaron las propias desviaciones del neoconstitucionalismo, como la sobreexigencia constitucional y la sobreinterpretación de los principios, las cuales contribuyeron a poner de relieve el conjunto de tensiones y paradojas que arrastra el Derecho del Trabajo.

En este panorama complejo, desplegado en un sistema jurídico abierto como es el planteado por el EDC, los operadores debieron acostumbrarse a manejar nuevos conceptos. La idea de que existen derechos humanos o fundamentales “laborales” resulta acompañada por otras, como la vigencia de garantías básicas para el trabajo, obligatorias en la esfera internacional (*Jus Cogens*) y exigibles a los responsables públicos. Desde la integración en un plano superior sobre la totalidad del ordenamiento (Bloque de constitucionalidad), su prolongación tutelar desciende hasta alcanzar las relaciones entre privados (*Drittwirkung*). En este último aspecto, la definición de una “ciudadanía” que se mantiene en el ámbito o con ocasión del trabajo, impone un nuevo examen de los derechos y obligaciones que se computan en el interior de la relación.

Todos estos conceptos forman parte del bagaje utilizado por la jurisprudencia del EDC para perforar la base positivista del Derecho del Trabajo. Son estos elementos constitutivos de la rama laboral, pergeñados durante la vigencia del EDL, los que se verán a continuación, repasando las alternativas históricas de su origen así como el armado de su aparato categorial.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DEL TRABAJO ARGENTINO BAJO EL MODELO DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior se ha perfilado de manera general el recorrido trazado por el Derecho del Trabajo continental, desde su nacimiento hasta su posterior ubicación en la arquitectura legalista que contribuyó a moldearlo. La irrupción del constitucionalismo lo alcanzó con su fuerza expansiva centrada en los principios, y propagada en los niveles jurídicos nacionales e internacionales, dando como resultado un sistema valorativo, abierto, con nuevos conceptos que se incorporan a su diseño esencial, sin por ello dejar de mantener problemas de articulación, hacia su interior y hacia la compleja conexión que posee con la realidad social y económica externa en la que se mueve.

Desde esta mirada corresponde avanzar en el estudio del giro paradigmático operado en nuestro país. Sin embargo, como se ha dicho, antes de alcanzar esa etapa de análisis, resulta imprescindible detenerse en la evolución que ha seguido el Derecho del Trabajo argentino bajo el EDL, particularmente en sus bases conceptuales, en las principales características de sus instituciones, y en su modo de operar en la práctica, desde la legislación y la jurisprudencia.

Adentrarse en los elementos constitutivos del ordenamiento laboral nacional no significa una reflexión total de cada una de sus instituciones e institutos. No es ese el objetivo de la presente investigación. Lo que aquí se intenta es llevar adelante un examen que condense los rasgos salientes de un Derecho del Trabajo forjado bajo las premisas conceptuales del EDL, de las que también se apartó (hay que decirlo) en algunas ocasiones.

Desde la óptica mencionada, el orden expositivo del capítulo se abre con el diseño constitucional y legal que rodeó al Derecho del Trabajo desde su génesis prerrevolucionaria hasta la reforma de 1957 que introdujera la cláusula “social” en la Constitución “liberal” de 1853. Luego, el análisis se detiene sobre la contextura del sistema dominado por la Ley, el alcance dado a las fuentes jurídicas y el rol supletorio asignado a los principios. Posteriormente, se revisa la interpretación dada por los jueces a la voluntad legislativa, sin dejar de lado las “ventanas” que el propio sistema del EDL permitió para resolver determinados casos, con directa apelación a los principios.

2. EL SISTEMA JURÍDICO LABORAL HASTA 1994

a) El origen constitucional y legal

1. *Antecedentes fundacionales*

En 1790, siguiendo la tendencia inaugurada en Europa, el Cabildo de Buenos Aires se declaró contrario a la constitución de corporaciones de oficios o gremiales. Consideró, a instancias de su entonces Procurador, que ello afectaba el sagrado e imprescriptible derecho de trabajar. A partir del período de emancipación nacional iniciado en 1810, se sucedieron distintos documentos y normas que enfatizaron los derechos de igualdad de todos los habitantes (suprimiendo las relaciones laborales vejatorias que se concertaban con los indios, aboliendo la esclavitud y prohibiendo su comerciali-

zación), sin que ello obstara a mantener duras condiciones de trabajo en actividades como la rural, donde la ausencia del dependiente era asimilada a la deserción militar¹.

La organización nacional, alcanzada a mediados del Siglo XIX, materializó un texto constitucional de cuño liberal, dedicado a la protección de las garantías individuales. Es natural, por lo tanto, que la Constitución argentina de 1853/60 no se refiriera de manera extensa al trabajo. El proyecto que le sirvió de base, en ese tono, establecía un conjunto de derechos individuales denominados “De libertad”, que se iniciaban con el siguiente texto: “Todos tienen la libertad de trabajar y ejercer cualquier industria”².

Al seguir su inspiración, la fórmula adoptada en el artículo 14 CN, incorporó entre los derechos individuales el de “trabajar y ejercer toda industria lícita”, entendida como la fusión de dos fuerzas (la mental y la física) utilizadas por el hombre para conservar y desarrollar su vida. En suma, se trató de reconocer en el texto constitucional la conjugación de actividades individuales y primarias a las que se decidió consagrarle su protección³.

En el mismo articulado se insertó la garantía de “asociarse con fines útiles”, un enunciado dirigido a potenciar el desarrollo de las iniciativas particulares, pero de un esfuerzo conjunto llevado a cabo los ciudadanos, como una esfera libre de la arbitraria intromisión estatal.

¹ Cfr. Mariano TISSEMBAUM, “El Derecho del Trabajo en la República Argentina”, en *Antología del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Profesor Mariano Tissembaum. Libro homenaje*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1983, 141 y ss. Como dato ilustrativo, cabe mencionar que el Procurador firmante del dictamen ante el Cabildo fue Cornelio Saavedra, luego Presidente de la Primera Junta.

² Ver Juan B. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 13ra. ed., Plus Ultra, Bs.As., 288-289. Se trata del art. 16.

³ Cfr. Agustín DE VEDIA, *Constitución Argentina*, Imprenta y Casa Editora Coni Hermanos Bs.As., 1907, 72-73.

La expansión de la técnica codificadora bajo el EDL también permitió la inclusión, en diversos ordenamientos, de una normativa aplicable al trabajo. Se utilizaron tanto la locación de servicios del Código Civil sancionado en 1886, como las disposiciones sobre higiene y seguridad del Código de Minas, dictado en ese mismo año. Este plexo se completó con el Código de Comercio, sancionado cuatro años más tarde, al que se le incorporaron luego normas laborales con carácter especial.

Bajo el influjo de las corrientes sociales en auge, nuestro país se esforzó por establecer normas protectorias y de fomento sobre la materia laboral. Así, al proyecto de una “Ley Nacional de Trabajo” de 1904 (no sancionado) y a las primeras normas tutelares de 1905 y 1907, se sucedieron verdaderos hitos legislativos, como la ley 9688 de accidentes de trabajo y la ley 11.544 de jornada.

El nivel constitucional, en cambio, no registró variación alguna en este tema. Esto no significa que la República Argentina se haya sustraído a la evolución registrada en las experiencias comparadas, como lo demuestran los derechos sociales y laborales contenidos en las Constituciones provinciales de Tucumán de 1907, de La Rioja de 1909, de Mendoza de 1910 y 1916, de Santa Fe de 1921, de San Luis y de San Juan de 1927, de Salta de 1929, de Entre Ríos de 1933 y de Santiago del Estero de 1939⁴.

Tampoco debe obviarse la incorporación de Argentina a la OIT en calidad de miembro fundador, un dato que evidencia el conocimiento que los responsables políticos y jurídicos de la época tenían de la evolución desarrollada en dicho escenario.

Más allá de estos ejemplos, lo cierto es este germinal Derecho del Trabajo navegó, sin mayor promoción constitucional, entre la

⁴Ver Mariano R. TISSEMBAUM, “El constitucionalismo social en la República Argentina”, en TISSEMBAUM, *Antología...*, cit., 249-253; también se puede consultar la reseña practicada en Jonathan M. MILLER, María A. GELLI, Susana CAYUSO, *Constitución y derechos humanos. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación*, Astrea, Bs.As., 1991, Tomo 2, 1385-1386.

aplicación de las disposiciones del Código Civil y su especialidad insertada en el Código de Comercio. El último detalle no es menor. Una normativa específica, por imperio de la ley 11.729 de 1934, se incorporó a la codificación comercial, lo cual dio lugar a un profundo debate, concerniente a la posible sujeción del Derecho del Trabajo al sistema instaurado en el Código de Comercio. Desde una perspectiva práctica, se advirtió que esa ubicación, antes que asimilar la relación laboral en el ámbito regulativo comercial, lo que pretendió fue extender las prescripciones sobre el trabajo a todo el país, apelando a una técnica de “nacionalización” de las normas por esa vía⁵.

Que el interés del legislador haya sido el de codificar las disposiciones laborales para asegurar su campo de aplicación, constituye otro punto a favor de la expresión que siguió el EDL en nuestro país, esto es, resistiendo una codificación particular o una “ley de trabajo” que haga las veces, pero admitiendo la necesidad de dar una respuesta a las demandas sociales de protección, originadas desde la propia Ley.

Este objetivo colisionaba con la organización federal de la República Argentina, cuya competencia en la materia laboral será objeto de reiteradas pujas entre la Nación y las provincias. Ya en 1929, la Corte Suprema debió declarar la inconstitucionalidad de la legislación dictada por la Provincia de Mendoza sobre salario mínimo, por entender que el contrato de trabajo era una locación de obra, cuya regulación, al pertenecer al Código Civil, resultaba una jurisdicción exclusiva del Gobierno Federal⁶.

Sin embargo, a partir de 1930, la jurisprudencia de la Corte incorporó el concepto amplio de poder de policía, adecuando la noción estadounidense, así como la utilización de la interpretación

⁵ Cfr. Mario L. DEVEALI, *Lineamientos de derecho del trabajo*, 3ra. ed., Tipográfica Editora Argentina, Bs.As., 1956, 13 y nota 28, donde el autor refleja las distintas posiciones vertidas sobre el tema.

⁶ CSJN, “Bodegas y Viñedos Arizu”, Fallos 156:20; 156:24 (1929).

dinámica de la Constitución, de acuerdo a la evolución histórico – social del bien común político. Es la época donde se confirmó la constitucionalidad de la ley que, por razones de emergencia, modificó las condiciones de los contrato de mutuo hipotecario⁷. También es la época que validó la legislación que estableció la indemnización por despido, la cual había sido impugnada por afectar la libertad de contratación y el derecho de propiedad⁸, y donde se vinculó este deber de reparación del empleador como una derivación de la fraternidad humana y en beneficio de sus relaciones con el empleado⁹, o donde se admitió la constitucionalidad de la intervención administrativa previa al juicio en los accidentes de trabajo¹⁰.

A partir de 1947, con la nueva composición del tribunal, se acentúa la validación de una regulación legal más intensa, como sucedió con la convalidación constitucional del sueldo anual complementario¹¹, o la admisión de una ley provincial que disponía el arbitraje obligatorio en los conflictos laborales¹².

2. La regulación colectiva y la reforma constitucional de 1949

La necesidad de dotar al país de un conjunto orgánico de normas dedicadas al trabajo se profundizó hacia los años cuarenta.

⁷ CSJN, “Avico c/ de la Pesa”, Fallos 172:29 (1934).

⁸ CSJN, “Quinteros”, Fallos 179:113 (1937). En dicho pronunciamiento se vincula el concepto de bienestar general del Preámbulo con el de “bien común de la filosofía clásica”; sobre el tema ver Alfonso SANTIAGO (H), *Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs.As., 1998, 177-178.

⁹ CSJN, “Rusich”, Fallos 181:209 (1938). El concepto de fraternidad humana es tomado expresamente de la Doctrina Social de la Iglesia.

¹⁰ CSJN, “Costes”, Fallos 187:79 (1940).

¹¹ CSJN, “Inocencio Castellano”, Fallos 208:430 (1947).

¹² CSJN, “Martín”, Fallos 208:497 (1947).

Hay que recordar que, de acuerdo a un estudio comparado, Argentina había iniciado, para esa época, su despegue hacia el crecimiento, ubicándose en el grupo de la cuarta generación de naciones que marchaba hacia su maduración tecnológica¹³.

Respondiendo a esa demanda, la proliferación de leyes laborales y actos normativos inferiores se incrementaron en este período y tuvieron un impulso decisivo a partir de 1943, llegando a su punto trascendental con la emisión del decreto 23.852/45 que sentó las bases del régimen de asociaciones sindicales y, por conexión natural, influyó en la construcción de la normativa dedicada a la negociación colectiva, la ley 14.250.

La fundación del denominado “modelo sindical argentino” ubicó al Estado como sujeto coprotagonista de una red jurídica que propicia la actividad sindical (incluso en la esfera política) y le garantiza la obtención de recursos para funcionar asociativamente, al tiempo que sujeta el reconocimiento de la mayor representación al otorgamiento de una declaración administrativa: la personería gremial.

En esta evolución, la entrada en vigencia de la ley 14.250 del año 1952, destinada a reglar el procedimiento de celebración de los convenios colectivos de trabajo, terminó de formalizar el concepto de negociación colectiva como una institución, cimentada por una década previa de decretos y reglamentos estatales junto a numerosos acuerdos surgidos de las autonomías privadas.

Durante ese interregno, en el horizonte laboral se apreciaba la llegada de una posible reforma constitucional que, entre otros temas, completara el “vacío” que padecía el texto en su referencia al trabajo (una parquedad contradictoria con el vibrante Estado Social que se propagaba en la realidad). Se esperaba que la nueva

¹³ Ver José Ramón MORENO FERNÁNDEZ, Gracia GÓMEZ URDAÑEZ y Agustín GALÁN GARCÍA, *Materiales para la historia de las relaciones laborales*, Tecnos, Madrid, 2003, 80, cuadro elaborado sobre las etapas del crecimiento de Rostow.

Carta ayudara a superar la ambivalente, cuando no contraria, jurisprudencia de la Corte Suprema, quien en algunas cuestiones se mostraba refractaria a las reformas instrumentadas¹⁴.

Apartados los debates que impregnaron las circunstancias políticas de la época, la reforma constitucional operada en 1949 representó un válido antecedente de la consagración de un conjunto de derechos individuales y colectivos en la materia. Su alusión al “carácter personal del trabajo”, como título justificativo de los derechos del trabajador, acredita el abandono de la concepción afinada en la locación de servicios y su traslación a un plano social superior. La libertad sindical también fue elevada a nivel constitucional, al ser entendida como un “instrumento básico de los intereses gremiales”, un concepto atrayente por su cariz operativo, pero que no impidió la elusión de contenido sobre su principal manifestación, el derecho de huelga, en el cuerpo de los nuevos derechos¹⁵.

b) La reforma de 1957: Constitución y Ley para el trabajo

1. El artículo 14 bis

Con la derogación de la Constitución de 1949 y el retorno al texto de 1853/60, el poder político imperante a partir de 1955 se propuso convocar a una nueva Convención Constituyente, con el objeto de habilitar el dictado de un cuerpo de leyes de carácter laboral y social. Esta determinación, reflejo de la importancia que

¹⁴Ver Pablo A. RAMELLA, *Derecho Constitucional*, 3ra. ed. actualizada, Depalma, Bs.As., 1986, 351-355.

¹⁵ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de Sesiones*, Imprenta del Congreso de la Nación, Bs.As., 1949, Tomo I, 274-275. En palabras del constituyente Arturo Sampay, el derecho de huelga se asimila al derecho natural de resistencia a la opresión política, debiendo su regulación quedar derivada a una eventual reglamentación legal, en consonancia con los ejemplos suministrados por las leyes de Francia de 1936, de Suiza de 1937 y de la Italia posfascista.

había logrado adquirir la cuestión del trabajo, fue el objeto del nuevo giro dado a la concepción decimonónica apegada a las garantías individuales del artículo 14¹⁶.

El novel articulado, ubicado inmediatamente a su continuación, se integró con tres párrafos bien diferenciados: el primero dedicado a las relaciones individuales y a la libertad organizativa sindical, el segundo a las relaciones colectivas, y el restante a las materias de la Seguridad Social. En lo que aquí importa, se reproduce a continuación su texto, como símbolo del decálogo de derechos concebido bajo la atenta mirada del EDL:

“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada, descanso y vacaciones pagados; retribución justa, salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea, participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad (del) empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica administradas por los interesados con participación del Estado, sin

¹⁶Cfr. Segundo LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2da. ed., Plus Ultra, Bs.As., 1979, Vol 5, 441; Humberto QUIROGA LAVIE, *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs.As., 1978, 342-366.

que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”¹⁷.

La estructura del artículo 14 bis puede leerse, entonces, como una composición jurídica que expresa una amplitud tuitiva, delegada desde el inicio a la órbita del legislador. Esta mediación resulta patente. Existe un mandato de aseguramiento, de claro contenido social, sujeto en su eficacia a lo que promueva el nivel legal.

En la discusión constituyente, por el contrario, los términos de la discusión expresaron un claro sentido valorativo aunque oscilante, teniendo presente que los convencionales alternaron la redacción de lo que estimaban era un principio con una especie de reglamentación de garantías en clave laboral. Los primeros estudios detallados de la reforma dieron un panorama aproximado de esta fluctuación¹⁸.

¹⁷ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de Sesiones*, Imprenta del Congreso de la Nación, Bs.As., 1957, tomo II.

¹⁸ Cfr. Mariano R. TISSEMBAUM, “La reforma constitucional de 1957. Las disposiciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, en DT 1958, 5. En la expresión “condiciones dignas y equitativas de labor”, se propuso que las leyes aseguren “las condiciones de existencia digna”, iniciativa que no prosperó. En cuanto a la “jornada limitada”, también se propuso consignar una limitación semanal y diaria, pero no se aceptó la modificación, por entender que ello correspondía a una ley especial reglamentaria. Otro debate se generó en torno al “salario mínimo vital móvil”, planteándose si la movilidad era solo ascendente y si podrían disminuirse las remuneraciones si el costo de vida se redujera a índices tan apreciables que lo hicieran necesario. Respecto al enunciado “igual remuneración por igual tarea”, se dejó aclarado que pueden existir diferencias cualitativas y cuantitativas en la tarea, que deben proyectarse en la diferencia de retribución. Sobre el control obrero de la producción y la colaboración en la dirección, se dejó en manos del legislador establecer los distintos mecanismos de participación. En cuanto a la “protección del despido arbitrario”, se pretendió incorporar la temática del desempleo, la cual fue descartada. En la “estabilidad del empleado público” se pretendió ampliar su contenido (concursos, sumarios), nada de lo cual fue aceptado. En referencia a la “organización sindical libre y democrática”, existieron disidencias y propuestas particulares vinculadas a la sindicalización libre, que tampoco tuvieron eco en la Convención.

El párrafo destinado a las relaciones colectivas, más abierto y sin la mención a “las leyes”, no quedó alejado de la fuerza emanada de la positividad. A pesar del debate instalado respecto a la definición del vocablo “gremio” o a la necesidad de reglamentar el derecho de huelga, las normas anteriores destinadas a regular la negociación colectiva y la representación sindical, junto a la ley 14.786 sobre conciliación obligatoria (del año 1959), dan cuenta de la supremacía legal en el gobierno de las relaciones laborales. Los actos estatales posteriores, legales, reglamentarios e incluso judiciales, emitidos al calor de las circunstancias políticas e institucionales del momento, ratifican esta perspectiva, motivada por el estrecho espacio que había quedado para invocar la aplicación directa de todas estas garantías como principios constitucionales¹⁹.

2. *La reserva de codificación*

Junto a la introducción del artículo 14 bis, la Convención llegó a sancionar la posible reunión de la legislación laboral en un Código del Trabajo y de la Seguridad Social (artículo 67.11). El intento fue resistido por buena parte de los juristas y demás operadores laborales. Así, se habló de una genética multitudinaria y de una actitud a veces vociferante, como condiciones del Derecho del Trabajo, que le han otorgado cierta inestabilidad y desorden, haciéndolo aparecer agresivo frente a la tradición jurídica²⁰.

¹⁹ Ver CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de Sesiones*. cit. Los debates sobre este tema se dieron, esencialmente, respecto del alcance de las garantías colectivas, dejándose constancia que no se pretendía crear inmunidades ni fueros personales sino, simplemente, amparar a los dirigentes sindicales para el ejercicio de su función representativa. Con ese espíritu, se aprobó el texto en cuestión.

²⁰Cfr. Máximo D. MONZÓN, “Reflexiones sobre la codificación del Derecho del Trabajo”, DT 1957, 673.

c) El carácter programático u operativo de las garantías constitucionales laborales

La imagen que dejó la reforma de 1957 fue la de un plexo de nuevos derechos sobre el trabajo, reconocidos en el texto constitucional, pero contrastados con el sometimiento a la Ley, fomentado desde el propio articulado. A esta dicotomía se agregó la ausencia de una referencia normativa similar en el párrafo destinado a los derechos colectivos, lo que permitía sostener la existencia de una división entre garantías sujetas a una reglamentación legal y otras que podrían ser aplicadas de forma directa.

En un estudio publicado en esa época por uno de los convencionales que participó en el debate sobre estos derechos, se trató de saldar esta discrepancia al aclararse que “Las cláusulas enunciadas, aparte de declarativas (esencia del normativismo constitucional) son operativas en el sentido de que si en alguna regulación de derecho público o de derecho privado se contraría su letra o su espíritu, cabe inmediatamente la inconstitucionalidad de esa disposición”²¹.

La explicación precedente no logró sortear, a su pesar, los términos de una polémica que se mantendrá vigente por décadas. Es que la operatividad predicada de las (entonces) nuevas garantías constitucionales, por más intenso que haya sido el espíritu humanista de la reforma, no alcanzó a superar el margen de competencia legal coherente con la concepción imperante, basada en el diseño positivo – legalista. En consecuencia, su funcionalidad como principios, solo cabía expresarla a partir de la previa aparición de

²¹ Luis M. JAUREGUIBERRY, *El artículo nuevo (constitucionalismo social)*, Librería y Editorial Castellví, Santa Fe, 1957, 19. Según el autor, el nuevo artículo “...es declarativo de derechos como toda norma constitucional, pero es también operativo. Siempre contemplamos una objeción posible: la de que en el fondo no se hace más que enunciar principios que no serían sino directa e inmediatamente imperantes y que para que tales principios convirtieran en derecho vigente habría necesidad de una ley del Congreso que reglamentara su ejercicio”.

una Ley o de una norma inferior que se observe afectada en su constitucionalidad. Como tal declaración es una decisión de suma importancia, que en el plano del EDL posee carácter excepcional, no resulta extraño que la jurisprudencia de este período se haya atendido a la validez de los actos legislativos laborales.

Con estos condicionantes, en los principales lineamientos doctrinarios sobre el tema se advierte una mezcla de esperanza y desazón respecto a la plena vigencia del artículo 14 bis. En buena parte de estas opiniones, dicho escepticismo se tradujo en un reproche a la pasividad del Congreso para completar el ciclo de vigencia y efectividad de las garantías constitucionales.

Sin pretender un examen detenido del tópico, se han reunido las principales posiciones teóricas de acuerdo a las siguientes tesis particulares: la del mandato positivo, la de la expresión mínima y la del cumplimiento parcial de la Constitución.

1. La tesis del mandato positivo

Para esta línea de pensamiento, que se apoya en la voluntad demostrada por los convencionales constituyentes, el Congreso tiene el deber de hacer efectivas las normas constitucionales plasmadas como principios en el artículo nuevo, mediante la legislación que deba dictarse para ello. A fin de evitar colisiones y fricciones entre las cláusulas de la Constitución y la legislación vigente, se proponen dos caminos: o se sanciona un Código del Trabajo (y de la Seguridad Social) o se procede a un reajuste de las disposiciones legales y se realizan los principios no legislados conforme el texto fundamental²².

²² Mariano TISSEMBAUM, “La constitucionalización y codificación del derecho del trabajo – sus fuentes e interpretación” en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Mario DEVEALI, director, La Ley, Bs.As, 1964, 319-320. En la edición de 1971 se titula “La constitucionalización del derecho del trabajo, su codificación, fuentes e interpretación”, tomo 1, 443-444.

Para el supuesto de no alcanzarse la codificación, debería encararse la adaptación de las leyes vigentes a los principios constitucionales y, además, desarrollarse otros aspectos que no poseen regulación legal en su aplicación. Esto porque “La norma constitucional, requiere, lógicamente, la legislación que determine los modos y las formas de su aplicación y el Congreso no puede dilatar su sanción, porque ello implicaría prácticamente enervar la norma constitucional o trabarla en su eficacia”²³.

Particular atención merecen, desde esta óptica, los nuevos principios incorporados a la Constitución, como la participación de los trabajadores en los beneficios, en la producción y en la dirección de las empresas, y el ejercicio del derecho de huelga.

Sobre los derechos de integración obrera en la empresa, se advierte que su desarrollo legislativo obliga a una “serena meditación”, para que la ley emergente responda a los fines previstos por los constituyentes. Para esto, resulta necesario determinar si los tres principios pueden desarrollarse con cierta autonomía o existe algún nexo entre los mismos²⁴.

En cuanto al derecho de huelga, se observa que la ley 14.786, sancionada poco tiempo después de la reforma, no reglamentó su ejercicio sino que se limitó a fijar normas de procedimiento para la solución de conflictos colectivos. Por lo tanto, se considera ineludible el dictado de una ley reglamentaria, que encauce las reiteradas manifestaciones de su ejercicio²⁵.

²³ TISSEMBAUM, *Tratado...*, cit., 325. En la edición de 1971, 452-453.

²⁴ TISSEMBAUM, *Tratado...*, cit.326. En la edición de 1971, 454. El autor consigna que, de las palabras del miembro informante del despacho, se desprende que tanto el control como la colaboración son subsidiarias de la participación obrera en las ganancias. Sin embargo, como otros constituyentes formularon concepciones de distinto alcance, corresponde practicar ese “examen detenido” o “detenido análisis” de la situación.

²⁵ TISSEMBAUM, *Tratado...*, cit., 326-327. En la edición de 1971, 454-455.

2. *La tesis de la expresión mínima*

En un estudio publicado a casi veinticinco años de la reforma constitucional en cuestión, se consideró que la misma descubrió una “expresión mínima del llamado constitucionalismo social” que, al conjugarse con las primitivas ideas de libertad y seguridad de los derecho civiles clásicos, no hostiles a la corrientes posterior, derivó en un acomodamiento formal (y sin mayores dificultades) del texto alumbrado en 1853²⁶.

La forma imperativa y en futuro utilizada por la norma no dejaba lugar a dudas: la ley debe dictarse para asegurar todos los derechos que el artículo condensa, sea bajo la forma de código o de legislación dispersa. La omisión del Congreso en sancionar la regulación pertinente puede derivar en un supuesto de inconstitucionalidad por omisión²⁷.

En cuanto a los alcances de interpretación del articulado, se estimó que los constituyentes del 57 quisieron dar una cobertura total a los principios del constitucionalismo social. La nueva norma, entonces, “...participa, así, de la misma télesis elástica de justicia, libertad y bienestar que inspiró al texto primitivo de 1853 y que le dio impronta desde el preámbulo”²⁸.

Sin embargo, a pesar de reconocerse el mandato constitucional impuesto a legislador, existirían garantías que son claramente operativas, como la estabilidad del empleado público, la huelga o la de igual remuneración por igual tarea. Otras, como la participación en las ganancias de la empresa, constituirían cláusulas pro-

²⁶ Germán BIDART CAMPOS, “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis”, TySS 1981, 481. A los fines del presente, se han omitido las observaciones formuladas en el citado análisis al mecanismo de reforma constitucional.

²⁷BIDART CAMPOS, cit., 485-486. Una posición similar sostendrá posteriormente. Ver Germán BIDART CAMPOS, *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Ediar, Bs.As., 1987, 53-54.

²⁸BIDART CAMPOS, “Principios...”, cit., 487.

gramáticas, que requieren inevitablemente de una ley para su instrumentación. Finalmente quedarían zonas de grises del articulado (v.gr. fijación del salario mínimo, vital y móvil, o lo relativo al descanso y las vacaciones pagados), que más allá de su naturaleza poseen un efecto impeditivo para establecer o acordar normas peyorativas. Por otra parte, además de analizarse el supuesto de inconstitucionalidad por omisión, ante la falta de legislación, la cláusula constitucional tendrá su nivel de supremacía y podrá ser aplicada por vía de interpretación judicial²⁹.

En el balance final, atravesado por la mora legislativa de la época (sumada a los largos períodos de suspensión en el ejercicio de algunos de los derechos) y por la existencia de leyes dispersas, se llegó a concluir que la eficacia parcial de la reforma de 1957 no reflejaba una observación optimista de la realidad. Empero, al contener propuestas “justas”, correspondía aguardar que el art. 14 bis emerja de su “letargo” y adquiera la efectividad propia de su supremacía constitucional³⁰.

3. La tesis del cumplimiento parcial

En otro meduloso estudio vinculado a la evolución del constitucionalismo social, tanto en el derecho comparado como en el local, la mentada calificación de las cláusulas insertas en el articulado, como operativas o programáticas, mereció el calificativo de “inquietante”, promoviéndose que, en caso de duda, el pronunciamiento sea a favor de su operatividad³¹.

²⁹BIDART CAMPOS, cit., 554-557. Sobre esta última posibilidad, el autor recuerda la interpretación y aplicación operativa del amparo que practicó la Corte Suprema en el renombrado caso “Siri” de 1957.

³⁰BIDART CAMPOS, cit., 558-560. La exhortación del autor posee carácter profético: “El art. 14 bis espera mucho, muchísimo, del presente y del futuro”.

³¹Néstor SAGÜÉS, “Constitucionalismo Social” en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Antonio VÁZQUEZ VIALARD director, Astrea, Bs.As., 1982., Tomo 2, 645-849. En especial, ver 802-803, donde afirma que si la Constitución enuncia un derecho o ga-

Según esta posición, el art. 14 bis impuso la protección legal del trabajo con criterio amplio. La mención a “la protección de las leyes” debe interpretarse también en sentido lato, siendo equivalente el término “ley” a cualquier norma emanada de los poderes públicos de cualquier índole, dictada en orden a la tutela laboral³².

En el balance de la reforma, se distinguen tres tipos de cláusulas constitucionales: las cumplidas, las no cumplidas y las insuficientemente cumplidas. En el primer grupo se ubican a las de jornada limitada, condiciones dignas y equitativas de labor, descanso y vacaciones pagados, igual remuneración por igual tarea, o la protección contra el despido arbitrario. Entre las segundas se menciona las de participación de los trabajadores en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección. Finalmente, se deja para el tercer grupo a las cláusulas cumplidas a veces “farisaicamente”, como la facultad gremial de concertar convenios colectivos o de ejercer el derecho de huelga, a menudo suspendidas. Con todo, el saldo arrojado sería positivo, ya que la reforma afianzó la corriente social que había impregnado a gran parte del derecho nacional y provincial, y le dio al texto de 1853, de raíz filosófica liberal, un matiz democrático-social adecuado a los nuevos tiempos³³.

rantía, esa afirmación está para que se la cumpla y no para adornar la Carta Magna. Similares consideraciones serán enfatizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2004.

³² SAGÜES, cit., 806-807.

³³ SAGÜES, cit., 848-849. Para el autor, “En esto – que tanto puede impactar en el desenvolvimiento futuro de la normatividad argentina – estriba su mayor mérito”.

3. LA CONSOLIDACIÓN DE UN SISTEMA BASADO EN LA LEY

a) El Derecho del Trabajo como ordenamiento jurídico

1. *La pretensión autonómica*

La evolución de la normativa dictada en materia de relaciones colectivas (asociaciones sindicales, negociación colectiva, conciliación en conflictos colectivos), seguida de la conformación de una legislación destinada a regular las relaciones individuales, aunque con principios generales para toda la disciplina (Ley de Contrato de Trabajo, en adelante LCT), logró que los iuslaboralistas comenzaran a referirse al Derecho del Trabajo como un ordenamiento, es decir, un sistema conformado por conceptos e instituciones propias que alentaba su deseo de autonomía respecto de otras ramas jurídicas.

Estas cuestiones, vinculadas a la independencia del Derecho del Trabajo, fueron consideradas reiteradamente por la doctrina. En su período temprano, si bien no se negó tal carácter, se prefirió hablar de una “autonomía científica”, con disposiciones a menudo fragmentarias y dispersas, que registran principios comunes al Derecho Civil y Comercial, junto a otros que sólo en lo laboral encuentran su más amplia y orgánica aplicación. La reflexión, adoptada sobre la faz individual, se distinguió de las propiedades reconocidas al Derecho Colectivo, e incluso a la Seguridad Social, catalogadas rápidamente como nuevas ramas jurídicas, de contenido social³⁴.

La ulterior puesta en vigencia de la LCT, con su cuerpo de fuentes, principios y reglas de actuación, acentuará este anhelo de individualidad, enriquecido por el basamento conceptual aportado por la citada normativa. Así, predominará la idea de reconocer a la

³⁴ DEVEALI, *Lineamientos...*, cit., 18-24.

LCT como el cuerpo legal principal y básico de la disciplina. Su invocación como fuente primaria será una ratificación de que la rama jurídica posee suficiente autonomía y unidad sistemática para ser aplicada sin más auxilio que el otorgado por sus principios generales informadores y específicos³⁵.

2. *El particularismo*

Frente a esta concepción, de neto corte separatista, surgió en la doctrina una postura que estimó excesiva la utilización del término “autonomía”, prefiriendo hablar de “particularismo” del Derecho del Trabajo, sin dejar de reconocerle dos aspectos puntuales que lo diferencian como una rama especial: a) disciplina una realidad social lo suficientemente vasta como para merecer un estudio adecuado y particular; y b) cuenta con principios generales propios, homogéneos y distintos de los del derecho común³⁶.

Una variante sobre la misma tesis de la particularidad se ha delineado en base a los aspectos distintivos que nacen, tanto de su objeto de protección y de su nuevo modo de entender la igualdad, como de su vinculación con lo social, como ser, el reconocimiento del conflicto en las relaciones laborales, su dimensión colectiva, el rol significativo que cumple la negociación, sus repercusiones en la estructura de fuentes, el valor del tiempo social en el sistema y la variedad de los operadores jurídicos y de las atribuciones con las que cuentan³⁷.

³⁵ Cfr. Justo LÓPEZ, Norberto CENTENO, Juan C. FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de contrato de trabajo comentada*, 2º ed. actualizada, Contabilidad Moderna, Bs.As., 1987, Tomo I, 11.

³⁶ VÁZQUEZ VIALARD, *Tratado de...*, cit., Tomo 2, 92.

³⁷ Héctor-Hugo BARBAGELATA, *El particularismo del derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, 15-32. Sobre la igualdad de las personas, el autor cita la opinión de Radbruch, para quien la igualdad deja de ser un punto de partida del Derecho para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.

Estas opiniones autorizadas indican que, en su desarrollo, el Derecho del Trabajo ha fortalecido sus elementos distintivos, de forma tal que, llamándolo “autonomía” o “particularismo”, estos rasgos contribuyeron a sustentar su perfil científicamente novedoso. El tema no es menor. Tal como se verá en el capítulo siguiente, la conectividad laboral – civil se mantendrá como un asunto no zanjado, que volverá al primer plano durante la nueva constitucionalización.

b) El orden de la Ley

1. El molde positivo

La singularidad del Derecho del Trabajo no logró ocultar un dato evidente: la matriz común que delineó la totalidad de las ramas jurídicas bajo el imperio del EDL, es la figura de la Ley, instrumento dominante de todas las relaciones sociales.

El Código Civil de Vélez Sarfield perteneció obviamente a esta etapa. Su inmensa construcción, vertebrada en torno al principio de legalidad, resulta confirmada desde los primeros artículos de su Título Preliminar, referidos a la obligatoriedad de las leyes (arts. 1 y 2), su entrada en vigencia y efecto retroactivo (art. 3), el juzgamiento de la capacidad o incapacidad de las personas (arts. 6, 7 y 9), los vinculados a la territorialidad de hechos, actos, contratos y bienes (arts. 8, 10, 11 y 12), y la aplicación de leyes extranjeras (arts. 13 y 14).

Párrafo aparte merecen los artículos 15, que impide a los jueces dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, y 16, donde se estipulan los criterios de resolución de los casos, una vez agotados los métodos de interpretación textual o por el espíritu de la ley, apelándose a la analogía y a los principios generales del Derecho, de acuerdo a las circunstancias que se presenten.

Por otra parte, mediante el artículo 17 (reformado en 1968) se habilitó la posible creación de derechos por los usos y costumbres, siempre que las leyes se refieran a ellos o en situaciones no legisladas, tema sobre el que se detuvo el Derecho del Trabajo.

El cierre de este Título Preliminar es por demás significativo: lo que no está dicho expresa o implícitamente en algún artículo del Código, no puede tener fuerza de Ley en el Derecho Civil (art. 22).

Este fue el modelo adoptado en esencia por el del Derecho del Trabajo del EDL. Su objetivo consistió en presentarse como un sistema jurídico cerrado, pleno de unidad, jerarquía e integridad. Esta concepción, que ya había sido motivo de críticas por la doctrina civilista, ante la resistencia a permitir otras alternativas en la clasificación de las fuentes, se trasladó a la estructura jurídica laboral, donde el rango de prevalencia legal ya venía colisionando con la diversidad de instrumentos que comenzaban a regir las relaciones laborales; en especial, las producidas por los sujetos privados, como son los Convenios Colectivos de Trabajo³⁸.

2. *El catálogo de fuentes de la LCT*

En el año 1974, la sanción de un régimen normativo dedicado al contrato de trabajo supuso la coronación de los deseos de autonomía y madurez científica del Derecho del Trabajo. Se recibió, en este sentido, como el resultado de un periplo legislativo que se había emprendido desde lo colectivo y que requería ser completado por la ordenación del vínculo individual.

Si se la confronta con esta última finalidad, la aparición de la ley 20.744 fue mucho más que una regulación de situaciones parti-

³⁸ Sobre los reparos de la doctrina civilista ver Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil*, 4ta. ed. actualizada, Perrot, Bs.As., 1970, Parte General, Tomo I, 43-54. Sobre el debate en torno a la doctrina que resalta el lugar de la Ley como fuente formal exclusiva, ver Horacio FERRO, “La ley como única fuente del derecho social”, DT 1961, 177.

culares de empleo. Dentro de la positividad signada por el EDL, su texto incorporó una serie de concepciones y criterios de inequívoca raíz protectoria y supralegal, conjugando además las instituciones jurídicas individuales y colectivas de manera armónica, con el fin de sostener niveles de garantías permanentes y contingentes para el trabajador.

Más allá de lo expuesto, aquí interesa señalar que la LCT consagró la reivindicación de la Ley como fuente protagónica del Derecho del Trabajo y, en esa coherencia, estableció un orden de fuentes desde su inicio, tal como se comprueba con la simple lectura de su artículo 1º:

“El contrato de trabajo y la regulación de trabajo se rige:

Por esta ley;

Por las leyes y estatutos profesionales;

Por las convenciones colectivas o laudos con fuerzas de tales;

Por la voluntad de las partes;

Por los usos y costumbres”³⁹.

Como puede observarse, la mención taxativa de las fuentes indica cierta clausura y jerarquía en la consideración de tales niveles. La intención del legislador parece haber sido la de otorgar preeminencia a la LCT, más allá del modo en que puedan insertarse otras normas (como las convencionales), convirtiéndola en una versión “codificada” de las relaciones individuales, pero con princi-

³⁹ B.O. del 27 de septiembre de 1974. La ley, en rigor, aprueba un “régimen de contrato de trabajo” que sigue al texto principal. Como dato adicional, en el artículo 9º del cuerpo de aprobación se designa al Ministerio de Trabajo de la Nación como autoridad de aplicación del ordenamiento, sin que ello implique “...enervar el derecho de ejercer las acciones pertinentes por parte de los interesados para obtener su cumplimiento”.

pios y reglas que se proyectan hacia las restantes instituciones del Derecho del Trabajo⁴⁰.

En este marco, la omisión a otras referencias como fuentes, a pesar de la aclaración vinculada al carácter no exhaustivo de la enumeración⁴¹, llamó rápidamente la atención de la doctrina. En algún caso, si bien parecía lógico el tratamiento dado a la Ley como primera fuente formal, se lamentó que el texto nada diga de la Constitución Nacional o las Constituciones provinciales; incluso se reprochó la ausencia de instrumentos supranacionales y de los reglamentos internos de empresa⁴².

Sin embargo, ese no era el objetivo. Quienes defienden la letra del artículo 1º, señalan que el carácter no exhaustivo de la enumeración no constituye una deficiencia de la ley, por cuanto no tenía sentido legislar sobre fuentes de jerarquía superior. Lo que el legislador quiso fue dejar plasmada una enunciación de carácter práctico, que subraye la mencionada autonomía de la rama laboral

⁴⁰ Rodríguez Mancini advierte que esta jerarquización es simbólica pero no por ello menos efectiva, en relación a la pretensión de autonomía perseguida por el Derecho del Trabajo; ver, *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, Jorge RODRÍGUEZ MANCINI director, La Ley, Bs.As., 2007, Tomo I, 41.

⁴¹ LÓPEZ – CENTENO - FERNÁNDEZ MADRID, cit., 8-9.

⁴² Ver, por ejemplo, Juan ENSINCK, *Ley de contrato de trabajo anotada*, Víctor de Zavalía editor, Bs.As., 1974, 20; Alfredo RUPRECHT, *Contratos de trabajo. Ley N° 20744. Precedentes, interpretación, comentario*, Lerner, Bs.As – Córdoba, 1974, 7, para quien la enumeración no implica un orden de preferencia, a tenor del texto del art. 2º (del texto originario) que potenciaba la aplicación de la norma más favorable; Pedro PRADO, *Ley general de contrato de trabajo de la República Argentina*, 2da. ed. Actualizada, Abeledo Perrot, Bs.As., 1976, 50, quien estima que la omisión de la Constitución Nacional es grave. Otros autores se esforzaron en conjugar las llamadas “fuentes formales explícitas” en la L.C.T. con las “implícitas” del ordenamiento jurídico general; ver José P. TORRE, Lilia M MAFFEI DE BORGHI, Juan C. MORANDO, Rodolfo J. BRIEBA, *Contrato de trabajo*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs.As., 1974, 20. Con igual preocupación, también se advirtieron las fuentes internacionales y nacionales omitidas, incluyendo en esa omisión a los reglamentos de taller, ver Miguel SARDEGNA, *Ley de contrato de trabajo. Comentada y anotada*, Editorial Universidad, Bs.As., 1982, 9.

y resalte la posición privilegiada que ocupa la LCT en ese contexto⁴³.

Para otros, la omisión de normas constitucionales no habría tenido consecuencias prácticas, ya que las disposiciones programáticas se aplican en cuanto han sido reglamentadas a través de la propia LCT o de leyes especiales, y las garantías operativas también resultan aplicables a pesar de la omisión detectada en el ordenamiento en cuestión⁴⁴.

Sin embargo, ya se ha visto la problemática que arrastra el ordenamiento laboral, desde el lugar de la Constitución, en lo referente a la disquisición entre normas programáticas y operativas. Y por lo tanto, esa insistencia en la operatividad implícita no llegó a resolver la cuestión, máxime si se tiene en cuenta la categórica definición practicada en la propia LCT en su rol de norma esencial. De cualquier forma, hasta poco tiempo antes del giro constitucional, se continuaba ratificando el carácter enunciativo y no taxativo del listado de fuentes⁴⁵.

En la actualidad, apelándose a un fundamento didáctico, se ha estimado que el legislador habría recurrido a un cierto orden especial de las fuentes, con el objeto de “enseñar” una cultura normativa para el Derecho del Trabajo, cuyo nivel profundo, básico y central, estaría encarnado por la propia LCT⁴⁶.

⁴³ VÁZQUEZ VIALARD comparte esta intención del legislador por destacar el carácter autónomo del Derecho del Trabajo, aunque reitera su posición en cuanto a que esa autonomía no es absoluta sino relativa, ver *Tratado...*, cit., Tomo 2, 401.

⁴⁴ Cfr. Jorge A. JUÁREZ DOVER, Raúl ALTAMIRA GIGENA, Jorge SAPPÍA, *Régimen de contrato de trabajo*, ed. Informe Laboral, Córdoba, 1977, 32-33.

⁴⁵ Cfr. Carlos A. ETALA, *Contrato de Trabajo. Ley 20.744 texto ordenado según decreto 390/76*, 3ra. edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs.As., 2000, 2, siguiendo la opinión de Justo López, Centeno y Fernández Madrid. Sobre la omisión de los decretos reglamentarios como integrantes del ordenamiento jurídico laboral ver Antonio VÁZQUEZ VIALARD, *Tratado...*, cit., tomo 2, 396.

⁴⁶ Miguel MAZA, *Régimen de Contrato de Trabajo comentado*, La Ley, Bs.As., 2012, Tomo I, 5. Para dicho autor, el principio de jerarquía de las fuentes pasaría a

Este repaso a los diferentes análisis doctrinarios vertidos sobre el tema, se trae a colación para destacar el sitio que ocupaba la Ley laboral en el EDL. En rigor, el silencio sobre otras fuentes no constituiría un olvido sino una elección consciente del legislador, en sintonía con el inicio del artículo 14 bis CN (“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...”). Con esta habilitación constitucional, además, quedaba fortalecida la idea de la ausencia de omisiones, sobre todo de las normas supranacionales, en una época en la que imperaba la concepción dualista respecto a su incorporación al orden interno. Quizás pueda reprocharse la falta de mención a las fuentes infralegales, tan frecuentes en el Derecho del Trabajo. Pero nuevamente, el paradigma al que se ha sometido todo el sistema es, sin dudas, el de la Ley. Ante ello, poco importa el reconocimiento de los niveles inferiores que se encuentran obligados a rendirse ante el nivel superior.

3. El Orden Público Laboral

Con anterioridad se habló del modelo normativo que representó para el Derecho del Trabajo la arquitectura exhibida por el Código Civil de Vélez Sarfield. Un punto de consideración especial merece el texto del artículo 21 de dicho cuerpo, donde se estipula que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las normas de orden público y las buenas costumbres. Esta noción, que replica el artículo 5^a del Código Civil francés de la era napoleónica, fue trasladada al artículo 7^o de la LCT y colocada como frontera a la libre disposición de derechos.

El agregado “laboral” a este concepto de orden público remite a la limitación impuesta a la autonomía individual, como deriva-

segundo plano frente a la noción de “prelación” que se otorga a las normas más favorables al trabajador.

ción del principio protectorio y de la desigualdad de poder negocial que padece el trabajador frente al empleador. Esta imperatividad, sin embargo, admite grados: uno absoluto, vinculado a las normas estatales, y otro relativo, cuando las normas de otras fuentes limitan la autonomía individual solamente para el caso de constituir una regulación más favorable al dependiente⁴⁷.

Al prescribirse que las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, quedó formulado un límite legal propio, imponiendo un mínimo al plexo contractual. En esta medida, atípica en el Derecho Privado, se reconoció al trabajador un conjunto de derechos irrenunciables y, en muchos supuestos, indisponibles⁴⁸.

Como definición, el término “orden público” alude una institución empleada como un medio por el ordenamiento jurídico para limitar la autonomía de la voluntad, con el objeto de garantizar principios o intereses superiores a todo interés particular⁴⁹.

Para el Derecho del Trabajo, la adopción de la técnica del orden público y su adecuación como “orden público laboral” tuvo consecuencias importantísimas en su dimensión protectoria. En primer lugar, porque con ella se pone en vigencia el carácter obligado de leyes o disposiciones legales que impiden la renuncia de derechos una vez otorgados (artículo 12 de la LCT), sustituyen de pleno derecho cláusulas contractuales violatorias a ese límite (artículo 13 LCT) o nulifican aquellas que se consideran prohibidas (artículo 14 LCT). Además, junto a esta imperatividad de tipo ne-

⁴⁷ LÓPEZ – CENTENO – FERNÁNDEZ MADRID, cit., 100-101.

⁴⁸ Cfr. Eduardo ÁLVAREZ, “Orden Público, renuncia de derechos y contrato de trabajo”, L.L. 2006-B, 1106.

⁴⁹ Cfr. Horacio H. DE LA FUENTE, *Orden público*, Astrea, Bs.As., 2003, 15 y 23. Nótese la utilización del vocablo “ordenamiento jurídico” que realiza el autor en su conceptualización del tema.

gativo, concurre otra variante positiva, como es aquella que fuerza a las partes a realizar una determinada conducta o a producir efectos concretos a partir de ella, siendo una exigencia que favorece la situación del sujeto más débil del vínculo, sea en la apreciación de sus derechos o en la continuidad de esa relación (artículos LCT)⁵⁰.

De todos modos, no hay duda que este conjunto de intervenciones en la autonomía privada encuentra su fundamento en la Ley, como ordenadora y garante de todas las variables relacionales.

Para decirlo en palabras de la doctrina, "...la ley es, en sentido estricto, la única fuente del orden público...", definición que se amplía al dividirse su manera de actuar, si es originaria, cuando procede de la misma norma, o derivada, si habilita a otras instancias a producir disposiciones que se integran al orden público, como es el caso de los convenios colectivos de trabajo, que deben ser homologados en los términos de la ley 14.250⁵¹.

Esta preeminencia de la fuente legal se completará con el rol secundario otorgado a los principios.

4. EL PAPEL ESPECIAL Y SUPLETORIO DE LOS PRINCIPIOS

a) De la Constitución a la Ley

Hablar de principios en el Derecho del Trabajo nacional, tal como se anticipó al reseñarse el debate sobre la efectividad de la Constitución, implica una doble dificultad. En primer lugar porque se ha generado bajo el amparo del EDL, junto al nivel constitucional, un grupo de principios legales muy prácticos, que se confun-

⁵⁰ DE LA FUENTE, cit., 41-42 y 56.

⁵¹ DE LA FUENTE, cit., 41-50.

den con las reglas y que maniobran en distintos planos, como mandatos interpretativos y como prescripciones de conductas concretas hacia los operadores laborales. En segundo término porque la doctrina, salvo en lo relativo al criterio protectorio, no ha logrado consolidar una definición pacífica acerca de lo que se entiende por principios en esta rama y de las normas que merecen esa calificación.

A ello hay que agregar la influencia del EDL, para quien los principios son de carácter general y secundario, es decir, que se sitúan detrás de las normas legales específicas, a las que auxilian en muy determinados casos. No resulta extraño, por lo tanto, que se haya descartado el rol preceptivo de los principios generales, indicando que su valor deontológico reside en el fundamento de validez que otorgan al ordenamiento positivo. Según esta tesis, que el artículo 14 bis CN haya receptado principios, especialmente primarios, a los que debe sujetarse el legislador, no impide que existan otros contenidos en el texto constitucional, sea en el Preámbulo o que se entiendan como derechos no enumerados pero que nacen en los términos del artículo 33 CN. En cuanto a la LCT, los principios generales ubicados en el artículo 11, poseen funciones definidas: a) de información del ordenamiento jurídico, b) como fuente de derecho en caso de laguna legal, c) como criterio de interpretación⁵².

Pero el régimen de contrato de trabajo aprobado por la LCT se erige como cuerpo jurídico que, al tiempo de afirmar su positividad, incorpora la preeminente actividad del hombre como valor. Dicha axiología se desprende claramente del artículo 4° cuando, luego de establecer el concepto de trabajo, la norma deja aclarados, en su segundo párrafo, los alcances con los cuales debe entenderse pactada la relación⁵³.

⁵² VÁZQUEZ VIALARD, *Tratado*, cit., Tomo 2, 126-129 y 132-139.

⁵³ “Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración” y “El contrato de trabajo tiene como principal actividad productiva y creadora del hombre en sí.

A su vez, la Ley que “disciplina” el vínculo (para usar la terminología adoptada por el legislador) es la misma a la que alude el artículo 14 bis CN, cuando reclama su protección para las diversas formas del trabajo. Se trata de un mecanismo novedoso, enmarcado en el período del EDL que alumbró la LCT, donde la directiva constitucional es moldeada por la Ley, desde su propio valor. Algo similar sucederá con el régimen de asociaciones sindicales establecido tiempos después⁵⁴.

Un diccionario aparecido luego de la puesta en vigencia de la LCT, mantiene bajo la voz “principio” una calificación elaborada por la doctrina, donde se alude a: 1) el principio de la generalidad o igualdad; 2) el principio de la progresión racional; 3) el principio de la economicidad y 4) el principio de la reactividad del mundo económico – laboral y la efectividad de los beneficios. A la misma, con fundamento en la justicia social, se adiciona: 1) el principio protector o tuitivo; 2) el principio de irrenunciabilidad; 3) el principio de continuidad; 4) el principio de la realidad; 5) el principio de la razonabilidad; y 6) el principio de la buena fe⁵⁵.

Esta multiplicidad de principios laborales habla del carácter multívoco que contiene la expresión y que da oportunidad a los más variados catálogos.

Con fundamento en la autonomía del Derecho del Trabajo, se han enumerado determinados principios que se consideran también “básicos” para la inspiración e interpretación de las normas jurídicas, conjugados con reglas de aplicación: 1) el principio pro-

Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley”.

⁵⁴ Se trata del artículo 1° de la ley 23.551: “La libertad sindical sea garantizada por todas las normas que se refieren a la organización y acción de las asociaciones sindicales”.

⁵⁵ Ver Santiago L. RUBINSTEIN, *Diccionario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Depalma, Bs.As., 1983, 161. La primera de las clasificaciones corresponde a Deveali.

tectorio, que se expresa a través de las reglas del *in dubio pro operario*, de la norma más favorable y de la situación más beneficiosa; 2) el principio de irrenunciabilidad, vinculado con el concepto de orden público laboral, aunque también excepcionado en la posibilidad de transar o conciliar derechos litigiosos o dudosos; 3) el principio de continuidad, aplicado a la subsistencia de la relación; 4) el principio de primacía de la realidad, que otorga preeminencia a la valoración que surge de la constatación de los hechos sobre las formas, y 5) los principios de razonabilidad y buena fe, que constituyen una derivación de los presupuestos que se estructuran en todo el ordenamiento jurídico⁵⁶.

Otra postura, más reciente, que se distancia tanto de la concepción natural del principio como de su positividad, hace hincapié en la identidad y autonomía o carácter que el principio protectorio otorga al Derecho del Trabajo. Junto al mismo existirían otros principios, de preferencia axiológica (que se pueden identificar con los principios generales del Derecho y que han sido adecuados a la disciplina, como la buena fe, la igualdad de trato, la justicia social, la equidad y la primacía de la realidad), y luego se encontraría un grupo denominado de “medios técnicos”, que no serían principios, conformando un modo de proteger pero cuya ausencia no comprometería la identidad del Derecho del Trabajo (p.ej. los postulados del “*in dubio pro operario*”, de la “normas más favorable”, de la “condición más beneficiosa” y de la “irrenunciabilidad”). Esta calificación también podría extenderse a otros medios, como las restricciones a la autonomía de la voluntad, las presunciones legales, las manifestaciones del orden público laboral, la imposición de la figura contractual y la preservación de su vigencia, las limitacio-

⁵⁶ Guillermo LÓPEZ, *Problemática laboral*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs.As., 1983, 15-26.

nes a los poderes del empleador, la solidaridad pasiva, o la autonomía colectiva, entre otros⁵⁷.

La tipificación antes citada incluye un nuevo concepto (“medios técnicos”) que refiere a un modo de tutela no esencial. Sin embargo, al aplicarse tal definición a los ejemplos dados (donde resulta posible identificar principios y reglas), se opaca una de las mayores innovaciones que el Derecho del Trabajo incorporó al ordenamiento, a pesar del protagonismo legal. Se trata del abandono parcial a la idea de sujetar la validez de una regla jurídica al consabido recurso de la autoridad de la que emana. Las nociones de la irrenunciabilidad, de la favorabilidad o de las directrices interpretativas apuntadas, antes que medios son la expresión de racionalidades que, en distintos planos, inciden en la validez o invalidez de las normas laborales. Esta característica, que se agrega a otras ya enunciadas respecto de los principios, es la que tendrá un desarrollo mayor y determinante en la posterior etapa de la constitucionalización⁵⁸.

b) El esquema de la LCT

La estructura de la LCT contiene una sucesión de preceptos que se aplican de manera inmediata, por contraste con la realidad emergente de la relación laboral, y otros que se activan luego de agotarse la búsqueda de soluciones dentro del ordenamiento.

⁵⁷ Mario ACKERMAN “Los principios en el Derecho del Trabajo”, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Mario Ackerman director, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2005, Tomo I, 307-317. Sobre los medios técnicos ver Pablo CANDAL, “Medios técnicos”, en *Tratado...*, Tomo I, 717 y ss.

⁵⁸ Sobre el tema ver Rodolfo VIGO, “Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Año XX, Bogotá, 2014, 701-726. El autor enumera la racionalidad del órgano, del procedimiento, del sistema, de la lógica y el lenguaje, de los fines o teleología, de las verdades científicas, de la sociedad y su cultura, de los valores, de las posibilidades de su cumplimiento y de la intencionalidad.

Más allá del debate doctrinario anteriormente reseñado, hay acuerdo en la doctrina respecto de ubicar al principio protectorio como rasgo definitorio de la especialidad, desplegándose desde el artículo 14 bis CN con alcances definidos. Desde allí, los principios legales poseen tres funciones definidas, que comprenden la integración del ordenamiento jurídico, la fundamentación del mismo, y la orientación de la tarea interpretativa⁵⁹.

Sin embargo, mientras en algunos supuestos de la LCT se desarrolla el principio protectorio normativo, que actuaría de manera imperativa (artículos 7° y 13), donde la regla de la irrenunciabilidad actuaría como una extensión del mismo (artículo 12), junto a lo regulado en materia de concurrencia de normas (artículos 8° y 9°), conservación del contrato (artículo 10) y trato igual o no discriminación (artículo 17); en otros casos, se establecen criterios o fuentes auxiliares de decisión, que solamente actuarían como principios generales para superar las posibles lagunas del ordenamiento⁶⁰.

Este contexto, propio del EDL, alumbró una categorización forjada en torno a la operatividad y a la interpretación de las normas, a lo que corresponde sumar todo lo relativo a la conciliación laboral.

1. Principios como reglas operativas inmediatas

El repaso al Título I sobre “Disposiciones Generales” de la LCT ofrece un conjunto de enunciados regulatorios que, sin perjuicio de agruparse en un mismo apartado, tienen contenido y cumplen funciones diferentes.

⁵⁹ LÓPEZ – CENTENO – FERNÁNDEZ MADRID, cit., 157. Dentro de la función fundadora, los autores replican la fórmula Radbruch, sobre la posibilidad de desconocer, en casos excepcionales, una ley extraordinariamente injusta.

⁶⁰ Luis RAMÍREZ BOSCO, en *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, Jorge RODRÍGUEZ MANCINI director, cit., Tomo I, 392 y ss.

El artículo 7º, ya abordado en ocasión de relevar la idea del orden público laboral, contiene una norma que entra en cualquier relación de trabajo desde el inicio y que no requiere de etapas previas para su aplicación.

Lo mismo puede decirse del artículo 8º, donde se establece la vigencia de las condiciones más favorables al trabajador que contengan los convenios colectivos o laudos asimilables a tales.

Los artículos 9º y 10 pertenecen al subgrupo de reglas que se activan en la dubitación, esto es, ante supuestos de vacilación cuyo resultado puede ocasionar un perjuicio al dependiente. Para evitar este final disvalioso, la LCT incorporó una solución propia de la teoría del ordenamiento jurídico, disponiendo que, en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales, prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rijan cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Este mecanismo, llamado de “conglobamiento por instituciones” ha merecido respetables críticas por entenderse que el límite de lo que corresponde incluir en cada “institución” dificulta su evaluación comparativa final⁶¹.

En cuanto al artículo 10, que opta en caso de duda por la continuidad del vínculo, representa un buen ejemplo del pensamiento de la época. Conectado con la historia laboral del trabajador, de quien se espera que desarrolle su carrera con un único empleador o con contados empleadores, se potencia la idea de permanencia.

2. La solución interpretativa de la Ley

En concordancia con el temperamento adoptado en este período, el Código Civil de Vélez, en su artículo 16, definió la suprema-

⁶¹ Esto sucede al momento de analizar la remuneración o la jornada, donde la variedad de los conceptos que puedan integrarla, y su mayor o menor estabilidad a lo largo del tiempo, conspiran contra la eficacia del procedimiento legal.

cía de la ley como ámbito obligado para la solución de controversias interpretativas. Por ello, siguiendo los postulados del EDL estableció:

“Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas y, si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

La LCT adopta una fórmula similar de protagonismo legal, pero rodeándola de principios atinentes a la disciplina junto a otros de importancia extrajurídica singular.

Así lo expresa el art. 11:

“Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe”.

Al contrario de las fuentes previstas en el ordenamiento normativo para las relaciones de puros intereses patrimoniales, aquí se deriva el análisis hacia consideraciones fácticas o apreciaciones puramente valorativas del intérprete. En todos los casos, se encuentra juego, explícita o implícitamente, el valor justicia social, que no es sino la justicia en general referida a la cuestión social, tal cual se entiende según el sistema de derecho nacional. Por allí se desemboca en el sendero de los principios generales, detectados en los enunciados constitucionales de tipo social o contenidos en las leyes generales del trabajo⁶².

En estas referencias se reconoció la inspiración humanística de la norma y el legítimo interés del legislador en formular líneas de evolución y criterios acordes con la materia que aborda el Dere-

⁶² Enrique FERNÁNDEZ GIANOTTI, “Fuentes e interpretación en el derecho del trabajo”, D.T. 1973, 675.

cho del Trabajo⁶³. En sentido parecido, se ha dicho que la LCT toma las cosas como son para llevarlas a lo que deben ser, partiendo de una realidad para mejorarla, dentro de sus presupuestos programáticos e ideológicos que le dieron origen, de neto corte humanista e inspirados en la Doctrina Social de la Iglesia⁶⁴; incluso se ha entendido que la LCT forma parte de un plan más amplio de justicia social⁶⁵.

Según esta posición, el artículo 11 contiene reglas hermenéuticas que brindan al intérprete, especialmente al juez, elementos de valoración útiles para solucionar en cada caso, con equilibrio, los intereses contrapuestos de las partes. En todo ello se destacan la justicia social y la equidad⁶⁶.

Resuena aquí la definición dada por la Doctrina Social de la Iglesia, en cuanto a que, junto a la justicia conmutativa, "...hay que afirmar la existencia de la justicia social, que impone deberes específicos a los que ni los patronos ni los obreros pueden sustraerse. Y es precisamente propio de la justicia social exigir de los individuos todo lo que es necesario para el bien común"⁶⁷.

Es interesante ver el modo en que opera en simultáneo el concepto. Al tiempo de requerir las medidas necesarias para alcanzar

⁶³Cfr. Ernesto KROTOSCHIN, "Aspectos sistemáticos e ideológicos de la Ley de Contrato de Trabajo", D.T., 1974, 849. Para el citado autor, interesan las fuentes materiales o reales de la ley. Entre ellas sobresalen algunas como los "principios de justicia social", entronizados, hace mucho, como un "derecho natural del hombre", así como la voceada prevalencia de concepciones éticas de "buena fe" en las relaciones entre el capital y el trabajo, sean tanto individuales como colectivas (ver 852-853).

⁶⁴ Irineo BANCHS, "Normas de interpretación, aplicación y presunciones en la ley de contrato de trabajo", D.T. 1975, 107.

⁶⁵Eduardo PERUGINI, "Un enfoque personalista de la justicia social", D.T., 1975, 433. Para el citado autor, la ley de contrato de trabajo forma parte de un plan de Justicia Social.

⁶⁶ José Isidro SOMARE, "La equidad como pauta de interpretación", D.T. 1975, 593. El autor cita a Cossio como fundamento de su opinión sobre el sistema jurídico.

⁶⁷ Pío XI, *Divini Redemptoris*, 52

el bienestar general, la justicia social establece obligaciones en lo particular (obligaciones de justicia) que campean en la relación de trabajo, especialmente en la cuestión salarial. En ese nivel se demanda de los empleadores que promuevan y sostengan las instituciones “que constituyan un medio normal para poder cumplir los deberes de la justicia”, sin perjuicio de que los trabajadores tengan presente “sus obligaciones de caridad y justicia para con los patronos”, como medio más eficaz para defender sus propios intereses⁶⁸

Por ello, conforme se expresara con agudeza, la clásica distinción de funciones de los principios generales (informadora, interpretativa e integrada), debe ser ampliada, mediante su sistematización concreta en la disciplina. Además de cumplir una función interpretativa, los principios poseen una capacidad organizativa para desbrozar la legislación laboral moderna, una función catalizadora, al compaginar distintas normativas aplicables a un caso, y una función integradora, que se aplica a todo el Derecho del Trabajo⁶⁹.

A pesar de lo expuesto, la doctrina más reciente, hasta poco antes del cambio de paradigma continuó afirmando que, cuando el artículo 11 enuncia su contenido como “principios de interpretación y aplicación de la ley”, emplea el término en referencia a regla, guía, orientación o indicación general. En cambio, cuando menciona en el mismo artículo a los “principios de la justicia social”, su significación está más vinculada a las ideas de finalidad, objetivo, propósito o meta⁷⁰.

⁶⁸ Pío XI, *Divini Redemptoris*, 54.

⁶⁹ Roberto GARCÍA MARTÍNEZ, “Los principios generales del derecho del trabajo y sus funciones”, DT 1987 – A, 811; “Principios del derecho de trabajo e interpretación de normas de derecho común”, DT 1987 – A, 608. El autor critica la posición de Plá Rodríguez, quien incluye la buena fe y la equidad dentro de los principios generales del derecho del trabajo, por entender que se trata de principios generales del derecho, no específicos de la materia laboral.

⁷⁰ Carlos ETALA, *Interpretación y aplicación de las normas laborales*, Astrea, Bs.As., 2004, 132. Este estudio, publicado poco antes del cambio jurisprudencial,

Sin embargo, como ya se anticipó, aun bajo la perspectiva del EDL, no parece que este último sea el alcance que el régimen de contrato de trabajo le dio a tales principios. La justicia social, la equidad y la buena fe, además de su mención en las pautas de interpretación, recorren los aspectos más salientes del régimen laboral, fungiendo como elementos axiológicos validadores o invalidadores de reglas y conductas.

3. Irrenunciabilidad y conciliación: una encrucijada legal y valorativa

La posibilidad de realizar acuerdos conciliatorios entre el empleador y el trabajador estuvo presente en el Derecho del Trabajo, con anterioridad a la sanción de la LCT. Esta circunstancia ha sido justificada por el componente transaccional que se le adjudica al sistema jurídico laboral, como modo de superar las tensiones señaladas al inicio.

Al aparecer las primeras regulaciones en materia de procedimientos y procesos judiciales laborales, se entendió que la conciliación no se oponía a la juridicidad, por lo cual, un acuerdo de esas características, en tanto revistiera el carácter de un allanamiento o de un desistimiento como acto procesal, no era susceptible de ser atacado por vicios del consentimiento. Razones de orden práctico, como la seguridad jurídica, se invocaban para impedir revisiones de este tipo⁷¹.

Era evidente que esta concepción generaba un problema, surgido de la limitación de los criterios civiles en el nuevo Derecho. Y esto era considerado un retroceso para la declarada autonomía de la rama laboral, entendida como Derecho Social, al quedar subor-

constituye una excelente síntesis del panorama jurídico – jurisprudencial vigente hasta ese momento.

⁷¹ Horacio D. FERRO, “La conciliación en los diferendos individuales del trabajo”, DT 1951, 5.

dinada a la aplicación lisa y llana de principios fundantes de otras ramas jurídicas⁷².

La idea de transacción, entonces, fue cobrando importancia como solución de las controversias laborales, por lo que se la buscó rodear de un estándar de certeza. Es así que, en uno de los primeros plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, se estableció que los acuerdos de parte adoptados con intervención y aprobación del Ministerio de Trabajo tenían el carácter y alcance de la cosa juzgada⁷³.

El punto culminante llegaría casi dos décadas más tarde, cuando la Cámara completó esta concepción en nuevo plenario, estableciendo que la manifestación de la parte actora en un acuerdo conciliatorio de que “una vez percibida íntegramente la suma acordada en esta conciliación nada más tiene que reclamar de la demandada por ningún concepto emergente del vínculo laboral que los uniera”, hace cosa juzgada en juicio posterior donde se reclame un crédito que no fue objeto del proceso conciliado⁷⁴.

Las consecuencias de lo decidido trascenderán la época de su dictado, llegando hasta nuestros días donde, como se verá oportunamente, fue objeto de una nueva lectura.

Con el impulso dado, el instituto de la transacción fue contemplado en la norma destinada a regir las relaciones de trabajo

⁷² José I. SOMARÉ, “La conciliación en el derecho procesal social”, DT 1951, 331. El autor recuerda las palabras de COUTURE, para quien la conciliación es el género y la transacción es la especie. Por lo tanto, siempre que se transa se concilia, pero no siempre que se concilia se transa.

⁷³ CNAT, en pleno, 26/06/1953, “Corujo, Osvaldo c. Douncourt Hnos”. En un comentario al mismo, se advirtió que el Acuerdo fue dictado mediante Acta, sin que se haya dejado constancia de los votos emitidos por cada uno de los magistrados, con la sola mención de la disidencia de dos jueces pero sin expresarse sus fundamentos. Resulta incierto si lo decidido constituye técnicamente un acuerdo plenario. Ver Miguel A. MAZA *Colección Plenarios...*, cit., II, 2492.

⁷⁴ CNAT, en pleno, 29/09/1970, “Lafalce, Angel y otros c. Casa Enrique Schuster S.A.”, DT 1970, 718.

individuales, contemplando dos modalidades de ejercicio, la primera de aplicación genérica y la segunda conformada como supuesto de extinción del vínculo.

El legislador, a su vez, quiso reprochar de nulidad los acuerdos que los sujetos de la relación laboral formalicen por debajo del estándar previsto. El art. 12 LCT originario lo dispuso de esta manera:

“Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su elaboración o de su ejecución, o del ejercicio de derecho provenientes de su extinción”.

Para un sector de la doctrina, las pautas del art. 12 sólo resultaban aplicables a los acuerdos y renunciaciones que formule el trabajador y donde se establezcan condiciones que lesionan el orden público laboral. Superados esos mínimos, las partes tienen libertad para convenir otras condiciones de trabajo o modificar las existentes. Estas nuevas condiciones sólo pueden ser cuestionadas ante la presencia de un vicio de la voluntad del trabajador o del acto cuya carga estará a cargo del trabajador que la invoca, no siendo aceptable admitir una inversión de la carga de la prueba⁷⁵.

Pero la controversia continuaba subsistente y el art. 15 de la LCT, en su primer párrafo, buscó resolver la disyuntiva entre irrenunciabilidad y conciliación, con el siguiente texto:

“Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios sólo serán válidos cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa, y mediante resolución fundada de cualquiera de éstas que acredite que mediante tales actos se ha alcan-

⁷⁵ Antonio VÁZQUEZ VIALARD, “El principio de irrenunciabilidad. Estado actual de la doctrina judicial y de los autores”, DT 1986-B, 1215; y “Aplicación de los principios generales del derecho del trabajo, con especial referencia al de irrenunciabilidad”, DT 1988-A, 545.

zado una justa composición de los derechos e intereses de las partes”.

Por otra parte, un mecanismo similar se incorporó como modalidad de extinción del contrato de trabajo por voluntad concurrente de las partes. Así se desprende de los dos primeros párrafos del art. 241:

“Las partes, por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo.

Será nulo y sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente”⁷⁶.

Resulta notable observar la diferencia existente entre ambas disposiciones. Mientras en la primera se requiere la intervención de una autoridad judicial o administrativa, en la segunda, referente a la extinción por mutuo acuerdo, se permite su instrumentación por escritura pública ante notario.

A su vez, en los años noventa, se transformó la hipótesis conciliatoria en un tránsito prejudicial de carácter obligatorio. La ley 24.635 del año 1996 creó un servicio en dependencias del Ministerio de Trabajo de la Nación, pero integrado por conciliadores privados, con el objeto de intervenir con anterioridad al juicio, en la sustanciación de los reclamos individuales y pluri-individuales que versen sobre conflictos de derecho de la Justicia Nacional del Trabajo. El acuerdo que se alcance en estas conciliaciones debe ser sometido a la homologación del Ministerio de Trabajo, quien se expide en los términos del art. 15 de la LCT. La actuación del conciliador privado no resulta necesaria cuando las partes comparezcan espontáneamente y en forma directa ante el servicio, quedando el

⁷⁶ El tercer párrafo del citado artículo alude a la extinción del vínculo por voluntad concurrente de las partes, resultante del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación.

organismo habilitado para pronunciarse sobre los términos de dicha conciliación⁷⁷.

El llamado “material transable” al que se refiere el citado articulado, es el de las obligaciones litigiosas o dudosas, que son aquellas que pueden ser objeto de concesiones recíprocas, ya que la renuncia se encuentra alcanzada por la prohibición imperativa de la Ley. Por tal motivo, este instituto fue visto como una excepción a ese principio, basada en una solución que el legislador habría adoptado por razones prácticas, “...contrapesando un menor rigor en las exigencias sobre la irrenunciabilidad de derechos, con la supervisión pública e ineludible de los actos transaccionales”⁷⁸.

5. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA VOLUNTAD LEGISLATIVA

a) El Congreso Nacional como soberano del Derecho del Trabajo

1. *La afirmación de las competencias legales*

Con el EDL asentado en las primeras décadas del siglo XX, la Corte comenzó el deslinde de las atribuciones estatales, nacionales o provinciales, respecto del dictado de normas esenciales de contenido laboral. Esta puja de competencias entre el nivel federal y los niveles locales de gobierno acompañó al Derecho del Trabajo desde su nacimiento, potenciándose ante la ausencia de una disposición expresa en la Constitución de 1853 (más allá de la distinción entre poderes delegados y poderes no delegados por las provincias).

⁷⁷ Ley 24.635, art. 22; decreto 1169/96, art. 4°.

⁷⁸ Cfr. RAMÍREZ BOSCO, *Ley de Contrato de Trabajo*.... cit., Tomo I, 496.

En esas disputas jurisdiccionales, la Corte ratificó las atribuciones del legislador nacional para regular el contenido sustancial de la materia. Así sucedió en los casos donde se consideraron sus facultades para establecer el salario mínimo, como derivación del derecho común de los particulares, entre los que se contaban los contratos de servicios⁷⁹. Igual criterio siguió para avalar el régimen sobre descanso dominical, manifestando las razones de “orden y trascendencia pública” que fundamentaban el mismo y advirtiendo que la apreciación legislativa no podía ser discutida ni rectificada, salvo que la norma en examen resultara arbitraria, opresiva o no razonable⁸⁰. En los años cuarenta se aplicó nuevamente el concepto de “trascendencia pública” sobre la normativa del trabajo, en ocasión de convalidar la aplicación retroactiva del sueldo anual complementario⁸¹.

A partir de la reforma constitucional de 1957, la jurisprudencia avanzó en la interpretación de las normas legales dentro de lo que llamó un “ordenamiento social justo”, procedente de la cláusula inserta en el artículo nuevo⁸². Esta reivindicación puede entenderse como un paso hacia la supremacía que los principios constitucionales, en los términos en que se vivieron en la experiencia comparada. Sin embargo, las garantías constitucionales fueron consideradas, en general, desde el predominio de la Ley, a quien correspondía fijar sus alcances.

Los ejemplos son variados. Pocos años después de llevarse a cabo la reforma citada y al analizar los alcances del principio de igual remuneración por igual tarea, la Corte se encargó de recordar que el artículo 14 bis CN no consagra derechos absolutos, e indicó que la razonabilidad en la reglamentación legislativa está

⁷⁹ CSJN, “Arizu”, Fallos 156:20 (1929).

⁸⁰ CSJN, “Santos Martínez”, Fallos 157:28 (1930).

⁸¹ CSJN, “Castellano”, Fallos 208:430 (1947).

⁸² CSJN, “Prattico”, Fallos 246:345 (1960).

condicionada a la adecuación a un fin sujeto a reglamentación legal, el que no resulta susceptible de tacha constitucional en tanto no quepa impugnarlo con base en su iniquidad manifiesta⁸³. Más tarde descalificó que el mencionado artículo 14 bis, invocado para reclamar diferencias de salarios, pueda erigirse en fundamento autónomo de una demanda, con prescindencia del régimen normativo específico de su actividad (legal o contractual), en tanto su invalidez no haya sido demostrada y declarada⁸⁴.

La importancia asignada a la Ley, como instrumento operativo de los derechos constitucionales, siguió esta tónica durante todo el período del EDL, especialmente para los derechos de contenido patrimonial. En ocasión de analizar la fijación legal del monto del salario mínimo, la Corte reiteró que los derechos individuales protegidos por la Carta Magna, en particular los de “retribución justa” y “salario mínimo vital y móvil”, no son absolutos sino que están subordinados en su ejercicio a las leyes reglamentarias que fija el Congreso en ejercicio de su función legislativa⁸⁵.

La base de cálculo impuesta para la determinación de la indemnización por despido sin causa, fue utilizada por el tribunal para reforzar este esquema, insistiendo en que corresponde al legislador establecer las bases jurídicas que reglamenten las relaciones de trabajo y las consecuencias de la ruptura del vínculo sin causa⁸⁶.

⁸³ CSJN, “Barone”, Fallos 249:252 (1961). En dicha línea, también se validó la facultad del empleador, librada a su prudente discrecionalidad, de abonar mejores remuneraciones a los obreros con fundamento en su mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo, sin que ello implique desconocer la vigencia de dicha cláusula constitucional, ver CSJN, “Ratto”, Fallos 265:242 (1966).

⁸⁴ CSJN, “Suárez”, Fallos 270:429 (1968).

⁸⁵ CSJN, “Ulman”, Fallos 306:1311 (1984), con cita de Fallos 31:274; 142:62; 171:79; 172:21; 199:483; 300:700, entre otros.

⁸⁶ CSJN, “Paluri”, Fallos 306:1964 (1984).

Es por ello que la Corte desestimó la impugnación constitucional de la metodología reparatoria, cuestionada por apoyarse en esa época en el monto del salario mínimo vital y móvil para calcular el tope indemnizatorio. Estimó que tal composición de la fórmula no resultaba irrazonable, en tanto correspondía al legislador, en cumplimiento del deber constitucional de garantizar la protección contra el despido arbitrario, establecer las bases jurídicas que reglamentan las relaciones del trabajo y las consecuencias que derivan de la ruptura del contrato laboral. Los jueces, concluyó, no se encuentran facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación sobre la materia⁸⁷. Una postura similar abonó posteriormente, al indicar que el monto de su resarcimiento no debe “necesariamente” ser idéntico a la remuneración y que la fijación de topes a esa indemnización no es de por sí inconstitucional⁸⁸.

En cuanto al establecimiento del régimen de tiempo de trabajo, el tribunal declaró la inconstitucionalidad de una ley provincial que reguló limitaciones a la jornada semanal, al evaluar que el gobierno local había incursionado en un tema propio del “Código de Trabajo” atribuido al Congreso Nacional de acuerdo al entonces artículo 67.11 CN, resultando violatorio del orden jerárquico previsto en el artículo 31 del texto fundamental⁸⁹.

El cambio de los sistemas de producción y la moderna configuración de las estructuras empresarias, dieron lugar a la aparición de modalidades de intermediación laboral, las cuales fueron objeto de tratamiento específico en la LCT, como bien lo demuestran las previsiones de sus artículos 29, 29 bis, 30 y 31.

Al encarar una tipología de estas intermediaciones y someterlas a presupuestos de vinculación entre los sujetos diseminados

⁸⁷ CSJN, “Grosso”, Fallos 313:850 (1990).

⁸⁸ CSJN, “Marianetti”, Fallos 317:1455 (1994).

⁸⁹ CSJN, “Fábrica Argentina de Calderas”, Fallos 308:2569 (1986).

por el lado empleador, el legislador elaboró diseños de atribución de responsabilidad solidaria como forma de tutela.

En el artículo 30 LCT, particularmente, se insertó una de estas ingenierías normativas, cuyo texto no logró despejar las dudas sobre su aplicación al complejo universo de situaciones emergentes del fenómeno de la subcontratación.

La Corte del EDL, consciente de estas deficiencias y de sus consiguientes problemas interpretativos, resolvió ingresar en el análisis de la norma, invocando la importancia del caso para la economía del país, para el comercio nacional e internacional, y ante la necesidad de afianzar la seguridad jurídica. Teniendo en cuenta los efectos que producen la extensión de la responsabilidad hacia terceros de la relación sustancial de trabajo, el tribunal apeló a la idea de la “comprobación rigurosa” de los presupuestos fácticos contenidos en el texto, y a la “exigencia de un escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero”, ante la fuerte presunción de inconstitucionalidad que posee toda norma que obliga al pago de una deuda en principio ajena⁹⁰.

2. La afirmación de las competencias administrativas en las relaciones colectivas

Un supuesto de examen particular dentro de este panorama corresponde al nivel colectivo, donde la Corte trató de compatibilizar las garantías constitucionales del artículo 14 bis con los textos legales y la actividad desplegada por el Estado en su función administrativa del trabajo.

Por razones históricas y políticas, las relaciones laborales desarrolladas inmediatamente después de la reforma de 1957 es-

⁹⁰ CSJN, “Rodríguez Juan c/Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro”, Fallos 316:713 (1993), consid. 8° del voto de la mayoría.

tuvieron marcadas por el conflicto colectivo y la constante variación de la institucionalidad sindical. Ello motivó la permanente intervención de la Administración laboral y, en consecuencia, la oportunidad de los jueces para expedirse sobre el alcance de los derechos constitucionales.

A modo de ejemplo, en ocasión de disponerse la intervención administrativa de una entidad sindical, la Corte entendió que, si bien el derecho a la organización sindical libre y democrática no tiene carácter absoluto y se encuentra sujeto a las disposiciones que reglamenten su ejercicio, también lo es que la pertinente ley ha sido sancionada y la autoridad administrativa debe sujetar, en circunstancias normales, el ejercicio de sus potestades sobre control de estas entidades a los límites y prohibiciones impuestas por el ordenamiento⁹¹.

El reiterado ejercicio del derecho de huelga, por su parte, tuvo una consideración especial en esta etapa. Aquí la Corte manifestó una posición más restrictiva, al entender que, cualquiera sea el alcance que se atribuya a la incorporación de este derecho en la Constitución, esa inserción deja a salvo y no simplemente aniquila los demás derechos y garantías que aquella asegura a todos los habitantes del país⁹².

Asimismo, en ocasión de analizar la norma que atribuía a la autoridad administrativa la posibilidad de declarar la licitud o ilicitud de la huelga, con efectos sobre los conflictos individuales sin revisión alguna, la Corte declaró su inconstitucionalidad con invocación del control judicial suficiente. Pero, al mismo tiempo, reiteró que la circunstancia de que el derecho de huelga tenga consagración constitucional, no significa que sea absoluto ni que impida su reglamentación legal ni la apreciación judicial de las circuns-

⁹¹ CSJN, “Asociación Bancaria de Tucumán”, Fallos 245:86 (1959).

⁹² CSJN, “Hogg”, Fallos 242:353 (1958), con disidencia parcial del juez Boffi Boggero.

tancias conducentes para decidirlos casos que ocurrieren⁹³. A su vez, al analizar los hechos de violencia física ocurridos con ocasión de un conflicto colectivo, sostuvo que la concesión específica del derecho de huelga con jerarquía constitucional no es obstáculo a la sanción legal de tipos de conducta que importen extralimitaciones en el ejercicio razonable del mencionado derecho⁹⁴.

Es evidente que el tema de la huelga y su tratamiento judicial habían adquirido relevancia. Esto llevó a que la Corte, por mayoría de sus miembros, observara que la resolución de los tribunales sobre la existencia de una huelga, su legalidad o ilegalidad, y sobre sus consecuencias sobre los contratos de trabajo, constituyen materias ajenas a la jurisdicción extraordinaria, debiendo los jueces adoptar una decisión inequívoca respecto a tales consecuencias, pero sin que sea necesario el uso de expresiones formales determinadas⁹⁵.

La sustanciación de un conflicto colectivo ha sido, en rigor, el tema a decidir en estos casos. Por eso, y sin perjuicio de lo polémico que resulta, no extraña que en algún momento la Corte haya considerado que el art. 14 bis, al referirse al arbitraje, no distingue entre el obligatorio y el voluntario. Esta forma de interpretar una garantía constitucional para limitar otra, al ratificar la validez de la instancia arbitral administrativa obligatoria prevista en la entonces vigente ley 16.936, quedó justificada como un medio razonable buscado por el legislador para poner término y resolver si-

⁹³ CSJN, “Beneduce”, Fallos 251:472 (1961).

⁹⁴ CSJN, “Ribas”, Fallos 258:267 (1964).

⁹⁵ CSJN, “Monserrat”, Fallos 263:51 (1965). Para la disidencia, integrada por los jueces Boffi Boggero, Zavala Rodríguez y Mercader, la decisión que omite la debida calificación de la legalidad o ilegalidad de la huelga resulta arbitraria, siendo ineludible que ello sea expresamente declarado en sede judicial, no debiendo prescindirse de esa circunstancia para establecer que las medidas adoptadas por el personal han violado los principios de equilibrio sustentados por la ley 14.786.

tuaciones que además de afectar a las partes en pugna, comprometen la tranquilidad social perjudicando los intereses generales⁹⁶.

b) La perspectiva de los jueces laborales. Una mirada a los plenarios de la CNAT.

Con el dictado de la ley 13.998 de 1950, cuyo artículo 39 convirtió a la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la Capital en una Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, los magistrados que constituyeron ese fuero “joven”, se vieron en la necesidad de construir una jurisprudencia original, dirigida a moldear los principales institutos del ordenamiento.

Si bien el fuero no retuvo una jurisdicción exclusiva para abordar las cuestiones del trabajo (hay que destacar la tarea desplegada por los juzgados, tribunales y cortes del interior del país); por su ubicación, la experiencia y el prestigio de sus integrantes, la Cámara Laboral ha sido reconocida por la importancia de sus pronunciamientos. Cabe detenerse, entonces, en la letra de algunos de los plenarios convocados durante este período.

Lo que importa aquí, más que el universo temático recorrido, es el modo en que lo jueces fueron destacando el papel de la Ley y las diferentes metodologías interpretativas que utilizaron para determinar los alcances de una determinada norma, o la inclusión de un supuesto de hecho en su ámbito de aplicación. Teniendo en cuenta la gravitación que la LCT representó para el Derecho del Trabajo, corresponde dividir este análisis en dos etapas bien diferenciadas, tomando su entrada en vigencia como límite.

⁹⁶ CSJN, “Hilanderías Olmos”, Fallos 301:962 (1979).

1. *El período anterior a la LCT*

Los fallos de esta época denotan el interés de los jueces por esclarecer los contornos y contenidos de las principales instituciones laborales⁹⁷. Los primeros plenarios, emitidos con el objetivo de reivindicar la competencia de la Cámara o resolver cuestiones de proceso⁹⁸, convivieron rápidamente con aquellos referidos a tópicos sustantivos, como la validez de una suspensión dispuesta por el empleador, la confluencia de las indemnizaciones del régimen especial y del común por daños y perjuicios en la ruptura anticipada del contrato, o el resarcimiento de los accidentes de trabajo in itinere⁹⁹. La entrada en vigor del régimen de convenios colectivos de trabajo, mediante la ley 14.250, también produjo decisiones de interpretación¹⁰⁰

La indagación al texto normativo constituyó el elemento prioritario a tener en cuenta al momento de interpretar la norma en cuestión (“No pueden crearse otras excepciones que aquellas que

⁹⁷ Así lo destaca Miguel MAZA en su prólogo a la obra *Colección Plenarios...*, cit.

⁹⁸ Ver a modo de ejemplo CNAT, Plenario N° 1, 20/08/1946, “Domanico”, DT 1946 –VI, 499; Plenario N° 5, 18/11/1949, “Mazzitelli”, DT 1949, 586; Plenario N° 12, 03/09/1952, “Demaría”, DT 1952, 557; Plenario N° 13, 10/09/1952, “Sambiase”, DT 1952, 598; Plenario N° 14, 10/09/1952, “López, Máximo”, DT 1952, 602; Plenario N° 15, 10/09/1952, “Stradolini”, DT 1952, 605; a lo que debe agregarse la célebre Acordada dictada en “Goldberg, Lucio c/Szapiro, Miguel” del 13/10/1950, emitida en conjunto con la Cámara Comercial, DT 1951, 358.

⁹⁹ Ver CNAT, Plenario N° 2, 08/04/1948, “Díaz, Florentino”, DT 1948, 177 (antecedente del artículo 218 LCT); Plenario N° 8, 11/07/1950, “Czysch”, DT 1950-471; Plenario N° 21, 09/11/1953, “Guardia”, DT 1953-677.

¹⁰⁰ Ver el citado Plenario “Demaría”, donde se declaró la incompetencia del fuero para entender en las relaciones fundadas en cuestiones de los CCT, si antes no se recurrió a las respectivas comisiones paritarias, aunque no subsista la vinculación de trabajo, o el Plenario N° 20, 19/12/1952, “Bustamante”, DT 1953-98, donde se determinó que las mejoras convencionales de salarios, con efectos retroactivos, no comprenden a los trabajadores que no se encuentren vinculados al principal a la fecha de suscripción del convenio, si ello no ha sido pactado por las partes.

se contemplan en la propia ley”)¹⁰¹; su claridad expositiva, por otra parte, zanjaba toda discusión sobre alcance¹⁰².

En la afirmación de esta tendencia se apeló tanto a la ratio legis del dispositivo legal (“si hubiera alguna duda en cuanto al sentido literal de la ley, su espíritu la despeja”)¹⁰³, como al análisis lógico – gramatical que se puede desprender del texto de un acuerdo conciliatorio, donde el trabajador afirma que nada más tiene que reclamar de la relación anterior con su empleador¹⁰⁴.

La naturaleza de las presunciones en materia laboral también fue resuelta con la mirada puesta en el Congreso, entendiéndose que sus consecuencias deben resultar expresamente de la Ley, no pudiendo inferirse por analogía¹⁰⁵. Lo decisivo continuaba siendo la intención del emisor de la norma, más allá de las discusiones y antecedentes parlamentarios¹⁰⁶; la hermenéutica practicada se volcó una y otra vez sobre la voluntad legislativa, la única que para este período interesa¹⁰⁷.

En este empeño en seguir el camino trazado por el legislador, los integrantes de la CNAT son categóricos en rechazar aprecia-

¹⁰¹ Ver la opinión del Subprocurador General del Trabajo Folchi en el Plenario N° 102, 13/04/1966, “Brecanin”, DT 1966-267.

¹⁰² Ver el voto del juez Rebullida en el Plenario N° 111, “Martín de Gandiano”, DT 1967-548.

¹⁰³ Ver el voto del juez López en el Plenario N° 136, 07/09/1970, “Castillo”, DT 1970-802.

¹⁰⁴ Ver la opinión del Subprocurador en el conocido Plenario N° 137, 29/09/1970, “Lafalce”, DT 1970-718.

¹⁰⁵ Ver el voto del juez Fleitas en el Plenario N° 139, 14/10/1970, “Fidalgo”, DT 1970-773.

¹⁰⁶ Ver la opinión del Procurador General Podetti en el Plenario N° 148, 26/04/1971, “Bono de Cassaigne”, DT 1971-370; sobre el valor relativo de los antecedentes parlamentarios ver la remisión a Fallos 258:75; sobre la importancia de la intención del legislador en la interpretación, más allá de los problemas del texto normativo, ver Fallos 271:7.

¹⁰⁷ CNAT, Plenario N° 150, 26/05/1971, “S.U.T.E.R.H.” DT 1971-418, con cita de Fallos 265:21.

ciones diversas a las de la norma examinada (“...la ley no distingue en lo que a la base de los cálculos respecta y nosotros no deberíamos distinguir, ni esbozar criterios metajurídicos sin respaldo legal más allá de lo que pudiera llegar a sostenerse en doctrina”)¹⁰⁸, así como en limitar su capacidad interpretativa más allá de lo evidente (“No encuentro ninguna razón objetiva que justifique una interpretación disímil de la clara norma que da sustento al incremento y no es posible jurídicamente afirmar la admisibilidad de una hermenéutica extensiva o analógica en una hipótesis de ‘auto – obligación’”)¹⁰⁹.

En igual sentido, cuando los conceptos en juego responden a la lógica de la razón legal, no hay posibilidad de apartarse de los mismos¹¹⁰. La integridad del sistema se mantiene, y todo recurso a la analogía queda excluido ante la existencia de una disposición, aunque sea convencional, que regule el tema en debate¹¹¹.

¹⁰⁸ Ver la conclusión del Procurador General en el Plenario 285, 28/06/1994, “Solle-ro”, en relación a si un plus convencional debía integrar la base salarial para el cálculo de horas extras, vacaciones y aguinaldos, LL 1994-D, 96.

¹⁰⁹ Del Procurador General de la Cámara en el Plenario 283, 23/12/1993, “Chies”, sobre la interpretación de la voluntad del empleador que mejoró un beneficio convencional de manera unilateral, LL 1994-A, 437.

¹¹⁰ Del voto del juez Bergna en el Plenario 279, 14/07/1992, “Nuñez”, al interpretar el alcance del vocablo “haber” del Régimen de Trabajo para el Personal de la Industria de la Construcción. Allí expresó: “...los términos – que no vislumbro afectados por ambigüedad alguna – “retribución” y “remuneraciones”, estrechamente ligados al polémico “haber”, congruentemente exteriorizatorios, en mi opinión, tanto de la ‘voluntad del legislador’ cuanto de la ‘voluntad de la ley’, con lo que se verificarían cumplidas las exigencias inquisitivas propugnadas por las respectivas escuelas exegéticas”, TySS 1992-770.

¹¹¹ Del voto del juez Morando en el Plenario 269, 15/11/1989, “Rosasco”; según el magistrado, “...ello determina que no haya laguna y que no sean aplicables los dispositivos que estructuran las técnicas de integración”, DT 1990-I, 681.

2. Desde la sanción de la LCT hasta 1994

La llegada de la ley 20.744 produjo algunas variaciones en las travesías interpretativas recorridas por la Cámara. Si bien la LCT incorporó diversos conceptos originados en la jurisprudencia, o modificados por ésta a partir de su lectura de una norma entonces vigente, también introdujo – como se ha visto – un conjunto de criterios o reglas de interpretación que comenzaron a operar de manera inmediata sobre la relación laboral o ante el acaecimiento de determinados supuestos, sea en el nivel de reconocimiento de los derechos, o ante la duda que presenta sobre su procedencia.

Asimismo, esta novedad legal parece haber fortalecido en los jueces la idea de buscar otros fundamentos, como aquellos de tipo teleológico o finalista, en el camino emprendido para dilucidar el campo de acción de una norma¹¹².

Un ejemplo de la variedad interpretativa que comenzaba a explorarse se puede observar en el siguiente plenario de esta época, cuando la Cámara debió examinar si un trabajador con una antigüedad de tres (3) meses, habiendo sido despedido sin causa, tenía derecho a la indemnización prevista en el artículo 266 originario de la LCT. Entre las opiniones que formaron mayoría por la negativa, cabe mencionar aquellas que rechazaron la posibilidad de hacer una valoración integral del régimen normativo para ampliar el campo reparatorio (“Tal argumentación es notorio que no pondera en su real profundidad la disimilitud de supuestos que el legislador ha contemplado para reglar específicamente esa situación”), junto a las que agregaron su remisión a los antecedentes del trámite legislativo (“...de la Exposición de Motivos que acompañó el proyecto de ley presentado al Congreso de la Nación y tampoco de

¹¹² Según el voto del juez Vázquez Vialard, fundando la única posición minoritaria en el Plenario N° 217, 14/11/1978, “Jiménez”, “...lo que importa para determinar el carácter jurídico de un instituto no es la forma por la que ha adquirido vigencia, sino su objetivo”; DT 1979-26.

la discusión legislativa surge que hubiera pretendido establecer el derecho a la indemnización por antigüedad desde el ingreso del trabajador...”¹¹³. Frente a este instrumental, el pronunciamiento minoritario apeló a la variedad metodológica para sustentar su posición (“En materia de interpretación de la leyes, ha prevalecido, según las épocas, distintos métodos, pero el juzgador se vale de todos ellos en alguna medida para desentrañar el contenido del precepto y ‘decir el derecho’ en los casos particulares”)¹¹⁴.

Se advierte, sin embargo, cierta prevención ante la posibilidad de obviar las dificultades que conlleva dejar de lado la interpretación literal o la finalidad de la norma¹¹⁵. Incluso, cuando la discusión giró en torno a la aplicación retroactiva de modificaciones dispuestas al régimen de accidentes de trabajo, donde el valor de la equidad parecía imponerse en la cuestión, se aclaró que, ante la falta de una disposición expresa, no podían modificarse los alcances temporales de la nueva legislación; la solución del tema era eminentemente legislativa¹¹⁶.

En el conocido debate formulado respecto a si el trabajo realizado fuera de la jornada convenida por las partes, sin exceso del máximo legal, debía pagarse sin el recargo previsto para las horas extraordinarias, se pueden reconocer también las diferentes vías interpretativas del fuero. La opinión a favor del reconocimiento de

¹¹³ Ver la opinión del procurador y el voto del juez Allocatti por la negativa, formando la mayoría del Plenario N° 218, 30/03/1979, “Sawady”, DT 1979-371.

¹¹⁴ Ver el voto del juez Morell, en minoría, por la decisión positiva, en el Plenario antes citado.

¹¹⁵ Según la opinión del procurador Bermúdez, “Ciertamente es que en la labor de exégesis de la ley resulta harto difícil prescindir del primer sentido que deviene de la simple interpretación literal, aunque ella no constituya un método que haya obtenido un eco relevante en las decisiones judiciales, pero que, en algunos casos, entre los cuales se debe contar el que nos convoca, resultaría apta para encontrar el espíritu y destino que habría informado a la norma...”; Plenario N° 219, 21/12/1979, “Pedrozo”, DT 1980-212.

¹¹⁶ Ver el voto del juez Gubourg en el Plenario N° 225, 19/05/1981 “Prestigiácomo”, DT1981-997.

tales horas por encima del tiempo convencional, encontró fundamento en la llamada interpretación actualizada del texto legal (“...en la medida en que le sentido de la norma pueda ser adecuado razonablemente a las nuevas circunstancias que ella debe ser aplicada y con independencias de la posible voluntad del legislador, sobre todo, si se la refiere como en el caso, a una época ya lejana y origina una solución que estimo inadecuada”)¹¹⁷. Sin embargo, esta tesis se enfrentó a la opinión contraria, integrante de la mayoría, quien resaltó que la finalidad histórica del legislador fue el desaliento al trabajo en jornadas excedentes del máximo legal, pero dentro del cual las partes poseen capacidad negociadora para acordar la materia (“Por debajo del máximo fijado por la norma que al efecto actúa a modo de orden público laboral, las partes pueden fijar libremente el horario que constituye al efecto una determinación con plena eficacia jurídica para fijar los créditos y débitos de las partes”)¹¹⁸.

Alguna excepción al criterio legal se puede rastrear en la época en que el fenómeno de la inflación comenzó a golpear los promedios salariales de las fórmulas reparatorias, que en el caso de los accidentes de trabajo planteó el interrogante de si en el cálculo del salario diario debían considerarse las remuneraciones percibidas a valor monetario constante. El tribunal quedó nuevamente dividido en dos grandes posiciones que se sirvieron de todo el arsenal interpretativo. Según la mayoría, para la aplicación de una norma “...el juez debe recurrir a las reglas de la hermenéutica jurídica, o sea, el conjunto de principios que deben tenerse en cuenta para una adecuada interpretación...”, lo cual, “...exige una elaboración sobre la base de una clara y firme comprensión del fenómeno jurídico y supone un profundo conocimiento de todo el sistema legal, de la historia de las instituciones y de las condiciones en

¹¹⁷ Ver el voto del juez Fernández Madrid en el Plenario N° 226, 25/06/1981, “D’Alói”, DT 1981-1207.

¹¹⁸ Ver el voto del juez Vázquez Vialard en el Plenario antes citado.

que se dan las relaciones jurídicas”; esto llevó a concluir que el cálculo de los salarios por su valor nominal, además de contradecir la finalidad legal, hacía incidir el perjuicio causado por la inflación en las personas con menores medios de defensa a las que la norma laboral busca proteger. En contrario, la minoría entendió que de contestarse afirmativamente, “...no se estaría interpretando, o sea, adaptando la ley a las circunstancias fácticas, sino alterando modificando sus términos y el sentido de la misma, afectando los principios de orden, estabilidad y seguridad y excediendo, en consecuencia, las facultades propias del Poder Judicial...”¹¹⁹.

Junto a la economía, la evolución de la organización de la producción y el impacto local de la crisis del Estado de Bienestar se instalaron como fenómenos que pulsaban por definiciones jurisdiccionales en temas de trabajo. Pero esas definiciones eran dejadas a la Ley (“Si la modernidad exige que se operen cambios, será tarea del legislador la modificación de los actuales y vigentes esquemas legales que establecen qué es lo que se entiende por salario...”) ¹²⁰. Como resultado de ello, al evaluarse un supuesto especial como la extensión de la responsabilidad solidaria del régimen de la industria de la construcción a los propietarios que no se desempeñan como constructores de obra, correspondía analizar el texto legal desde distintas variables para no desvirtuar su contenido¹²¹.

¹¹⁹ Ver CNAT, Plenario N° 231, 09/12/1981, “Roldán”, DT 1982-180.

¹²⁰ Del voto del juez Vázquez Vialard en el Plenario N° 264, 27/12/1988, “Ángel Estrada”, al discutirse la naturaleza remunerativa de los vales entregados al personal para refrigerio o consumo fuera del establecimiento; DT 1989, 422.

¹²¹ Ver el Plenario N° 261, 13/12/1988, “Loza”; DT 1989, 215. Para el Procurador General: “El examen del texto legal aludido, en la valoración de su fórmula literal, permitiría conjeturar que en principio no existe dificultad alguna para dar respuesta a la cuestión planteada...Pero este juicio sería más aparente que real si al profundizar el análisis se advierte que por la metodología adoptada por el legislador para redactarlo, sus dos párrafos tienen una marcada diferencia en cuanto a la determinación de la tipología legal respecto del sujeto...”; según el juez Morando, el articulado en cuestión “...parece haber sido objeto de una encarnizada agresión del legislador, tal es el nivel de anfibiología que presenta”; en palabras del juez Pigretti, “La aplica-

En algún caso, se aludió expresamente al autocontrol que deben mantener los jueces para no afectar una alteración retroactiva de costos e introducir factores de incertidumbre con su interpretación¹²². En otro, la Cámara conjugó diversos métodos, suplantando la interpretación estricta de la norma por el punto de vista histórico, la conciencia de justicia social de la época, y la remisión al principio *in dubio pro operario* como salida para el principio lógico de no contradicción de dos normas en un mismo cuerpo legal¹²³.

La apelación al artículo 9º de la LCT, ya tratado anteriormente, encontraba ocasión para el debate. Para el procurador y la mayoría de los jueces, si el texto no daba lugar a dudas, y no se evidenciaba ambigüedad, contradicción o sentido divergente en su formulación, debía estarse a lo que deriva de su mera lectura; sólo si existiera alguna “inquietud” acerca de su alcance, correspondía aplicar la regla del *in dubio pro operario*. Para la minoría, invocando la “voluntad inmanente de la norma”, no bastaba con la remisión al criterio gramatical, sino que el proceso interpretativo debía integrarse, al mismo tiempo, con los criterios sistemático, lógico e histórico, teniendo en cuenta tanto los aspectos fácticos, co-

ción extensiva de estos estatutos puede comportar una anarquizante perturbación en la estructura que respectivo sistema legal ha constituido”; la jueza González habla de “...buscar una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar...”; mientras el juez Vázquez Vialard ensaya una explicación que “...tiende a dar un sentido lógico a la norma, ya que la interpretación literal de esta no es la mejor manera de descifrar, dentro de un contexto de razonabilidad, que es lo que quiso decir el legislador”.

¹²² Para el juez Morando: “Si la regla de oro del equilibrio institucional es, para el Poder Judicial, el ‘self restraint’, ella es doblemente indicada cuando, como el caso que origina esta convocatoria, están en juego reglas de derecho cuyo origen es la negociación colectiva, y cuya eventual alteración retroactiva posee una alta potencialidad perturbadora del proceso económico”, su voto en el Plenario N° 259, 20/05/1988, “Canteros”, DT 1988, 1939.

¹²³ Ver la opinión del Procurador General y los votos de los jueces Vaccari y Perugini en el Plenario N° 254, 10/10/1986, “Villagra de Juárez”, DT 1987, 335.

mo la actitud asumida por los involucrados¹²⁴. En otra discusión, relativa a si un rubro de bonificación expresamente mencionado en la cláusula de un acuerdo debía integrar la base de cálculo de las horas extraordinarias, el voto mayoritario entendió que las dudas generadas debían resolverse por aplicación del principio protectorio y la elección del sentido más favorable al trabajador. La minoría, por el contrario, entendió que no existía “virtualidad suficiente para introducir la duda” del artículo 9° LCT, indicando que los sujetos firmantes “...pudieron desplazar la norma heterónoma para acercarse a una fórmula más equitativa, pero se abstuvieron de hacerlo en relación al rubro cuya procedencia se debate”¹²⁵.

Asimismo, cuando se discutió si un convenio colectivo de trabajo puede, en el marco del artículo 106 LCT, calificar de no remunerativo al viático, sin que sea necesario exigir la rendición de cuentas, la voluntad del legislador fue el centro de estudio. Mientras la mayoría utilizó esta modalidad para reconocer la aptitud convencional (“Cuando la ley se refiere a los CCT establece la posibilidad para que a través de la negociación colectiva se establezca obviar la rendición de cuentas”); para la minoría, restar naturaleza salarial a los viáticos implicaba realizar una interpretación menos favorable al trabajador (“...las convenciones colectivas pueden establecer cláusulas más favorables a los trabajadores, pero no pueden disminuir las ventajas fijadas por la ley...”)¹²⁶.

En suma, la voluntad del legislador es la que primó en los análisis plenarios, dentro de una interpretación sistemática y fina-

¹²⁴ Ver la opinión del Procurador General y el voto del juez Capón Filas, por la posición de la mayoría, frente al voto del juez Vázquez Vialard sustentando la minoría, Plenario N° 250, 23/12/1985, “Bernal”, DT 1986, 671.

¹²⁵ Ver la opinión del procurador, comprendida en el voto mayoritario, y el voto del juez Guibourg fundando la posición minoritaria en el Plenario N° 249, 22/11/1985, “Ojeda”, DT 1986, 661.

¹²⁶ Ver el voto por la mayoría del juez Vázquez Vialard y el pronunciamiento por la minoría del juez Guibourg en el Plenario N° 247, 28/08/1985, “Aiello”, DT 1985, 1435.

lista del contexto legal¹²⁷, recurriéndose a conceptos asociados, como el “bien jurídico protegido” o al “contenido de la norma” en el sustento hermenéutico¹²⁸.

6. LAS ESCLUSAS DEL SISTEMA JURÍDICO LABORAL

Sería una conclusión errónea afirmar que durante la vigencia del EDL los operadores jurídicos no apelaron a determinados criterios valorativos, muy propios del trabajo. Basta observar la jurisprudencia inicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde atribuyó a los propietarios de un buque dado en arriendo, la responsabilidad por los salarios del capitán y de la tripulación que prestaban servicios en la embarcación con anterioridad a dicho contrato y luego continuaron haciéndolo durante y después de su vigencia¹²⁹; o su calificación sobre la retribución que debe el mandante al mandatario por los servicios realizados bajo mandato (“justa y equitativa”)¹³⁰. Se descubre así que, sobre el terreno dominado por la Ley, desde fines del Siglo XIX se invocaban valores y principios a las comportamientos de los sujetos productivos.

La reforma de 1957, con su contenido “social”, favoreció el empleo de estas fórmulas jurisdiccionales, que pasaron a fundamentarse en la Constitución. Como ya se ha observado, el apego a la Ley que han demostrado los jueces a la hora de resolver aquellos casos que ventilaban materias comprendidas en las garantías del artículo 14 bis, derivaron en definiciones tamizadas por su inter-

¹²⁷ Ver los votos afirmativos por la mayoría de los jueces Mraz Arancibia y Morell, y la minoría por la negativa de los jueces Casares y Del Campo en el Plenario N° 241 27/09/1982, “Querro”, DT 1982, 1442.

¹²⁸ Ver los votos del juez Rubio en el Plenario N° 236, 28/06/1982, “Leonforte”, DT1982, 1139, y N° 235, 21/06/1982, “Rodríguez”, DT 1982, 989.

¹²⁹ CSJN, “Caboara”, Fallos 58:318 (1894).

¹³⁰ CSJN, “Suomaestre”, Fallos 80:147 (1899).

pretación sobre el objetivo legal. Sin embargo, la aparición de lo colectivo como nuevo espacio jurídico – político del trabajo, sumado a la lenta pero concreta evolución en el campo de la tutela de las garantías individuales en general, permitió la emisión de sentencias que escaparon al repetido anclaje positivo. Un recorrido por sus fundamentos sirve de introducción al cambio paradigmático que sobrevendrá varias décadas más tarde.

a) Los debates de la constitucionalidad laboral

1. *La libertad en los precedentes “Siri” y “Kot”*

Sobre el final del año en el que se modificó el texto de 1853, la Corte Suprema dictó un fallo señero en materia de protección de derechos constitucionales. Tal pronunciamiento implicó la creación jurisprudencial del amparo como mecanismo de tutela de aquellas garantías no alcanzadas por el instituto del hábeas corpus. El caso, referido a la clausura policial dispuesta a un diario, cuyo levantamiento solicitara su director y administrador por vulnerar la libertad de imprenta y de trabajo contenida en los artículos 14, 17 y 18 CN y normas provinciales concordantes, instaló en el Alto Tribunal el conocido debate sobre el carácter programático u operativo del texto constitucional¹³¹.

¹³¹ CSJN, “Siri”, Fallos 259:459 (1957). Para la mayoría, el accionante no requirió una resolución vinculada con la libertad física, sino que invocó la afectación de la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo, bastando su comprobación inmediata para ordenar su restablecimiento. Esto es lo que le llevó a decir: “...las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...”. Desde la óptica de la minoría, resultaba necesaria la existencia de una norma previa que habilite esa vía jurisdiccional: “...el control de constitucionalidad está también sujeto a la reglamentación de los procesos judiciales, porque de otra manera la división y

A menos de un año de emitido el antecedente mencionado, la Corte Suprema consideró la solicitud urgente formulada por una empresa textil, tendiente a obtener la desocupación de su establecimiento, que se encontraba en poder de los trabajadores como consecuencia de un conflicto laboral. Allí ratificó la vía intentada por el accionante, calificada como recurso de amparo, y confirmó su viabilidad tanto en relación a los actos emanados de las autoridades públicas, como de los comportamientos particulares lesivos de derechos constitucionales¹³².

La importancia de la presente sentencia se manifiesta en los cuatro niveles de análisis jurídico, que han sido definidos en el voto de la mayoría:

- a) La consolidación de una modalidad de protección “expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución” y que fuera asentada en el fallo “Siri”; cuya consonancia con lo establecido por el artículo 8^a de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es expresamente destacado en el fallo.
- b) La idea de que sea protección alcanza también a la actividad de los particulares, una garantía horizontal basada en un concepto novedoso para la época, como es el de los derechos humanos¹³³.
- c) El reconocimiento a la existencia de organizaciones de tipo colectivo, que se desenvuelven en la vida social y que también pueden afectar derechos individuales¹³⁴.

la igualdad de los poderes se habría roto, en beneficio del judicial” (voto en disidencia del juez Herrera)

¹³² CSJN, “Kot”, Fallos 241:291 (1958).

¹³³ “Nada hay”, dice la Corte, “...ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ – porque son los derechos esenciales del hombre – esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad”.

¹³⁴ Para el tribunal, “Además de los individuos humanos y del Estado, hay una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesiona-

d) La aparición de la acción directa y su relación con la Ley¹³⁵.

La disidencia rechazó la aplicación del mecanismo instituido en “Siri” para definir la cuestión. En su argumentación se destaca un elemento que anticipa los problemas de la nueva constitucionalidad. El planteo se basó en la falta de seguridad jurídica que el reconocimiento de esta facultad no reglada para los jueces del país traería consigo. Este reproche quedó superado con la posterior sanción de la ley 16.986 sobre amparo. Pero la noción de discrecionalidad judicial aplicada a las relaciones laborales dejó una grieta más profunda, como es la posible utilización de esta vía para restringir el derecho de huelga¹³⁶.

La esclusa abierta por la Corte Suprema en materia de libertad sindical fue uno de los pocos supuestos, en este período, donde la Cámara Laboral avanzó en un análisis del Convenio 98 de la OIT, del art. 14 bis CN y de la legislación comparada¹³⁷.

les, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales”.

¹³⁵ “Lo que aquí se afirma”, dice la Corte, “...es la obvia conclusión de que todos los ciudadanos están sometidos a las leyes y que ninguno puede invocar en su favor derechos supralegales, es decir, derechos que existirían por encima y con prescindencia de las normas que integran el derecho positivo argentino”.

¹³⁶ La minoría recordó la experiencia mexicana y particularmente la estadounidense, donde se utilizó esta vía judicial como un instrumento coactivo contra la huelga: “...al extremo de que, para eliminar tan nociva manifestación del discrecionalismo judicial, debieron incluirse previsiones especiales en la ley Norris – La Guardia del año 1932”.

¹³⁷ Ver la posición del procurador general Podetti en el plenario N° 163, 31/08/1971, “Medina c/Duperial”, DT 171,663; vinculado a la posibilidad de despido de delegados sindicales que realizan medidas de acción directa. Allí se hace un estudio de los instrumentos internacionales, de la opinión de Tissebaum sobre el art. 14 bis CN y de la legislación de Europa y Estados Unidos en este aspecto.

2. *El poder de policía amplio en el caso “Cine Callao”*

En el debate vinculado a la relación de los derechos constitucionales con la Ley, la crisis de empleo se introduce en la jurisprudencia, mediante el análisis practicado por la Corte sobre el dictado de una norma que obligó a las salas cinematográficas a contratar obligatoriamente trabajadores de espectáculos públicos, previo a la exhibición de películas, como forma de superar la desocupación¹³⁸

En este caso (conocido también como el de “número vivo”), la opinión del Procurador General de la Nación fue contraria a la constitucionalidad de la norma. Basado en la aplicación de los estándares de legitimidad y razonabilidad, se concluyó que existía un exceso en el ejercicio del poder reglamentario que ha llegado “...a lesionar el goce de un derecho en su normal plenitud”¹³⁹

Sin embargo, el tribunal extendió la concepción amplia del poder de policía a la materia laboral, al entender que: “...dentro de esa especie del poder de policía ha de considerarse legítimamente incluida la facultad de sancionar disposiciones legales encaminadas a prevenir, impedir, morigerar o contrarrestar, en forma permanente o transitoria, los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala”¹⁴⁰

La confirmación de la atribución legal para decidir en la materia sólo puede resignarse si la “repugnancia con la cláusula constitucional que se invoca es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad, máxime si ello es posible sin violencia de los textos”¹⁴¹.

¹³⁸ CSJN, “Cine Callao”, Fallos 247:121 (1960).

¹³⁹ Ver la conclusión del dictamen del Procurador Sebastián Soler.

¹⁴⁰ Ver consid. IX del voto de la mayoría.

¹⁴¹ Ver consid. XIII del voto de la mayoría.

En la disidencia, que continuó la senda argumental marcada por el dictamen del Procurador General, se deja planteada la dicotomía que alumbra el avance de la política laboral. Cuando se afirma el reproche a la norma en examen, se aclara: “Esto no significa que, dentro de la Constitución actual, no sea posible dictar una legislación progresista y protectora de los sectores más afectados económicamente... Sólo significa que no se pueden sancionar leyes o dictar decretos que, progresistas o regresivos, no se conforman a las normas constitucionales vigentes”¹⁴².

3. *La justicia social y el caso “Bercaitz”*

Un fallo ignorado durante mucho tiempo y que se refiere en esencia a la Seguridad Social pero cuya construcción apunta a una interpretación mayor de los derechos constitucionales, fue dictado a principios de la década de los setenta, y rescatado en su importancia treinta años más tarde.

En el mismo se formula una invocación al principio de justicia social como finalidad colectiva y vinculación individual: “...como esta Corte lo ha declarado, el ‘objetivo preeminente’ de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el ‘bienestar general’...lo que significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, las condiciones de vida mediante las

¹⁴² Ver consid XI del voto en disidencia del juez Boffi Boggero.

cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad”¹⁴³.

b) La prevalencia Ley – Convenio Colectivo

1. Los casos “Nordensthol”, “Soengas” y “Rickert”

Con la reinstauración de la forma democrática de gobierno, a fines de 1983, el Derecho del Trabajo asistió al regreso de la tensión entre Convenio Colectivo y Ley, aquietada a la fuerza durante los años de anormalidad institucional, pero que luego regresó atravesada por las recurrentes crisis económicas y sociales.

En este contexto, el dictado del fallo “Nordensthol” se encuadra en la tacha de inconstitucionalidad imputada a una ley previa que derogaba todas las normas convencionales que establecían mayores beneficios que los consagrados en la LCT, en especial, una mayor indemnización por despido para el personal de empresas del Estado¹⁴⁴.

Para el Procurador Fiscal de la Corte, en opinión que receptó la mayoría del tribunal, se imponía considerar si el “supremo interés de la Nación” invocado en el mensaje legislativo del texto bajo examen, se hallaba comprometido en tal grado que hiciera necesario abolir los beneficios obtenidos a través de los convenios regularmente concertados por los trabajadores. Así, concluyó que el efecto producido por dicha norma excedía el ejercicio de los poderes de emergencia del Estado, aun cuando, si bien la convención colectiva no tiene su fundamento en la Constitución, dicha convención

¹⁴³ CSJN, “Bercaitz”, Fallos 289:430 (1974), consid. Voto de la mayoría integrada por los conjueces Oscar de la Roza Igarzábal, Felipe S. Pérez, Cayetano Giardulli y Arturo E. Sampay.

¹⁴⁴ CSJN, “Nordensthol”, Fallos 307:326 (1984).

no fue impugnada en cuanto a su regularidad, ni tampoco ha sido cuestionada la ley que reglamenta este tipo de acuerdos.

Ante dicho fundamento, un voto concurrente prefirió advertir que las convenciones colectivas de trabajo, cuyo derecho a la concertación se encuentra garantizado por el art. 14 bis C.N., constituyen una fuente de derecho de origen extraestatal pero incorporada al régimen normativo laboral después de su homologación; por lo cual, no podrían ser dejadas sin efecto por una ley sin perder su valor como fuente de derecho autónoma, reconocida constitucionalmente.

Como puede apreciarse, la soberanía de la Ley continuaba imponiéndose sobre un instrumento propio de la especialidad, aunque las voces disonantes en esta materia acudieran al rescate de una fuente propia de las relaciones colectivas laborales.

Tiempo después, otro aspecto de la misma ley 21.476 fue puesto bajo la lupa constitucional, en cuanto a la modificación que dispuso sobre los sistemas de aumentos generales, automáticos y futuros de las remuneraciones, que significaban una indexación constante y con variables distintas a las provenientes del propio sector destinatario, para supuestos no regulados específicamente por la ley de contrato de trabajo¹⁴⁵.

La mayoría de la Corte, en una nueva integración, distinguió esta situación del precedente “Nordensthol” y reconoció la posible limitación de esta modalidad de cláusulas convencionales, sobre aumentos salariales automáticos ligados a otros factores de la economía, ajustándose la doctrina de la emergencia social o económica, que habilita a regular los derechos personales de manera más enérgica que en períodos de normalidad.

Para la disidencia, en cambio, una vez homologada una convención colectiva, su relación con la ley se escinde cuando se trata de un texto legal posterior. Los términos de la relación quedan,

¹⁴⁵ CSJN, “Soengas”, Fallos 313:664 (1990).

desde allí, configurados en dos niveles: el primero, donde el CCT prevalece sobre la Ley si contiene beneficios más favorables para los trabajadores; y el segundo, donde la Ley puede suspender o derogar una convención colectiva, toda vez que el derecho concedido a los gremios de concertar convenios colectivos no es absoluto ni significa alterar la relación normativa del art. 31 C.N. en tanto el legislador no exceda el límite de lo razonable¹⁴⁶.

Esta línea de respeto a la política legislativa laboral, ejercida en momentos de crisis económica y social, quedó consolidada el mismo año, al juzgarse razonable la suspensión impuesta por la ley 23.126 que fijara el plazo de un (1) año para que las cláusulas convencionales recobren su vigor, dejando a salvo la situación del sector público. Para la Corte, la norma respetó la doctrina del tribunal en el tema, al no suprimir el derecho a las negociaciones colectivas sino demorarlo por el período citado y en las condiciones allí establecidas¹⁴⁷.

2. *La doble relevancia del caso “Cocchia”*

La prevalencia de la Ley sobre el CCT continuó su consolidación en la jurisprudencia. En el caso “Delmonte”, donde se cuestionara la constitucionalidad de una norma de rango legal que suprimió un beneficio convencional, pactado para el personal de una repartición autárquica (el cobro de doce salarios al personal que se acogía a la jubilación ordinaria), la Corte reivindicó el carácter relativo de los derechos del artículo 14 bis CN. Para la mayoría del tribunal, “...si bien la reforma del año 1957 aseguró el derecho a concertar convenios colectivos, mantuvo empero, sin modificar, las atribuciones conferidas al Congreso y al Poder Ejecutivo...Vale decir que, aun cuando la Constitución Nacional consagra una nueva

¹⁴⁶ Ver voto del juez Fayt

¹⁴⁷ CSJN, “Rickert”, Fallos 313:1283 (1990)

garantía, reitera y mantiene potestades de las precitadas autoridades. Por ello el legislador ha podido – consultando la razón y el propósito del precepto – conciliarlo con otras exigencias del bienestar público emergente de la Ley Fundamental, apreciando la conveniencia o inconveniencia de extender su régimen al personal de la administración pública”¹⁴⁸.

El estándar aplicado por la Corte siguió los postulados del EDL. A pesar de reconocerse en la Constitución una garantía colectiva de carácter fundamental, corresponde al legislador modular su alcance, en tanto sus atribuciones le permiten limitar este derecho desde las perspectivas de la oportunidad y el mérito.

En este sendero, sirve como ejemplo la implementación de un programa de gobierno basado en leyes y normas inferiores. La Corte reafirmó el temperamento adoptado respecto a que: “ha quedado claro que el Estado, por medio de sus autoridades legítimamente elegidas, tiene la facultad y el deber de determinar la política económica y social y que cabe reconocer a aquellas una razonable amplitud de criterio en aras del bienestar general y en concordancia con los lineamientos generales que la inspiran...En tal sentido ha podido establecer limitaciones respecto del contenido de la negociación colectiva si ellas se fundan en la certeza de que ciertas estipulaciones influirían sobre aquellas decisiones, dificultando o haciendo imposible el logro de las metas fijadas por las políticas establecidas...”¹⁴⁹.

Sin embargo, en un análisis de proporción sobre las limitaciones que una norma reglamentaria imponía a la asociación sindical para negociar colectivamente (específicamente sobre remuneraciones, vacaciones, descansos, despido, sueldo anual complementario y accidentes de trabajo), advirtió que carecía de razonabilidad la sujeción al sindicato para que concurra discutir con el sector em-

¹⁴⁸ CSJN, “Delmonte”, Fallos 314:1471 (1991), consid.3° del voto de la mayoría.

¹⁴⁹ CSJN, “Cocchia”, Fallos 316:2624 (1993), consid. 21 del voto de la mayoría.

presario, en condiciones tales que le impidan cumplir con su objeto fundamental, cual es la defensa de los intereses de sus representados. En tal situación, nada podría negociar en el marco de la autonomía colectiva¹⁵⁰.

El tribunal concluyó su estudio con un análisis de la relación medio – fin de la norma, cuya ausencia reprocha, no solo con referencia a la propia ley de la que deriva el programa de emergencia y reforma del Estado (en ese caso, la ley 23.696), sino también, en vista de lo regulado por el artículo 28 de la Constitución Nacional, al violentarse la garantía del art. 14 bis.

Es evidente, por lo tanto, que la Corte advirtió la importancia que en el conglomerado jurídico posee la inserción de un acto estatal que se introduce, como una cuña, entre los espacios constitucionales, legales y convencionales.

Pero, mientras la mayoría se ocupó de examinar la intensidad de la decisión hacia el interior de las relaciones laborales, la disidencia fincó su posición en su aspecto externo, al recriminar que las normas legales que aprobaron la política gubernamental hayan brindado un “patrón inteligible” para que la Administración derogue leyes laborales, suspenda o deje sin efecto convenciones colectivas, o limite derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional¹⁵¹.

Esta frontera de control será posteriormente superada por el nuevo constitucionalismo, al atraer el nivel superior la totalidad del juego normativo.

7. RECAPITULACIÓN

¹⁵⁰ Consid. 21 citado.

¹⁵¹ Ver voto de los jueces Fayt y Belluscio, especialmente consid. 14, en comillas en el original.

En esta sección del presente estudio se ha suministrado un marco general del nacimiento del Derecho del Trabajo argentino y de su evolución bajo la influencia del EDL. Su origen, cruzado por las apetencias de independencia de la organización nacional, se entronca con las garantías individuales que la Constitución de 1853 puso en primer lugar de custodia. Su liberalismo no fue obstáculo para que, desde principios del Siglo XX, se sancionaran las primeras leyes de protección laboral, aunque dispersas y tributarias en la esfera individual de las normas civiles y comerciales.

La década de los cuarenta aportó un cambio significativo con la proliferación de disposiciones tuitivas y, sobre todo con el nacimiento del régimen de asociaciones sindicales, se favoreció la creación y desarrollo del ordenamiento en materia de negociación colectiva.

Luego del breve intento de la Constitución de 1949, la reforma constitucional de 1957 incorporó, como fundamental transformación, un articulado específico para el Derecho del Trabajo, completado con previsiones relativas a la Seguridad Social. Este conjunto de principios detallados en el texto, al quedar traducidos por el EDL, derivaron en una reflexión crítica de parte de la doctrina, llevada a cabo en la búsqueda por discernir su carácter programático u operativo.

La aprobación, a principios de los años setenta, de un régimen de contrato de trabajo, afianzó la pretensión autonómica iuslaboralista, beneficiada por la contextura de una legislación, como la LCT, con su noción de orden público y su provisión de elementos valorativos. Sin embargo, todo ello quedó sujeto a los parámetros de la propia norma, incentivando un debate en torno a la clasificación de sus disposiciones como principios y/o reglas. No se trató de una polémica estéril, como lo demuestran los problemas de solución que existieron en relación a los postulados de interpretación especial y general, y de irrenunciabilidad y transacción.

El rol de la jurisprudencia se adaptó a estas dificultades, optando por afirmar la voluntad legislativa cuando ello era posible. Las apuestas por el programa legislativo y por la razonabilidad de

las medidas en juego fueron una constante, sin evitar la utilización de una metodología hermenéutica más amplia.

De hecho, desde su racionalidad axiológica, el propio sistema elaboró “ventanas” de salida basadas en la Constitución, que favorecieron el debate sobre la vigencia efectiva de los principios constitucionales y sobre la exigencia de superioridad de la Ley sobre otras fuentes, como los convenios colectivos de trabajo.

Esto lleva a preguntarse si el sistema jurídico laboral argentino, en la época del EDL, fue un sistema cerrado. Si por hermetismo se entiende la ausencia de principios trascendentes que, de alguna manera, influyen en la creación y aplicación de reglas, la respuesta es negativa. Pero ello no dice mucho. La definición del positivismo más agudo sobre el “contenido mínimo de derecho natural”, que ya se ha visto, resulta perfectamente asignable a este ejemplo.

¿Qué es, entonces, lo que causa “incomodidad”? Nada menos que la tradición jurídica constitucional, sembrada de un conjunto de valores que queda unido a su similar contenido por el Derecho del Trabajo, tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y la doctrina. Al ser la Ley una portadora más de principios, aunque matizados bajo su hegemonía, la presión formada entre la cúspide constitucional y la base reguladora debía encontrar un canal de salida. La jurisprudencia de la Corte Suprema proveyó ese canal, no siempre de manera uniforme, pero sí en algunos casos donde percibió que los derechos humanos/fundamentales se encontraban en juego.

De esta manera, entre un programa social intenso pero limitado, como fue la introducción del artículo 14 bis CN, y la elaboración de leyes que formaron las principales instituciones laborales, con sentido tutelar y perfil humanista, el Derecho del Trabajo mantuvo en vigencia su propio debate entre protección y libertad, el que será luego transformado por el cambio paradigmático que llegará, de la mano de la reforma constitucional primero y de la instancia judicial después, con efectos concretos sobre la situación imperante.

CAPÍTULO III

EL INGRESO DEL DERECHO DEL TRABAJO ARGENTINO AL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

1. INTRODUCCIÓN

El camino hacia un nuevo paradigma jurídico se inició en nuestro país con la reforma constitucional de 1994. Para el ámbito iuslaboral, tal cambio no tuvo una materialización inmediata en la jurisprudencia y la doctrina. Tampoco significó un giro abrupto en las relaciones individuales y/o colectivas que pudieran dar cuenta de tal recepción. Lo que sucedió, en rigor, fue la apertura de un periodo de transición, que ocupó exactamente una década, en donde los primeros movimientos “sísmicos” producidos hacia el interior del Derecho del Trabajo, aparecieron como respuestas de los operadores a las disposiciones legales y reglamentarias de la época, antes que elaboraciones formuladas desde una nueva concepción constitucional.

Esta apreciación puede resultar dura, especialmente con quienes han representado la excepción a ese denominador común. Pero su justificación no debe indagarse tanto en el contenido de la descripción realizada sino en la matriz propia con que fue concebida la reforma constitucional. A diferencia de los ejemplos europeos brindados en el capítulo I, el caso argentino muestra la idea de

una mutación parcial antes que integral, y sobre todo de naturaleza política antes que laboral. Ello explica buena parte de la demora decenal que vivió la especialidad en su incorporación al EDC.

Al adoptarse esta perspectiva es cuando se percibe la poca generosidad que han tenido los constituyentes para ampliar los derechos de los trabajadores en sentido estricto. Parecería que, a criterio de los convencionales, luego de la inserción del artículo 14 bis se hubieran agotado los modelos prescriptivos de garantías laborales. En esta lógica, su fortalecimiento debe rastrearse de manera colateral, en las nuevas atribuciones reconocidas al Congreso de la Nación y en la recepción de los instrumentos de Derechos Humanos, practicadas en 1994. Sin embargo, al efectuarse esta conjunción parcial del armazón político – constitucional, que abandonó su adecuación total al ejemplo estadounidense para abreviar en las experiencias europeas e interamericanas, no se adoptó una fórmula expresa del Estado Social de Derecho ni se completó una estructura concentrada de principios, que sirviera de diseño definitivo.

Estas omisiones no resultaron gratuitas para el Derecho del Trabajo. Hasta la ejecución coherente del cambio de paradigma por la Corte Suprema en 2004, subsistió una especie de sistema jurídico laboral de “préstamo”, aferrado a las instituciones de otras ramas, como medio para afrontar los desafíos que en materia de derechos fundamentales le comenzó a presentar el EDC.

A partir de estos datos esenciales, el presente capítulo ha sido estructurado siguiendo un orden expositivo que, en primer término, analiza la reforma de 1994 y su tratamiento de los derechos humanos y los derechos laborales. Luego continúa con una reseña del período de transición hasta la ruptura provocada por la Corte Suprema de la Nación mediante los fallos “Vizzoti” y “Aquino”, con sus respectivas líneas de proyección. Desde allí se ingresa en el tratamiento del sistema jurídico laboral, ahora impregnado por la jurisprudencia del EDC, para concluir con la exposición de su apertura, sus principales variables y los desafíos que este proceso implica.

2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 COMO RUPTURA DEL PARADIGMA NORMATIVO

a) Los límites de la Convención Nacional Constituyente

1. *Una reforma con pretensiones cerradas*

A fines del año 1993 y con la sanción de la ley 24.309, se declaró la necesidad de una reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 (con los textos de 1860, 1866, 1898 y 1957), facultándose al Poder Ejecutivo Nacional a convocar a elección de integrantes de la Convención Nacional Constituyente, dentro de los ciento veinte días del siguiente año. En dicha norma se estableció la modificación de un conjunto de artículos, en gran parte relativos al diseño institucional de los poderes públicos, permitiéndose la inclusión de otro grupo de temas habilitados para ser debatido en el seno de la Convención. Estos lineamientos quedaron agrupados en el denominado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, fruto de un acuerdo celebrado entre los líderes de las dos representaciones políticas mayoritarias.

En el listado de los asuntos derivados a debate convencional, que luce en el artículo 3° de la ley citada, se puede observar la creación de institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales (inciso D), así como la creación de un Consejo Económico y Social de carácter consultivo (inciso L), supuesto último que no llegó a ser incorporado al texto fundamental. Asimismo, en el artículo 7° de la norma se prohibió a los constituyentes innovar sobre el capítulo constitucional dedicado a las “Declaraciones, Derechos y Garantías”, acreditándose el patrón de la clausura reformadora seguido por el legislador¹.

¹ B.O. 31/12/1993.

La convocatoria a la Convención anticipó el cambio sobreviniente en las relaciones jurídicas, cuestión que se fue coligando con otras materias, de índole social, a ser incorporadas en la sección destinada a regular las atribuciones legislativas, posteriormente numerado como artículo 75. Pero mientras el texto de su inciso 19 fue votado en conjunto con otras disposiciones, la letra de su inciso 22, referido a la incorporación con rango constitucional y reconocimiento supralegal de distintos instrumentos internacionales, mereció un intenso y particular debate.

Uno de los dos miembros informantes del despacho de mayoría dio cuenta de la existencia de más de cien proyectos con iniciativas dirigidas a incorporar los documentos internacionales al orden constitucional interno, dejando constancia que se continuaba una obra iniciada en 1949 y 1957 con el mentado artículo 14 bis. El ponente reiteró, además, la opinión de la jurisprudencia interamericana en cuanto a la calificación de convenciones multilaterales de los modernos tratados sobre derechos humanos, porque su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales, asumiendo los Estados que los ratifican, un conjunto de obligaciones hacia los individuos bajo su jurisdicción. Otorgar jerarquía constitucional a estos instrumentos, concluyó, es situar al ser humano – por su sola condición de tal – en el centro de la tutela del orden jurídico².

Un segundo ponente se refirió a la elaboración de un sistema diseñado para el ingreso de tratados y convenciones, que por voluntad del constituyente adquieren jerarquía constitucional, ya que expresan derechos básicos o naturales, junto a otros instrumentos suscriptos con organizaciones internacionales que gozan de jerarquía supra-legal. Estos nuevos derechos, advirtió, no entran

² CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de sesiones*, 22^a. Reunión, 3^a Sesión Ordinaria, continuación, Santa Fe, 1994, 2825 y ss., convencional Juan P. Caffero (disponible en www1.hcdn.gov.ar, consultado el 07/03/14). Compárese esta conclusión con el concepto del trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional en los casos “Vizzoti” y “Aquino” sentenciados diez años después.

en contradicción con la parte dogmática de la Constitución, sino que la complementan. Quedaba así pronunciada la llamada “tesis de la complementariedad”, luego integrada en la versión final de la reforma, con el objetivo de contener la dispersión de la nueva “masa crítica” generada por los nuevos derechos consignados en el texto. En dicha tarea, el mismo miembro informante expresó que, si el intérprete no puede alcanzar un sentido integrador de las normas en examen, debe atenerse a la parte dogmática de la Constitución, en armonía con el mencionado artículo 7° de la ley 24.309 y con la pauta interpretativa que remite, en la búsqueda de sentido de la norma, a la voluntad psicológica del legislador (en este caso, del convencional constituyente) de modo preferente³.

2. El tratamiento de los derechos laborales en la Convención

Si la tensión sobre los márgenes de la nueva constitucionalidad se expresaba en la discusión sobre el ensamble del sistema local con los órdenes jurídicos supranacionales, la ausencia de una mención especial para los derechos humanos relacionados con la vida laboral mereció cierto reparo. Ante la insistencia de algunos convencionales sobre esta carencia, uno de los miembros informantes de la mayoría debió desmentir que el mundo del trabajo haya sido olvidado, aclarando que los instrumentos internacionales con rango constitucional le dan un marco preciso de protección, tal como lo hacen los convenios de la OIT⁴.

³ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de sesiones*, cit., palabras del convencional Rodolfo Barra.

⁴ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de sesiones*, cit., 23ª reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 2974. Según el convencional J.P. Cafiero, “Aunque no satisfaga algunas expectativas, puedo decir que están suficientemente protegidos los derechos de los trabajadores”.

Es cierto que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como se ha observado, contiene un conjunto de cláusulas que impactan directamente sobre lo laboral, y que buena parte de las mismas ha sido incorporada al texto constitucional como fruto de la reforma. Empero, la Convención se ciñó al espíritu cerrado de la modificación, entendiéndola quizás que la inserción de nuevos principios sería una reiteración del programa fijado en el art. 14 bis, o que se incrementaría su disgregación interpretativa hasta lesionar una efectiva coordinación legal de esas garantías.

Tampoco debe ignorarse el otro punto conflictivo, derivado del debatido carácter programático u operativo de la reforma de 1957. La propia Convención, enfrentada a esta disyuntiva histórica, pareció haberle dado vueltas al asunto sin adoptar una posición firme: mientras en el informe del despacho de mayoría se habló de “presunción de operatividad” (una terminología que favorecería el reingreso de la visión meramente enunciativa de los derechos), en la versión final excluyó esta expresión, dejándose el texto sin ataduras para considerar su operatividad plena⁵.

Cualquiera sea el enfoque adoptado, la Convención fue consciente de la interrelación que exhiben los derechos humanos y los derechos laborales. En su búsqueda por admitir, con ciertas restricciones, el protagonismo de los primeros, dejó a los segundos en un plano secundario, dejándolos sujetos al esquema de jerarquía provisto por un EDL que estaba feneciendo. Cuando una década más tarde se produjo el quiebre judicial de dicho paradigma, el Derecho del Trabajo sintió el efecto de haber sido un actor secundario de la reforma. Aquí puede verse el origen de las crisis reiteradas de coherencia y de sobrecarga normativa que sufrió el orde-

⁵ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de sesiones*, 23^a reunión, 3^a Sesión Ordinaria, cit. En la inserción propuesta por el convencional J.P. Cafiero se puede leer: “En el despacho original de la Comisión se había dispuesto incluir la ‘presunción de operatividad’ de los derechos y garantías. Pero hemos considerado que todos los derechos son operativos por su sola enunciación: un derecho que no se realiza no es un derecho” (3115).

namiento, no solo por la fractura del orden de la Ley, sino también por la falta de inclusión de criterios constitucionales más precisos y específicos para ser aplicados sin mayores dificultades interpretativas.

b) El artículo 75, incisos 19 y 22, de la Constitución Nacional

1. La nueva cláusula de prosperidad

Acorde con el espíritu liberal y progresista del Siglo XIX, la Constitución de 1853 contenía la denominada “cláusula de prosperidad” (anterior art. 67, inciso 16, y actual art. 75, inciso 18), que reflejaba la idea de un crecimiento racional, basado en el incremento de la población del país, en su educación y en su pujanza económica y social.

La reforma de 1994, tratando de acentuar estos últimos elementos, agregó un dispositivo de atribución, con el objeto de fundar un modelo constitucional productivo que se debe movilizar junto a determinados ejes conceptuales laborales, como se aprecia en el siguiente texto:

“Artículo 75.- Corresponde al Congreso...19. Proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, y a la investigación y desarrollo científico y tecnológico y su difusión y aprovechamiento”⁶.

El debate en la doctrina se suscitó de inmediato. Una reacción destacada fue la de no reconocer operatividad alguna a estos criterios, atribuyéndoles objetivos programáticos, al depender en su mayoría del dictado de leyes por parte del Congreso. Más aún, la

⁶ Destacado en negrilla.

cláusula sobre generación de empleo fue considerada de imposible cumplimiento por el Legislativo y el Ejecutivo; incluso se dijo que podía ser interpretada, *a contrario sensu*, en forma tal que pudiera afectar la constitucionalidad de las normas vinculadas con la estabilidad relativa del trabajador⁷.

Sin embargo, otra opinión más favorable a su aplicación estimó que el nuevo articulado dejaba abiertas varias opciones al legislador, para ser instrumentadas en dirección al desarrollo. Estas opciones no lo relevan de optimizar los medios tendientes al fin buscado. Por ello, la trilogía encarnada por la productividad de la economía, la generación de empleo y la defensa del valor de la moneda, debe tener una realización concreta y desplegarse los esfuerzos necesarios para su real cumplimiento⁸.

2. *La apertura jurídica supranacional*

El despliegue del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a nivel universal e interamericano, había sido motivo de análisis doctrinario con anterioridad a la reforma constitucional. En particular, se había puesto el acento en la importancia que reviste la conexión entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución. Un estudio específico sobre el tema destacó que los tratados ingresados al derecho interno revisten una enorme trascendencia y generan la obligación nacional e internacional de cumplirlos, tanto en beneficio de los hombres cuyos derechos reconocen como para la comunidad de naciones. Sus cláusulas, se dijo, o son operativas u ordenan el dictado de una ley

⁷ Ver Miguel A. EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional (Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, Depalma, Bs.As., 1997, Tomo IV, 554, 558-559.

⁸ Ver BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs.As., 382-385. Según el autor, el hilván que recorre este texto es del progreso con justicia social. Los enunciados resultan sobreabundantes pero servirían para puntualizar lo que el constituyente quiere significar en ese tema.

en un plazo razonable, bajo tacha de mora inconstitucional por omisión⁹.

En la apreciación citada, todavía se advierte el “velo” que sobre el tema impuso la reiterada discusión respecto del carácter programático u operativo de las normas constitucionales. Pero lo importante es que la adhesión y ratificación de la República Argentina a distintos tratados y convenciones internacionales, ya había generado un movimiento teórico favorable a la interrelación. Ese movimiento fue plasmado en la práctica cuando, poco tiempo antes de la reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia reivindicó la vigencia del derecho de rectificación y respuesta, con base en la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹⁰, y luego confirmó la supremacía de la Convención de Viena en función de las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la Nación había adoptado y por las cuales se había responsabilizado¹¹.

La entrada del nivel jurídico supranacional, entonces, ya era un hecho innegable que obligaba a una definición en torno a la tradicional disputa entre dualismo y monismo. Los progresos del sistema interamericano, sumados a otros factores externos (como la caída de los regímenes comunistas y los primeros pasos de la llamada globalización), hicieron notar la inutilidad de una demora en el tema.

El nuevo texto, por lo tanto, combinó la asignación de facultades al Congreso de la Nación con una definición de rango normativo y una enunciación de los principales documentos adoptados, siguiendo una técnica de asignación de jerarquía multinivel, tal como se desprende de la propia letra de la reforma:

⁹ Sobre el tema ver Germán J. BIDART CAMPOS, *Constitución y derechos humanos. Su reciprocidad simétrica*, Ediar, Bs.As., 1991.

¹⁰ CSJN, “Ekmekdjian”, Fallos 315:1492 (1992).

¹¹ CSJN, “Fibraca”, Fallos 316:1669 (1993).

“Artículo 75.- Corresponde al Congreso...22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles; Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional”.

Al analizar los alcances del texto, la doctrina vio en esta incorporación de los instrumentos internacionales la recepción local de un nuevo fenómeno, la universalización de los derechos humanos, cuya formalización a través de un nuevo tipo de tratados (de integración humanitaria) había sido aceptada por las constituciones contemporáneas, sin que de ello se desprenda una limitación

al espacio de libertad contenido en la Constitución Nacional, porque resultaría incoherente con su esencia¹².

En sentido similar, se concluyó que ni los artículos de la primera parte de la Constitución dejan sin efecto a normas internacionales de su mismo rango, ni éstas perturban a las primeras porque ambas alimentan al sistema de derechos con igual jerarquía, y configuran un conjunto coherente, que no puede desarticularse o dividirse con presuntas incompatibilidades, oposiciones o contradicciones. Por ello, el operador jurídico tiene asignada una nueva tarea: verificar la coordinación entre los primeros artículos con las normas emergentes de la reforma, anotando la existencia de una unidad de la que participan todas las normas, las que deben aplicarse con la coherencia que demanda el conjunto, para que todas surtan efecto, ninguna se inutilice y todas se retroalimenten¹³.

c) El período de transición laboral: 1995 – 2004

El cambio se hizo sentir rápidamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando al año siguiente de la reforma se pronunció sobre la ratificación de la jerarquía constitucional de un tratado incorporado en los términos del artículo 75.22 CN. Ese precedente, además, estipuló que tales instrumentos deben ser interpretados y aplicados en las condiciones de su vigencia, de acuerdo a las pautas dadas por la jurisprudencia supranacional. Que la Corte Suprema, en esa época, haya aclarado que dicha jurisprudencia constituye “una guía” no debilita la importancia de la transformación en curso¹⁴.

¹² EKMEKDJIAN, cit., 610-625.

¹³ BIDART CAMPOS, *Tratado...*, cit., 245-254 y 564.

¹⁴ CSJN, “Giroldi”, Fallos 318:514 (1995).

1. *La presión de los tribunales laborales*

Por ese tiempo, el Derecho del Trabajo vivía otras de sus grandes situaciones paradójicas: mientras la reforma de 1994 postulaba la ampliación del proyecto constitucional hacia un horizonte de tutela de los derechos humanos, en el nivel legal y reglamentario se producían importantes reformas que priorizaban los aspectos desregulatorios de las relaciones laborales¹⁵.

El movimiento hay que buscarlo en el plano jurisprudencial, donde la piedra de toque volvió a ser la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva: un fallo de la Cámara laboral cuestionó distintos aspectos de sendos decretos reglamentarios que innovaban sobre el régimen de convenciones colectivas de trabajo y también sobre el sistema de representación gremial.

Entre los datos curiosos, cabe destacar que el fallo fue dictado por un tribunal de feria, al que arribó el caso por vía de la amparo, y donde se hizo mérito de la nueva legitimación colectiva prevista en el artículo 42 de la Constitución. Casi no existieron referencias al orden jurídico supranacional, pero en uno de los votos se dejó constancia que el cotejo con el art. 28 CN no era la única fuente de inconstitucionalidad que podía afectar un decreto reglamentario; lo mismo sucedería si se quisiera otorgar a la ley un alcance contrario a la Constitución o a un tratado internacional, por la vía de los arts. 31 y 75.22 o 24 CN¹⁶.

En las relaciones individuales, la justicia laboral comenzó a tomar en cuenta la pionera ley 23.592 por la que se obliga, a quie-

¹⁵ Un buen ejemplo de estas consideraciones, contemporáneas a la sanción de la ley, se puede ver en Néstor CORTE – José MACHADO, *Siniestralidad Laboral. Ley 24.557*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1996, donde se incluyó un estudio realizado por Humberto QUIROGA LAVIÉ: “Aspectos constitucionales de la Ley sobre Riesgos del Trabajo” (393-438).

¹⁶ CNAT, Sala de Feria, 24/01/1997, “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional”, LL 1997 –B, 332, cfr. voto del juez Guibourg.

nes cometan actos u omisiones de carácter discriminatorio, a dejar sin efecto el acto, cesar en tal actividad y reparar los daños morales y materiales producidos¹⁷. El Derecho del Trabajo comenzó así a nutrirse de esta norma genérica, para avanzar en aquellas situaciones más flagrantes relacionadas con la discriminación. Las sentencias del fuero, además de citar los arts. 17 y 81 de la LCT, abrevaron en el nivel jurídico supranacional con cierta amplitud¹⁸.

Como es bien conocido, el hito antidiscriminatorio de este período en materia de selección de personal fue dado por un tribunal civil, quien elaboró un fallo con el formato que luego sería corriente en la rama laboral: anclaje en la normativa internacional, remisión a la experiencia judicial comparada, y citas de los órganos de control del sistema de Naciones Unidas. La pluralidad y horizontalidad de las fuentes comenzaba a adoptarse como modalidad de justificación judicial¹⁹.

Al problema de la discriminación, como contracara de la igualdad ante la Ley, se sumó la falta de equidad. La disposición contenida en la ley de riesgos del trabajo 24.557 que vedaba el acceso a la vía del reclamo civil por parte del trabajador o sus deudos (artículo 39.1), fue objeto de reiterados reproches constitucionales, emanados de tribunales nacionales y locales.

La posición de la Corte Suprema, en momentos de la gran crisis nacional desatada en diciembre del año 2001, fue la adopción de un temperamento favorable a la constitucionalidad de la norma, con una doctrina propia del EDL, manifestando que la aplicación de sistemas especiales de responsabilidad, con limitaciones en la reparación, era una atribución discrecional del cuerpo legislativo.

¹⁷ B.O. 05/09/1988.

¹⁸ CNAT, Sala III, 05/03/1998, “Guisado de Jakobs, Paula c/KB Serivicios S.A.”, DT 1999-A, 671; Sala VII, 24/10/2000, “González, Stella c/Carli S.A.” DT 2001-b, 1168.

¹⁹ CNACivil, Sala H, 16/12/2002, “Fundación Mujeres en Igualdad y Otro c/Freddo S.A.”, LL 2003-B, 970.

vo, sólo reprobable en caso de comprobarse la existencia de una lesión sustancial a la garantía que invoca el interesado²⁰.

2. *El anticipo legislativo*

En marzo del año 2004, el Congreso Nacional sancionó la denominada “ley de ordenamiento laboral” que derogó la fallida ley 25.250 y reformuló aspectos inherentes a las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Si bien la norma siguió el esquema de regulación propio del EDL, introdujo un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que se identifican con el diseño internacional potenciado por la reforma constitucional de 1994. Estas novedades aportan conceptos provenientes de la OIT, como el de “trabajo decente” para la diagramación de políticas públicas, o el número cerrado de actividades previamente determinadas como servicios esenciales en conflictos colectivos, y el procedimiento a realizar por una comisión independiente para actuar en esa calificación y en las garantías de servicios mínimos²¹.

Otro punto de remisión al nivel internacional ha sido el régimen de inspección laboral, implantándose un sistema que tiene al Ministerio de Trabajo de la Nación como autoridad de aplicación, en colaboración con los distintos servicios locales, todos quienes

²⁰ CSJN, “Gorosito”, Fallos 325:11 (2002); ver consid. 17 del voto de la mayoría.

²¹ Ley 25.877, arts. 7º y 24. En materia de conflictos colectivos en servicios esenciales, el legislador quedó sujeto a los criterios propugnados al respecto por la OIT, estableciendo un número restringido de actividades calificadas como servicios esenciales (servicios sanitarios y hospitalarios, producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y control de tráfico aéreo). Fuera de estos supuestos, la calificación de una actividad debe ser realizada por una comisión independiente, organizada a nivel reglamentario, en los casos de: a) la duración y extensión territorial de la ejecución medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, y b) se tratase de un servicio de importancia trascendental conforme los criterios de los órganos de control de la O.I.T. La reglamentación de estas disposiciones también debe efectuarse conforme los principios del organismo internacional.

deben cumplir con sus normas regulatorias y ajustarse a los requisitos de los Convenios 81 y 129 de la OIT y a sus Recomendaciones²².

3. LA CONCRECIÓN DEL CAMBIO DE PARADIGMA

a) “Vizzoti”

A seis meses de la sanción de la ley 25.877, el mundo laboral se conmovió con un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia en un litigio de despido, donde el trabajador accionante planteó la inconstitucionalidad del tope previsto en el art. 245 de la LCT (en el texto vigente a la época del reclamo) respecto de su impacto en la base salarial de la fórmula indemnizatoria²³.

El problema consistió en la reducción que había sufrido el ex dependiente en el cálculo de su indemnización por despido sin causa, ya que al aplicársele el tope de la LCT, tomando en cuenta el salario percibido y los años trabajados en la empresa, el monto final de la reparación quedaba disminuido en un noventa por ciento (90%).

Como antecedente merece citarse el fallo de primera instancia, que hizo lugar al pedido del actor, luego revocado por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo quien, con base en la jurisprudencia del EDL, sostuvo la constitucionalidad de la norma legal en toda su extensión. Por su parte, el dictamen vertido por el Procurador Fiscal de la Nación, si bien sugirió hacer lugar al recurso extraordinario planteado por razones de arbitrariedad, no brindó mayores precisiones sobre el fondo del asunto.

²² Ley 25.877, art. 29.

²³ CSJN, “Vizzoti”, Fallos 327:3677 (2004).

¿Cuál es la importancia de “Vizzoti”? Pues nada menos que el ingreso efectivo del EDC en el Derecho del Trabajo. Por supuesto que la Corte no declaró este giro de manera expresa. Sin embargo, no cabe duda que el fin de la “transición” laboral, iniciada a partir de la reforma de 1994, se decretó con el dictado de este pronunciamiento unánime.

Puede decirse que las principales notas del nuevo constitucionalismo se hayan presentes en esta decisión, algunas con un grado mayor de desarrollo que otras, pero sin que esta diferencia menoscabe la gravitación de lo allí resuelto: la limitación de la fórmula legal de la indemnización tarifada del despido sin causa quedó modificada por aplicación directa de los principios constitucionales.

Ante dicha perspectiva, corresponde repasar las principales razones brindadas en la sentencia y compararlas con las concepciones oportunamente reseñadas del EDC, para comprobar si se ha llevado a la práctica este invocado quiebre paradigmático. A tal fin, se han reunido los fundamentos del fallo en tres grupos argumentales: el primero centrado en el relevamiento de la norma bajo examen, el segundo determinado por las inconsistencias jurídico – fácticas de la solución original, y el tercero afincado en el nuevo enfoque constitucional.

1. Descripción de la regla legal

El instituto de la indemnización tarifada: la sentencia ubica el artículo 245 LCT en la tradición de esta clase de modalidades reparatorias, inaugurada en 1934 (y que fuera insertada en el artículo 157.3 del Código de Comercio por la ley 11.723), con un doble orden de pautas: “Por un lado, el importe de la indemnización es tarifado. Empero, por el otro, esta suerte de rigidez es relativa, dado que la determinación de dicho importe tiende, explícitamente, a

adecuarse a la realidad, a la que pretende dar respuesta, mediante el cómputo de dos circunstancias propias del contrato disuelto: antigüedad y salario del trabajador despedido”²⁴.

Su estructura en la LCT: El diseño pergeñado en el art. 245 contiene límites a estas variables de tiempo y remuneración, ya que la base salarial considerada no puede exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones contenidas en el convenio colectivo del trabajo, aplicable al trabajador al tiempo del despido (o del convenio que sea más favorable en el caso de los dependientes no convencionados). En palabras del Alto Tribunal, esta frontera genera tensiones cuando la legislación pretende fijar en la realidad una evaluación del daño, mediante el cómputo de la “mejor remuneración, mensual, normal y habitual” del trabajador despedido. Por aplicación del tope, el monto resultante comienza a alejarse de dicha realidad, a desentenderse de ésta, en la medida proporcional al quantum en que dicha remuneración supere el promedio en cuestión²⁵.

Vigencia de la modalidad: Un punto a favor del sistema lo registra la ratificación por la Corte de la validez constitucional general del régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa; al tratarse de un sistema que cede a una estricta evaluación del daño en razón de otros objetivos, como la celeridad, certeza y previsibilidad de su cuantía. Pero el tribunal no deja librada esta validez a la discrecionalidad del operador: el mecanismo debe guardar una “razonable vinculación y proporción” con los elementos fácticos elegidos por el mismo legislador para el cálculo de la prestación²⁶.

²⁴ Consid. 4°.

²⁵ Consid. 6°.

²⁶ Consid. 6°.

2. Imperfección de la regla legal

Remisión a precedentes vinculados con el tema: En este progreso del armado argumental, la Corte todavía no había dado señales del cambio. Es más, su reiteración de otros casos donde se invalidaron los montos indemnizatorios por inequidad e insuficiencia, tienen la finalidad de resaltar la conexión que debe existir entre la reparación y la realidad del trabajador afectado por la disolución del vínculo. Esta relación no sería real si la propia ley desarticulara la importancia de uno de los factores que componen la fórmula, como es el importe del salario que el trabajador venía percibiendo a la época de la extinción²⁷.

Búsqueda del límite constitucional: Al resultar válido un régimen de estas especiales características, el tribunal le reconoce cierta movilidad en relación a la situación fáctica sobre la que opera, sin que ello justifique, por sí, un reproche constitucional. Empero, esto no habilita a prescindir de los efectos que tienen en cada caso los elementos determinantes de la reparación, en cuanto a límites cuantitativos. El propósito consiste, por lo tanto, en la búsqueda de un criterio que, respetando el margen legal, sus equilibrios, balances y objetivos, pueda establecer el límite que le impone el art. 14 bis CN, respecto a la protección contra el despido arbitrario, unido al principio de supremacía del art. 28²⁸.

Alcance del control: A modo de aclaración, el tribunal deja asentado que su intervención no constituye una injerencia en las atribuciones del Poder Legislativo, ni la superación del principio de separación de poderes o división de funciones, sino el debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos estatales que le impone la Constitución Nacional, particularmente cuando reconoce derechos en este nivel para resulten efecti-

²⁷ Cfr. Consid. 7°.

²⁸ Cfr. Consid. 8°.

vos y no ilusorios, sobre todo, como en el caso, si se encuentra en debate un derecho humano²⁹.

3. Nueva constitucionalidad laboral

Dimensión constitucional: Aquí comienza el núcleo del giro jurisprudencial, un viraje que parte de una concepción, como es desprender la sujeción de contenido de los derechos, que el EDL derivaba a la Ley. La definición es contundente: "... los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último"³⁰.

Operatividad constitucional: El razonamiento avanza en otro punto, la reglamentación de los derechos constitucionales. Se da por terminada la disputa entre lo programático y lo operativo: cuando se reglamenta un derecho constitucional, se debe darle toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional; esto supone conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y manda asegurarlos. No queda alternativa a la misión de garantizar, "...el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos"³¹.

Imperatividad constitucional: El deber de respetar el contenido propio de los principios constitucionales y de hacerlos operativos,

²⁹ Cfr. Consid. 8°.

³⁰ Cfr. Consid. 8°.

³¹ Cfr. Consid. 8°.

contiene un mandato integral: el art. 14 bis CN se dirige primeramente al legislador, pero su cumplimiento atañe también a los restantes poderes públicos, quienes deben hacer valer su espíritu protector en el marco de sus competencias. La preeminencia de la Constitución deja de lado la mediación legal y promueve el acatamiento al principio protectorio en forma directa y general³².

Resignificación constitucional: Para la Corte, el artículo 14 bis le impone, "...un particular enfoque para el control de constitucionalidad", que orbita en torno a la figura del trabajador, que es "sujeto de preferente tutela". Cuando el artículo citado ordena que las leyes aseguren "condiciones equitativas de labor", enuncia un mandato que se proyecta sobre los restantes contenidos de la norma, los cuales sin perder su identidad y autonomía, son igualmente susceptibles de integrar ese concepto. En la protección contra el despido arbitrario, el término "equitativo", significa "(...) justo en el caso concreto"³³.

Vigencia de los instrumentos internacionales: La consideración preferencial al trabajador, sustentada por largo tiempo en el artículo 14 bis, ahora también viene impuesta por lo que el tribunal denomina "el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994. La definición que condensa la doctrina de este fallo ("el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional"), se asiste desde un nuevo soporte, derivado de las cláusulas de protección de la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6° y 7°), y de otros instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

³² Cfr. Consid. 8°.

³³ Cfr. Consid. 9°.

contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)³⁴.

Estándar constitucional y modificación normativa por vía jurisprudencial: Con el armazón justificativo antes señalado, la Corte avanza en un nuevo diseño de cotejo, donde la pauta tradicional de razonabilidad del EDL se funde con la apelación a valores como son lo justo y lo equitativo en el caso concreto. Pero el tribunal no se limita a la declaración de inconstitucionalidad de un tramo de la fórmula reparatoria; se aboca a rediseñarla, entendiendo que no resulta válido que la base salarial, prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT, se vea reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos. La incorporación de este porcentual es fundamentado en el concepto de confiscatoriedad, propio del Derecho Tributario³⁵.

Deber de cumplimiento de la manda constitucional: Luego de aplicar el estándar antes expuesto, la Corte despliega dos argumentos complementarios. El primero de ellos es que no se puede permitir que el importe del salario devengado con regularidad por el trabajador quede degradado en más de un tercio, ya que esto implicaría validar un instituto jurídico, como el de la indemnización por despido sin justa causa, en contradicción con el deber “inexcusable” que surge del artículo 14 bis. Significaría, asimismo, un abandono de otro principio, más general, contenido en el art. 28 CN para la reglamentación de los derechos³⁶. El segundo fundamento, no menor, es el rechazo de la Corte a determinadas visiones del llamado mercado de trabajo o mercado económico general, que reprocharían el alcance del fallo. Su respuesta es que esas visiones deben asumir el principio de supremacía constitucional y la filosofía que anima la Carta, humanística y protectora. Con otra expresión de

³⁴ Cfr. Consid. 10.

³⁵ Cfr. Consid. 11.

³⁶ Cfr. Consid. 11.

raíz existencial (“...resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos estos...”), se apela a la adaptación que el propio mercado debe hacer ante los moldes fundamentales de la Constitución y el DIDH³⁷.

b) “Aquino”

La repercusión de “Vizzoti” fue inmediata. A la perplejidad doctrinaria se sumó la sorpresa de las autoridades ejecutivas y legislativas, quienes meses antes de su dictado habían modificado el piso de la fórmula del artículo 245 LCT. Asimismo, la imposición de un límite a la aplicación del tope, adoptando la fuera operativa de distintos principios constitucionales, incluso el de la confiscatoriedad tributaria, llevó a que algunos especialistas consideraran la sentencia como un acto de pura discrecionalidad judicial³⁸.

En verdad, el mayor interrogante que se estaba planteando era si el fallo formaba parte una novel línea interpretativa. Esta duda se despejó rápidamente cuando, tan solo siete días después, la Corte Suprema alumbró el también célebre fallo “Aquino”. Si en el precedente anterior puso bajo la lupa sobre el alcance de la fórmula indemnizatoria tarifada por despido sin causa, aquí procedió a desarticular las limitaciones reparadoras de la ley de riesgos del trabajo.

En ambos casos se dismantelaron las restricciones legales previstas para el goce de determinados derechos, atendiendo a su desbalance en términos de equidad. Mientras en “Vizzoti” era el tope indemnizatorio el que actuaba como una limitación inadmi-

³⁷ Cfr. Consid. 11, donde reitera la antigua concepción del tribunal, en cuanto a que el trabajo humano no constituye una mercancía o bien de mera transacción comercial (con cita de Fallos 290:116, 118, consid. 4°).

³⁸ Ver Daniel FUNES DE RIOJA, “el tope por despido y sus diversos impactos”, LL 2004-E, 942; Julián DE DIEGO, “La inconstitucionalidad del tope de la indemnización por despido y conflicto de poder”, LL 2004-E, 947

ble, en “Aquino” fue la exclusión del trabajador accidentado para reclamar por la vía común lo que tornaba la situación palmariamente injusta.

La plataforma fáctica examinada da cuenta de este disvalor. El trabajador accionante, quien se desempeñaba en la reparación de un techo sin que se le hubieran provisto de elementos de seguridad y materiales de protección, sufrió un accidente gravísimo al caer desde diez (10) metros de altura, provocándole una incapacidad del cien por ciento (100%) según los parámetros usuales de graduación. Su demanda, por la vía del derecho común, fue receptada en primera instancia, declarándose para el caso la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557 (texto vigente en esa época). Apelada la sentencia, la Sala VI de la Cámara laboral confirmó el decisorio. La demandada interpuso el recurso extraordinario federal, cuya negación dio lugar a presentación de la queja que la Corte decidió sustanciar.

A diferencia de “Vizzoti”, aquí los magistrados arribaron a un resultado similar pero con fundamentos propios, lo que en modo alguno impide la identificación de una estructura argumental común. Este fallo, además, no puede verse como una simple (y relevante) confirmación del sendero abierto una semana antes por el Alto Tribunal. Fue, en sentido estricto, el inicio de una jurisprudencia particular en materia de cobertura de riesgos laborales, que luego continuó ampliándose y cuya influencia se extiende a la posible validez de cualquier régimen futuro.

¿Qué es lo que interesa de “Aquino”? Comprobar que el control practicado sobre el art. 39.1 de la LRT, exhibe todo el andamiaje del nuevo paradigma constitucional. Incluso, se nota cierta “prisa” discursiva por describir el entramado fáctico y normativo, para lograr que cada voto se explaye en abundancia sobre la sustancia del litigio. Dicha matriz fue traída por una norma que eximía a los empleadores de toda responsabilidad civil, con excepción del dolo, como consecuencia de las prestaciones otorgadas por la ordenación especial en materia de siniestros laborales.

Un repaso de los distintos fundamentos, dan una idea de la ubicación constitucional en que se situó la Corte para decidir el caso:

El principio constitucional de no daño: Para el tribunal, se encontraba en juego el mandato consagrado en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. Dicha manda, que posee una reglamentación acorde en el Código Civil de Vélez Sarfield (artículos. 1109 y 1113) postula una reparación integral del daño que no es excluyente del Derecho privado, sino que debe entenderse como un principio general que atraviesa todas las ramas jurídicas³⁹.

Finalidad de la reparación: Los distintos votos convinieron en recordar que el valor de la vida humana no se mide exclusivamente en términos económicos, los cuales deben ceder a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana, cuya reparación es una cuestión de justicia⁴⁰; las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres⁴¹, y es esta dimensión espiritual la que debe resistir la amenaza que pende sobre el hombre y la mujer, para ser convertidos en esclavos de las cosas, de los sistemas económicos y de sus derivados⁴².

Confirmación de la resignificación del trabajador: Descartada debe quedar cualquier incertidumbre sobre la posición que ocupa el trabajador en el espacio de la Constitución. La expresión relativa a la finalidad constitucional de hacer del trabajador un sujeto de preferente tutela constitucional, queda instalada en el patrimonio de la

³⁹ Cfr. consid. 3° voto de los jueces Petracchi, y Zaffaroni; consid. 6° voto de los jueces Belluscio y Maqueda; consid. 6° voto de la jueza Highton de Nolasco.

⁴⁰ Cfr. consid. 3° voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni.

⁴¹ Cfr. Consid. 6° voto de los jueces Belluscio y Maqueda.

⁴² Cfr. Voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, con referencia expresa a la Encíclica *Redemptor hominis* de S. Juan Pablo II.

nueva jurisprudencia laboral y su fuerza vinculante se extenderá a todo el Derecho del Trabajo⁴³.

Rol de los instrumentos internacionales y rechazo a las regulaciones de carácter regresivo: Para la Corte resulta esencial el papel que cumplen los tratados y convenciones internacionales, al poner en evidencia la posición anticonstitucional de la norma legal. El retroceso legislativo en el régimen de riesgos del trabajo se puso en conflicto con el principio de progresividad del DIDH en general y del PIDESC y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en particular, ya que las disposiciones legales suponen una “fuerte presunción” contraria a su compatibilidad con estos instrumentos⁴⁴. No hay que olvidar que los instrumentos internacionales receptados en la reforma operan sobre el artículo 14 bis C.N., incrementando su protección a toda persona trabajadora⁴⁵. Por eso, otras disposiciones del plexo internacional protectorio que han quedado conmovidas, son aquellas que tutelan a la mujer trabajadora (artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), al niño trabajador (artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño), y al conjunto humano como garantía general (el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 15 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus artículos. 1º, 2º, 7º y 8º)⁴⁶.

⁴³ Cfr. consid. 7º voto del juez Maqueda; consid. 9º voto de la jueza Highton de Nolasco.

⁴⁴ Cfr. consid 10 voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni.

⁴⁵ Cfr. consid. 7º voto de los jueces Belluscio y Maqueda; consid. 9º voto de la jueza Highton de Nolasco; ver la cita de los arts. 7º y 12 del PIDESC.

⁴⁶ Cfr. Votos de los jueces Belluscio y Maqueda y especialmente de Highton de Nolasco, para quien la normativa impugnada exterioriza un retroceso legislativo en la concepción humanista que exalta la calidad intrínseca del trabajo como expresión de la persona, conforme surge de la Declaración Universal (consid. 15).

Alcance de la política legislativa: De manera similar a lo sucedido en “Vizzoti”, la mayoría de los votos formularon dos aclaraciones a continuación del cuerpo principal de fundamentos: la primera de ellas dejó establecido que la solución de la causa no significa el reproche de todo régimen limitativo de la reparación por daños; en la segunda se advirtió que la solución alcanzada tampoco implica el abandono de los objetivos de automaticidad o celeridad en el otorgamiento de las prestaciones, que fue una de las finalidades declaradas por la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo⁴⁷.

4. LA RELECTURA JUDICIAL DE LOS DERECHOS LABORALES

a) Proyecciones

La emisión de los fallos “Vizzoti” y “Aquino” confirió primer plano a una nueva interpretación: la idea de que la Constitución no enuncia derechos vacíos, sin contenido, sino derechos concretos que son operativos y deben ser garantizados al trabajador. Esta concepción se dispersó hacia otras garantías del conjunto enumerado en el artículo 14 bis y comenzó a impactar en el armazón del Derecho del Trabajo. La mediación legal prevista en el primer párrafo de su texto, y que en el EDL se enarbolaba como justificación de la validez normativa, dejó lugar al escrutinio directo de las leyes por parte de los principios constitucionales. El modelo de control, iniciado con las relaciones individuales, se hará luego más patente en los supuestos colectivos, donde el constituyente de 1957 no interpuso dicho tamiz legislativo. La conversión al EDC transformará al programa de artículo 14 bis, fortificado en 1994 por el

⁴⁷ Ver consid. 14 voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; consid.11 voto de los jueces Belluscio y Maqueda, al que adhiere el juez Boggiano. Este “guiño” a una posible reforma parcial de la legislación, motivó la elaboración de decenas de proyectos e iniciativas de modificación que durante varios años no lograron ser considerados oficialmente por los poderes públicos.

artículo 75.22, en una realidad jurídica comprensiva de todo el ordenamiento laboral.

El nuevo paradigma constitucional implantado con “Vizzoti” y “Aquino” se desplegó en líneas o sub-líneas jurisprudenciales que abordaron las principales instituciones laborales. Al mismo tiempo, la temática vinculada a la protección y reparación de daños provocados por o con motivo del trabajo, se instrumentó en una secuencia propia. Una aproximación al universo de casos y materias “visitadas” por la Corte, constituye el ejemplo más evidente del giro adoptado.

1. Relaciones individuales

Empleo público: A un año de conocido “Vizzoti”, y para dejar en claro que no sólo los vínculos privados quedaban alcanzados por el nuevo prisma de control, el tribunal declaró la inconstitucionalidad de una norma convencional que aplicaba el régimen de estabilidad impropia a los agentes de un organismo estatal. Ante ello, la Corte advirtió que la garantía de estabilidad propia excluye por principio la cesantía injustificada y sin debido proceso, por lo que su violación conlleva la nulidad y reincorporación del agente involucrado⁴⁸.

Un dato relevante es el rescate practicado en el fallo de un precedente dictado casi tres décadas antes, donde determinó la existencia del principio constitucional de interpretación *in dubio pro justitia socialis*, agregándose que este concepto de justicia social resultó integrado de manera expresa en el art. 75.23 CN, incorporado por la reforma de 1994. La apelación al principio de igualdad contenido en el art. 16 de la Constitución sirve para

⁴⁸ CSJN, “Madorrán”, Fallos 330:1989 (2005), ver consid. 5° del voto de la mayoría.

apreciar la operación de integración que practica la Corte entre las distintas garantías del texto fundamental⁴⁹.

El otro elemento considerado se refiere a la aplicación del DIDH. La Corte recordó tanto las disposiciones del art. 7º, inciso c), de la Convención Interamericana como la jurisprudencia de la CIDH en materia de empleo público, para concluir que la reinstalación propiciada guarda coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia reparatoria. A criterio del tribunal, en el litigio se encontraba en juego un derecho humano que debía ser ratificado, con el sentido de operatividad que la nueva jurisprudencia reconocía al artículo 14 bis⁵⁰.

La explicación no parece gratuita, si se tiene en cuenta que dicho precedente fue seguido por otro similar, ocasionando la inquietud de las administraciones nacionales, provinciales y municipales, plagadas de sistemas heterogéneos de contratación de trabajadores⁵¹.

La Corte debió advertir esta última situación ya que posteriormente, en una causa donde se ventiló una relación con el Estado bajo sucesivas figuras de locación de servicios, resolvió aplicar por analogía la fórmula indemnizatoria del empleo público, antes que insistir con otras modalidades de reparación⁵². Además, por la

⁴⁹ Ver consid. 5º y 6º del voto de la mayoría. El precedente reivindicado se trata de la causa “Bercaitz” mencionada en el capítulo 2.

⁵⁰ Ver consid. 8º y 10 del voto de la mayoría. Como sucediera en los anteriores fallos, algunos de los votos no dejaron de aclarar, ante la contundencia de la decisión, que lo resuelto no deviene aplicable, sin más, a todos los empleados de la Administración Pública Nacional, y que si los derechos y garantías deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan, tampoco son absolutas las potestades consagradas en el texto constitucional (ver consid. 10 del voto del juez Maqueda y consid. 4 del voto de la jueza Argibay).

⁵¹ Doce días después de dictarse “Madorrán”, la Corte ratificó esta doctrina en la causa “Ruíz, Emilio c/D.G.I.”, LL 2007-C, 505.

⁵² CSJN, “Ramos”, Fallos 333:311 (2010). La indemnización para los agentes públicos permanentes se encuentra prevista en el art. 11 de la ley 25.164,

misma fecha, el tribunal revocó una sentencia inferior y rechazó el reclamo indemnizatorio formulado por un trabajador de un organismo estatal de auditoría, al entender que la específica regulación del ente impedía considerar el tipo de tareas realizadas por los agentes contratados como un indicio relevante para determinar si existía o no una relación de empleo permanente⁵³.

El problema de la frontera entre la autonomía y la dependencia se manifestó posteriormente en otro caso, donde se había desestimado la demanda interpuesta por un agente contratado por una repartición estatal, ante la negativa de ésta en renovarle el vínculo mantenido desde hacía más de dos décadas. Allí el Máximo Tribunal dejó sin efecto la sentencia cuestionada, al entender que el actor poseía una legítima expectativa de permanencia laboral, merecedora de la protección del art. 14 bis CN⁵⁴.

Remuneración: Los principios constitucionales de “retribución justa” e “igual remuneración por igual tarea”, fueron objeto de una trilogía de fallos de la Corte, en donde se concentró la nueva doctrina protectoria, fijada con un doble soporte jurídico, de fuentes constitucionales e internacionales.

En el primer caso, el tribunal se ocupó de descalificar las voluntades legislativas y de los empleadores particulares, empeñadas en modificar la naturaleza y contenido de sumas que, aun cuando fueron calificadas como no remunerativas, se insertan en la noción de salario, una prestación cobijada bajo el texto fundamental que supera el marco de las relaciones conmutativas, para ser ubicado en el plano de la justicia social⁵⁵.

⁵³ CSJN, “Sánchez”, Fallos 333:335 (2010); ver consid. 5° del voto de la mayoría.

⁵⁴ CSJN, 08/10/2013, “González, Lorenzo c/Banco Provincia de Buenos Aires”. La Procuradora General de la Nación había dictaminado por el rechazo de la queja interpuesta contra la denegatoria del recurso extraordinario.

⁵⁵ CSJN, “Pérez c/Disco”, Fallos 332:2043 (año), consid. 6° del voto de la mayoría.

En tal sentido, la Corte reiteró su insistente alejamiento del llamado “mercado de trabajo”, entendiendo que las expresiones como “salario justo” o “salario mínimo vital móvil”, deben ser evaluados con sujeción a la vigencia de bienes superiores, y en torno a una relación adecuada entre los importes remuneratorios y las exigencias de una vida digna del empleado y su familia⁵⁶.

El tribunal reivindicó, como fundamento de su criterio, las pautas del Convenio 95 de la OIT, advirtiendo que si bien no contiene una definición vinculante de “salario”, su objetivo es garantizar que las remuneraciones reales de los trabajadores, más allá de la denominación o cálculo, sean protegidas en plenitud por la normativa nacional. Para aventar cualquier duda sobre la importancia de esta cuestión, el fallo fue emitido a pesar de la derogación legal que mereció la disposición impugnada⁵⁷.

El segundo paso de la Corte fue la declaración de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional durante los años 2002 y 2003, que establecieron asignaciones no remunerativas de carácter alimentario. Si bien el tribunal se remitió a los fundamentos del precedente anterior, no dejó de resaltar dos cuestiones significativas: la primera es la reiteración del carácter alimentario que naturalmente posee el salario; la segunda, que la calificación del concepto impactó en el régimen indemnizatorio de extinción, en contradicción con el Convenio sobre terminación de la relación de trabajo N° 158 de la OIT, tomado como referencia aunque no fuera ratificado por nuestro país. A ello agregó la violación producida al Convenio N° 52 de la OIT sobre vacaciones,

⁵⁶ Ver consid. 7° del voto de la mayoría.

⁵⁷ Ver consid. 8° del voto de la mayoría. Sobre la necesidad de dictar el pronunciamiento sin perjuicio del cambio de marco jurídico, ver el consid. 5° del voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay.

ratificado en 1950, en cuanto a que el trabajador debe percibir su remuneración habitual⁵⁸.

El tercer vértice de este triángulo jurisprudencial fue la declaración de inconstitucionalidad de un rubro no remunerativo denominado “anticipo” en un acuerdo convencional, según lo previsto en el convenio colectivo de la actividad que comprendía a las partes. El fallo se remitió a los fundamentos de los casos anteriores y a la primacía de las pautas contenidas en el Convenio 95 de la OIT sobre protección del salario. Resulta notable la profunda crítica que uno de los votos realizó a la interpretación formulada por el tribunal inferior, a quien reprochó su intento de reeditar una discusión superada sobre el dualismo o el monismo en relación al derecho internacional y a su incorporación al ordenamiento interno⁵⁹.

Extensión de la responsabilidad solidaria: Durante la vigencia del EDL, la ampliación a los directivos y gerentes de personas jurídicas, de las consecuencias derivadas por las infracciones laborales cometidas por la entidad en actuaban, fue un tópico muy resistido. En este nuevo período, la Corte decidió innovar el criterio mediante el empleo de una herramienta procesal. De esta forma, cuando la Cámara Laboral extendió la condena indemnizatoria fijada en

⁵⁸ CSJN, “González c/Polymat”, Fallos 333:699 (2010). Ver consid. 4° y 9° del voto de los jueces Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

⁵⁹ CSJN, 04/06/2013, “Díaz Paulo c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”. Sobre el manejo de las fuentes, el voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni expresó: “...los argumentos del a quo incurren en dos graves errores. Por un lado, tergiversan la Constitución de la OIT, dándole a ésta, además, una inteligencia del todo opuesta a los términos y a su objeto y fin, que no son, precisamente, condicionar la efectividad interna de los derechos y libertades enunciados en los convenios ratificados, a mayores recaudos que los que pueda exigir el régimen del Estado ratificante. Y, por el otro, soslayan sin rebozos el régimen nacional, al paso que terminan contradiciéndolo, puesto que, para éste, cuando la Nación ratifica un tratado, ‘se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla’ (...) A partir de este precedente, bueno es recordarlo, no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino” (considerando 6°).

primera instancia al presidente y director suplente de una sociedad demandada, el Máximo Tribunal dispuso el rechazo de los recursos extraordinarios presentados por los directivos, quienes interpusieron sus respectivas quejas ante la propia Corte, que las que desestimó por inadmisibles⁶⁰.

Subcontratación: La naturaleza problemática de la intermediación laboral fue objeto de numerosos litigios, sobre todo a partir del intento de la Corte del EDL por dar una respuesta definitiva en cuanto a sus límites. Durante ese período, los jueces laborales llevaron adelante su propia interpretación del tema, sorteando la jurisprudencia superior con el argumento de que los criterios no resultaban plenamente aplicables a los casos bajo análisis. La Corte del EDC, como en otros ejemplos dados, apeló a razones de índole procesal para dejar sin efecto dicha jurisprudencia pretérita, expresando el carácter impropio de la misma, al haber avanzado sobre una materia de carácter común, competencia de los jueces de la causa⁶¹.

Participación obrera en las ganancias de las empresas: En oportunidad de conocer en el reclamo de daños y perjuicios, formulado por un trabajador ante la falta de emisión de bonos de participación en las utilidades de empresas estatales privatizadas, conforme el régimen de la ley 23.696, el tribunal delineó los contornos de dicha garantía constitucional. Según los fundamentos vertidos en el fallo, la norma que establece a favor del dependiente “participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección”, forma parte del conjunto de derechos y garantías previstas en el artículo 14 bis CN, que consagró un repertorio de derechos sociales y laborales de reconocimiento

⁶⁰ CSJN, “Daverede”, Fallos 330:2445 (2007). En disidencia, el juez Lorenzetti planteó que la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debía emplearse con carácter restrictivo. Ver asimismo, “Bresciani” Fallos 331:281 (2008); “Iglesias”, Fallos (2009); “Ruggeri”, Fallos (2010), entre otros.

⁶¹ CSJN, “Benítez”, Fallos 332:2815 (2009), consid. 3° del voto de la mayoría.

universal durante la primera mitad del Siglo XX. A pesar de lo expuesto, advirtió la Corte, el debate acerca de su carácter programático u operativo se mantiene vigente; pero esta discusión ha quedado superada cuando el legislador ha decidido contemplar dicha participación en las ganancias, con una definición “lo suficientemente precisa” como para tornar aplicable de manera inmediata el principio en cuestión, generando los derechos subjetivos correspondientes⁶².

2. Riesgos del trabajo

En esta materia, el año 2004 no fue solamente el tiempo que dio luz al fallo “Aquino”. Dos semanas antes de emitir dicho precedente, la Corte resolvió que la competencia federal fijada en la ley 24.557 para entender en los recursos deducidos contra los actos de las Comisiones Médicas provinciales, era inconstitucional por desnaturalizar la jurisdicción federal e impedir al mismo tiempo que la jurisdicción provincial cumpla con su función en una controversia entre sujetos privados⁶³.

De igual modo, un mes después de transcurrido “Aquino”, la Corte fulminó (por mayoría) el mecanismo indemnizatorio de renta periódica del régimen, al entender que se impedía la reparación mediante un pago único, lesionando la satisfacción inmediata de las necesidades que experimentaban los damnificados. El concep-

⁶² CSJN, “Gentini”, Fallos 331:1815 (2008), consid. 8º y 9º del voto de la mayoría, donde se ha referido, entre otras experiencias comparadas, a las constituciones de México de 1917, Weimar de 1919, España de 1931, Francia en 1946 y 1958, Italia de 1947, Ley de Bonn de 1949 y Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944. Entre los precedentes nacionales se han citado los debates de las Convenciones Constituyentes de 1949 y 1957. Para la disidencia, las normas posteriores a la sanción de la ley 23.696 dejaron sin efecto la mención a la ejecución de un programa de estas características, vinculado a la privatización del servicio público en cuestión.

⁶³ CSJN, “Castillo”, Fallos 327:3610 (2004).

to valorativo de “proyecto de vida” es empleado por el tribunal para resaltar su rechazo a ese mecanismo legal⁶⁴.

Luego de esta tríada de fallos, la descalificación por razones constitucionales del régimen de riesgos del trabajo no se detuvo. Es cierto que la Corte pareció dar cierto “respiro” temporal a los legisladores y funcionarios administrativos, con el objetivo implícito de aguardar alguna modificación normativa que receptara las pautas jurisprudenciales. Pero esa expectativa no llegó a colmarse y el año 2007 fue, con mucho, el momento de su mayor reproche constitucional.

Por esa época, el tribunal estableció lo que se conoció como la doctrina del “cúmulo”, al expresar que nada impide al damnificado por un siniestro laboral reclamar del empleador una reparación por la vía civil, luego de percibir la indemnización prevista en la ley especial, a cargo de la aseguradora de riesgos del trabajo. En este supuesto, no corresponde aplicar al caso la “teoría de los actos propios”, ya que si bien la víctima se sometió a las normas con las que se alcanzó el resultado indicado (pago de la indemnización) no supone que ello haya sucedido con relación a otras disposiciones de la ley, salvo que entre unas y otras medie interdependencia y solidaridad inexcusable⁶⁵. Similar criterio fue seguido en otros fallos pronunciados en la misma fecha⁶⁶.

⁶⁴ CSJN, “Milone”, Fallos 327:4607 (2004), ver consid. 7° del voto mayoritario: “... lo decisivo es que el ámbito de libertad constitucionalmente protegido en el que se inserta el proyecto de vida, es objeto de una injerencia reglamentaria irrazonable al no encontrar sustento en ningún fin tutelar legítimo”.

⁶⁵ CSJN, “Llosco”, Fallos 330:2696 (2007), ver Consid. 4° voto de la mayoría. La jueza Highton de Nolasco, por su parte, estimó en su voto concurrente que “La exigencia de no contrariar los propios actos debe ser valorada en consonancia con la situación real del trabajador incapacitado y su posibilidad de abstenerse de percibir una indemnización que considera insuficiente en aras de preservar su acción para demandar la intensa protección que la Constitución Nacional otorga a sus derechos” (Consid. 5°).

⁶⁶ CSJN, “Cachambí”, Fallos 330:2685 (2007); “Vallejos”, Fallos (2007).

También abordó otros dos tópicos relacionados con el ordenamiento reparatorio cuestionado. El primero de ellos fue el alcance de la responsabilidad civil de las ART, revocando por mayoría la sentencia que había rechazado el reclamo dirigido a la aseguradora, e indicando que el mismo procedía si se había demostrado su omisión en controlar el cumplimiento por parte del empleador de las normas de higiene y seguridad laboral⁶⁷. El segundo aspecto fue la descalificación del listado “cerrado” de enfermedades profesionales, determinado por la ley especial. Allí el tribunal verificó una incompatibilidad entre la Constitución y la norma inferior, por cuanto no debía negarse la reparación a un trabajador cuya enfermedad guardaba relación de causalidad adecuada con el trabajo, por el solo motivo de no haberse incluido la dolencia en la nómina de reconocimiento legal enfermedades profesionales⁶⁸.

En los años posteriores, la Corte se dedicó a invalidar otros aspectos del ordenamiento aprobado por la ley 24.557. De esta manera, rechazó la utilización de parámetros meramente cuantitativos, materiales o tarifados, para calcular los alcances de la reparación indemnizatoria, dejando de lado otras manifestaciones existenciales⁶⁹. Asimismo estableció que dicho mecanismo tarifado, debía satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima⁷⁰. Además, receptó un planteo formulado

⁶⁷ CSJN, “Galván”, Fallos 330:4633 (2007), con voto en disidencia del juez Lorenzetti, para quien no puede generarse este supuesto de responsabilidad con independencia del nexo causal adecuado que debe acreditarse para dar curso a la pretensión. La doctrina de condena a la ART en conjunto con el empleador se consolidó en “Torrijo”, Fallos 332:709 (2009), con similar disidencia.

⁶⁸ CSJN, “Silva”, Fallos 330:5435 (2007). En el voto de los jueces Fayt y Petracchi se hace referencia a los derechos a la salud y a la vida, donde la desprotección del primero violenta al segundo, es decir, “...violenta al primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional” (Consid. 6°).

⁶⁹ CSJN, “Arostegui”, Fallos 331:570 (2008).

⁷⁰ CSJN, “Ascuá”, Fallos 330:2696 (2010), ver Consid. 8° de la mayoría, donde se destacó que el trabajo humano presenta características propias, que exceden la del

contra la indemnización acordada a la causante, en tanto la misma no poseía, a su criterio, los alcances de una reparación integral, afectando la dignidad de la persona y el derecho de propiedad⁷¹.

3. *Relaciones colectivas*

El cambio jurisprudencial iniciado en el año 2004 sobre una temática esencialmente individual, como la que atañe a la indemnización por despido sin causa y la reparación de los daños derivados de riesgos del trabajo, fue bien recibida por gran parte de los operadores jurídicos. Sin embargo, cuando la Corte profundizó estas líneas, el mundo laboral se preguntó hasta donde continuaría el tribunal en su recorrido por el artículo 14 bis CN. La respuesta llegó con su nueva mirada sobre el modelo sindical.

La introducción del EDC en el Derecho del Trabajo, con su bagaje jurídico supranacional, dio de lleno en el régimen colectivo moldeado por la ley 23.551, que postula un engranaje de reconocimiento de la mayor representatividad, basado en la personería gremial otorgada a nivel administrativo, al que va anexado un conjunto de derechos exclusivos a esa legitimación.

La Corte decidió practicar un examen constitucional estricto sobre esos derechos legales (a los que llamó “privilegios” siguiendo la terminología de la OIT), haciéndolos transitar el tamiz de los instrumentos internacionales y de la doctrina emanada de sus órganos de control. Aunque los principales fallos tuvieron como eje la representación sindical en el sector público, el tenor de sus argumentos y su fuerza expansiva como fuente se trasladó pronto al sector privado. El resultado fue el siguiente:

mercado económico, y que se apoyan “...en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional”.

⁷¹ CSJN, “Lucca de Hoz”, Fallos 333:1433 (2010), ver dictamen de la Procuración General al que adhiere el voto mayoritario.

Postulación y elección de delegados gremiales: Ante la controversia suscitada entre dos entidades sindicales del personal estatal, una con personería gremial y otra con simple inscripción en ese ámbito de actuación, donde la segunda convocó a elección de representantes, la Corte aludió al derecho de asociación, cuyo desarrollo constitucional progresivo quedó evidenciado en el doble orden de notas esenciales contenidas en el artículo 14 bis: las dimensiones individual y social que expresa y la especificidad de la asociación en el campo de los sindicatos, dando lugar a la profundización de la llamada libertad sindical. Es por ello que, tanto el citado texto como los instrumentos internacionales incorporados en 1994 con jerarquía constitucional, han marcado los ámbitos de la libertad sindical, sin otras limitaciones que las necesarias para una sociedad democrática (basadas en el interés de la seguridad nacional, o del orden público, o en la protección de los derechos y libertades ajenos)⁷².

En este sentido, hablar de la libertad sindical implica remitirse a una norma fundamental de la OIT, como es el Convenio 87, mencionado por la Corte en el caso “Outón”, y que se encuentra integrado al PIDESC (artículo 8.3). Prescindir de tal instrumento, inspirado en los principios y valores de la Constitución de la OIT y de la Declaración de Filadelfia, tendría el “...riesgo de vaciar a éste de contenido o de privarlo de todo efecto útil, lo cual constituye un método poco recomendable de exégesis normativa”⁷³.

El EDC, entonces, se imprime sobre un concepto de libertad sindical engarzado desde el nivel jurídico supranacional. La Corte puso de relieve esta circunstancia, en su doble dimensión individual y social, remitiéndose al pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Huilca Tecse vs. Pe-

⁷² CSJN, “ATE”, Fallos 331:2499 (2008), consid. 3°.

⁷³ Ver consid. 5°.

rú” y a la interpretación literal que se practicó sobre la Convención Americana (artículo 16.1)⁷⁴.

La fórmula establecida en el art. 14 bis CN, aunque contiene dos términos específicos y autónomos, no por ello dejan de complementarse entre sí. De acuerdo a lo expresado por el tribunal, el precepto constitucional ordena que el régimen de agremiación que se implemente, antes que obstruir, debe dejar en libertad las fuerzas asociativas para que puedan desarrollarse en plenitud, esto es, sin restringir la participación y de acuerdo al grado de pluralismo sindical que el universo laboral quiera darse. Esta interpretación, por su parte, se corresponde con la emanada de los órganos de control internacional de la OIT⁷⁵.

En este esquema, el artículo 41, inciso a), de la ley 23.551 vulnera la libertad de asociación sindical, amparada por las normas nacionales y supranacionales antes mencionadas, al exigir que los delegados de personal (y miembros de comisiones internas) deban estar afiliados a la asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta, tal limitación “mortifica” dicha libertad “...de manera tan patente como injustificada” en las dos vertientes, individual y social, que se conjugan en este derecho⁷⁶.

Esta censura alcanza a los artículos 44 y 48 de la ley, ya que “...establecen prerrogativas en materia de franquicias y licencias gremiales únicamente en favor de los delegados pertenecientes a los sindicatos que cuentan con personería gremial...”; situación que, a criterio de la Corte, no guarda consonancia con las normas internacionales de rango constitucional sobre libertad sindical⁷⁷

⁷⁴ Ver consid. 6°.

⁷⁵ Ver consid. 7° y 8°.

⁷⁶ Ver consid. 9°.

⁷⁷ CSJN, 24 de noviembre de 2015, “Nueva Organización de Trabajadores Estatales”, consid. 5°.

Alcance de la tutela sindical: Transcurrido un año del dictado de la sentencia antes indicada, el tribunal volvió a observar la legislación sindical, con motivo de una impugnación realizada por una representante perteneciente a una entidad simplemente inscripta, contra la sanción disciplinaria que le fuera impuesta y el cambio de lugar de trabajo que decidió su empleadora estatal sin contar con la autorización judicial previa que se requeriría para estos casos.

La Corte abordó la cuestión en la línea desplegada anteriormente, indicando que el artículo 52 de la ley 23.551, al limitar su protección a los representantes de los sindicatos con personería gremial, ha violentado “...de manera tan patente como injustificada, la esfera en que el legislador puede válidamente dispensar determinados privilegios a las asociaciones más representativas...”, refiriéndose a la prioridad en la negociación colectiva, en la consulta por parte de las autoridades y en la designación de delegados ante organismos internacionales, según el estándar fijado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT. Por lo tanto, al superarse el citado margen de acción, se declaró la inconstitucionalidad de la norma apuntada, en cuanto no permite a la actora gozar de la tutela que poseen los representantes de las asociaciones con personería gremial⁷⁸.

Representación de los intereses colectivos: Cuatro años más tarde, en ocasión de evaluar el planteo formulado por una asociación sindical que poseía simple inscripción en el ámbito municipal en donde pretendió ejercer derechos de representación colectiva, el tribunal continuó su itinerario por la ley sindical, deteniéndose en otro de los derechos calificados para las entidades con personería gremial.

⁷⁸ CSJN, “Rossi”, Fallos 332:2715 (2009), ver consid. 3°, 5° a 7° del voto de la mayoría. El voto individual de la jueza Argibay analiza la posición de la entidad federativa al que adhería el sindicato simplemente inscripto que representaba la actora y en la que también ocupaba un cargo directivo.

La Corte, reiterando el cuerpo jurídico expuesto en los casos anteriores, concluyó que la pretensión de la asociación actora, consistente en querer representar los intereses colectivos de los trabajadores municipales, está “inequívocamente” reconocida por las aludidas normas de jerarquía internacional. Ante ello, resulta incompatible el precepto del artículo 31, inciso a), de la ley 23.551, en la medida en que los “privilegios” que en materia de representación de intereses colectivos, otorga a las asociaciones con personería gremial, en menoscabo de las simplemente inscriptas, exceden el margen autorizado al legislador por el plexo constitucional y supranacional⁷⁹.

4. Poder de policía laboral

Con motivo de una multa impuesta en materia laboral, que fuera dejada sin efecto en la instancia ordinaria, el Ministerio de Trabajo de la Nación interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación originó la presentación de una queja por negativa de sustanciación del remedio federal. El principal agravio giró en torno a la decisión adoptada por la Cámara Laboral, quien revocó la sanción aplicada con base en la supuesta ausencia de atribuciones administrativas para interpretar, en caso de dudas, el encuadre de los hechos en el tipo infractor⁸⁰.

La Corte, efectuó algunas apreciaciones iniciales, vinculadas con la teoría general (“...la atribución legal conferida a la autoridad administrativa para sancionar a los empleadores por la inobservancia de las normas laborales....abarca la de interpretar lo

⁷⁹ CSJN, 18/06/2013, “Asociación Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad”, conocido como “ATE II”,

⁸⁰ CSJN, “Aerolíneas Argentinas”, Fallos 332:170 (2009). Sobre el giro interpretativo de la Corte en este punto ver Leonardo J. AMBESI, “Los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en materia de policía del trabajo”, DT 2009 (abril) 431.

que dichas normas disponen, descartando, en su caso, la inteligencia diversa que puedan invocar los inspeccionados como justificativa de su conducta...”; y “...este Tribunal no advierte bajo qué acción o acto intelectual podría establecer jurídicamente el contenido de una norma legal que no fuese, precisamente, el de la interpretación de ésta...”), como preámbulo de su examen constitucional⁸¹.

Desde allí realizó un cambio de enfoque sobre el ejercicio del poder de policía en el campo del trabajo, abandonando el tradicional concepto limitativo de derechos individuales, para incorporarle la noción afirmativa del principio protectorio como derivación de las obligaciones estatales internacionales. En sus propias palabras, “...los estados deben ‘velar’ tanto por ‘el estricto *cumplimiento* de la normativa laboral que mejor proteja a los trabajadores’, cuanto ‘para que dentro de su territorio se reconozcan y *apliquen* todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna’, para lo cual les corresponde adoptar todas las medidas necesarias, sean de orden legislativo y judicial, así como ‘*administrativo*’”⁸².

En la misma fecha, el colegiado revocó el pronunciamiento emanado de un tribunal provincial, que había hecho lugar al amparo interpuesto por una empresa de transporte automotor y declarado la inconstitucionalidad de una resolución ministerial conjunta destinada a organizar las acciones de control del régimen de jornada de trabajo y descansos en los choferes. En concordancia con el criterio antes mencionado, se consideró que la medida exa-

⁸¹ Consid. 4º del voto de la mayoría. Allí también se expresa: “Hace tiempo, a su vez, que ha sido demostrado que el aforismo, según el cual, la ley clara no requiere interpretación (*in claris non fit interpretatio*), encierra una inequívoca falacia”, reiterando la definición de Luis Recasens Siches, en cuanto a que sin interpretación no hay posibilidad alguna ni de observancia ni de funcionamiento de ningún orden jurídico.

⁸² Consid. 6º del voto de la mayoría, que reitera la Opinión Consultiva OC-17/2002 sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

minada no era más que un modo coordinado y sistemático de efectuar las fiscalizaciones preventivas que los órganos bajo jurisdicción de las Secretarías de Trabajo y de Transporte ya estaban legalmente autorizados a efectuar en este ámbito⁸³.

En esta materia, cobran relevancia las disposiciones de la ley de ministerios. Así lo destacó la Corte al dejar sin efecto una sentencia que, sin apoyo normativo, había distinguido la naturaleza de las tareas en examen para reconocer a un gobierno local la atribución para ejercer la policía del trabajo, en detrimento de las facultades conferidas a la Administración nacional⁸⁴.

5. *Discriminación*

Con anterioridad a la emisión de los pronunciamientos “Vizoti” y “Aquino”, los tribunales inferiores ya habían enfrentado el problema de la discriminación en el trabajo que, como se describió anteriormente, tuvo una primera respuesta contundente en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. A su vez, la Cámara Laboral decidió distintos casos de discriminación, aplicando la ley 23.592 a dichas controversias⁸⁵.

La Corte, en rigor, abordó un reclamo basado en la norma antidiscriminatoria para dejar sin efecto la sentencia de Cámara que desestimó el planteo sin atender diversos elementos arrimados a

⁸³ CSJN, “Crucero del Norte”, Fallos 332:193 (2009), donde se reiteran los fundamentos administrativos de actuar preventivamente para evitar la afectación de bienes jurídicos de enorme valor “como la vida humana”, sin que ello interfiera en las garantías de libre trabajo, comercio e industria lícita, contenidas en el artículo 14 CN.

⁸⁴ CSJN, 15/12/2015, “Société Air France”, consid. 7°.

⁸⁵ Se recuerdan los siguientes fallos: CNCivil, Sala H, 16/12/2002, “Fundación Mujeres en Igualdad y Otro c/Freddo S.A.”; CNAT, Sala X, 20/06/2001, “Stafforini, Marcelo c/ANSeS”; Sala VI, 10/03/2004, “Balaguer, Catalina c/Pepsico de Argentina SRL”; Sala IX, 31/05/2005, “Greppi, Laura c/Telefónica de Argentina”; Sala V, 14/06/2006, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA”.

la causa⁸⁶. Pero fue luego, con el amparo iniciado por un grupo de trabajadores fuera de convenio, que fueron despedidos cuando fundaban una asociación sindical, donde el tribunal dejó sentado su criterio sobre el particular.

La sentencia dictada en “Álvarez” es, por tanto, una confirmación de la postura asumida por el tribunal desde 2004⁸⁷. La validación de los decisorios anteriores, desde fuentes internacionales, bien se puede leer como un muestrario de las referencias que emplea la Corte para decidir el caso:

Derecho Constitucional de los Derechos Humanos: se utiliza esta denominación para distinguir los sus dos ámbitos en juego: el principio de igualdad y su correlativa prohibición de la discriminación, y la proyección de la ley antidiscriminatoria 23.592 sobre la relación laboral y el derecho a trabajar⁸⁸.

Fuentes internacionales: la Corte no sólo menciona el art. 16 CN y los instrumentos con jerarquía constitucional para reafirmar el principio de igualdad, fortalecido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; también se alude a normativa supralegal como la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO) de 1960, el Protocolo de San Salvador, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención de Belém do Pará y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. En el mismo sentido se recuerda la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Carta de las Naciones Unidas, junto a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en relación a la presencia de África del Sur en Namibia. Lo mismo sucede con el Convenio de la OIT N° 111, la Declaración de la OIT sobre los

⁸⁶ CSJN, 03/05/2007, “Palmer”, consid. 2° del voto de la mayoría.

⁸⁷ CSJN, Fallos 333:2306 (2010).

⁸⁸ Consid. 3° de la mayoría.

principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 y la Declaración Socio-Laboral del Mercosur⁸⁹.

Referencias al “Jus cogens” y al “Drittwirkung”: Para la Corte, el principio de igualdad y no discriminación ha alcanzado su máxima consagración en el jus cogens, como derecho imperativo de la comunidad internacional, más allá de su recepción en un tratado o en el ordenamiento interno. Asimismo, abarca en sus efectos a los sujetos privados, específicamente en el marco de la relación laboral. Las menciones a la opinión consultiva de la CIDH sobre los derechos de los trabajadores migrantes, los principios de la comunidad internacional vertidos por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, así como lo relativo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dan cuenta de ello⁹⁰.

La ley 23.592: En el plano descripto, la norma nacional es vista con un propósito definido: “...ha venido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional...”, como es el acto discriminatorio, con una “reacción proporcionada a tamaño agresión”, consistente en la nulidad y reparación de los daños ocasionados⁹¹. Ante ello, debe desecharse la supuesta inaplicabilidad de la ley, por tres razones: a) ni de su texto ni de su finalidad se desprende una indicación en contrario, b) la prohibición de la discriminación no admite excepciones ni “ámbitos de tolerancia”, y c) en la relación laboral es donde observa una vinculación entre “trabajo” y “dignidad” que torna apropiada y necesaria su aplicación, siendo un deber del Estado como obligación fundamental mínima y de cumplimiento inmediato en su responsabilidad in-

⁸⁹ Consid. 3° citado.

⁹⁰ Consid. 4° del voto de la mayoría.

⁹¹ Consid. 5° del voto de la mayoría.

ternacional, donde juega el principio de progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos⁹².

Compendio jurisprudencial coherente: Para el tribunal, lo expuesto se enmarca en la doctrina permanente que ha elaborado la Corte, entendiendo la Constitución como una unidad o bloque, y donde ha reconocido desde antiguo la validez de “...una dilatada e intensa actividad legislativa protectoria del trabajador dependiente en su confrontación con el derecho a contratar y el derecho de propiedad del empleador”⁹³.

Discriminación y reinstalación: A criterio de la Corte, la reinstalación de quienes fueran afectados guarda “singular coherencia” con los principios internacionales del DIDH que tienden a la plena reparación de los daños causados, en este caso el despido. Y es que, en materia de derechos humanos, el objetivo de las reparaciones queda centrado en la rectificación o restitución en lugar de la compensación⁹⁴.

Relectura del art. 14 bis CN: Tal como ha sucedido en otros fallos, el tribunal advierte que “...sólo un entendimiento superficial del art. 14 llevaría a que la ‘protección contra el despido arbitrario’ implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación”⁹⁵. En virtud de ello, la reinstalación no importa una eliminación de las facultades del empleador para dirigir la empresa, sino la afirmación de “...la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad...”, lo cual supone el respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones laborales. La ley 23.592, entonces, funge como una reglamentación del principio de igualdad, cuya hermenéutica debe

⁹² Consid. 6° del voto de la mayoría.

⁹³ Consid. 7° del voto de la mayoría.

⁹⁴ Consid. 8° del voto de la mayoría.

⁹⁵ Consid. 9° del voto de la mayoría.

ser llevada a cabo con “fecundo y auténtico sentido constitucional”⁹⁶.

Párrafo aparte merece la disidencia parcial efectuada por algunos miembros del cuerpo, para quienes, ante el carácter general de la ley 23.592 y la negativa del empleador a reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de labor, corresponde reconocerle a este último el derecho a una compensación adicional (que atienda esta legítima expectativa”), acudiendo por analogía y como forma de armonizar los derechos en juego, a otros supuestos de distracto similares (p.ej. los ocasionados por despido o matrimonio), donde contempla una indemnización especial⁹⁷.

b) El impacto del nuevo paradigma en las funciones públicas

1. Los plenarios de la CNAT

La influencia del giro adoptado por la Corte se puede observar en la jurisprudencia inmediata de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Ya en el Plenario “Rodríguez”, emitido en el mes de diciembre del año 2004 y donde se discutía la subsistencia de un concepto convencional, se anotaron las líneas esenciales de este cambio. La postura mayoritaria, a favor de su vigencia, además de invocar el principio de retribución justa del art 14 bis CN, formuló una cita expresa del precedente “Vizzoti” (voto del juez Capón Filas), valorando la regla del in dubio pro operario a la luz del art. 75.22 CN y el PIDESC, y reiterando allí la noción de tutela constitucional preferente del trabajador con cita de “Aquino”⁹⁸.

⁹⁶ Consid. 10 y 11 del voto de la mayoría.

⁹⁷ Ver voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay.

⁹⁸ CNAT, en pleno, 28/12/2004, “Rodríguez, Eduardo y Otros c/Telefónica de Argentina S.A.”, ver la opinión de la mayoría, especialmente los votos de los jueces Capón Filas, González y Ferreirós.

El nuevo paradigma fijado por la Corte Suprema volvió a tener presencia más tarde, cuando la Cámara discutió si una resolución provincial declarativa del carácter riesgoso, penoso y/o determinante de vejez o agotamiento prematuro, destinada a tener efecto en el ámbito previsional, podía aplicarse como declaración de insalubridad en los términos del art. 200 LCT.

Mientras la Fiscalía General del fuero y la mayoría del tribunal se pronunciaron por la negativa, no faltaron las opiniones minoritarias que hicieran referencia a 1) los derechos fundamentales a la salud y a la vida que ameritaban una interpretación amplia a la luz del principio protectorio, 2) al principio de primacía de la realidad, que tornaba a cualquier interpretación ritual incompatible con la búsqueda de la verdad, o 3) al papel central de la persona del trabajador (con cita de “Aquino”), del cuidado de su vida y de su salud, y del cumplimiento del deber de seguridad, anclado en obligaciones más profundas que las meramente materiales⁹⁹.

Poco tiempo después, una situación similar se volvió a dar al debatirse la aplicación de un recargo indemnizatorio por despido, instituido con carácter general, a las relaciones regidas por un ordenamiento estatutario creado por una ley especial. La posición mayoritaria resistió la aplicación de este mecanismo al entender que no resultaba posible su extensión más allá de la letra de la norma; para la minoría, en cambio, el nivel de protección debía interpretarse desde la manda constitucional, otorgándole un sentido amplio a tal principio, con el objetivo de alcanzar el universo posible de mecanismos tuitivos¹⁰⁰.

⁹⁹ CNAT, en pleno, 28/12/2007, “Escalera, Orlando y Otros c/Aceros Zapla S.A.”, votos de los jueces Ferreirós, Rodríguez Brunengo y Simon.

¹⁰⁰ CNAT, en pleno, 10/09/2008, “Iurleo, Diana c/Consortio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195”. Según el Fiscal General, “...la norma es de una claridad meridiana...”, por lo cual, “...no es posible propiciar soluciones que sólo hubiesen sido admisibles frente a la textura abierta del lenguaje. No nos encontramos frente a una hipótesis de rigidez hermenéutica y, en definitiva, una posición adversa significaría un indebido reemplazo del legislador, por motivaciones puramente axio-

Sin embargo, cuando tiempo después se presentó una cuestión similar, es decir, si se aplicaba un recargo sancionatorio contenido en una ley general a las indemnizaciones previstas para un colectivo laboral particular, la respuesta definitiva fue inversa a la anterior. Frente a una posición que estimó que la imposibilidad de extender la interpretación de la regla, otra postura consideró que el texto debe interpretarse en sentido amplio, ya que una exégesis diferente podría colisionar con los principios constitucionales protectorio y de igualdad ante la Ley. Ante la paridad de los votos, la Presidencia de la Cámara debió desempatar, lo que hizo pronunciándose por la interpretación extensa¹⁰¹.

Estas perspectivas plurales se fueron incrementando al calor de la nueva jurisprudencia constitucional de la Corte. En poco tiempo, los jueces laborales profundizaron el empleo de los cánones surgidos del EDC, marcando límites respecto a los precedentes anteriores, o conjugando los distintos fallos del Máximo Tribunal, según la materia a dilucidar¹⁰².

lógicas, que pueden ser atendibles, pero que no justifica alterar la zona de reserva de las instituciones en el proceso de creación de las leyes”. En contra, se puede consultar la opinión de la jueza Fontana, para quien esa intención del legislador no aparece enfocada sobre determinados trabajadores y/o empleadores, una interpretación ésta que cobra sentido a la luz del art. 14 bis CN que ordena proteger el trabajo en todas sus formas, regulación que puede surgir tanto de la Ley de Contrato de Trabajo como de otras normas.

¹⁰¹ CNAT, en pleno, 09/05/2011, “Gauna, Edgardo D. c/Explotación Pesquera de la Patagonia S.A.”, LL 2011-C, 226. Para una visión crítica de lo resuelto ver Carlos ETALA, “El plenario laboral Gauna y el principio de la consistencia terminológica del legislador”, LL 2011-C, 453.

¹⁰² A modo de ejemplo, la Cámara Laboral reprochó a un recurrente que fundara su agravio en una jurisprudencia de la Corte del año 1989 (CNAT, Sala IX, 29/05/2012, “Kearney, María Inés c. Ford Argentina S.C.A. s/despido”); en otros caso, conjugó para decidir los principios emanados de la nueva jurisprudencia, como el de remuneración de “Pérez c. Disco” con el cálculo indemnizatorio surgido de “Vizzoti” (CNAT, Sala I, 27/03/2013, “M. d. V.T.A. c/General Motors de Argentina S.R.L. s/despido”).

2. La hora de la LCT

La primera de las grandes variaciones legales se produjo en el año 2006, cuando se reformó el articulado dedicado al ejercicio del *ius variandi*, permitiendo al trabajador optar, ante un ejercicio empleador vedado por la norma, entre darse por despedido sin causa o accionar por vía judicial el restablecimiento de las condiciones alteradas. Durante la sustanciación de dicha acción, por el procedimiento sumarísimo, no se puede innovar en las condiciones o modalidades de trabajo, con excepción de aquellas que sean generales para el establecimiento o sección, hasta tanto recaiga sentencia definitiva¹⁰³.

El problema de los rubros no remunerativos, abordado por la jurisprudencia, condujo en el año 2007 a la derogación de los beneficios de vales alimentarios y de tickets para compra de mercaderías, contenidos en la LCT como prestaciones de la Seguridad Social, no remunerativas y no dinerarias¹⁰⁴.

En el año 2008 se modificaron diversos artículos de la LCT, como consecuencia de una nueva regulación sobre prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente, elevándose la edad para celebrar contratos a los dieciséis (16) años con autorización paterna o responsable¹⁰⁵. Por otra parte, al fin del período legislativo se dispuso la ampliación de los alcances de la regla del *in dubio pro operario*, al incluirse la apreciación de la prueba en los casos concretos como elemento de posible duda, sujeta a la vigencia de la manda normativa¹⁰⁶.

¹⁰³ Ver art. 66 LCT, texto sustituido por ley 26.088 (B.O. 24/04/2006).

¹⁰⁴ Ver. Art. 103 bis LCT, incisos b) y c) derogados por ley 26.341 (B.O. 24/12/2007).

¹⁰⁵ Ver arts. 32, 33, 187, 189, 189 bis, 190, 191, 194, 195, sustituidos y arts. 192 y 193 derogados todos por ley 26.390 (B.O. 25/06/2008).

¹⁰⁶ Ver art. 9° LCT, texto sustituido por ley 26.428 (B.O. 26/12/2008).

Al año siguiente se agregaron otras innovaciones. A principios de 2009 se modificó el régimen del contrato de trabajo a tiempo parcial, habilitando al nivel convencional a determinar el máximo porcentual de trabajadores que se desempeñen en cada establecimiento en esa situación de revista, pudiendo fijar prioridades de ingreso para ocupar vacantes a tiempo completo que se generen en la empresa¹⁰⁷. Pero sin dudas, la novedad legal de consecuencias más trascendentes fue la incorporación, dentro del grupo conformado por los derechos previstos en la LCT, los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo, a los derivados de los contratos individuales, como niveles que no pueden ser motivo de supresión o reducción por acuerdo de partes¹⁰⁸.

En el año 2010, la parte de la LCT destinada a los principios mereció una nueva modificación, al insertarse un nuevo artículo, el 17 bis, por el cual se dejó aclarado que las desigualdades creadas por la ley a favor de una de las partes, sólo deben entenderse como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación¹⁰⁹. Poco tiempo antes se modificó el régimen de pago de las remuneraciones, consagrando la bancarización como uno de sus medios¹¹⁰; luego se incorporó un nuevo artículo para dejar sentado que las indemnizaciones por extinción del vínculo deben abonarse dentro de los plazos generales contemplados para el pago de la remuneración, computados desde la fecha de extinción¹¹¹.

Durante el año 2011 se adicionó un nuevo párrafo a la norma destinada a sancionar la conducta maliciosa y temeraria, prescribiendo que la falta de cumplimiento de un acuerdo homologado (judicial o administrativamente) que obliga al trabajador a promover la acción respectiva, será calificada como conducta temeraria y

¹⁰⁷ Ver art. 92 ter LCT, texto sustituido por ley 26.474 (B.O. 23/01/2009).

¹⁰⁸ Ver art. 12 LCT, texto sustituido por ley 26.574 (B.O. 29/12/2009).

¹⁰⁹ Ver. Art. 17 bis LCT, texto incorporado por ley 26.592 (B.O. 21/05/2010).

¹¹⁰ Ver art. 124, texto sustituido por ley 26.590 (B.O. 05/05/2010).

¹¹¹ Ver. Art. 255 bis LCT, incorporado por ley 26.593 (B.O. 26/05/2010).

maliciosa y la suma adeudada devengará a favor el trabajador, desde su mora hasta su percepción, el máximo interés allí previsto¹¹².

En el año 2013 se fortaleció y amplió la prohibición al empleador para obligar al trabajador a manifestar sus opiniones sobre determinados temas. La reforma agregó esa limitación al tiempo de la contratación, junto con las ya existentes de duración del contrato y de disolución, impidiendo al principal que realice encuestas, averiguaciones o indague sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador. La libertad de expresión de los dependientes sobre tales aspectos queda garantizada en los lugares de trabajo, mientras ello no interfiera con el normal desarrollo de las tareas¹¹³.

A la par de modificarse el contenido general de la LCT, la aparición del EDC en el campo laboral impulsó la derogación de los antiguos regímenes de trabajo agrario y personal de servicio doméstico, ahora denominado trabajadores de casas particulares. En ambos supuestos, se estableció la aplicación supletoria y compatible de la LCT, siempre que no se oponga a la naturaleza y características de las nuevas regulaciones, o cuando tal método de integración haya sido expresamente excluido¹¹⁴.

3. Las modificaciones al régimen de riesgos del trabajo

La expansión de la línea jurisprudencial, inaugurada a partir del caso “Aquino”, puso en evidencia la necesidad de modificar el ordenamiento de la ley 24.557. Este hecho palmario colisionó rápi-

¹¹² Ver art. 275, último párrafo agregado por ley 26.696 (B.O. 29/08/2011).

¹¹³ Ver art. 73 LCT, texto sustituido por ley 26.911 (B.O. 5/12/2013).

¹¹⁴ Ver art. 2° LCT, incisos b) y c), textos según leyes 26.844 (B.O. 12/04/2013) y 26.727 (B.O.28/12/2011) respectivamente. Se pueden observar allí las diferencias normativas aplicadas en la metodología de integración de cada uno de los regímenes jurídicos.

damente con las posiciones asumidas por los distintos sectores involucrados en el tema (representantes de empleadores, de trabajadores y de aseguradoras de riesgos del trabajo, especialistas teóricos y abogados litigantes, la Administración laboral, entre otros). Al tiempo que la Corte derrumbaba uno a uno los institutos básicos de un sistema especial, concebido de manera cerrada y con limitación tarifada en las prestaciones de reparación, se profundizaron las discusiones sobre la metodología de resarcimiento que debía adoptarse. Mientras unos postulaban el mantenimiento del principio de la “especialidad” del ordenamiento, a través del ejercicio por la víctima de una opción entre el sistema particular (de la ley) y el del derecho común (del Código Civil); otros, con base en el principio de la “integralidad” reparativa, defendían la posible acumulación entre ambos sistemas.

Conforme se expresó en la reseña jurisprudencial del EDC, la Corte se pronunció sobre este punto, al adoptar un criterio de acumulación. Sin embargo, este dato no resultó concluyente para cerrar la discusión entre los interesados. La Administración laboral, envuelta en estos debates, prefirió avanzar en el dictado de normativa reglamentaria, habilitada por la legislación, para mejorar el contenido de las prestaciones dinerarias y permitir el ingreso, en el vértice de aseguramiento, de entidades sin fines de lucro, mutuales, constituidas por las representaciones de empleadores y de trabajadores¹¹⁵.

Cuando, finalmente, la Administración avanzó en dirección hacia una reforma legal del régimen, con la presentación de un proyecto de ley restringido a la faz de reparación, lo hizo proponiendo un sistema de opción excluyente, con algunos aditamentos respecto al concepto valorativo (suficiencia) del resarcimiento y a la actualización de las prestaciones en juego. Convertido en ley, este diseño fue objeto de numerosas críticas por no adecuarse a la

¹¹⁵ Ver los decretos 1694/2009 (B.O.06/11/2009) y 1720/2012 (B.O. 20/09/2012)

jurisprudencia emanada hasta ese momento por la Corte Suprema de Justicia¹¹⁶.

5. EL NEOCONSTITUCIONALISMO LABORAL ARGENTINO

a) La variante local de la nueva constitucionalidad

1. Semejanzas y diferencias en la experiencia latinoamericana

La llegada de la nueva corriente constitucional europea a los sistemas jurídicos de América Latina, asistida por el impulso logrado en el nivel interamericano, careció de un desarrollo uniforme en los ordenamientos nacionales. Con excepción del patrimonio común que supuso el proceso de democratización, los estados locales que receptaron este movimiento lo hicieron revistiéndolo de características institucionales propias, de acuerdo a sus circunstancias políticas y sociales.

Las últimas reformas constitucionales han agregado un nuevo elemento a esta disquisición. Por articularse mediante una dinámica constituyente, de raíz autónoma, basada en una amplia participación ciudadana y con un extenso catálogo de derechos individuales y colectivos, se ha trazado un arco conceptual que une a la Constitución de Colombia de 1991 con las Constituciones de Ecuador de 2008 y Venezuela y Bolivia de 2009, inscribiendo a estas últimas en lo que se ha denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Dicha acepción, sin embargo, no incorpora a la

¹¹⁶ Ver ley 26.773 (B.O. 26/10/2012).

Constitución de Brasil de 1988 ni a la Constitución de Perú de 1993 ni a la reforma constitucional de Argentina de 1994¹¹⁷.

Es curiosa la falta de inclusión de Brasil en este apelativo, especialmente porque en su Carta estableció el principio de respeto a la dignidad humana, interpretado judicialmente con uno de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho, y que ilumina la interpretación de toda la legislación ordinaria. Su calificación como “constitucionalización tardía” (asimilándola a los casos de Portugal y España), no le ha impedido a esta variante del EDC registrar su avance sobre la totalidad del Derecho, imponiéndole su dimensión axiológica¹¹⁸.

Sin embargo, tal conclusión dista de ser pacífica. En una posición contraria, se ha rechazado la calificación de la Constitución brasileña de 1988 como un ordenamiento que haya abandonado las reglas y pasado a regirse exclusivamente por principios, o que la subsunción haya dejado paso al método de ponderación, o que la justicia del caso concreto haya desplazado a la justicia general, o que el Poder Judicial deba exhibir una mayor preponderancia que las ramas legislativa o ejecutiva. La convivencia de reglas y principios la acerca a un modelo de “Constitución regulatoria”¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr. Roberto VICIANO PASTOR, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Roberto Viciano Pastor editor, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 11-49.

¹¹⁸ Sobre el concepto de dignidad humana y su importancia constitucional, ver Luis R. BARROSO, *Constituição da República Federativa do Brasil. Anotada*, Editora Saraiva, 4ta. ed, 2003., STJ, DJU 26.3.01, p. 473, HC 9892-RJ, citado, 10; sobre el neoconstitucionalismo y su evolución en Brasil, ver Luis R. BARROSO, “El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho en Brasil (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)”, disponible en www.revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/barroso, consultado el 19/08/2014.

¹¹⁹ Cfr. Humberto ÁVILA, “ ‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘Ciência do Direito’ e ‘Direito da Ciência’”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, Disponible en www.direitodoestado.com.br/rede.asp consultado el 19/8/2014.

La mirada sobre la experiencia brasileña resulta pertinente para destacar la complejidad que la calificación del neoconstitucionalismo asume en el ejemplo de nuestro país, donde el interés por esta teoría cobró natural importancia en los últimos años.

La cuestión es que, desde la perspectiva histórica y superando la controversia que pueda existir sobre la relación entre los textos estadounidense y argentino, la Constitución de nuestro país ha postulado desde 1853 su supremacía sobre todo el ordenamiento, dando tutela a los derechos individuales; su modelo singular, incrementado con la reforma de 1994, termina siendo observado como un verdadero retorno, en clave sustancial, a las fuentes que forjaron, en el Siglo XIX su ideario institucional¹²⁰.

2. La migración del Derecho del Trabajo

El debate que se suscitó en la Europa de entreguerras, relativo a la ubicación de esta rama del Derecho, y que se zanjó a favor del destino privado impulsado por el contractualismo, retornó luego de la mano de la corriente neoconstitucional y del protagonismo otorgado a los Derechos Humanos en este contexto. La otrora inmutable división del EDL entre lo privado (relaciones jurídicas entre las personas) y lo público (relaciones jurídicas con el Estado) quedó superada. Por el contrario, los derechos privados se hacen públicos al calor de una interacción social de la que no escapa ninguna rama jurídica dedicada a regular la existencia: el comercio, la familia, la comunicación, y por supuesto el trabajo, forman parte de una agenda común donde el sistema jurídico no resiste su di-

¹²⁰ Cfr. Alfonso SANTIAGO, “Neoconstitucionalismo”, conferencia brindada en la sesión privada de fecha 03/04/2008 del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, disponible en www.ancmyp.org.ar/user/files/neoconstitucionalismo.pdf consultado el 26/08/2014; Andrés GIL DOMÍNGUEZ, *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Ediar, Bs.As. 2009, capítulo I, 11-43. Desde visiones propias, ambos autores destacan el desarrollo constitucional local.

visión en compartimentos más o menos estancos, sino que se construye a partir de la solución de problemas que deben ser considerados de manera integral y convergente.

En estas situaciones sociales se encuentra la relación laboral que, al impulso de la nueva constitucionalización, deja de sostenerse en la mera autonomía privada (individual y colectiva) para articularse desde la zona central de la juridicidad pública, delimitada por la Constitución e influida por los valores de libertad, propiedad y justicia que reclaman las sociedades democráticas y plurales.

Se habla en el presente de una “dimensión pública de las personas”, donde cada uno de los miembros de una comunidad porta exigencias propias, derivadas de su calidad de padre, ciudadano y trabajador, que concurren a formar el conjunto de la personalidad que se conecta en distintas situaciones sociales sin terminar abrumada por ellas¹²¹.

Esta nueva perspectiva de lo laboral en lo público apuntala la idea de la empresa como una comunidad de destino forjada entre trabajadores y empleadores, donde se reconoce una doble vía de obligaciones y garantías que corresponden a sujetos cuyos roles no se desvirtúan sino que conviven en un plano orgánico de producción junto a la jerarquía, la solidaridad y la protección mutua¹²².

La caída de las fronteras interiores del sistema jurídico frente al avance de la nueva constitucionalización de los derechos, ha generado en la parte laboral una “aspiración” hacia la cima de la estructura normativa de sus instituciones esenciales. Las indemnizaciones por despido y por accidente de trabajo son captadas por

¹²¹ Cfr. Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, Cap. IV.

¹²² Cfr. Julio C. SIMON, “La relación de dependencia. Una perspectiva fuera de la contractualidad”, en *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo*, Año III, N° 3, 2012, 169-186.

los principios de protección contra el despido arbitrario y condiciones dignas y equitativas de labor; las desvinculaciones de agentes públicos regidos por contratos privados son atraídas por el principio de estabilidad del empleado público; los conceptos integrantes de la remuneración quedan arrastrados hacia el principio de retribución justa. Mención aparte merece todo lo referente al trato desigual y la discriminación, absorbido por diferentes principios nacionales e internacionales, presentes en el texto magno.

Este fenómeno, propio del EDC, ha sido llamado de “sobreposición” del orden jurídico constitucional sobre los órdenes jurídicos subalternos. El primero influye sobre la identidad de cada uno de ellos, y genera un cambio en la distribución de tareas que tradicionalmente asignaba el EDL: se invierten los roles de complementariedad y se acentúa la dependencia del nivel constitucional¹²³

b) El debate local sobre los derechos humanos laborales

Al tiempo de entrar en vigencia la reforma pergeñada en 1994, ya se conocían estudios que propugnaban el reconocimiento de la potencia vinculante emanada de las normas constitucionales sobre las familias de derechos, con diversas referencias a las experiencias europeas, estadounidenses y latinoamericanas¹²⁴.

En este punto, debe aclararse que la Constitución Nacional no adoptó alguno de los modelos textuales de posguerra: ni estableció el fundamento de la República sobre el trabajo ni dedicó una disposición expresa que pueda asimilarse a un catálogo de derechos fundamentales dedicado a las relaciones laborales. Es cierto que el texto del artículo 14 bis se acerca a esta última descripción, pero

¹²³ Cfr. Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, 1ra. ed., reimpr., Civitas, Madrid, 2001, 59-61 y 69-70.

¹²⁴ Ver Germán J. BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Bs.As., 1995. El autor reconoce su deuda filosófica con las posturas de Goldschmidt y Cossio.

su hechura no respondió a este criterio, sino más bien al de asistir a la Carta de 1853 con un racimo de garantías propias del constitucionalismo social. Además, puede desconocerse la intensidad que poseen otras garantías generales previstas en la primera parte del texto constitucional ni la incidencia posterior que recibieron todas ellas de los tratados e instrumentos internacionales que se incorporaron en la última reforma.

Esta secuencia de acumulación constitucional de derechos, unida al particular desarrollo que ha tenido la rama jurídica del trabajo, ha provocado cierta dificultad teórica para receptor la noción de los derechos humanos/fundamentales en clave laboral. No es casual que la introducción de este concepto en el Derecho del Trabajo demorara una década en asentarse y, cuando así se hizo por la vía jurisprudencial, la doctrina continuó esa búsqueda por explicitar su contenido y alcance¹²⁵.

El interés demostrado por la especialidad en este tema permite agrupar las líneas de análisis según la importancia otorgada al modo de operar que los derechos humanos llevan a cabo en la relación de trabajo.

1. La tesis sustentada en la modulación

En la búsqueda de una clasificación local del tema, se adaptó la distinción formulada por la doctrina española, que distingue los derechos fundamentales laborales según su especificidad. Así, se habla de derechos llamados “específicos”, identificando a este grupo con las garantías de los dos primeros párrafos del artículo 14 bis CN, aunque se sugiere integrarlo con otros derechos que se añadieron (sin superponerse) mediante los instrumentos interna-

¹²⁵ Ver las conclusiones del 16° Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Córdoba los días 1 y 2 de junio de 2006, donde se abordó el tema en la Mesa Redonda titulada “Los derechos fundamentales y las relaciones de trabajo (individuales y colectivas)”.

cionales incorporados al nivel constitucional (los que resultan de Convenios de la OIT que han sido ratificados), y aquellos derechos que deban considerarse igualmente obligatorios por estar comprendidos en los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas (según la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo). Junto a estos derechos se encontrarían otros, denominados “inespecíficos”, que pertenecen a todos los hombres y que se han reconocido en la Constitución y en los demás instrumentos de igual jerarquía. La división se practica entre los derechos inespecíficos laboralizados, convertidos por el legislador en derechos propios del trabajador, y no laboralizados, que operan por la circunstancia de pertenecer a todos los hombres y no pueden ser desconocidos por la existencia de un contrato de trabajo¹²⁶.

Para dicha posición, la clave de funcionalidad del citado esquema se ubica en la denominada “modulación” de los derechos fundamentales en la relación laboral. La búsqueda de un equilibrio en la relación jerárquica que impera en la organización empresarial, es el “fundamento” utilizado para limitar los derechos fundamentales, sin que por ello se desvirtúen sus elementos inalterables, apelando a los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad para evitar tanto la prevalencia de los intereses del empleador sobre los derechos de los trabajadores, como la imposición de estos últimos sobre la parte empleadora¹²⁷.

Esta elaboración teórica, tal como se anticipó, resulta tributaria de la tesis desarrollada por la doctrina española, para quien el concepto de “inespecificidad” laboral de determinados derechos fundamentales se corresponde con la existencia de derechos ciudadanos de titularidad general que se ven sometidos a una “impreg-

¹²⁶ Ver Jorge RODRÍGUEZ MANCINI, *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, 2da. ed. actualizada y ampliada, Astrea, Bs.As., 2007, 43 y ss.

¹²⁷ RODRÍGUEZ MANCINI, cit., 119-149.

nación laboral” porque son ejercidos en el marco de una relación de trabajo por sujetos que son ciudadanos y trabajadores. Sobre este parámetro, confirmado por la jurisprudencia constitucional ibérica, es que se basa la propuesta clasificatoria que ha sido receptada en nuestro país¹²⁸.

2. *La tesis sustentada en la garantía*

A partir de las nociones desplegadas por el neoconstitucionalismo autodenominado “garantista”, se ha desarrollado la idea del Derecho como un sistema artificial de garantías constitucionales, orientado a la tutela de los derechos fundamentales, en donde los derechos humanos laborales se dirigen a tutelar la simple condición humana o de persona que se expresa en el ámbito del trabajo dependiente.

No hay, desde esta perspectiva, un sistema y distintos subsistemas de derechos, con diversa naturaleza sustancial. Existe un sistema universal de derechos humanos, en el cual los derechos humanos laborales integran cada una de las instituciones del Derecho del Trabajo, a partir del impacto que sobre las mismas efectúan las fuentes supranacionales y nacionales que contienen aquellos. Este sistema universal ha consagrado una serie de principios que no provienen de la disciplina laboral pero que en la actualidad no pueden ser desarticulados de los derechos del trabajo, constituyendo su “caparazón protectoria”¹²⁹.

¹²⁸ Para un desarrollo del concepto de derechos constitucionales laborales “inespecíficos” ver Manuel C. PALOMEQUE LÓPEZ – Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 7ma. ed., Ceura, Madrid, 1999, 140 y ss. Sobre su utilidad para formular una teoría general ver Salvador DEL REY GUANTER, “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, *Relaciones Laborales*, 1995-I, 181-212.

¹²⁹ César ARESE, *Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2014, 21-57.

En ese marco, los principios que se imponen desde ese manto supranacional de aseguramiento, incluyen la presunción de auto-ejecución y autoaplicabilidad, el deber estatal de adoptar medidas internas, la garantía de un estándar mínimo de protección, el acceso a la tutela judicial efectiva, la progresividad y la adecuación nacional a los criterios sentados por los órganos internacionales de control competentes¹³⁰.

3. La tesis sustentada en la comunicación

La primera de las posiciones reseñadas realiza su mejor esfuerzo para sistematizar, bajo el diseño de la especificidad, los derechos fundamentales laborales. Sin embargo, la arquitectura propuesta no resulta compatible con el sistema jurídico nacional. Como la Constitución Argentina mantiene el formato consolidado en su origen, la adición del artículo 14 bis en 1957 operó como un plejo de garantías antes que como una catalogación expresa. Luego, los instrumentos internacionales que se incorporaron en 1994 no alteraron esa estructura, y el lenguaje contemporáneo de su contenido se recibió sin alteración ni modificación alguna de ese diseño.

En consecuencia, no puede desprenderse del texto constitucional argentino la presencia de un catálogo cerrado de derechos fundamentales laborales al estilo español. El caso local, como se adelantó, parece un ejemplo de fenómenos episódicos que van ampliando el alcance y contenido de derechos básicos previamente establecidos, en contraposición con el diseño sistematizado de origen continental¹³¹.

¹³⁰ ARESE, cit., 50-55.

¹³¹ En sentido similar ver María A. CORDONE ROSELLO, “Los derechos fundamentales en España y Argentina, una visión comparativa”, LL 2014-A, Supl. Const. del 18/02/2014, 24.

Asimismo, no resulta enteramente posible deslindar aquellos derechos fundamentales que son del trabajo, de los otros que no lo son. En palabras de un especialista europeo, “...los derechos fundamentales no laborales son, paradójicamente, los que sirven de hilo conductor en todo el ordenamiento laboral, siendo más ‘comunes’ que los propios derechos laborales. Es el auténtico ‘Derecho Común del Trabajo’, por más que se trate de derechos fundamentales inespecíficos”¹³².

La segunda de las tesis avanza en ese sentido. Se nutre de la concepción universal de los derechos humanos y de las notas de fundamentalidad que le imprime el juego de los niveles internacionales y nacionales a los derechos del trabajo. Pero, al anclarse en una corriente que rechaza en última instancia una justificación racional del concepto, busca delinear un concepto absoluto de estos derechos, que al ser de factura multi – textual, no son permeables a una total comprensión de la temática.

Junto a estas dos posiciones, corresponde aportar una tesis de los derechos humanos laborales que brinde una explicación racional y valorativa del término, que reconozca la existencia de una cierta jerarquización de estos derechos, también racional, y permita su positivización y uso, con una adecuada protección pública, especialmente judicial¹³³.

En este sentido, una tesis que parta de la comunicación de las fuentes jurídicas y a la vez reconozca el modo en que tales derechos operan en la realidad laboral local, sin restar importancia a los efectos del nivel supranacional, puede contribuir a dotar al Derecho del Trabajo de una visión práctica y a la vez objetiva.

¹³² Cfr. DEL REY GUANTER, cit., 212. Para el autor, los derechos inespecíficos constituyen un límite común al ejercicio de los poderes de organización y dirección de todo tipo de empleador, público o privado, funcional o laboral.

¹³³ Cfr. Rodolfo L. VIGO, “Es posible la justificación racional de los Derechos Humanos (Alexy, Finnis, Nino vs. Bobbio, Ferrajoli y Bulygin)”, LL 2013-D, 1334, también VIGO, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo...*, cit., capítulo 19.

Tal como se anticipó, la noción de derechos fundamentales no constituye una categoría unívoca, siendo que la atribución de tal “fundamentalidad” es realizada en cada sistema jurídico de manera singular, más allá de reconocerse esa calificación en algunos derechos comunes. Nuestra tradición jurídica, antes de la reforma de 1994, ha detectado esa enunciación en el Preámbulo y la parte dogmática de la Constitución Nacional, conectándose con una noción de bien común que contiene derechos esenciales e intransferibles, expresos y también implícitos, derivados del artículo 33 CN y destinatarios de similar custodia¹³⁴.

Un repaso al denominado “techo ideológico” que prevalece en la Constitución, integrado por el bien común político y los bienes específicos que lo integran, alude a un personalismo solidario, centrado en la dignidad y sociabilidad de la persona humana, cuyo fines imponen al Estado la realización de acciones que “...trascienden la mera protección de los derechos humanos y se encaminan también al logro de objetivos comunitarios, siempre al servicio de la persona y de los grupos sociales que lo integran”¹³⁵.

En este panorama, la introducción de la norma internacional en el orden interno ha motivado el conocido debate nacional sobre dualismo y monismo, que se verá superado a favor de este último, luego de la reforma de 1994 y de la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema. En este punto, el tribunal se ha expedido por re-

¹³⁴ Julio César SIMON, “Derechos fundamentales y ordenamiento jurídico”, inédito, ejemplar suministrado por el autor, donde se cita el pronunciamiento de la Corte Suprema en “Quinteros”, Fallos 179:113 (1937), que equiparó el bienestar general al bien común de la filosofía clásica (y por lo tanto reconoció la obligación de los empleadores de indemnizar al obrero en determinados supuestos); y la cita del consid. 8° del voto en disidencia del juez Petracchi en la causa “Muller” Fallos 313:1113 (1990), que rescata la noción de derechos implícitos que debe ser protegidos.

¹³⁵ Alfonso SANTIAGO (h), *Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs.As., 2002, 150. Siguiendo la definición del autor, el techo ideológico expresa la cosmovisión básica desde la cual se formula y piensa la vida política y el derecho de un país.

conocer la prevalencia de la normativa internacional sobre la propia Constitución, indicando que tal incorporación se hace mediante la interpretación y aplicación de las normas internacionales en sus condiciones de vigencia¹³⁶.

En su faz práctica, ello deriva en un examen de compatibilidad del Derecho del Trabajo con la norma internacional incorporada al orden interno, para lo cual deberán seguirse los criterios dictados por los órganos competentes de interpretación y aplicación convencional y, en caso de contradicción, resolverse por la prevalencia del nivel supranacional¹³⁷.

Sin embargo, este procedimiento no descarta el problema de implantación que emerge en la etapa de comunicación de las fuentes. La disidencia del fallo “Simón” advierte este dilema al recordar que, según el artículo 27 CN, los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, sin que ello implique un desconocimiento a la protección integral de los derechos humanos y a su respeto universal, que constituyen “...principios esenciales en los que se apoya el derecho público argentino”¹³⁸.

En consecuencia, cobra importancia la noción del “margen nacional de apreciación”, originada en la CEDH y empleada por la CIDH, como forma de garantizar una zona de autonomía estatal en la incorporación de las normas que provienen fuera del sistema jurídico local. En este concepto, “...se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos en las constituciones estatales...”, lo que conduce a una adaptación de las obligaciones in-

¹³⁶ CSJN, “Simón”, Fallos 328:2056 (2005).

¹³⁷ Julio C. SIMON, “La incorporación del derecho internacional al derecho interno, la jerarquía de las fuentes y el Derecho del Trabajo”, LL 2006-D, 1005.

¹³⁸ CSJN, “Simón”, cit., consid. 44 y 47 del voto en disidencia del juez Fayt.

ternacionales en el espacio autonómico local, “...sin restringir las garantías básicas de las personas...”¹³⁹.

Si, como se ha visto, el bien común político se registra en la Constitución Nacional a través de un conjunto de principios y garantías, los derechos humanos laborales, que forman parte de ese conjunto, quedan sometidos a esta relación de tutela coordinada con el resto del sistema, sin que por ello deban modularse en el nexo particular trabajador – empleador, o aplicarse sin matices desde el orden internacional.

6. EL DERECHO DEL TRABAJO ABIERTO

a) El protagonismo de los principios

La transformación sufrida en el sistema de fuentes representa una de las derivaciones que surgen de un hecho insoslayable: la Constitución asume en el EDC el rol de norma suprema operativa y fuente fundamental, dejando a la Ley en una posición secundaria. Más allá de lo que establezcan las normas inferiores respecto sobre el modo en que se aplica esta jerarquía, se asiste a consagración del postulado teórico principal promovido por el neoconstitucionalismo, como es la soberanía indiscutible de la Constitución y de sus principios.

Se han destacado dos fenómenos que minaron la situación privilegiada de la Ley. El primero de ellos, vinculado con el reconocimiento de la Constitución como norma superior y formulación concentrada y categórica de los grandes valores sobre los que se asienta la comunidad; concepción ésta más vinculada con el pensamien-

¹³⁹ Consid. 48 del voto en disidencia del juez Fayt. En su artículo, Julio C. Simon ya había señalado la particularidad de esta posición, entendiendo en la actualidad que dicho fundamento reviste especial significación para el Derecho del Trabajo, a la luz de la evolución seguida en materia jurisprudencial (conversación con el autor).

to de la revolución estadounidense antes que de su similar francesa. Como consecuencia, la Ley ha dejado de ser un acto ordenador para ser un acto ordenado, sometido a ser enjuiciado y anulado por un tribunal judicial. El segundo gran fenómeno de crisis es la producción incontenible de leyes, acompañada de numerosas reglamentaciones, que no apuntan a un ordenamiento abstracto y permanente, sino a lo particular y contingente, generando la llamada “inflación legislativa” que conspira contra la seguridad jurídica¹⁴⁰.

En el ámbito del Derecho del Trabajo, esta situación comienza a percibirse cuando la Constitución deja de ser un simple marco de referencia para erigirse en una fuente de regulación directa de las relaciones laborales; más aún, en diversos supuestos el texto constitucional resulta lo suficientemente potente para reglar las conductas por sí, quedando la instancia legal como una de las posibles opciones de disposición normativa¹⁴¹.

Sin perjuicio de ello, en la experiencia comparada se trata de apostar por el nivel legal, ya que se entiende a la Ley como la fuente infraconstitucional de producción nacional que cuenta con mayor jerarquía y mayor poder de conformación de la realidad social, al denotar una mayor capacidad de influir en las relaciones sociales¹⁴².

La doctrina nacional comparte esta perspectiva e incluso, con un sentido didáctico, advierte que “Las leyes son necesarias para la buena vida social. Su contenido no es indiferente, porque las leyes son indicativas de las conductas que la sociedad considera va-

¹⁴⁰ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, 1ra. ed., 1ra. reimpr., Civitas, Madrid, 2000.

¹⁴¹ Cfr. Joaquín GARCÍA MURCIA, “Constitución y Ley” en *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, J. García Murcia coord., Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007, 35-75.

¹⁴² GARCÍA MURCIA, cit., 51-52.

lios, para alentarlas y protegerlas, o disvaliosas, para prohibirlas o castigarlas”¹⁴³.

Sin embargo, la posición de la Ley no sobrevive de manera pacífica cuando se aplican directamente los principios constitucionales, lo cual genera asombro y perplejidad. Ante un fallo de la Cámara Nacional laboral, que revocó una sentencia, haciendo lugar a un amparo iniciado por una trabajadora ante el rechazo de su empleador a aceptar su traslado, con base en el DIDH, una opinión doctrinaria se preguntó si la LCT había dejado de tener utilidad o los jueces buscaban superarla con la aplicación directa de las normas constitucionales y los instrumentos internacionales¹⁴⁴.

La observación no constituye una voz solitaria en el ámbito académico. Según otra opinión, se habría desatado un “tsunami” de justicia con la aplicación directa de los principios constitucionales, advirtiendo que “...al reducir el papel de la ley, se recurre al dudoso procedimiento de matar al mensajero: este mensajero es la misma jerarquía de normas intermedias, habitualmente reunidas en códigos o leyes, que trasladan los grandes principios políticos o morales a las conductas concretas que hayan de considerarse obligatorias como efecto inmediato de aquellas fuentes ideológicas”¹⁴⁵.

En definitiva, estos reproches demuestran la insuficiencia del modelo dogmático de interpretación, característico del EDL para

¹⁴³ Jorge RODRÍGUEZ MANCINI, “La Ley” en *Fuentes del derecho del trabajo*, Jorge Rodríguez Mancini coord., Astrea, Bs.As., 2013, tomo 2, 119. Se coincide con el autor cuando afirma que “No hay leyes moralmente neutras. El Estado no puede prescindir de criterios morales porque los necesita para lograr su fin de bien común”.

¹⁴⁴ CNAT, Sala VIII, 11/11/2011, “P.M.E. c. OSPLAD Obra Social Para La Actividad Docente s/acción de amparo”, DT 2012 (febrero), 289. La perpleja afirmación corresponde a Jorge RODRÍGUEZ MANCINI, “O la LCT ya no sirve o lo jueces quieren superarla”, DT 2012 (febrero), 173. Poco después, se reiteró una afirmación similar, en ocasión del fallo “Cejas” de la Corte. Ver Jorge RODRÍGUEZ MANZINI, “Reincorporación por despido nulo. Mantenimiento del contrato contra la voluntad de uno de los contrayentes”, LL 2013-D, 61.

¹⁴⁵ Ricardo GÜIBOURG, “Una pregunta certera”, DT 2012 (abril), 780.

afrontar decisiones judiciales que, bajo el manto operativo de los principios, resuelven situaciones con un amplio margen de discrecionalidad.

Pero también, el ingreso del EDC ha provocado la necesidad de observar las distintas dimensiones de la materia interpretativa (la propiamente jurídica o regulatoria, la fáctica, la axiológica, la lingüística o semiótica y la lógica). A partir de esta consideración, el operador jurídico (de los cuales el juez es el privilegiado), deberá buscar la solución más adecuada al caso, sin sujetarse al empleo de un rígido catálogo de cánones interpretativos, sino tomando el método o los métodos que conduzcan a un resultado satisfactorio. En este juicio prudencial, reviste importancia la exigencia de argumentos que justifiquen las decisiones jurídicas, tanto en su recorrido lógico como en su sustancia. Dicha argumentación pasa a ser sometido a la opinión crítico-técnica de la comunidad científica en procura de consenso¹⁴⁶.

b) El desbordamiento de las fuentes jurídicas

1. La pluralidad de las fuentes

La implantación del EDC ha significado el desmantelamiento de la concepción legalista de las fuentes jurídicas. Ha concluido el período signado por la rigidez codificadora, el papel enunciativo de la Constitución y el monopolio operativo de la ley y demás normas inferiores. Se ha producido el llamado “desbordamiento” de las fuentes del Derecho; esto es, un fenómeno caracterizado por el pluralismo jurídico y el uso de “redes” de juridicidad (interlegales,

¹⁴⁶ Ver Rodolfo L. VIGO, *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1999, 19-43. Para el autor la necesidad de motivación lógicamente adecuada de los fallos judiciales ha abierto una vía descalificatoria particular en caso de que incurran en lo que Ghirardi ha llamado “errores *in cogitando*”.

asimétricas y asistemáticas), así como por el desarrollo de un proceso de universalización de las garantías, sobre todo individuales, que se reivindican desde niveles normativos superiores a los estatales¹⁴⁷.

Este movimiento no pasó desapercibido en el ámbito local, donde la doctrina intentó conciliar las nuevas fuentes del neoconstitucionalismo, remozando la escala jerárquica de la etapa anterior. Se habla así de un “orden jerárquico resultante” que se puede recorrer desde la cúspide del texto constitucional y los instrumentos internacionales de ese nivel (arts. 31 y 75.22, 2do. párr. C.N.), descendiendo a los tratados de integración, acuerdos, concordatos (art. 75.24 y 75.22, 1er. párr. C.N.) y Convenios de la OIT (con excepción del Convenio 87 que posee rango constitucional por su referencia en el PIDESCA), continuando con las leyes nacionales y decretos de necesidad y urgencia (arts. 28 y 99.3 CN), decretos reglamentarios (art. 99.2 CN), y arribando a los actos normativos de autoridades nacionales delegadas (arts. 100 y 103 CN), textos constitucionales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 5°, 123 y 129 CN), normas legales y reglamentarias locales (arts. 5°, 31 y 129 CN) y normas municipales (arts. 123)¹⁴⁸.

En este esquema merecen incluirse los derechos humanos implícitos, que pueden emerger en materia laboral de los convenios colectivos, acuerdos y convenios de derecho común, e incluso de los propios reglamentos de empresa.

El diseño, si bien atiende a un encuadre formal de las fuentes, incorporando los derechos humanos de la supranacionalidad, no

¹⁴⁷ Cfr. Antonio PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley, Madrid, 2011, especialmente Capítulo II, 90 y ss.

¹⁴⁸ Cfr. Jorge RODRÍGUEZ MANCINI, “El ordenamiento constitucional” en *Fuentes del derecho del trabajo*, Jorge Rodríguez Mancini coord., Astrea, Bs.As., 2012. Tomo 1, 93-95. En cuanto a los convenios colectivos, en general se ubican, a partir de su homologación, en un rango de prevalencia respecto de las leyes, en atención a su mayor nivel de protección.

da cuenta de su articulación material, que es lo que desdibuja la pretendida sistematización. El empleo de las técnicas de intertextualidad, verticales y horizontales, impulsadas por el neoconstitucionalismo, ha provocado que el operador jurídico laboral se mueva a través de este conglomerado de fuentes, provenientes no solo del Derecho del Trabajo, sino también del Derecho Público y Privado en general, del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Esto último reviste suma importancia, ya que el DIDH escapa a la potestad absoluta de asignación que ha tenido la Ley en el período anterior. Los derechos humanos no pueden ser creados por los Estados y lo que éstos pueden hacer es sólo reconocerlos, determinando su marco regulatorio. Ello transforma el sistema de fuentes, de la asignación al reconocimiento, distinguiéndose en su interior si ese reconocimiento es local (Constitución, CCT, leyes, reglamentos, jurisprudencia) o internacional (Tratados, Convenciones, Declaraciones, Convenios, etc.)¹⁴⁹.

Otro punto resulta igualmente significativo. Y es que el Derecho internacional contiene, además de las citadas, otras fuentes jurídicas propias, como la buena fe y las costumbre internacionales y el *ius cogens* o Derecho imperativo superior, elaborado a nivel mundial y sustentado en la amistad y el respeto entre los pueblos. A todo ello hay que agregar una fuente típica de este nivel jurídico, como es el de las normas de *Soft Law*, es decir, principios, recomendaciones y reglas emanadas de organismos técnicos o especializados que, si bien no poseen legitimidad política para formalizar un tratado o convención, acreditan una reconocida experiencia en sus ámbitos de tareas que se refleja en su reconocimiento y respaldo internacional¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Cfr. Carlos R. URQUILLA, *Derechos humanos y sistemas internacionales de protección*, cit., punto 2: "Fuente de reconocimiento de los derechos humanos", 41-64.

¹⁵⁰ *Ibid.*

Las referencias jurisprudenciales a los instrumentos internacionales, a las consiguientes obligaciones y responsabilidades contraídas por la República Argentina, a la vigencia de los principios del *ius cogens* y a las observaciones formuladas por distintos organismos, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU o el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT, no hacen sino confirmar la mencionada apertura de fuentes del Derecho del Trabajo, que se combinan con normas y precedentes locales de distinta jerarquía, superando cualquier intento de rigidez en la sistematización.

2. La comunicación de las fuentes: El Nuevo Código Civil y Comercial

A veinte años de la última reforma constitucional, y luego de transcurrida una década desde que la Corte Suprema modificó el paradigma de interpretación laboral, se asiste a la puesta en vigencia de un nuevo Código Civil y Comercial, destinado a reglar las relaciones privadas. Su texto abre con una declaración de ingreso al EDC, que significa su adhesión a una concepción material de los valores, principios y garantías expresados en la Constitución, los cuales se aplican directamente a las relaciones sociales, quedando su margen de operatividad bajo la tutela del control judicial, que asume para estos casos un papel destacado.

Al decir del miembro de la Comisión de Reformas y Presidente de la Corte Suprema de Justicia, se trata de la constitucionalización del Derecho privado, prescribiéndose una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho público y el Derecho Privado. En ese marco, siendo el Código Civil el centro del ordenamiento jurídico privado, se insertan allí las reglas para todo el sis-

tema, reconociéndose explícitamente una separación entre Ley y Derecho¹⁵¹.

De conformidad con dichos lineamientos, el NCCyC establece tres disposiciones capitales, vinculadas al tratamiento de las fuentes jurídicas, a la interpretación legal y al modo en que deben resolver los jueces aquellas cuestiones en las que intervenga:

“Artículo 1.- Fuentes y aplicaciones.

Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

“Artículo 2.- Interpretación.

La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Artículo 3.- Deber de resolver.

El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.”

A diferencia del Código de Vélez, el NCCyC integra las leyes junto con la Constitución y los Tratados internacionales. Esta apertura del sistema de fuentes parece matizarse con la consideración que el Nuevo Código otorga a la finalidad de la norma. Esa apelación a la causa-fin serviría para superar los problemas de in-

¹⁵¹ Ricardo L. LORENZETTI, “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LL 2012-C, 581.

ter-textualidad e inter-legalidad que naturalmente aparecen en la convocatoria o “diálogo” de fuentes jurídicas¹⁵².

Por otra parte, si bien en el artículo 1° se rescata la finalidad de la norma, a continuación se establece una metodología interpretativa donde ese propósito queda inmerso junto al análisis literal de la Ley, a la aplicación de leyes análogas, a lo regulado por los tratados sobre derechos humanos, y a los principios y valores jurídicos involucrados.

Todo ello parece confirmar que no hay un orden jerárquico de fuentes y material interpretativo, sino que hay una enumeración de material de primer grado o esencial al que debe atenderse el operador jurídico, pero que queda en la órbita de su elección, al momento del análisis jurídico, bajo un mandato de coherencia¹⁵³.

La doctrina ha buscado ver allí una jerarquía o camino en etapas del uso interpretativo de las fuentes, comenzando por la Ley y terminando por los principios y valores jurídicos¹⁵⁴. Empero, más allá de la obvia referencia inicial que todo proceso hermenéutico encauza desde el texto legal, el Código no formula un mecanismo de etapas, y nada impide que el decisor prefiera relevar los principios o los tratados sobre derechos humanos para definir un caso.

Finalmente, el NCCyC da un paso adelante en materia de decisión judicial. Si la preocupación del Código de Vélez era que el

¹⁵² El NCCyC también presenta alguna innovación respecto a lo dispuesto sobre usos y costumbres en el art. 17 del Código de Vélez, reformado en 1968. Mientras anteriormente se establecía que los mismos no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente, la reciente norma habla de “vinculación” (como sinónimo de obligatoriedad) cuando las leyes o los interesados se refieran a aquellos, o no exista una situación regulada por ley, pero siempre que no sean contrarios a Derecho.

¹⁵³ En resumen, como lo expresó el propio Lorenzetti, en todo este proceso “...se deja de lado la intención del legislador”.

¹⁵⁴ Esa es la posición de Jorge RODRÍGUEZ MANCINI en “Las fuentes del Derecho del Trabajo”, en *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, Jorge Rodríguez Mancini director, La Ley, Bs.As., 2015, 140-141.

juez no dejara caso alguno sin resolver (y para ello se le daban pautas claras sobre el modo en que debía manejarse), aquí se da por sentada esa obligación jurisdiccional y lo que se requiere al juez es que funde su decisión de manera razonable.

Es evidente que el Derecho del Trabajo, amasado bajo la materia prima del EDC pero aún sin obtener un producto consolidado, se topó de manera frontal con un cambio fundamental en la codificación, que arrastró su última ancla con el legalismo. La reacción doctrinaria a este hecho se puede resumir en tres posiciones:

a)La primera, favorable a la letra del Código, en cuanto pone el acento en la referencia de la Constitución Nacional y de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, como fuentes del Derecho Civil y Comercial y como normas de aplicación inmediata y herramientas para la correcta interpretación¹⁵⁵;

b)La segunda, que reprueba a los autores del Código el haber resignado el papel de la Ley a la “mera función de registrar conductas sociales”, lo cual no se compadecería con su “misión docente y modélica” sobre los principios y valores constitucionales. Para esta opinión, “...en lugar de establecer una mecanismo para llenar las lagunas de la Ley, tal como lo estableció Vélez Sarfield en el art. 16, se ha adoptado la vía de dar al juez un abanico de fuentes que él debe articular”¹⁵⁶;

c)La tercera, que imputa al NCCyC la intensificación de los problemas existentes en materia de fuentes e interpretación, ya que los autores del texto continuarían siendo tributarios de la tradición civilista (“enraizada a su vez en la dogmática decimonónica”),

¹⁵⁵ Héctor RECALDE y otros, “Precisiones sobre el Código Civil y Comercial y el Derecho Laboral”, LL 2014-F, 787.

¹⁵⁶ Jorge RODRÍGUEZ MANCINI, “El proyecto de Código Civil y Comercial, sus implicancias en el derecho del trabajo”, DT 2012 (noviembre), 2015.

disimulando ello en la pretensión (“insostenible”) de que es posible encontrar una solución correcta para cada problema¹⁵⁷.

El desbordamiento de las fuentes jurídicas laborales, iniciado con la jurisprudencia de la Corte y potenciado luego por el legislador, al sancionar un Código Civil y Comercial que favorece su tratamiento sin jerarquías formales rígidas, ha provocado la aparición de nuevas dificultades. El NCCyC adoptó como técnica regulativa la enunciación de fuentes generales y particulares, conteniendo en este último supuesto un nivel de prevalencia. Ante la aparición de nuevas formas de contratación, principalmente asociativas, el impacto para el Derecho del Trabajo será intenso, y el problema de fuentes se transformará, para el decisor, en un problema de gobierno.

c) La tutela judicial como mecanismo de solución de controversias

1. Los nuevos límites a la concepción transaccional del Derecho del Trabajo

Una de las grandes consecuencias que ha ocasionado el ingreso del EDC es, sin lugar a dudas, el carácter normativo pleno que adquirió el texto constitucional. Esto implica, como se ha visto, que su dominio se extiende a la totalidad del ordenamiento jurídico. En virtud de este carácter, todas las normas deben ser interpretadas, declaradas e integradas conforme lo establecido por la Constitución, con la respuesta implícita que obliga a bloquear cualquier otra interpretación que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Ricardo GUIBOURG, “El proyecto del Código y las fuentes del Derecho del Trabajo”, DT 2013 (marzo), 451.

¹⁵⁸ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid. 3ra. ed., 2da. reimpr., 102-103.

Para una rama del Derecho, como la laboral, nacida entre la inestabilidad y el equilibrio (desequilibrante) de su contenido, esta forma de operar que aparece impuesta por el nuevo constitucionalismo provoca variadas inquietudes, especialmente en lo referido a la posibilidad de conciliar derechos controvertidos con efectos definitivos.

Durante la vigencia del EDL, se estableció como doctrina la imposibilidad de revisar lo acordado entre las partes con alcance de cosa juzgada (Plenario “Lafalce”), en la idea ya analizada de obturar cualquier pretensión de introducir planteos conectados a una relación cuyas obligaciones fueron transadas.

La posterior entrada en vigencia de la LCT, receptó en su texto la habilitación para conciliar en sede administrativa o judicial, debiendo la instancia competente dejar constancia de la “justa composición de derechos e intereses” (artículo 15 LCT) a que se había arribado en cada caso.

Con la puesta en funcionamiento del Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECLLO), a cargo de conciliadores privados pero cuyos acuerdos debían ser homologados en el Ministerio de Trabajo, la Cámara Laboral centró su mirada en controlar la concurrencia voluntaria del trabajador al procedimiento, en la búsqueda de vicios que dañaran su consentimiento personal.

Sin embargo, dicha situación se modificó en el año 2005, cuando una Sala de la CNAT decidió conjugar los requisitos del artículo 15 de la LCT con el plexo constitucional nacional e internacional que reconoce a toda persona el derecho a solicitar la revisión del acto homologatorio ante los tribunales judiciales competentes¹⁵⁹.

La decisión mencionada abrió un debate en el seno del tribunal, entre quienes se manifestaron a favor de la abrir las homolo-

¹⁵⁹ CNAT, Sala V, 19/05/2005, “Vivas, Miguel Ángel c/ Peugeot Citroen Argentina s/despido”, votos de los jueces Zas y Simon..

gaciones a revisión judicial y los que prefirieron continuar con la antigua jurisprudencia legalista.

2. La afirmación de la tutela judicial efectiva

La discusión entablada respecto al control judicial y a la garantía que debía reconocerse al trabajador para cuestionar en esa sede la validez de una conciliación o transacción, recibió nuevos impactos a través de los pronunciamientos dictados por la Corte Suprema. El propio tribunal se dividió ante el planteo de nulidad realizado por un trabajador, quien denunció un acuerdo registrado (pero no homologado) en sede administrativa, por entender que las sumas percibidas no se ajustaban a la realidad, recibiendo sentencia favorable de la Cámara Laboral.

Ante el recurso extraordinario interpuesto por la empleadora demandada, la mayoría de la Corte consideró inadmisibile el remedio, si bien una de las disidencias adhirió al dictamen de la Procuración General de la Nación, quien propugnó la apertura parcial de la vía intentada, y la disidencia restante concluyó que la falta de homologación de un convenio no permitía prescindir de sus consecuencias, por lo que correspondía dejar sin efecto la sentencia en cuestión¹⁶⁰.

Tiempo después, accedió a la máxima instancia el recurso extraordinario impetrado por un empleador, quien al oponer la excepción de cosa juzgada con base en el Plenario “Lafalce” y recibir sentencia favorable en primera instancia, vio revocado tal decisorio por la Cámara Laboral, quien se expidió sobre el fondo del asunto. Para la Corte, dicho fallo se encontraba viciado de arbitrariedad, al no decidir sobre la excepción en examen, lo que llevó a revocarlo¹⁶¹.

¹⁶⁰ CSJN, “Cersósimo”, Fallos 330:2671 (2007).

¹⁶¹ CSJN, “Torres”, Fallos 334:287 (2011).

En época más reciente, el Tribunal abrió el examen de constitucionalidad ante un planteo de nulidad formulado sobre un acuerdo conciliatorio por un reclamo proveniente de un accidente de trabajo¹⁶²

La Corte reafirmó aquí la doctrina de “Vizzoti” y “Aquino”, en cuanto a que el reclamante, dada su condición de trabajador, constituye un sujeto de preferente tutela constitucional. Para asegurar la vigencia efectiva de este principio, la protección legal no debe quedar circunscripta al mero reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que, además, tiene que asegurar al trabajador la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las diversas instancias administrativas o judiciales establecidas a tal fin.

En este marco, la gratuidad de los procedimientos administrativos y judiciales configura una prerrogativa reconocida al trabajador dada su condición de tal, destinada a facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de trabajo, más allá de la naturaleza laboral o civil de las normas en que funda su pretensión. Este beneficio de la gratuidad es el que permite, según la Corte, la mejor concreción en el ámbito de las reclamaciones laborales, de la tutela judicial efectiva, amparada por dispositivos internacionales, como un derecho fundamental en sí mismo y, a la vez, garantía de los restantes derechos subjetivos e intereses legítimos.

Como se ha dicho, todos tienen derecho al proceso y a una decisión ajustada a derecho y justa, tengan o no razón, y quienes cuentan con el favor del derecho de fondo, como titulares tienen un derecho instrumental a que les sea reconocido por la jurisdicción y tutelado eficazmente¹⁶³.

¹⁶² CSJN, 20/12/2014, “Kuray, David Lionel s/recurso extraordinario”.

¹⁶³ Cfr. Fernando TOLLER, “Fundamentos filosóficos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Tratado de Derecho Judicial*, Rodolfo L. Vigo, María Gattinoni de Mujía directores, La Ley, Bs.As., 2013, Tomo I, 485-512, esp. 494.

7. RECAPITULACIÓN

El presente capítulo se ha iniciado con el análisis de la Convención Constituyente de 1994, que abordó la reforma de la Constitución desde una perspectiva cerrada en su discusión y centrada, en lo que interesa, en la incorporación de normas internacionales promotoras y protectoras de derechos humanos generales, antes que específicamente laborales. Junto a este movimiento, la introducción de principios de progresión, como la justicia social, habla más de un contenido general en el proyecto reformador, que un deseo de innovar en sustancia la materia del trabajo.

Sin embargo, el impacto de este diseño en la rama jurídica fue inevitable y se produjo de manera mediata pero constante. Comenzó con decisiones judiciales adoptadas en casos significativos, que en algunos temas – como el de riesgos laborales – llegaron desde la base jurisdiccional, por la tarea emprendida desde los tribunales del trabajo.

A diez años de la reforma constitucional, el Derecho del Trabajo atravesó el portal del EDC por obra de los pronunciamientos de la Corte Suprema, quien confeccionó una jurisprudencia dirigida a dar operatividad plena a los principios constitucionales en la totalidad del mundo laboral. Partiendo de dos concepciones básicas, la preferente tutela que la Constitución dispensa al trabajador y el contenido concreto que la propia Ley Fundamental otorga a sus principios, el tribunal recorrió las garantías del artículo 14 bis y fue potenciando en su conexión con los instrumentos reconocidos por el artículo 75.22 y con la plataforma interpretativa que surge desde el DIDH.

La proyección hacia las restantes funciones públicas de este cambio arrojó resultados diversos. Mientras el fuero laboral nacional adoptó los postulados del nuevo paradigma y los profundizó en su casuística, el legislador inició una carrera protectoria sobre el texto de la LCT, con la mirada puesta en el texto legal originario.

La administración, por su parte, incorporó nuevos colectivos laborales al régimen general pero no logró superar la disputa de intereses sectoriales y, en el ejemplo de la reforma del régimen de riesgos de trabajo, su propuesta se diferenció de los lineamientos vertidos por la Corte Suprema. Con el régimen de asociaciones sindicales sucedió algo todavía más complejo, como es la coexistencia general de reglas invalidadas por los fallos de la Corte, sin propósitos ciertos desde los otros poderes públicos en afrontar el debate sobre una posible reforma legal.

De todos modos, el producto que arroja este proceso es el de un neoconstitucionalismo propio para el trabajo, que abre la discusión sobre la denominación y alcances de los derechos humanos/fundamentales laborales. La doctrina quedó obligada a considerar la experiencia comparada, de sistemas nacionales e internacionales, sin por ello dejar de lado las características particulares que siguen existiendo en la realidad jurídica local, donde el margen de apreciación nacional, en el juego de los principios públicos locales, todavía se mantiene en vigencia.

Con la apertura del sistema jurídico laboral, el protagonismo de los principios deja a la Ley en un lugar secundario, debiendo fundamentarse y a fundamentar su propia concordancia con la Constitución. Queda atrás la idea de un sistema cerrado, completo, pleno, coherente. La comunicación de fuentes jurídicas, de las que el Nuevo Código Civil y Comercial da cuenta, impulsa una evolución en su tratamiento. La horizontalidad supera la concepción vertical tradicional, algo que sorprende a los operadores jurídicos, aun los laborales, acostumbrados a manejarse con niveles de fuentes concurrentes, como la Ley y el Convenio Colectivo de Trabajo. Este fenómeno también se observa en aquellas instituciones laborales particulares, como la conciliación de derechos e intereses controvertidos, cuyo estándar de transacción queda situada bajo una vigilancia jurisdiccional más estricta

Todo este “sismo” jurídico, con fuentes normativas interrelacionadas y a la vez sobrepasadas por la actuación de los principios constitucionales, con los que deben conectarse una y otra vez, colo-

ca al Derecho del Trabajo frente a grandes desafíos. Se trata de retos nuevos, que no pueden ser superados con las herramientas clásicas del EDL, pero que tampoco obligan a prescindir de ellas, porque de lo que se trata es de aprender a gestionar un ordenamiento coordinado desde la esfera de los principios constitucionales. Allí, la metodología típica de la subsunción comienza rápidamente presentar dificultades para la resolución de los casos.

Estos desafíos se agrupan en tres grandes ámbitos de la teoría y la práctica jurídicas: la interpretación, la argumentación y la decisión.

SEGUNDA PARTE

LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA LA NUEVA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

CAPÍTULO IV

EL DESAFÍO DE LA INTERPRETACIÓN: LA HERMENÉUTICA JURÍDICA LABORAL

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los efectos más relevantes que produjo la llegada del EDC al Derecho del Trabajo sido la renovada atracción de los especialistas por temas de la teoría general. A partir de la apertura que sobrevino al sistema legalista, los operadores laborales manifiestan su voluntad de intervenir en las diversas etapas que rodean la concreción de lo jurídico: desean actuar, regular y decidir, pero para ello necesitan comprender, interpretar y justificar su actividad.

El auge de esta nueva constitucionalidad ha permitido superar la visión estricta de los métodos clásicos de interpretación jurídica, dando paso al reconocimiento de un nuevo enfoque. La clásica división entre la aplicación y la creación del Derecho, ha perdido la rigidez propia del EDL. En la rama laboral, donde determinados sujetos individuales y colectivos desarrollan procesos completos de intelección y resolución de situaciones jurídicas, de acuerdo al nivel de decisión en el que operan, esta interrelación de etapas se avizora conflictiva e imaginativa a la vez.

Surge entonces la pregunta por el alcance de los principios constitucionales. Esta cuestión, a su vez, se descarga sobre el plexo jurídico circundante, como son los cuerpos legislativos, convencio-

nales y contractuales pertinentes, conmoviendo los grados habituales de seguridad jurídica. Todo redundante, a su vez, en una evidente necesidad de certeza que requiere de algún proceso de interpretación.

La metodología de subsunción del EDL, con su apelación a la voluntad del legislador, ya descrita en la materia laboral, parece insuficiente para dar respuesta a este punto. También parece excesivo el descarte de una técnica que, en el complejo de reglas jurídicas laborales, se desarrolló de manera constante y con cierto grado de efectividad.

Pero esta técnica carece de eficacia para moverse en un sistema abierto por el mundo dominante de los principios, especialmente con dos o varios de ellos concurrentes en la discusión de un caso. Si bien la nueva constitucionalización robusteció el rol del Derecho del Trabajo como garante de la dignidad humana en la vida de producción, develó el problema complejo de asumir una tarea interpretativa de reglas y principios, donde, más allá de los estándares de legalidad y razonabilidad, el objetivo final consiste en acercarse al mayor grado posible de justicia.

En esa búsqueda, un diseño jurídico como es el planteado por el EDC, también demanda el estudio previo del modo en que los sujetos laborales se acercan a comprender las normas. Se trata de un aspecto que ofrece la ventaja de aprovechar las virtudes de la apertura del sistema, para considerar un proceso interpretativo que se realiza bajo determinadas condiciones. La moderna perspectiva hermenéutica aparece aquí como una dimensión apropiada para alcanzar esa finalidad.

Dicha actividad asume particular relevancia en el caso de los jueces, quienes deben determinar mediante la prudencia lo justo concreto, derivándolo racional y argumentativamente desde el Derecho.

El presente capítulo, en consecuencia, recorre el siguiente trayecto de análisis: en primer término se abordará la concepción esencial de la comprensión hermenéutica, en su evolución general

y jurídica; luego se expondrán los elementos particulares que configuran aspectos problemáticos de la hermenéutica jurídica laboral, para después avanzar en una propuesta interpretativa que conjugue esta faceta con la concreción que exige el Derecho del Trabajo del EDC.

2. UNA MIRADA SOBRE LA HERMENÉUTICA Y SU IMPORTANCIA PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

a) Aproximación a la hermenéutica general

1. *De la Antigüedad al giro ontológico del Siglo XX*

Con el término *Hermeneia* se designó en la Antigüedad al oficio interpretativo de los mensajeros de los dioses, quienes proclamaban su voluntad rememorando la tarea de Hermes como heraldo divino. Platón usó el mismo término para designar a los poetas (intérpretes de los dioses), mientras que Aristóteles propuso considerar así a toda afirmación de lo que es o no realidad, como una significación de lo expresado en el lenguaje y en los signos mentales¹.

La aparición del Cristianismo introdujo el análisis de los textos bíblicos más allá de su sentido gramatical, como una cuestión derivada de una problemática especial: interpretar, en un momento determinado, un texto distante en el tiempo de su creación².

¹ Ver Emerich CORETH, “Historia de la Hermenéutica”, en *Diccionario de Hermenéutica. Una obra interdisciplinar para las ciencias humanas*, dirigido por A. Ortiz-Osés y P. Lanceros, 4ta. ed. revisada y ampliada, Universidad de Deusto, 2004, 211 y sgtes.

² Se sigue aquí a Antonio OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1995.

Los aportes del pensamiento cristiano (S. Agustín y S. Tomás de Aquino), y luego de la hermenéutica bíblica alumbrada por la Reforma, favorecieron el paso a una comprensión más racional, en la cual cobra importancia para la tarea de interpretación la cultura de la época del texto. Apareció aquí la concepción del “círculo” como movimiento que va de la obra al autor y viceversa.

En este decurso, el planteo formulado por el romanticismo alemán (Schleiermaier y luego Dilthey) apuntó a la dualidad existente entre las ciencias naturales y las del espíritu, distinguiendo el método analítico explicativo de las primeras de un procedimiento comprensivamente descriptivo de las segundas. Este modo de comprender a las ciencias reflejó una problemática más amplia de la interpretación, vinculada a la filosofía y en especial a la fenomenología (Husserl).

A principios del Siglo XX, la cuestión sufrió un cambio radical en su perspectiva. Su prolegómeno tuvo lugar en 1923, cuando al presentarse el desarrollo de un pensamiento ontológico esencial (Heidegger), vinculado a la “pregunta por el Ser”, se elaboró un concepto cercano a la idea hermenéutica originaria, es decir, una unidad entre la comunicación, la interpretación y la existencia³.

El giro decisivo se completó con la aparición de una renovada posición filosófica sobre la interpretación; un desarrollo de la comprensión que no es la simple toma de conocimiento sino un desenvolvimiento de sus posibilidades. Se llegó así a una concepción dinámica de la interpretación, que pone el acento en el momento previo, en el acercamiento a las cosas. Se trata de un proceso que no puede ser estático, sino que debe moverse en círculos, sobre todo encima del conocimiento vulgar, para arribar a un resultado

³ Cfr. Martin HEIDEGGER, *Ontología. Hermenéutica de la facticidad*, trad. cast. Jaime Aspiunza, 2da. ed. 1ra. reimpr., Alianza Editorial, Madrid, 2011, 27-35 y 34-35.

científico. En palabras concretas: “Lo decisivo no es salir del círculo, sino entrar en el momento justo”⁴.

2. *Los conceptos esenciales de la nueva hermenéutica*

Partiendo de los análisis precedentes y con foco en el concepto de formación (*bildung*) relacionado con el trabajo (su esencia no es consumir la cosa sino formarla), se robusteció el giro dado en el pensamiento (Gadamer), al estimarse que la averiguación de la verdad en las ciencias del espíritu requiere de una pregunta similar a la practicada respecto a la metafísica. Esa pregunta, definida como “qué es en verdad el comprender”, fue derivada hacia el arte de comprender textos, que es lo que se conoce como la hermenéutica⁵.

La hermenéutica moderna se construyó, así, en torno a un conjunto de elementos que integran la totalidad del proceso de comprensión, y que se detallan a continuación:

Prejuicio. Se trata de evitar la valoración negativa que la Ilustración le otorgó al concepto, al descalificarlo en pos de la supremacía de la Razón. La hermenéutica conduce a una rehabilitación de la noción de prejuicio como un juicio pendiente de convalidación definitiva y reconociendo que hay prejuicios que pueden ser legítimos, conectados con la autoridad del conocimiento y con la tradición⁶.

Círculo. Se recuerda la regla hermenéutica de comprender el todo desde lo individual y lo individual desde el todo, en una relación

⁴ Cfr. Martin HEIDEGGER, *El Ser y el Tiempo*, trad. cast. José Gaos, 1ra. ed., 6ta. reimpr., Fondo de Cultura Económica, Bs.As., 2006, 46-49 y 168-171.

⁵ Ver Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método I*, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, 8va. ed., Sígueme, Salamanca, 1999, 70, 331-334. La traducción inglesa equipara el término “bildung” al de “culture” en sus rasgos formativos y estéticos, ver *Truth and Method*, 3th. ed., reprinted, translation revised by Joel Weinsheimer & Donald Marshall, Continuum, 2006, 8, 70.

⁶ GADAMER, cit., 337-339 y 344.

circular cuyo movimiento va constantemente del todo a la parte y de ésta al todo. La tarea consiste, por lo tanto, en ampliar la unidad del sentido comprendido en círculos concéntricos⁷.

Distancia en el tiempo. Cada época tiene un texto que forma parte de una tradición, de una cultura por la que ese período posee un interés que intenta comprenderse. Pero el sentido de un texto supera a su autor. Por eso, la comprensión no es nunca un comportamiento reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo y positivo. Esto es lo que permite expresar el verdadero sentido que hay en las cosas, aunque ello no se agote con el texto⁸.

Fusión de horizontes: Comprender algo es siempre un proceso de fusión de estos horizontes, entendiendo el horizonte como un ámbito de visión focalizado desde un punto y que se desplaza con nuestro movimiento. En la dimensión hermenéutica existe una tensión entre el pasado del texto y el presente interpretativo; una fusión interna de comprensión e interpretación que tampoco puede desentenderse de su aplicación. La interpretación hace expresivo el comprender y se vincula con la aplicación de lo interpretado. Como resultado de todo esto, comprender es también aplicar⁹.

Tarea del jurista: En la comprensión, se entra en relación de comunidad con el otro. Se intenta adecuar la Ley (dictada en el pasado) a las necesidades del presente, concretándola en cada caso. No hay sólo un problema metodológico, sino que se ingresa en la materia jurídica misma, descartándose que pueda emitirse una opinión o dictarse una sentencia por el mero procedimiento de subsunción. Por ello, la distancia entre la generalidad de la Ley y

⁷ GADAMER, cit., 360-361.

⁸ GADAMER, cit., 366-368.

⁹ GADAMER, cit., 372-380.

la situación jurídica concreta se considera esencialmente insuperable¹⁰.

Experiencia dialéctica. Como al leer un texto ya tiene lugar su aplicación, el lector se encuentra inmerso dentro del mismo conforme el sentido que percibe. Para avanzar en la comprensión, resulta necesario ingresar en una experiencia dialéctica, en base a un objeto determinado y mediante una pregunta también determinada. A partir de esa controversia por el reconocimiento recíproco, impulsado a través de la negación, se puede acceder a lo real y alcanzar un resultado que, si bien no es concluyente, representan la apertura dada por esta experiencia¹¹.

b) La hermenéutica jurídica

1. *Las particularidades que plantea el Derecho*

La finalidad de la dimensión hermenéutica se orienta a resolver los problemas humanos por un camino alejado de la unilateralidad científica, la cual se funda exclusivamente en la objetividad y en la verificación de los enunciados. La negación de toda trascendencia es particularmente irritante para los partidarios de esta corriente¹².

¹⁰ GADAMER, cit., 402. "...la tarea hermenéutica de superar la distancia entre la ley y el caso está dada también incluso cuando no media ningún cambio de las relaciones sociales o cualquier otra alteración histórica de la realidad que haga aparecer como anticuado o inadecuado el derecho vigente" (613).

¹¹ GADAMER, cit., 413 y 429-433, 440-444. Comprender un texto quiere decir comprender la pregunta que se ha planteado. La lógica de las ciencias del espíritu es una lógica de la pregunta (447-448).

¹² Hans-George GADAMER, *El último dios. La lección del siglo XX. Un diálogo filosófico con Riccardo Dottori*, trad. Cast. J.L. Irrutate Veja, Anthropos – Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa, México, 2010, 80 y ss. Su especial rechazo a la postura de Popper lo ha llevado a decir: "Yo tuve en mucha estima a

Por otra parte, la unión entre lo jurídico y lo interpretativo, rescatada del lugar secundario en el que el EDL la había dejado, al cobrar un lugar protagónico en el EDC, pone el acento en la importancia estructural de esta conexión, relegada por largo tiempo en el mundo de los filósofos y de los juristas¹³.

Esta es la traza en donde el proceso hermenéutico se va moviendo, elaborando un espacio plural de interpretaciones, mediante el juego dialéctico de la confrontación y la búsqueda de acuerdos sobre el sentido y naturaleza de las cosas.

Sin embargo, al contrario de lo que ocurre en otros campos del conocimiento, como las ciencias sociales y la crítica literaria, donde resulta posible transitar indefinidamente por los círculos concéntricos de la comprensión, lo jurídico exige un pronunciamiento final que resuelva la cuestión, una decisión o serie de decisiones que, en muchos supuestos, culminan en la resolución de un juez o tribunal que no resulta susceptible de apelación o revisión. En suma, requiere de una última palabra que, al menos para el caso, ponga fin a la discusión¹⁴.

Por ello, para alcanzar esta etapa, no alcanza con recorrer los senderos marcados por los círculos concéntricos. Más que hablarse de un “círculo”, se debe hablar de una “espiral hermenéutica”, donde la dinámica del proceso de comprensión no regresa al punto

Popper cuando era joven...pero su continua y repetida negación de toda trascendencia, la negación de todo sentido de la historia, me parecen inaceptables”.

¹³ Cfr. Giuseppe ZACCARIA, “Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica” en “Persona y Derecho” 1996, N° 35-, 227.

¹⁴ Cfr. Paul RICOEUR, *Hermenéutica y acción. De la hermenéutica del texto a la hermenéutica de la acción*, trad. cast. M. Prelooker, L- Adúriz, A. Fornari, J.C. Gortier, M. del Valle, Prometeo Libros, Bs.As., 2008, 75. Ello es así, según el citado autor, “...porque la decisión del juez se impone por la fuerza del poder público. Ni en la crítica literaria ni en las ciencias sociales existe una última palabra similar. O bien, si existe alguna, le damos el nombre de violencia”.

de partida, sino que progresa hacia nuevos ámbitos, acercándose cada vez más hacia su objetivo¹⁵.

Este proceso brinda otra particularidad. Para evitar quedarse encerrado en la etapa circular/espiral, es necesario salir, y además hacerlo en el momento justo; es decir, abandonarlo en el momento oportuno, lo cual requiere de algo más que la mirada de la dimensión hermenéutica¹⁶.

A su vez, y este es uno de los reproches que se le formula a esta perspectiva filosófica, lo hermenéutico no debe caer en un simple “reduccionismo interpretativo”, por su vocación de reducir el conocimiento (incluido el jurídico), a una tarea sucesiva y reiterada de los intérpretes, con el riesgo de perder la referencia del objeto en consideración¹⁷.

Esta característica, propia de lo jurídico, ha hecho que los partidarios del abordaje hermenéutico no rechacen las distintas metodologías de la interpretación. En un sistema abierto como es el del EDC, donde el Derecho asume su impronta relacional, la hermenéutica pasa a asumir un rol de comprensión de toda la metodología jurídica¹⁸.

En consecuencia, la superación del modelo de interpretación legalista no significa que toda su metodología deba ser dejada de

¹⁵ La definición de la “espiral hermenéutica” corresponde a Winfried HASSEMER, citado por Arthur KAUFFMANN, *Hermenéutica y Derecho*, edición a cargo de Andrés Ollero y Juan Antonio Santos, Comares, Granada, 2007, 144-145.

¹⁶ Cfr. Pedro SERNA, “Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”, en *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Pedro Serna director, Comares, Granada, 2005, 313-314.

¹⁷ Ello es especialmente peligroso en las situaciones donde se pone en juego un concepto valorativo indisponible. Ver Carlos I. MASSINI – CORREAS, *Facticidad y razón en el Derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Marcial Pons, Bs.As., 2014, 191-201, especialmente 198.

¹⁸ Cfr. Arthur KAUFFMANN, *Filosofía del derecho*, trad. cast. L. Villar Borda y A. M. Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, 98-101.

lado. Pero sí que resulta claramente insuficiente. Ni la idea de la creación judicial del Derecho en dos actos sucesivos (verificación de los hechos y aplicación del derecho) ni la supuesta apoliticidad del juez, pueden hoy sustentarse en la realidad. Este acto creativo combina conocimiento y poder de forma argumental y racional¹⁹.

La actividad hermenéutica en el Derecho consiste, pues, en el armado de una pre-conclusión que necesita de razones para ser validada, para que permita que su aplicación sea al mismo tiempo comprensión e interpretación y se forme, de esta manera, una operación valoradora, ética y política²⁰.

Esto conduce a situar la interpretación desde dos vértices: un texto fijado y con autoridad y un sujeto que lo cuestiona para hacerlo válido en una situación dada. De lo que se trata es de tomar un texto y recrearlo, ampliarlo o contrastarlo, para aplicarlo con practicidad y operatividad al caso concreto, en la determinación de lo justo²¹. Por eso la circularidad hermenéutica tiene un significado positivo. A diferencia del historiador, el jurista-intérprete quiere no sólo conocer la realidad sino modificarla²².

No escapa a este análisis la clásica distinción técnica que divide la tarea de “interpretar” un texto normativo, de la dirigida a “aplicar” el mismo, como actividades que se realizan de manera diferente y, más aún, en etapas que se presuponen e incluyen, de forma sucesiva. Empero, desde la visión hermenéutica, el “interpretar” pasa a significar también una versión de la aplicación, ya

¹⁹ KAUFMANN, *Filosofía...*, cit., 180-186.

²⁰ Andrés OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el derecho?*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, 201-210 y 233.

²¹ Antonio OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, “La hermenéutica jurídica en la perspectiva de la razón práctica” en *Persona y Derecho*, N° 35, 1996, 171.

²² Francesco D'AGOSTINO, “Hermenéutica y derecho natural. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica”, en *Las razones del derecho natural*, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas coordinador, 2da.ed. corregida, reestructurada y ampliada, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma. Bs.As. 2008, 345-356.

que se trata de ubicarse ante una situación concreta, percibirla y definirla, en vista de la insuficiencia que posee la norma para abarcar la totalidad de los presupuestos que se evidencian en todos los casos²³.

2. *Los límites del proceso comprensivo para el Derecho*

El cambio de paradigma sobrevenido con el EDC, por la posición suprema y operativa asignada a los principios constitucionales, ha reivindicado el papel de la hermenéutica jurídica. Pero también ha generado un nuevo debate en la interpretación, comenzando por el nivel constitucional, especialmente en aquellos aspectos vinculados con la libertad metodológica, la sujeción a los valores y principios allí contenidos, el grado de vinculación o la relevancia del precedente, y el posible riesgo que puede derivarse en la posibilidad del decisionismo o activismo en la órbita judicial²⁴.

Esta polémica quedó empalmada con otra discusión que también ha tomado impulso con la difusión del neo-constitucionalismo, como es la existencia o inexistencia de una hermenéutica constitucional, diferente de la hermenéutica jurídica general.

Las posturas principales sobre el punto parecen dividirse en: a) la tesis de la diferencia intrínseca, que postula la presencia de una hermenéutica constitucional, con problemas interpretativos diferentes de la hermenéutica jurídica clásica, b) la tesis de la igualdad total, que reivindica la existencia de una sola hermenéu-

²³ Sobre la distinción entre “interpretación” y “aplicación”, ver Riccardo GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, 9na. ed., 3ra. reimpr., Porrúa – UNAM, México, 2014, 9-10; sobre la visión hermenéutica del tema, ver Lenio STRECK, *Hermenéutica jurídica. Estudios de teoría del Derecho*, ARA Editores Lima, 2009, 24.

²⁴ Carlos A. HERNÁNDEZ – Moisés R. MAZABEL, *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*, ARA Editores, Lima, 2010, 142-146.

tica, con paridad interpretativa entre las Constitución y otras normas, y c) la tesis de la igualdad con particularidades, que entiende que si bien existe una hermenéutica jurídica general, ello no impide la justificación de la existencia de una hermenéutica constitucional específica, apta para el estudio de los principios interpretativos propios, en función de las características peculiares que posee la Constitución, denotando la convivencia del género (hermenéutica jurídica) con la especie (hermenéutica constitucional)²⁵.

En esta discusión, el tema de la subordinación a los valores constitucionales no debe ser considerado un tópico secundario. Si bien el EDC se caracteriza por su pluralidad interpretativa y por su búsqueda permanente de la verdad, ello no implica su asociación con una postura relativista. El cimiento sobre el que se construye, constituido por la dignidad humana, sintetiza el conjunto de sus valores y funciona que trabajan como un límite tolerancia frente a la extensión de las distintas teorías y ficciones jurídicas que puedan implementarse por razones técnicas²⁶. También se ha dicho que, si bien existen ciertos procedimientos interpretativos propios del campo constitucional, estos problemas no serían de interpretación sino de dogmática o ideología constitucionales, ya que no se refieren a la atribución de significado a un posición constitucional determinada, sino que su solución depende de las diversas doctrinas jurídicas y políticas que colisionan en el campo de la cultura jurídica²⁷.

²⁵ Cfr. R.V. PEREIRA, *Hermenéutica filosófica e constitucional*, Livraria del Rey Editora Ltda., Belo Horizonte, 2001, 97-101.

²⁶ Cfr. Peter HÄBERLE, *Verdad y Estado constitucional*, trad. cast. G. J. Mañón Garibay, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, 113 y ss.

²⁷ Sobre este punto ver la obra de Riccardo GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. cast. M. Carbonell y P. Salazar, 2da. ed., Trotta, Madrid, 2010.

A ello se suma el carácter abierto y de permanente discusión que plantea la hermenéutica y que no implica su preferencia por un método interpretativo en particular. Esta ausencia, invocada como una virtud, ha sido observada asimismo como una falencia; en particular, una debilidad que se exhibe cuando esa combinación metodológica no se ajusta a mínimas referencias de coherencia y razonabilidad. Por lo tanto, la hermenéutica debe hacerse cargo del problema que abarca la distancia que va desde la generalidad de la norma hasta su llegada al caso particular. Sin la referencia a lo jurídico concreto y aplicado, no resulta posible la comprensión del Derecho²⁸.

En medio de estas disquisiciones, lo que el pensamiento hermenéutico nos brinda es una visión del proceso de comprensión del fenómeno jurídico que, al incluir elementos como la pre-comprensión y el diálogo de la espiral dialéctica, ayudan a discernir el ciclo interpretativo con una mayor profundidad que la que puede aportar la lógica formal del positivismo. Una vez iniciada la “espiral” hermenéutica y confrontadas sus posibles direcciones, el final del ciclo no puede ser otro que la concreción de la norma en el caso con una aspiración de justicia concreta. Y esto implica concebir dicha etapa como la manifestación de lo decidido sobre la materia investigada.

Para el Derecho del Trabajo la hermenéutica posee suma utilidad porque se adentra en los vericuetos de la comprensión del texto con relación al par norma – caso y, aunque no ofrezca una respuesta general para el sistema, ayuda al ajuste de la visión jurídica protectoria que los problemas similares pueden recibir desde el mundo interpretativo.

²⁸ A. O. FERNÁNDEZ – LARGO, *Hermenéutica Jurídica...*, cit., 96 y ss.

c) La hermenéutica jurídica laboral

El marco de análisis precedente auspicia la confección de un enfoque atinente a la comprensión que se da en la faceta laboral del universo jurídico. Esta hermenéutica especializada resulta particularmente valiosa para que los procesos de interpretación que una y otra vez se activan en la rama del trabajo del EDC no deriven en dilucidaciones teñidas de arbitrariedad, que conspiran contra los propios principios que dicen proteger, o en simples mecanismos de subsunción que terminen reiterando las conocidas fallencias del EDL.

Así como la hermenéutica constitucional ha sido definida como un área que posee aristas distintivas de la hermenéutica jurídica general, pero que forma parte de ella, lo mismo puede decirse de los procesos comprensivos que involucran las reglas y principios laborales. Existen peculiaridades, diferencias o matices que, aun cuando se integran en el ciclo de conocimiento antes descrito, hay que señalarlas para no equivocar la necesaria sintonía que debe orientar al sujeto intérprete.

1. El problema del pasado textual y el presente interpretativo en el Derecho del Trabajo

La hermenéutica general le confiere a la tradición un lugar significativo a la hora de emprender el camino del comprender. El aspecto ambiguo del término, que ya resulta complejo en el terreno jurídico, se convierte en un tema de difícil apreciación para el campo laboral.

Salvo el recurso a la tradición protectoria que signara el origen del Derecho del Trabajo, y a la marcación que las distintas épocas de mayor o menor amplitud tuitiva han dejado en el ordenamiento, no siempre puede rescatarse el espíritu cultural o de época en el que se delineó un determinado texto.

En primer lugar, porque los cambios que ha sufrido ese ordenamiento a lo largo de su existencia, motivados por cuestiones po-

líticas, jurídicas, técnicas y económicas, no favorecen el anclaje de la norma en un período determinado. De hecho, en un mismo sistema conviven normas de distintas épocas, con orígenes y motivaciones diversas que impiden al intérprete aislar y recrear en el intérprete su sentido, más allá de su referencia historiográfica. Un buen ejemplo de lo expuesto es el período transitado a partir de la reforma constitucional de 1994. Luego de incorporarse al texto constitucional los instrumentos básicos del DIDH, con su carga axiológica protectoria, se pusieron en marcha reformas laborales que podían interpretarse con un sesgo diferente, como es la ley 24.557 de riesgos del trabajo con su limitación a la responsabilidad del empleador. ¿Cuál es en este tiempo el “espíritu” de la tradición?

Por otra parte, la llamada crisis del Derecho del Trabajo, alumbrada desde los años setenta en Europa Occidental, puede verse también como una crisis de la propia tradición laboral. Que en algunos países, como la República Argentina, haya reverdecido este acervo a la luz del ingreso al EDC, no supone desconocer su importancia, aunque haya quedado reservada a tópicos muy precisos, principalmente a las relaciones colectivas, donde el peso de toda una época sigue manteniendo vigencia.

Quizás la distancia temporal pueda verse desde otro aspecto. Puede decirse que en el Derecho del Trabajo, la distancia que media entre texto y caso se haya cubierto por el principio protectorio, que al ser llamado para ingresar en la interpretación favorece la fusión de horizontes y, en consecuencia, facilitó la realización de una tarea de comprensión, más allá de la problemática que presente la tradición. En rigor, lo que ofrece la perspectiva hermenéutica es tomar la experiencia histórica inserta en el texto, y someterla a una cadena de interpretaciones; donde la relación de sentido este dirigida por la identidad humana y, como revelación de ese

sentido, tenga como efecto la consideración de las personas como sujetos de derechos²⁹.

2. *La experiencia dialéctica en el Derecho del Trabajo*

El objetivo de la hermenéutica es la comprensión del texto y, para ello, la pregunta reviste una importancia fundamental, que en esta rama jurídica merece una posición similar de preeminencia. Al acercarnos a las expresiones del hombre que conciernen a su hacer y a su poder, las preguntas se conectan con las necesidades acuciantes de la existencia. Este es el punto en donde los asuntos de la libertad, la dignidad y la supervivencia quedan equiparados.

El ordenamiento laboral brinda un buen material para formular los interrogantes. En general se espera que, con alguna certidumbre, muchos de ellos obtengan sus respuestas de los niveles legales o convencionales habituales. Sin embargo, como ya se ha señalado, los casos laborales que involucran aspectos sustanciales de los derechos humanos de la producción, rápidamente se “desparametrizan”, es decir, se fugan del rango genérico de la Ley/Convenio Colectivo y reclaman una tutela directa superior.

La “lógica de la pregunta” ya no es solamente para una norma o conjunto de normas previamente identificadas. Se transforma en una tarea intertextual, que obliga a utilizar distintos criterios interpretativos. La espiral hermenéutica se convierte de esta manera en distintas espirales entrelazadas, que como cadenas de ADN marchan en un recorrido genético hacia el cauce valorativo de los principios.

²⁹ Cfr. Xabier ETXEBERRIA, *Derechos humanos y cristianismo. Aproximación hermenéutica*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, 16-17.

La salida de este proceso de comprensión alcanza su punto culminante cuando el caso deja al descubierto la naturaleza de las cosas y de las relaciones involucradas.

3. LOS SUJETOS DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA LABORAL

a) Los intérpretes laborales

Conforme sucede en otras ramas jurídicas, las preguntas y las respuestas que se formulan en el Derecho del Trabajo, quedan condicionadas por el lugar que ocupa el sujeto que las realiza. En el mundo de las relaciones laborales, cruzado por reclamos de intereses, este no es un dato menor. Las dos grandes familias de operadores del sistema (ahora abierto), privada y estatal, con sus subdivisiones individuales y colectivas (si tomamos al Estado como el ente colectivo mayor), expanden su funcionalidad en numerosos roles e instancias de resolución, los cuales demandan una cuota de interpretación y generan a la vez un grado particular de expectativa.

El nuevo constitucionalismo laboral impulsa la diversidad de voces y la necesaria consideración de todas ellas. Esto es muy apreciado por las relaciones laborales, que hacen de la comunicación y de la discusión su mecanismo natural de gestión. Pero en lo jurídico, no todos los sujetos laborales tienen la misma intensidad de voz, ni su opinión representa un pronunciamiento especializado. El principio protectorio asiste al trabajador en su discurso, como la libertad sindical lo hace respecto al sindicato y a la entidad empresaria representativa. De igual manera, el poder jerárquico de organización y dirección brinda soporte a lo que diga el empleador así como la soberanía estatal lleva a cabo su parte con la Administración del Trabajo.

Estas son, sin embargo, interpretaciones con distintos grados de provisionalidad y, salvo los supuestos no controversiales o que se definen en ámbitos técnicos colectivos, corresponde al juez sen-

tar la interpretación definitiva. Pero no hay que desmerecer, en este “coro” de voces, el papel desempeñado por la doctrina. La pluralidad de interpretaciones que se realizan desde los respectivos ámbitos, recibe permanentemente su colaboración en su acercamiento a la idea de lo justo. Esto implica la aceptación de un juego de influencias recíprocas, que incluyen las actividades interpretativas de sujetos dotados de menor a mayor competencia técnica, que fuerzan al intérprete autorizado a enfrentarse a lo que ellos sostienen³⁰.

Se despeja así el camino dirigido a alcanzar un pronunciamiento sobre lo justo concreto; una cima a la que no se podrá llegar con interpretaciones defectuosas o maliciosas, que desandan este recorrido. No por casualidad se ha dicho que lo “justo medio” no es tanto una meseta como una cumbre, difícil de alcanzar entre dos pendientes de fácil caída³¹.

1. Trabajadores y empleadores

Las constituciones propias del EDC pretenden establecer bases éticas o axiológicas de convivencia social. Al hacerlo, se van imbricando en los distintos aspectos de la vida común, interesando tanto a los juristas como a los demás ciudadanos. La Constitución de 1853-1994 no constituye una excepción a esta regla³².

El avance y difusión de las garantías constitucionales ha dado lugar a evaluaciones y opiniones particulares o grupales, quienes

³⁰ Sobre la actividad intencional y la diversidad de sujetos e interpretaciones ver Francesco VIOLA – Giuseppe ZACCARIA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, trad. Cast. A. Cebeira, A. de Prada y A. Richart, coordinación y revisión de la traducción y prólogo a cargo de Gregorio Robles Morchón, Dykinson, Madrid, 2007, 128 – 129 y 140 y ss.

³¹ La expresión pertenece a Michel VILLEY, *Filosofía del Derecho*, trad. Evaristo Palomar Maldonado, Scire Universitaria, Barcelona, 2003, 55.

³² Ver Rodolfo L. VIGO, *Cómo argumentar jurídicamente*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2012, 84-85.

han democratizado el debate público y favorecido nuevas interpretaciones sobre los derechos básicos y su conexión con la vida en común.

Esto no significa que en el pasado los sujetos del Derecho del Trabajo no se hayan interesado por indagar el modo en que el ordenamiento alcanzaba y afectaba su existencia. El deseo por entender el costado jurídico de una situación se incrementó con la divulgación del contenido normativo laboral. En el caso de los trabajadores, este hecho fue decisivo para conocer sus derechos y poder así reclamar su respeto³³.

En estas relaciones, las interpretaciones, practicadas por los propios sujetos ¿Deberían ser desechadas por no provenir de intérpretes calificados por su especialidad y autoridad? La realidad social demuestra, que los trabajadores y empleadores realizan estas disquisiciones en torno al funcionamiento de sus vínculos, desde sus inicios y de manera constante.

En el punto anterior se ha descrito la etapa de pre-comprensión que integra el proceso hermenéutico. Sin embargo, dicho escalón no puede leerse solamente en clave individual, sino que debe medirse en el horizonte general de expectativas, en esa cadena de interpretaciones precedentes sobre el tema y enmarcada en la fase preparatoria de la búsqueda de respuestas de la práctica jurídica. Es por ello que tal indagación (sobre una justa y satisfactoria solución del caso) opera como elemento de apertura de la pregunta al texto legal. Si no existe esta dirección o se encuentra fuera de ella, el interés hermenéutico no puede nacer ni se encuentra en condiciones de desarrollarse³⁴.

³³ Según una opinión doctrinaria, el matiz “revolucionario” de la Ley de Contrato de Trabajo de 1974 estuvo, antes que en sus disposiciones, en la circulación de su texto entre los trabajadores. Ver Rodolfo CAPÓN FILAS, “Influencia de la Ley de Contrato de Trabajo”, en *Norberto Centeno: una ley para los trabajadores*, Jefatura de Gabinete, Provincia de Buenos Aires, Bs.As., 2014, 87.

³⁴ Ver F. VIOLA – G. ZACCARIA, cit., 188-189.

Este es el riesgo: que los protagonistas manifiesten una interpretación desviada de la situación laboral. Desde su provisionalidad, no es infrecuente que, aprovechando los elementos poco concretos y las “zonas grises” que se ubican en las reglas jurídicas, se aborde una interpretación defectuosa. Un buen ejemplo se brinda con la calificación jurídica del contrato de trabajo, donde las partes, y especialmente el empleador, puede desplegar una voluntad “maliciosa” por ocultar el vínculo a través de figuras no laborales, promoviendo una manipulación de la forma contractual³⁵.

En estos supuestos, la falta de sinceridad clausura el ciclo hermenéutico y los sujetos ingresan, a través de la controversia y mediante la formalidad del lenguaje, a las demás instancias de interpretación, anclando sus fundamentos en las posiciones asumidas con carácter previo.

2. Sindicatos, empleadores y entidades representativas empleadoras

El nivel colectivo también ofrece una intensa experiencia en materia de interpretación. Esta puede tener un menor grado de provisionalidad, hasta alcanzar el nivel de una evaluación definitiva. Los sujetos pueden elaborar una cláusula aclaratoria de una regla convencional, así como someter la discusión a un órgano especializado. Este es el ejemplo de las Comisiones Paritarias de Interpretación, que poseen atribuciones legales para resolver en ese ámbito cuestiones de clasificación, y conflictos jurídicos o de intereses que se ventilen en el sector³⁶. La desconfianza entre las partes y la intensa presencia estatal en el sistema de relaciones

³⁵ Así lo destaca Héctor GUIADO, receptando la opinión de la doctrina española, en “Relación y Contrato”, *Derecho del Trabajo. Análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial*, Jorge Rodríguez Mancini director, Astrea, Bs.As., 2010, vol. 1, 223.

³⁶ Artículos 13-15 de la ley 14.250, t.o. 2004.

laborales, ha llevado a la poca utilización de este cuerpo colegiado, dotado de capacidad hermenéutica.

Párrafo aparte merece la problemática que existe en el Derecho del Trabajo cuando, a pesar de lo normado en el convenio colectivo, no se puede evitar la llamada “forma individualizante de la aplicación del Derecho”, realizada independientemente de lo que la jurisprudencia determine con carácter estricto sobre lo que es posible regular por la cláusula convencional³⁷.

3. *Los sujetos estatales*

Los tres grandes protagonistas de este grupo, a nivel local, son el legislador, el administrador y, en lugar destacado, el juez. Durante mucho tiempo se negó importancia o capacidad interpretativa a los primeros, aunque la realidad se encargó de demostrar que ambos efectúan operaciones hermenéuticas iuslaborales, aunque se las quiera encorsetar en las actividades de la creación y aplicación. Sus intervenciones provienen de la soberanía estatal y del régimen exorbitante administrativo, y su particularidad consiste en que son “voces” legitimadas para sustentar decisiones de cumplimiento obligatorio. Por ello mismo, quedan sometidas al control de la “voz” jurisdiccional.

Párrafo aparte merece la participación de los sujetos supranacionales, como los órganos especializados de la OIT, la ONU o la CADH, quienes han afirmado su protagonismo en el EDC y formulan opiniones y pronunciamientos con distinto grado de vinculación.

Desde la perspectiva nacional, no cabe duda que en la elaboración de reglas, el legislador también interpreta. Por supuesto, su

³⁷ Sobre el tema ver Wolfgang DÄUBLER, *Derecho del Trabajo*, trad. cast. del alemán de Ma. Paz Acero Serna y Pío Acero López, revisión de A. Ojeda Avilés, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, 987.

interpretación no es similar a la de un juez o a las de las partes de la relación de trabajo. Tiene un carácter general que proviene de la misma naturaleza de la norma legal.

En cuanto a su ciclo hermenéutico, quien desempeña la función legislativa sigue un curso similar al de resto de los sujetos, en cuanto a que accede a un texto desde una pre-comprensión. Que esta operación sea tan o más política que la del resto de los sujetos, no hace sino acentuar este dato de la interpretación. Además, el debate hacia el interior de su grupo de pertenencia parlamentaria y hacia el exterior, en el plenario común, le da la posibilidad de ejercitar el tramo dialéctico. Finalmente, no debe obviarse que la acción legislativa se dirige hacia la obtención de una finalidad concreta que, en ese plano general, se encuentra sometida a los mismos principios de dignidad, libertad, igualdad y equidad que campean en el universo laboral.

El legislador, salvo circunstancias muy excepcionales, no busca la resolución de un caso o de una problemática individual. Su voluntad se sitúa en el bienestar general y, en el supuesto del trabajo, en la justicia social. Su intención continúa siendo, luego de la caída del EDL, un elemento que se tiene en cuenta al momento de interpretar una norma emanada de su autoridad. Pero no es un elemento definitorio ni último. Importa el fin de la norma. El texto legal se confronta luego con la Constitución y queda en manos de los jueces la decisión acerca de su alcance y validez.

En el ordenamiento laboral, el EDL ha dejado impresa su típica modalidad de auto-integración, a través de los criterios plasmados en el artículo 11 de la LCT que ya han sido analizados. Y en el marco del EDC, ha querido dejar una pauta de interpretación, al incluir la regla de la desigualdad jurídica como forma de equilibrar la conocida hipo-suficiencia del dependiente (artículo 17 bis LCT).

En cuanto al administrador, sus facultades para formular una interpretación eran escasas, cuando no inexistentes. Su rol como ejecutor de la Ley, sumado al temor a los excesos de la discrecionalidad, hacía de la autoridad laboral un sujeto pobre en términos hermenéuticos. Esta característica era más acentuada en el ejerci-

cio de las potestades sancionatorias, donde se exigía un grado estricto de conexidad entre el supuesto de hecho y la conducta tipificada para su sanción.

Buena parte de esta concepción ha cambiado con la nueva constitucionalización. No es que se hayan dejado de lado las garantías inherentes a todo proceso sumarial. Lo que se le ha reconocido a la Administración es su capacidad de interpretar para hacer efectiva su misión de fiscalización y tutela de los derechos laborales. La Corte Suprema del EDC ha reformulado, desde esta óptica, el paradigma del ejercicio de la policía del trabajo (caso “Aerolíneas Argentinas”), mediante la conversión de la fórmula sanción – limitación de derechos por la de sanción – tutela de derechos vulnerados. En base a esta habilitación, conjugada con la necesaria profesionalización de los funcionarios fiscalizadores, se abre una nueva puerta a la interpretación.

Hay un campo adicional en el que la Administración interpreta, y es la que se vincula con su intervención en la materia colectiva. Sea que se trate de un procedimiento de homologación convencional, de un encuadramiento sindical, de una elección gremial, o de la resolución de un conflicto colectivo, resulta irreal pensar que el órgano estatal se limita a la aplicación de la Ley. El cruce de principios y reglas, sumado a las tensiones derivadas de la disputa de intereses, conduce a que la autoridad administrativa practique su propia actividad hermenéutica, más frontal o más velada, pero de todos modos inevitable.

Queda, por último, el más calificado sujeto interpretativo estatal, que es el juez. En su calidad de hermeneuta especializado, al tratar las controversias sometidas a su jurisdicción recibe las interpretaciones de las partes, debe evaluarlas, cotejarlas con los hechos y con las demás interpretaciones de la comunidad jurídica laboral, descartar las desviadas o trucas, y centrarse en aquellas que resultan procedentes para decidir el caso.

El EDC ha otorgado a los intérpretes judiciales un rol fundamental. Ya no son simplemente solucionadores de controversias sino también garantes de derechos. Y es por eso que buena parte

de la literatura del neoconstitucionalismo se dedica al estudio sobre el modo en que los jueces interpretan y deciden casos. Incluso, algunos autores le confieren nombres mitológicos (el juez “Hércules” de Dworkin), para representar la complejidad y relevancia de su papel.

Como en los puntos que siguen se abordará específicamente la temática referida a la interpretación, argumentación y decisión judicial, basta por el momento indicar este sitio preferente que el EDC reconoce a los magistrados.

b) Los condicionantes de la pre-comprensión

1. Los intereses

Junto a las cuestiones estrictamente jurídicas se presentan otras que van adquiriendo relevancia en distintos tramos de la relación laboral. Se trata de los intereses, es decir, de las pretensiones o aspiraciones que cada uno de los sujetos invoca o tiene presente según la posición que ocupa en el mapa socio-productivo.

Sobre todos estos intereses sectoriales campea el interés general. Esta noción especializada del bien común (que guarda similitud con otras denominaciones, como las de “bienestar general” o “interés público”), alude al conjunto de condiciones que permitan a los miembros de una comunidad alcanzar objetivos razonables o realizar sus valores básicos, para cuyo propósito deben colaborar entre sí, positiva y/o negativamente³⁸.

³⁸ Cfr. John FINNIS, *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, 154-156. Para el autor, esta definición no se encuentra separada de los otros sentidos que el concepto puede ofrecer, como la realización de bienes humanos básicos que en sí mismos constituyen un “bien común” (como la vida, el conocimiento, el esparcimiento, la experiencia estética, la amistad, la religión y el libre razonamiento práctico).

Al ingresar desde este nivel explicativo del interés general a su interrelación con los niveles particulares, se hace presente el debate que en cada caso exhibe la relación entre lo jurídico y lo justo. La progresiva “juridización” de las conductas y el empeño por construir un Derecho del Trabajo totalizante, disminuyó la vocación por el estudio de los intereses laborales. Durante la vigencia del EDL, este aspecto del problema quedó asimilado a la forma de resolver su conflictividad, como sucede con las transacciones individuales y los conflictos colectivos.

Todo ello ha generado una confusión que merece aclararse. Por su claridad, cabe repetir aquí una explicación dada por un filósofo jurídico, antes que laboralista: Si un empleador ha concertado con los trabajadores una determinada remuneración y abona una cantidad inferior, se trata de una injusticia que debe ser resuelta por los tribunales. Pero si los obreros entienden que el salario concertado resulta insuficiente ante el aumento del costo de vida, deben procurar su elevación mediante la celebración de un nuevo convenio colectivo, o a través de la huelga, la acción sindical o la manifestación. Estas aspiraciones no son cuestiones de justicia, sino de política, lo cual no es óbice para que, si una cláusula del convenio colectivo o una disposición legal prevea las correcciones salariales automáticas, entonces es claro que interviene la justicia y puede comparecer el juez³⁹.

Por supuesto, la pregunta que sigue apunta a lo que sucede cuando no hay aspiraciones de los hombres que, con toda evidencia, sean justas en sentido propio. La respuesta es que puede haberlas y que ellas pueden tratarse de verdaderos derechos: Determinarlos es la función del jurista y en su respeto corresponde la intervención del juez.

³⁹ La mejor explicación, sin rodeos, desde la Filosofía del Derecho. Ver Javier HERVADA, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico. Una introducción al derecho*, 2da. ed., Eunsa Pamplona, 2008, 46-47.

Queda expresada, entonces, la distinción que puede realizarse entre los derechos y los intereses laborales, sin que por ello deba resignarse la innegable relación que existe entre ambos. Tal es la importancia de esa ligazón: la disputa de intereses se resuelve con la creación de derechos sin perjuicio que existan aspiraciones o intereses que, por su apelación a la libertad y dignidad humanas, pasan a ser considerados, de inmediato, derechos en sí mismos.

La explicación anterior sirve para llamar la atención de este elemento que se integra a la hermenéutica del campo laboral con su identidad. Ya no se trata solo de la pretensión de los sujetos y tampoco del derecho invocado por estos. Es un elemento intermedio, que cabe diferenciar y que influye sobre los otros dos aspectos al tornar más concreta las fronteras de la interpretación.

2. *Los valores*

Junto a la pre-comprensión aplicativa y a los intereses, aparecen en el proceso hermenéutico los valores que portan los sujetos comprensores. Los acompañan desde el inicio de la tarea interpretativa y revisten un lugar destacado.

Toda actividad humana que sirve para la realización de algún fin, exige que esos fines se adopten como valores, que se unen a la actividad. La interpretación jurídica también está ligada al modo en que se agrupan los diferentes valores fundamentales. Estos valores se refieren a consolidar el sistema como la estabilidad de las reglas, su certeza y seguridad jurídica; pero también a cuestiones más amplias y sociales, como la satisfacción de las necesidades de la vida, en el sentido más amplio de la palabra. El primer grupo representa valores “estáticos” y el segundo valores “dinámicos”⁴⁰.

⁴⁰ La calificación pertenece a Jerzy WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el derecho*, 1ra. ed., 1ra. reimpr, trad. cast. F.J. Esquiaga Ganuzas, J. Igartúa Salaverría, Fontamara, México, 2003, 166. El autor adopta este esquema por su comodidad para el análisis jurídico.

Todos los sujetos interpretativos comienzan el ciclo de comprensión con la compañía de alguno de estos valores. Y esto no significa que a determinado sujeto le corresponda inevitablemente un valor en particular. Hay que resistir la tentación de adjudicar una u otra según el rol productivo. No es infrecuente el caso en que los trabajadores o los sindicatos se enrolen en un valor estático y los empleadores en uno dinámico; o que en una discusión convencional ostenten valoraciones cruzadas sobre alguna de sus cláusulas.

Cuando la disputa de valores cae bajo la mirada ideológica, se corre el riesgo de afectar la viabilidad del proceso hermenéutico, dirigido a la búsqueda del conocimiento concreto (la verdad), distorsionando el objetivo del ciclo de comprensión⁴¹.

Asimismo, y de suma importancia, son los valores que el propio Derecho del Trabajo contiene y que se esparcen desde los niveles jurídicos superiores hasta llegar a las normas infra-legales. Como se verá más adelante, ellos refieren al sustrato moral que la disciplina posee y que opera en los carriles sustanciales y procedimentales como fundamento válido de las conductas y decisiones.

3. *La técnica*

Luego de la Primera Guerra Mundial, comenzaba el camino acelerado de automatización y dominio sobre personas, bienes y

⁴¹ El problema de la ideología no es nuevo. W.V. O. QUINE la llama “la mala palabra” en *Desde un punto de vista lógico*, 2da. ed. revisada, trad. Manuel Sacristán, Paidós Ibérica, Barcelona, 2002, 191-193. Sin perjuicio de ello, en cuanto a los estudios históricos que vinculan lo laboral y lo ideológico, se pueden ver, entre otros, Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo, 1873-1923*, 2da. ed. revisada, Akal, Madrid, 1984; Giovanni TARELLO, *Teorías e ideologías en el derecho sindical. La experiencia italiana después de la Constitución*, trad. cast. y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Comares, Granada, 2002; Christopher L. TOMLINS, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge University Press, 1993.

cosas. En este proceso de emancipación material, no es casual que se haya entendido la influencia de la técnica como una manera en que el trabajador moviliza el mundo pero que, a su vez, lo confronta en una alternativa ineludible: “O bien acepta los medios peculiares de la técnica y habla su lenguaje, o bien perece”⁴².

El paso a la Segunda Posguerra dio motivo a la pregunta por la técnica y por su esencia. Lo decisivo de la técnica no estaría en el hacer y manipular, ni en aplicar medios, sino en el “des-ocultar”, esto es, en un provocar que pone a la naturaleza en la exigencia de liberar energías que pueden ser explotadas y acumuladas para la utilización mejor de los recursos con el mínimo esfuerzo posible⁴³.

Para esta época, por su carácter sofisticado, la técnica ya había sido rebautizada como tecnología, como un conjunto de saberes que al mismo tiempo se activan y se introducen en la vida social. En palabras de los pensadores identificados con la Escuela de Frankfurt, cuanto más se avanza en el proceso de autoconservación a través de la división del trabajo, tanto más exige dicho proceso la autoalienación de los individuos, que han de modelarse según el aparato técnico⁴⁴. Esta composición humano – técnica tiene, además, rasgos incrementales y recíprocos; lo que hace la sociedad es reproducirse a sí misma en un creciente ordenamiento técnico

⁴² Ernst JÜNGER, *El trabajador. Dominio y figura*, trad. cast. Andrés Sánchez Pascual, 3ra. ed., Tusquets, Barcelona, 2003, 147 y ss. Para el autor, la técnica no es un poder neutral, sino que, bajo esa apariencia de neutralidad, se esconde una lógica “misteriosa y seductora” con que la técnica sabe ofrecerse a los seres humanos, una lógica evidente e irresistible, que va ganando la totalidad del espacio de trabajo y debilita al mismo tiempo el “instinto” de los afectados (156).

⁴³ Cfr. Martin HEIDEGGER, “La pregunta por la técnica”, en *Filosofía, ciencia y técnica*, trad. Francisco Soler, 3ra. ed., Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1997, 122-123 y 139. Según el autor, no se ha preservado frente a tanta técnica la esencia del arte como salvación. Para una visión comparativa sobre las ideas de Ortega y Gasset y Heidegger en relación a la técnica se puede consultar *Revista Internacional de Tecnología, Conocimiento y Sociedad*, Volumen 2, Número 1, Madrid, 2013.

⁴⁴ Cfr. Max HORKHEIMER – Theodor ADORNO, *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, trad. Cast. Juan José Sánchez, 9na. ed., Trotta, Madrid, 2009, 83.

de cosas y relaciones que incluyen la utilización técnica del hombre⁴⁵.

El siglo XXI, económica y comunicativamente globalizado, asiste a la explosión de este universo técnico, cambiante y contradictorio. Como hecho profundamente humano, la técnica acompaña el desarrollo social, ya que responde a la misma vocación del trabajo humano. Pero su rostro continúa siendo ambiguo. Si la técnica nace de la creatividad humana, como instrumento de la libertad de la persona, se corre el riesgo de adoptarla como un elemento de una libertad absoluta, que desea prescindir de los límites inherentes a las cosas⁴⁶.

Con este bagaje conceptual, la técnica se incorpora al ciclo de comprensión iuslaboral. Primero, desde el propio Derecho del Trabajo, concebido como una “técnica” de la técnica, necesaria para que las categorías sociales se transmuten en categorías jurídicas⁴⁷. En segundo lugar, desde la propia realidad interpretativa, que el desarrollo técnico y que el intérprete no puede desconocer. La tranquilidad de geografía estática del trabajo, propia del Estado de Bienestar, ha sido reemplazada por un escenario variable de personas, cosas y derechos.

Esta novedad no se limita a la aparición de las modalidades de la externalización de tareas o la subcontratación de servicios. La técnica presiona la comprensión del intérprete, habituado a las derivaciones del principio protectorio, con todo un arsenal de situaciones prestacionales que interpelan las bases mismas de la disciplina jurídica.

⁴⁵ Cfr. Herbert MARCUSE, *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, trad. cast. Antonio Elorza, Seix Barral, Barcelona, 1969, 173.

⁴⁶ Cfr. BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate*, Capítulo sexto, 126 y ss, especialmente 128-130.

⁴⁷ Cfr. Alfredo MONTROYA MELGAR, *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997, 21.

El impacto, además, alcanza a las nociones de sujeto, de establecimiento, de jornadas y de remuneración, entre otros. El tiempo y el espacio se acomodan a la técnica. Su mayor exponente se puede encontrar en la modalidad de teletrabajo, en los servicios de asistencia al cliente ubicados fuera del territorio desde el cual son contactados, o en las redes de emprendimientos globales que permiten a los individuos elaborar el proyecto de un objeto en un país, concluir su diseño en otro y enviar el modelo para ser reproducido por un tercero ¿Quién es el empleador y quién el trabajador? ¿Existe un establecimiento? ¿Cómo se aplican los criterios de responsabilidad laboral? Todo esto conmueve e influye en la comprensión de la estructura tuitiva clásica.

4. LOS OBJETOS DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA LABORAL

a) El lenguaje de las normas laborales

1. *El texto en el Derecho del Trabajo*

Durante largo tiempo, la rama laboral afrontó un problema vinculado a su esquematización en el positivismo legal. Fue considerada por otros ámbitos jurídicos como una disciplina con poca sustancia interpretativa, con planteos y controversias que en la mayoría de los casos se definen mediante la aplicación de algún mandato del ordenamiento especial, con el pago de las tarifas allí previstas, y en los supuestos más relevantes apelando a conceptos de reparación del Derecho Civil, como es el de daño moral. El grado de practicidad que se requiere de toda normativa laboral se vio también afectado por el preciosismo de algunos juristas del trabajo, que convirtieron su lenguaje en un laberinto de críticas académicas y derivaciones teóricas que aportaron una complejidad innecesaria a los temas por resolver.

Lo cierto es que las normas del Derecho del Trabajo poseen una profundidad interpretativa que en general se desconoce. Si

cualquier operador jurídico limitara su análisis al estudio literal o “plano” de los textos legales laborales, cometería un error grave. Como lo recuerda un fallo de nuestra Corte Suprema, utilizando las palabras del *Justice* Brennan, lo que sucede con el lenguaje llano de la mayoría de las leyes del trabajo, es que su simplicidad es más aparente que real⁴⁸.

El Derecho del Trabajo, por lo demás, participa de un problema que resulta común a las normas jurídicas y al lenguaje: su ambigüedad sobre el sentido en que utilizan sus términos, su vaguedad o indeterminación en las condiciones de aplicación, y su textura abierta que excede la delimitación de los casos posibles de uso⁴⁹.

Esto se entronca con otro problema común, como es el derivado de los diferentes usos que las personas dan al lenguaje. Es que junto al lenguaje natural se ubica el lenguaje general no jurídico, y ambos conviven con un lenguaje más juridizado y otro plenamente científico jurídico, siendo este último el empleado en el Derecho del Trabajo para definir sus elementos conceptuales. Tales cruces puedan dar lugar a severas confusiones. Los ejemplos abundan, tanto en las designaciones (el más común se refiere al término “trabajador”) como en las propias nociones que los comprenden. Si se toma el vocablo “unidad”, se apreciará que remite en primer lugar a una referencia natural (lo único), a un lenguaje no jurídico (como el de las matemáticas), y a un lenguaje más juridizado (cuando se habla de unidad de criterio). Pero al ingresar en el lenguaje jurídico laboral, habrá que atenerse al contexto o referencia semántica para dilucidar si se trata de la denominación de establecimiento (al estilo del que enuncia el artículo 6° de la LCT

⁴⁸ Ver CSJN, “Juárez”, Fallos 313:433 (1990), Consid. 8° del voto mayoritario. Las expresiones son extraídas de “Furniture Moving Drivers vs. Crowley” junio de 1984, 467 U.S. 526.

⁴⁹ Cfr. Genaro CARRIO, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ta. ed., Abeledo Perrot, Bs.As., 2011, 27-36; también, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 2da. reimpr., Astrea. Bs.As., 2008. Ya se adelantó este tema al aludir a la expresión de Hart.

cuando habla de “unidad técnica o de ejecución”), o de un aspecto esencial del llamado modelo sindical argentino (la “unidad” sindical promovida por ley).

Ante ello, quienes desean expresarse en relación a las reglas y principios, comienzan a articularlas con las acciones a las que se refieren. Es conocida la alusión a los “juegos” que forman las palabras y los comportamientos, construyéndose un verdadero “laberinto de caminos” (para usar la figura de Wittgenstein)⁵⁰.

Por su parte, las características de cada rama del Derecho influyen en la estructura de su lenguaje. En tal sentido, se han distinguido los ordenamientos “rígidos” (como el Derecho de Familia o el Penal), poco propensos a los cambios, de aquellos denominados “móviles” (como el Derecho Tributario y los vinculados a la economía) donde las mutaciones son observadas como una señal de actualización y hasta de modernidad⁵¹.

Lo jurídico laboral se ubica en la segunda categoría. Su matriz protectoria no le impide los constantes desplazamientos que debe realizar entre el campo de las garantías (que deben respetarse) y el terreno de la economía (que opera a su propia velocidad). Las prioridades de la política sobre el trabajo, en este despliegue, varían en función a la respuesta que debe dar a la comunidad en uno y otro caso.

Conforme se adelantara al inicio de este estudio, el trabajo consiste para el hombre en una experiencia, en algo que vive y sobre cuya realidad se asienta la relación jurídica. Cuando el sujeto

⁵⁰ La frase completa es: “El lenguaje es un laberinto de caminos. Vienes de un lado y sabes por donde andas; vienes de otro al mismo lugar y ya no lo sabes”; Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, edición bilingüe, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, 1era. ed., 4ta. impr., Universidad Nacional Autónoma de México – Crítica, Barcelona, 2012, 25 y 203.

⁵¹ Ver W. HASSEMER, “¿Palabras justas para un derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el derecho penal”, en *Persona y Derecho*, N° 35, año 1996, 143 y ss.

laboral se involucra en esa actividad, se inicia un proceso de traslación que va desde la simple percepción de lo que experimenta hasta la formulación de una opinión o posición articulada sobre ello, ingresando en el campo de la lógica y de la razón. Este desarrollo no se impone desde el exterior sino que surge desde el interior de la propia experiencia, la que nos presenta las cosas de manera articulada, como partes de un todo⁵².

Al ascender en ese proceso al nivel del lenguaje, elaboramos un enunciado, damos expresión a nuestro juicio, y lo comunicamos o notificamos. También le damos un contenido concreto que está referido a una situación objetiva. En suma, no solo decimos algo, sino que lo decimos acerca de algo⁵³.

Ahora bien, en este decir se observa una relación entre lo individual y su pertenencia a algo general, lo cual permite considerar un grupo de casos singulares y evaluarlos mediante evidencia, ya que si bien cada caso el momento individual es distinto, lo general se encuentra realizado en cada uno de ellos⁵⁴.

Esto es lo que hace que el lenguaje no sea sólo un mero instrumento de comunicación, sino al mismo tiempo una apertura a la realidad del hombre que se involucra en ella. En este vínculo entre el hombre y la realidad surge el lenguaje con un significado, en el que se comprende la relevancia de lo que se dice, y un senti-

⁵² Sobre el tema ver Robert SOKOLOWSKI, *Fenomenología de la persona humana*, trad. Nekane de Legarreta Bilbao, Sígueme, Salamanca, 2013, 81.

⁵³ Edmund HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, 1, 1ra. ed., 2da. reimpr., versión de Manuel G. Morente y José Gaos, Alianza, Madrid, 2006, 248-249.

⁵⁴ HUSSERL, cit., 298-299. Por ello, toda significación semejante vale en el pensamiento como unidad, pudiendo ser comparada con otras significaciones y distinguida de ellas, obrando como sujeto de muchos predicados, punto idéntico de referencia de múltiples relaciones, contada como unidad, y siendo idéntica, también objeto de nuevas significaciones.

do, un fin, entendido como un concepto que supera lo meramente lingüístico⁵⁵.

Al pasar estas consideraciones a la esfera jurídica, se obtiene un resultado similar. Así, se distingue entre: a) el aspecto físico o material de las expresiones jurídicas; b) el contenido significativo de las mismas, es decir, la norma expresada en ellas, y c) el objeto o la situación o referencia objetiva a la que aluden, siendo que, cuando se alude a un objeto se trata de una significación no judicial (un concepto), mientras que, cuando se refiere a una situación objetiva, se trata de una norma. Por ello, a la luz del material citado, se dice que interpretar una expresión jurídica es descubrir su sentido⁵⁶.

Cuando se rompe este nexo entre significado y situación a la que se aplica el contenido de una regla, se obtura la finalidad de la propia norma (regla o principio). En línea con este criterio, la Corte reconoció la arbitrariedad de una sentencia de la Cámara Laboral Nacional que limitó el análisis de un vocablo a lo señalado por el Diccionario de la Real Academia Española, omitiendo el examen de planteos relevantes y conducentes para la solución del caso. Para ello, recordó su doctrina sobre la misión que posee el intérprete de la ley en indagar su verdadero alcance y sentido, a través de una evaluación que atienda menos a la literalidad del texto que a rescatar su sentido jurídico profundo, prefiriendo la inteligencia que promueve y no la que obstruye sus explícitos fines normativos⁵⁷.

⁵⁵ Sobre este punto ver José Luis ILLANES, “De la significación al sentido”, en *Scripta Theologica*, Revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra, Volumen 44, Nro. 1, 2012, 73-89.

⁵⁶ Cfr. Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del Derecho*, 16° ed., Porrúa, México, 2007, 292-293.

⁵⁷ CSJN, “Aveiro”, Fallos 331:2839 (2008).

2. *Lo lógico y lo analógico*

Cuando los operadores jurídicos laborales deben expresar sus posiciones utilizan, en general, un tipo de razonamiento justificatorio, que en el caso de los jueces posee una determinada especificidad. Esto no significa que se encuentren muy alejados; en rigor, la mejor explicación de una determinada posición sobre un caso, sería aquella que se acerca al esquema empleado por los magistrados⁵⁸.

Esta es una especie de lógica propia de los sujetos, diversa a la que se encuentra en los enunciados de las reglas jurídicas. Es por ello que se ha distinguido la “lógica de los juristas”, entendida como razonamiento jurídico, de lo que caracterizó como la “lógica del Derecho”, considerada como un estudio de las normas o de las estructuras que las componen. Su énfasis en esta última, sobre todo durante el EDL, se debió que esta clase de lógica (“deóntica” como se la denomina) se dedica al abordaje de los problemas de las proposiciones normativas, entendiendo el ordenamiento jurídico como un sistema⁵⁹.

Los jueces, en sus decisiones, utilizan el llamado silogismo judicial, que como se verá en el próximo capítulo, combina descripciones de hechos, supuestos de encuadramiento jurídico y argumentos que los fundamentan. Allí, la sustentación jurídica deductiva proviene de una inferencia cuya conclusión debe ser coherente con las premisas antes desplegadas. En general, toda impugnación a una decisión judicial busca romper esa estructura de coherencia, señalando sus errores u omisiones⁶⁰.

⁵⁸ Capón Filas recuerda la enseñanza de su maestro Goldschmidt, quien recomendaba la redacción de una demanda de manera similar a una sentencia.

⁵⁹ Cfr. Norberto BOBBIO, *Derecho y lógica*, trad. Alejandro Rossi, 1ra. Reimpr., UNAM, México, 2009, 41-42.

⁶⁰ Cfr. Luis GARCÍA RESTREPO, *Elementos de lógica para el derecho*, 3ra. ed., Temis, Bogotá, 2014, 66.

Ahora bien, en la evolución operada por el EDC, la mera aplicación del silogismo ha resultado insuficiente. La búsqueda de la regla del caso concreto se lleva a cabo siempre dentro de los materiales jurídicos, o bien de los textos normativos; pero se considera todo el material normativo en su complejidad, para que la interpretación de los textos por parte del caso concreto sea capaz de producir un tipo de respuesta que se acerque a los justos⁶¹.

Existe en materia de lenguaje jurídico otra distinción, y es que hay un lenguaje “horizontal”, vinculado a un sentido abstracto, unidimensional (como el lenguaje digital), encarnado en la univocidad de la ley, y un lenguaje “vertical”, de carácter metafísico, creativo (asociado al lenguaje analógico). En este esquema, el lenguaje jurídico es un lenguaje analógico, bidimensional, donde adquiere importancia la comparación, esto es, la llamada “puesta en correspondencia” de la regla y el hecho del caso que se debe resolver⁶².

En esta tarea, ante la insuficiencia del lenguaje jurídico y las dificultades para efectuar la correspondencia “horizontal”, se puede superar la falencia mediante la analogía, o mejor dicho, mediante la hermenéutica analógica, que permite dar al caso su sentido de proporción, de semejanza, sin dejar de preservar los aspectos de la diferencia. La analogía opera en sentido “vertical” con la equidad, ayudando a aplicar la regla jurídica de la manera más conveniente para el bien mayor en juego⁶³.

La instrumentación de la analogía, en el sentido indicado, fue utilizada por la Corte en el *leading case* “Vizzoti”, pero también por la Cámara Laboral cuando aplicó la pauta del 33% al tope entonces previsto en la ley de accidentes de trabajo 24.557 para la

⁶¹ Ver Francesco VIOLA en su Prólogo a la obra de Carlos Massini Correas, *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, Porrúa, México, 2008, (XIII) y (XV).

⁶² Ver José A. SANTOS, *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*, Comares, Granada, 2008, 228-230.

⁶³ Cfr. Mauricio BEUCHOT, *Hermenéutica analógica y derecho*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008, 39.

indemnización de una incapacidad definitiva, resarcible con una renta periódica tarifada⁶⁴. El tribunal también extendió, por analogía, la normativa indemnizatoria del ámbito privado a la desvinculación de una docente contratada durante más de dos décadas por un organismo estatal que no la incluyó en un régimen formal de permanencia⁶⁵.

b) Los hechos

La vinculación entre el texto normativo que se desea interpretar y los hechos sobre los que se va a proyectar esa interpretación, sigue el esquema circular y de movimiento espiralado que ofrece la perspectiva hermenéutica. Prescindir de la plataforma fáctica que emerge del caso, implicaría una genérica y deficiente actividad comprensiva que distorsionaría la construcción del espacio dialéctico que requiere este proceso.

Durante la vigencia del EDL, el esquema silogístico de decisión asignó un papel secundario a la problemática de los hechos. A la premisa mayor configurada por la norma, que atribuía una consecuencia jurídica a una clase de hechos, correspondía la identificación de la premisa menor, consistente en el hecho merecedor de ser incluido en esa clase. Este razonamiento deductivo quedó en crisis al advertirse que la relevancia jurídica de un hecho no se resume a constatar su correspondencia con la norma sino a constituir esa correspondencia como calificación y fundamento de la decisión que se adopte al respecto⁶⁶.

⁶⁴ CNAT, Sala III, 06/07/2006, “Basualdo, Mario c/La Caja ART S.A.”, DT 2006 (diciembre), 1869.

⁶⁵ CNAT, Sala VIII, 22/04/2008, “Malingónico, Alejandra c/Gendarmería Nacional Argentina”.

⁶⁶ Cfr. Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, 4ta. ed., Trotta, Madrid, 2011, 97-99.

Por otra parte, cualquiera sea la determinación de la relevancia jurídica que se practique sobre el hecho como constitutivo de una controversia, no podrá eludirse la carga valorativa que acompaña esa elección, al contener esa valoración la interpretación de la norma que permite la individualización y calificación jurídica de tal hecho⁶⁷.

En la dimensión hermenéutica jurídica, los hechos enriquecen el texto de las normas, por cuanto el legislador no ha podido integrar en las reglas la totalidad de los supuestos que ocurrirán luego de su puesta en vigencia. Los hechos son materia prima de los operadores, los abogados y el juez generalmente, quienes decantan los mismos de acuerdo a su grado de relevancia, en su búsqueda de respuesta. Asimismo, y esto es común en el Derecho del Trabajo, entre la interpretación de los hechos y la de las normas se profundiza la discusión del caso que, comienza a requerir de los principios constitucionales para su definición. Esto puede suceder al inicio o a través de los sucesivos pronunciamientos judiciales, en el supuesto de no haber valorado adecuadamente la plataforma fáctica, es decir, de no haberla “descubierto”⁶⁸.

En el campo laboral, la presencia del principio protectorio y sus reglas procesales y de presunciones favorables al trabajador, no exime de probar los hechos, aunque esa demostración cuente con distintas directivas creadas para favorecer su producción y evaluación tutelar.

Sin embargo, ello no ha impedido que se desestimara una demanda porque, ante la invocación de haberse vulnerado un principio constitucional (en el caso, el de “igual remuneración por igual tarea”), la parte accionante no aportó indicios objetivos que permi-

⁶⁷ TARUFFO, cit., 102.

⁶⁸ Cfr. Rodolfo L. VIGO, “Los hechos en los paradigmas legalista y constitucionalista”, LL 2012-D, 679.

tieran inferir tal situación⁶⁹. De igual manera se procedió, en el caso en que un trabajador varón reclamara la indemnización especial de despido por causa de matrimonio, no aportó prueba alguna que acreditase la extinción del vínculo por tal causa⁷⁰.

5. LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS LABORALES

a) La dimensión moral del Derecho del Trabajo

De manera similar a lo sucedido con los demás derechos fundamentales, el EDC puso en primer plano el aspecto metafísico de los derechos vinculados al trabajo. Esa consideración a la trascendencia de la persona, a su dignidad, se potenció desde el máximo nivel del ordenamiento para vincular desde allí a todo el complejo normativo.

La reunión de las diferentes denominaciones de derechos (humanos, constitucionales, fundamentales), ha sido vista por diversos operadores jurídicos como una armonización “externa”, una conexión que viene desde fuera del Derecho del Trabajo, lo recorre y lo ensambla en el proyecto operativo constitucional, pero que no alcanza a incidir definitivamente en su estructura interna. Se trata, en general, de un rechazo derivado de los resabios “positivistas”, que se provocan al trasladar el análisis interpretativo de las leyes al análisis comunicativo de las fuentes superiores abiertas por el sistema.

⁶⁹ CNAT, Sala IX, 19/05/2009, “Parodi, Sonia M. c. Sanatorio Otamendi y Mirolis/despido”, LL 2009-F, 293.

⁷⁰ CNAT, Sala II, 22/08/2014, “Bustamante, Damián c. Interbaires S.A. s/despido”.

Conforme se ha descrito en el capítulo anterior, las respuestas consistentes en adoptar categorías diversas para designar a los derechos humanos laborales o proyectar de manera absoluta los mismos al estadio universal de los principios, no alcanzan a completar la idea de unidad general y a la vez diferenciada que debe adoptarse respecto del orden laboral nuevamente constitucionalizado. A fin de contribuir a la superación de este problema, resulta pertinente detener la mirada en el interior valorativo del Derecho del Trabajo, como paso previo a circular por sus carriles de sustanciación.

La definición kantiana del “deber ser” ubicó esta noción imperativa como una forma *a priori* del intelecto, concebida por el hombre, distinguiendo lo moral de lo legal. Contra este planteo formal y subjetivo, se alzaron diversas voces, quienes reivindicaron una ética material y objetiva de los valores⁷¹.

Más allá de las críticas y de sus refutaciones, lo cierto es que la escisión especulativa entre el objeto y el ser, pasó en el plano práctico a ser la escisión entre el valor y el bien, desconociéndose la realidad de los valores, su identificación con el ser, y su contribución al perfeccionamiento práctico del hombre, a través de su realización concreta⁷².

⁷¹ Sobre el tema, que excede largamente al Derecho del Trabajo, se puede consultar Max SCHELER, *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, 2 tomos, trad. cast. H. Rodríguez Sanz, Revista de Occidente, Madrid, 1941; Humberto PIÑERA LLERA, “Nicolás Hartmann y su crítica del formalismo ético de Kant”, en *Congressso Internacional de Filosofia*, Instituto Brasileiro de Filosofia, São Paulo, 1956, Vol. II, 489-500. Sobre el estado actual de esta discusión, a partir del “ascenso” de la fenomenología, ver Luis SÁEZ RUEDA, *Movimientos filosóficos actuales*, Trotta, Madrid, 2001, 99-106.

⁷² Cfr. Octavio DERISI, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 4ta. Ed. corregida y aumentada, EDUCA, Bs.As., 1980, Capítulos IX y X. Esta ruptura trató de ser reconstruida a través de distintas corrientes y opiniones axiológico – jurídicas en Latinoamérica; en Argentina, mediante los aportes de autores de la talla de Cossio y Goldschmidt; ver Luis RECASENS SICHES, “Juridical axiology in Ibero-America”, 3 Nat. L.F. 135 (1958).

Se ha dicho que la ciencia moderna, concentrando su atención en las causas materiales y eficientes, despreció o des-jerarquizó las causas formales y finales que sustentan lo jurídico. Al obviar el orden práctico al que pertenece, el Derecho quedó acotado a una pura forma exterior, vinculada a su origen y capaz de recibir cualquier cosa como contenido. Frente a ello, cabe reiterar aquí que no se puede valorar lo jurídico sino se tiene en cuenta el fin para el que ha sido establecido, que es el orden social justo⁷³.

Este fin resulta palpable en el Derecho del Trabajo, desde que se originara como respuesta a una demanda extrajurídica de protección. Que el ordenamiento laboral haya quedado imbricado por criterios de tipo ontológico que formaron su base tutelar, refleja una configuración que posee un aspecto moral intrínseco, interno, que no es una pura aspiración o un requerimiento procesal, sino una característica que denota su esencia constitutiva. Esos valores se posicionan en los principios y reglas laborales, asumiendo un papel sustantivo e instrumental a la vez.

Esta concepción del Derecho del Trabajo es la que favorece una comprensión total del fenómeno laboral y de lo que la comunidad general y las comunidades privadas esperan de él en el plano práctico. En consecuencia, la nómina de sus valores, no se cancela con aquellos vinculados a la tutela del trabajador en sus diversas facetas de ofrecimiento de la fuerza laboral. La referencia directa a la dignidad, la equidad y la igualdad, así como a la justicia social y a la paz social, merecen su atención en el nuevo diseño de principios y reglas que se abre desde la relectura constitucional.

⁷³ Cfr. Rodolfo L. VIGO (H), *Las causas del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 179-180.

b) El nuevo catálogo de principios y reglas laborales

1. *Los debates en torno a una división polémica*

Se ha destacado con anterioridad que junto a otras tesis generales, las perspectivas neoconstitucionalistas han concebido la división de las normas jurídicas entre principios y reglas, conformando una clasificación que se convirtió en una de las notas fundamentales de esta corriente jurídica.

Dicha construcción, sin embargo, ha recibido numerosas objeciones, señaladas desde diferentes ángulos teóricos, como ser: a) los referidos a la existencia y estructura de los principios y su diferencia con las reglas, b) los vinculados a cuestiones relativas al método interpretativo de ponderación, c) los delineados en torno a la llamada “inflación” de derechos fundamentales que alumbraría un Estado jurisdiccional de justicia constitucional, d) aquellos que contradicen la visión de la teoría de los principios como interpretación correcta de un catálogo positivo de derechos fundamentales, e) los enfoques que advierten sobre la posible anulación del vínculo que existe entre la Constitución y la Ley, y f) las observaciones que entienden que la dogmática de los principios como dogmática de los derechos fundamentales sería insuficiente o inepta⁷⁴.

Como reacción a estas críticas se expresó que la teoría de los principios, como “mandatos de optimización”, no suprime su distinción con las reglas. Entre estas y aquellos hay una relación de implicación mutua. Esa implicación recíproca es la que demuestra que la naturaleza del deber ideal también se refleja en las reglas y dicen cómo la optimización debe ser realizada de manera racional⁷⁵.

⁷⁴ La nómina de observaciones a la teoría de los principios y reglas la brinda el propio Robert ALEX Y, *La construcción de los derechos fundamentales*, trad. del Capítulo II de Laura Clericó y Jan Sieckman, Ad-Hoc, Bs.As, 2009, 39-40.

⁷⁵ ALEX Y, *La construcción de...*, cit., 46-53.

Ahora bien, sin perjuicio de su conveniencia para manejarse en la nueva escena constitucional, la cuestión a dilucidar es si resulta tan intensa la distinción entre los principios y las reglas. Esto ha sido puesto en duda, ya que tanto unos como otros presentan una estructura semejante y comportan problemas parecidos. Además, mientras existen determinados principios que formulan prescripciones desde sí mismos y su presencia en un sistema jurídico depende de su reconocimiento constitucional; además, también se visualizan otros principios y reglas que deben su existencia al legislador o al juez que los creó⁷⁶.

En este último punto, una posición ha estimado posible la elaboración de criterios donde los principios y las reglas no se excluyan mutuamente. Al encontrarse presentes los valores en las reglas, su superación mediante los principios debería reunir ciertas condiciones materiales, como la necesidad de hacer justicia en un caso concreto, sin descuidar la seguridad jurídica y el impacto de su eventual repercusión general. En cuanto a los requisitos procedimentales, se ha observado la necesidad de exigir una justificación y una fundamentación proporcionadas a la entidad del desplazamiento⁷⁷.

Finalmente, en orden a quitar dramatismo a la distinción entre principios y reglas, se ha destacado la vinculación que exhiben ambos elementos: los primeros, considerados en soledad, llevarían a un casuismo arbitrario, imprevisible e irrevisable, mientras que las segundas, sin los primeros, no podrían actuar. De esta manera, los valores recogidos en un texto jurídico funcionarán en uno y otro nivel, en la medida en que permitan asentar en ellos la fundamen-

⁷⁶ Sobre el tema, consultar Juan CIANCIARDO, *Una introducción a los principios constitucionales*, Ad-Hoc, Bs.As., 2008. Según el autor, hay principios que reconocen bienes que son intrínsecos a los propios principios y no establecen cursos concretos de acción, en tanto existen reglas que tienen como finalidad alcanzar bienes que son extrínsecos a ellas, mediante cursos concretos de acción.

⁷⁷ Cfr. Humberto ÁVILA, *Teoría de los principios*, trad. Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2011, 102-109.

tación de las decisiones, sin que nada impida su juego simultáneo, de modo complementario o a través de lo que ha denominado “una reduplicación concretizadora”⁷⁸.

El Derecho del Trabajo del EDC presenta un inconveniente adicional para este tema: mientras se discute acerca de los derechos fundamentales como principios constitucionales y el papel asignado a las reglas, recibe en simultáneo la impronta del DIDH, quien concurre al debate con su propio bagaje de principios, emanados desde un estadio supranacional cargado de valor.

Esa introducción, entonces, representaría un problema para la Constitución Nacional, que ha incorporado los textos internacionales sin restar validez y jerarquía al ordenamiento laboral local⁷⁹.

Entre dudas, aclaraciones, críticas y rechazos, la teoría de los principios (y su diferencia con las reglas) sigue aportando el fundamento necesario para comprender, interpretar y aplicar el orden de valores que el sistema jurídico abierto del EDC contiene en su dimensión laboral. Hay que agregar a ello, que los principios y reglas se encuentran implicados mutuamente, de forma vertical y horizontal. La reproducción del esquema de implicación, en numerosos supuestos reglados horizontalmente, indica la existencia de una regulación que faculta y obliga al mismo tiempo, de manera imperativo – atributiva. Esto no significa que la norma que impone el deber se confunda con la que atribuye o reconoce el derecho, sino que ambas se encuentran recíprocamente fundadas⁸⁰.

⁷⁸ Ver Andrés OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 231-232.

⁷⁹ Según una evaluación crítica, si determinados valores integran el concepto de Derecho, se caería en una redundancia al postular expresamente esos valores sin preservar, al menos, el positivismo en clave metodológica. Esta es la opinión de Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 215-216.

⁸⁰ Sobre este tema ver Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía...cit.*, 245-246.

Las nociones de “implicación” y de “reduplicación concretizadora” ayudan a entender el modo en que se relacionan y trabajan los principios y las reglas, particularmente en el Derecho del Trabajo. El paso siguiente debe consistir en elaborar, por su grado de intensidad o determinación, una sistematización que le permita al operador jurídico manejarse entre las distintas especies, sin temor a confundirse en su tarea de resolución de casos.

2. *La construcción de una nueva clasificación*

Si se parte de una idea del Derecho como asignación de lo que corresponde a cada uno, el examen de los principios y las reglas que rigen el Derecho del Trabajo del EDC debe continuar en su profundidad, mediante el estudio de su contenido y alcance. En tal sentido, resulta apropiada una categorización que distinga a) los principios jurídicos laborales en sentido estricto o “fuertes”, b) los principios más amplios o “débiles”, que lindan en su frontera con las reglas jurídicas laborales, y a partir de allí, c) las reglas amplias o “débiles”, por su grado de indeterminación, y d) las reglas en sentido estricto o “fuertes”⁸¹.

En tal sentido, los principios jurídicos en sentido estricto, también llamados principios del Derecho, se vinculan con los derechos fundamentales o bienes humanos básicos⁸². En esta categoría

⁸¹ La clasificación teórica se toma de Rodolfo L. VIGO, “Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual”, en VIGO, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo...*, cit., 333-364. El autor utiliza la división entre “principios” y “normas”, como especies del género “reglas jurídicas”. Sin embargo, siguiendo en este punto a Alexy, se opta por la distinción entre “principios” y “reglas”, como especies del género “normas”, por entenderla más adecuada a la realidad actual del Derecho del Trabajo.

⁸² El Derecho del Trabajo del EDC se conecta cada vez más este concepto que va más allá de la subsistencia y lo alimentario, y comprende otras circunstancias de la vida, como la sociabilidad y el esparcimiento. Todos los estudios sobre jornada, descanso y propensión a un medio ambiente laboral sano y amigable, tienen que ver con este tema. Sobre su análisis filosófico ver John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, 81 y ss.

de principios jurídicos laborales en sentido estricto se incluyen las garantías de los artículos 14 bis (principio protectorio), 75.19 (progreso con justicia social, empleo, formación profesional) y 75.22 (instrumentos internacional de rango constitucional y supralegal) de la Constitución Nacional. En este último artículo, se han incorporado textos que contienen derechos que ingresan en este catálogo laboral de principios, como los detallados en el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales (PIDESC)⁸³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP)⁸⁴, la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸⁵, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (DADH)⁸⁶, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁸⁷ y el Protocolo de “San Salvador”, adicional a la misma⁸⁸.

La OIT, por su parte, ha elaborado una nómina de Convenios Fundamentales, cuyas disposiciones merecen situarse en esta categoría de principios, sobre todo el Convenio 87 de libertad sindical, al que se le reconoce rango constitucional por su invocación

⁸³ Ver los artículos 6 (derecho al trabajo), 7 (condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, trabajo digno) y 8 (fundar sindicatos y afiliarse al de su elección), entre otros.

⁸⁴ Ver los artículos 8° (prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y de la ejecución de un trabajo forzoso u obligatorio), 22 (derecho de la persona a asociarse libremente con otras, a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses), 26 (igualdad ante la ley y protección contra la discriminación).

⁸⁵ Ver artículos 23 (1. derecho al trabajo; 2. derecho a igual salario por trabajo igual; 3. derecho a una remuneración equivalente; 4. Derecho a fundar sindicatos y a sindicarse), 24 (derecho al descanso, a la limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagas).

⁸⁶ Ver artículos XIV (derecho al trabajo en condiciones dignas, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo; derecho a una remuneración, en relación a su capacidad y destreza, que le asegure un nivel de vida conveniente para sí y su familia), XV (derecho al descanso), XXII (derecho a asociarse para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden profesional y sindical).

⁸⁷ Ver artículos 6° (prohibición de trabajo forzoso) y 16 (libertad de asociación).

⁸⁸ Ver artículos 6 (derecho al trabajo), 7 (condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo), y 8 (derechos sindicales).

expresa en los Pactos antes mencionados; todos han sido ratificados por la República Argentina⁸⁹

Junto a los citados, se encuentran los principios jurídicos laborales en sentido amplio, quienes cumplen el papel de principios respecto de otras normas o en relación a otros principios más débiles. A nivel internacional, la OIT ha emitido tres Declaraciones que se refieren al modo de llevar adelante los principios más estrictos: la Declaración de Filadelfia (1944), que reafirma los principios fundamentales de la organización, la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1988) y la Declaración sobre la Justicia Social para una globalización equitativa (2008)⁹⁰. Asimismo, se han aprobado los Objetivos Estratégicos sobre el Programa de Trabajo Decente que pueden inscribirse en esta línea, y que han sido adoptados por la República Argentina.

Las reglas jurídicas en sentido amplio se acercan a los principios, por su grado de indeterminación. La primera parte de la LCT contiene varias reglas – principios, como las de *in dubio pro operario* o la “justa composición de derechos e intereses” que deben garantizarse en las conciliaciones.

Las reglas jurídicas en sentido estricto, también denominadas “fuertes”: son normas que obligan, permiten o prohíben algo en

⁸⁹ El listado de Convenios Fundamentales elaborado por la OIT comprende: N° 87 sobre libertad sindical, N° 98 sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, N° 29 sobre trabajo forzoso, N° 105 sobre abolición del trabajo forzoso, N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), N° 100 sobre igualdad de remuneración, N° 138 sobre la edad mínima, y N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil.

⁹⁰ La Declaración de Filadelfia contiene cuatro directrices que deben destacarse: a) el trabajo no es una mercancía; b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; c) la pobreza constituye un peligro para la prosperidad de todos y d) la lucha contra la necesidad debe proseguir de manera continua y concertada, en alusión al tripartismo.

forma definitiva. La legislación laboral se encuentra poblada de ellas, por aplicación del Orden Público especial.

3. La importancia de la colaboración y la buena fe recíprocas

El tándem esencial trabajador – trabajo es, sin dudas, el cauce por el que navega nuestra disciplina. Pero esa corriente tiene ramificaciones, que incluyen la participación del capital, entre otras vertientes, y que rescatan el valor de la propiedad. No resulta banal, por lo tanto, la advertencia lanzada sobre la dicotomía de llamar “Derecho del Trabajo” a una rama jurídica que ha tomado del trabajo su nombre, pero cuya razón protectora se contradice con su vocación de contemporizar con las necesidades del capital, debiendo mediar entre exigencias opuestas⁹¹.

La importancia de la buena fe, entonces, contiene esta necesidad de compatibilidad, que se traslada a la conducta de los operadores jurídicos laborales, incluyendo a los abogados. La figura del letrado en su conocimiento jurídico específico, en su experiencia para solucionar controversias, en su capacidad para alcanzar acuerdos y en su actuación como “guardián” de un proceso en el que las partes se vinculen de manera satisfactoria, sería el lado positivo (afirmativo) de su actividad. En contraste, el mayor daño que se causa en las relaciones laborales es el realizado por aquellos profesionales que sienten compelidos a seguir el papel que estiman esperado por su cliente, sometiéndose a su control y asumiendo su cálculo de intereses, que dificulta la negociación. Ese

⁹¹Cfr. Umberto ROMAGNOLI, “Los sistemas/modelos productivos y las relaciones laborales en el capitalismo contemporáneo”, entrevista de Pedro Guglielmetti en *Revista de Trabajo*, año 7, número 9, enero/julio 2011, 178.

sería el lado negativo, que impide al profesional situarse en el curso medio para evaluar cualquier situación en términos reales⁹².

Es interesante destacar que la buena fe no ha sido contemplada con un principio constitucional. El artículo 14 bis CN no la menciona. Sin embargo, tanto la LCT como luego el procedimiento sobre negociación colectiva, se han ocupado de resaltar su importancia y vigencia.

¿Esto significa que la buena fe opera de manera independiente en el universo jurídico? De ningún modo. Por efecto de la implicación y la reduplicación antes mencionadas, lo que ocurre es que esta regla – principio se conecta verticalmente con los principios estrictos y horizontalmente con las demás reglas fuertes que imponen determinadas obligaciones. Un buen ejemplo se puede ver en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que al condenar a un empleador por incumplimiento a su deber de cuidado de los dependientes, estableció la convergencia de la garantía de trabajo en condiciones dignas del art. 14 bis CN con la obligación legal de higiene y seguridad del art. 75 LCT y la propia ley de riesgos laborales 24.557, enfatizándose que el resguardo de la integridad de los trabajadores constituye una exigencia derivada del principio de buena fe de los arts. 62-63 y concordantes de la LCT⁹³.

6. DE LA INTERPRETACIÓN A LA CONCRECIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

La norma laboral, a partir de su sanción, posee un contenido textual que, aunque sea explícita su finalidad tuitiva, deberá ser interpretada por los operadores jurídicos para establecer su apli-

⁹² Ver Lon FULLER, “The role of the lawyer in labor relations”, 1954 A.B.A. Sec. Lab. Rel. L. Proc. 23 1954.

⁹³ CNAT, Sala II, 04/11/2010, “Pintos Almirón, Jorge c/Toyota Argentina S.A.”, voto del juez Maza, DT 2011 (mayo), 1230.

cación. En el final de este proceso le darán un significado, le atribuirán un sentido a ese contenido de acuerdo a las alternativas del caso; es decir, la concretarán. Esta interpretación creadora contiene, en el diálogo jurisprudencial, una medida para casos similares. Se provoca aquí un fenómeno muy intenso porque, mientras se produce la aplicación invariable de la norma por parte de los tribunales al mismo tiempo se realizan nuevas interpretaciones que van concretizando, precisando y también modificando su contenido⁹⁴.

Hay que decir que este procedimiento nunca fue sencillo. Salvo en un pensamiento legalista extremadamente rígido, los juristas siempre concibieron la hipótesis de casos que no podían subsumirse en las situaciones estandarizadas contenidas en las reglas. En general, estas hipótesis se referían a los siguientes problemas: a) al caso concurren dos o más reglas, y no es solucionable con las máximas “anterior – posterior”, “general – particular”, “superior – inferior”; b) el caso no encuentra subsunción en el universo de reglas, cayendo en la “laguna” jurídica que derivaba su salvataje a los principios generales; o c) la aplicación de la regla derivaba en una decisión pasible de inequidad manifiesta.

La intromisión del nuevo constitucionalismo en la totalidad del sistema jurídico, provoca la puesta en evidencia de estas deficiencias de justicia y transforma el engranaje interpretativo, que en la materia laboral se observa de forma notoria en el efecto “aspirador” que deriva de la puesta de los principios en operatividad plena.

⁹⁴ Sobre el punto ver Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, 1ra. ed., 4ta. reimpr., Ariel, Barcelona, 202-203.

a) El examen de las reglas

1. *El tándem reglas – reglas*

Se ha descrito con anterioridad que la nueva división de principios y reglas que el EDC ha potenciado en el Derecho del Trabajo, permite una clasificación de acuerdo a los bienes que se protegen y al grado de (in)determinación que cada uno de ellos posee. A ello apunta la distinción entre los principios y reglas en sentido estricto y los que pueden considerarse en sentido amplio.

También se ha expuesto que los principios y las reglas se encuentran ligados o implicados mutuamente. Esta implicación se da en el Derecho del Trabajo de manera vertical y horizontal, dando lugar a una malla de principios y reglas que se entrecruzan y donde la finalidad tuitiva atraviesa el tejido normativo.

Un buen ejemplo de lo expresado resulta posible extraer del complejo que regula el núcleo definitorio de la relación laboral, constituido por las obligaciones asignadas al empleador de abonar el salario⁹⁵ y dar ocupación efectiva⁹⁶, junto al deber del trabajador de cumplir su prestación con puntualidad, asistencia y dedicación⁹⁷.

La primera de las reglas evidencia un texto claro y que no deja dudas: existe un sujeto obligado (el empleador), una expresión que funciona como cópula jurídica (está obligado a) y un predicado relacional que incluye el objeto y el sujeto del derecho correlativo

⁹⁵ Artículo 74 LCT: “El empleador está obligado a establecer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstos en esta ley”

⁹⁶ Artículo 78, primera parte, LCT.: “El empleador deberá garantizar al trabajador ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional, salvo que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber”

⁹⁷ Artículo 84 LCT: “El trabajador debe prestar el servicio con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean”

(pagar la remuneración debida al trabajador). En este ejemplo, se puede advertir que el concepto “trabajador” está implicado en el de “empleador” y lo que funciona como deber para este último significa un derecho para el primero, al resultar equivalentes las disposiciones de atribución y prescripción⁹⁸.

Asimismo, el modo contenido en la regla (“plazos y condiciones previstos en la ley”) no alberga dudas sobre la forma de cumplimiento del deber impuesto, ya que se remite a disposiciones específicas que establecen esas condiciones en otra parte del mismo ordenamiento laboral (concretamente los artículos 124 y siguientes de la LCT).

Los otros dos ejemplos que siguen, sin embargo, presentan ciertas aperturas en el lenguaje, que complican este panorama. El empleador debe garantizarle al trabajador una ocupación efectiva, “de acuerdo” a su calificación o categoría profesional. Por su parte, el trabajador debe prestar el servicio con dedicación “adecuada” a las características de las tareas encomendadas y a los instrumentos que se le brinden. En ambos supuestos se deja extendida la textura normativa con el objeto de alcanzar, de manera genérica, al mayor número posible de casos.

Pero, al contrario de lo sucedido con el primer ejemplo, no se clausuran los enunciados, lo que impone la necesidad de buscar su terminación en este u otros ordenamientos del sistema jurídico laboral. En tales supuestos, esa mayor precisión se obtiene recurriendo a los convenios colectivos de trabajo.

Si la norma convencional ha sido elaborada con claridad y permite completar el escenario jurídico, el empleador puede dar por cumplida su obligación con la asignación de la categoría correspondiente a la situación de revista asignada al dependiente,

⁹⁸ Cfr. Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía...*, cit., 254-255, quien utiliza como ejemplo la regla que establece el derecho del obrero que ha sufrido un accidente de trabajo para exigir el pago de una indemnización a su empleador.

mientras el trabajador, por su parte, ejecuta su débito en ese marco y con los medios materiales apropiados para ello. Sin embargo, es posible que la norma convencional no posea un texto nítido ni evidente, o que brinde más de una adjudicación posicional, por la semejanza descriptiva de las categorías convencionales, o no se ubique ninguna en el convenio que pueda ser considerada, por la vetustez del instrumento o por la novedad de la prestación requerida.

También es factible que el empleador haya decidido ubicar al trabajador en un cargo o función que se encuentre en otro convenio colectivo del establecimiento pero no se lo aplique, o incluso en una posición que lo excluye de toda norma de ese origen. Todo esto, mientras el dependiente entiende que se encuentra alcanzado por un instrumento convencional determinado.

Estas dificultades de certeza, si no han sido resueltas por las partes en el nivel colectivo, derivan en una interpretación – aplicación espontánea y provisoria de las reglas que el empleador practica en el ámbito de la empresa, y que acepta o resiste en su reflejo el trabajador, quien busca inferir si la situación laboral en la que ha quedado encuadrado es la correcta.

2. De las reglas en sentido estricto a las reglas en sentido amplio y a los principios

Como de la categorización depende el nivel de remuneración que el trabajador percibirá y el marco en el que se desarrollará la prestación laboral, no se requiere demasiada reflexión para advertir que las reglas más amplias, referidas al modo de interpretar e integrar el ordenamiento, entrarán en juego para resolver la cuestión.

Se podrá argumentar que estas cuestiones pueden ser resueltas mediante la aplicación de los criterios de interpretación que el propio ordenamiento laboral contiene. Así, con la mera aplicación de la regla del *in dubio pro operario* delineado en el artículo 9° LCT se deberían superar la mayoría de estos inconvenientes. In-

cluso, si se tratara de un problema de prelación convencional, el ordenamiento ofrece una solución similar para la para la sucesión convencional de diferente ámbito, repitiendo además el método de comparación por instituciones en busca de establecer las condiciones más favorables (artículo 19, inciso b, de la ley 14.250 – t.o. 2004)

Empero, mientras esta controversia escala hacia la instancia judicial, es probable que los sujetos persistan en su propia interpretación aplicativa y que, desde el lado del trabajador, esto se profundice en cuanto advierta que otros trabajadores, que cumplen similar tarea, han sido categorizados de forma más ventajosa.

La cuestión ingresa, sin detenerse, en la esfera de los principios en sentido estricto, transformándose la disputa laboral en un caso constitucional.

b) El examen de los principios

La República Argentina no posee un control concentrado de constitucionalidad ni existe un tribunal exclusivamente dedicado a ello; su control es difuso y la materia constitucional queda definida de manera extraordinaria por la Corte Suprema para el caso concreto.

Esta estructura parecería dar la idea de un sistema preparado para la solución estandarizada de los casos laborales, regulados por la legislación ordinaria, y que solamente en circunstancias excepcionales merecerían ascender hacia el debate constitucional. Es más, este ascenso se centraría esencialmente en la hipótesis de arbitrariedad antes que en la de inconstitucionalidad de una regla jurídica.

En el cuerpo de reglas, formadas en el EDL, los operadores tratan de resolver situaciones como la del ejemplo antes expresado, acudiendo a los métodos interpretativos legalistas (gramatical, lógico, histórico), completándolos con las reglas amplias de la disciplina. Pero ello no alcanza para dar una respuesta que se acerque a lo justo. La medida del caso no aparece en las reglas. La con-

troversia exige la intervención de los principios, incluso los más estrictos como el de “remuneración por igual tarea”, o el de “libertad de contratar” y de “propiedad” para el empleador. Es el momento en que el caso, que aparentaba ser “fácil”, en rigor es “difícil”⁹⁹. Cuando esto ocurre, la salida inmediata requiere ingresar en el terreno de los principios. Más aún, obliga a entrar en la zona de las directrices políticas, si se considera que las resoluciones judiciales se conectan con la responsabilidad política¹⁰⁰.

1. La posibilidad metodológica constitucional

Para los autores agrupados en la corriente neoconstitucional, el lugar al que ha llegado el caso no resulta extraño. Al regular la Constitución todas y cada una de los aspectos en el que se desarrollan los vínculos sociales, políticos y económicos, una discusión sobre categorización y supuesto trato desigual, muestra la cotidianidad del Derecho, sus faz práctica, su necesidad para el ajuste de las conductas a lo que se entiende por justo.

De acuerdo a la reseña efectuada en el capítulo I, la ponderación es el criterio utilizado por los tribunales constitucionales para resolver este tipo de controversias. Cuando dos principios entran en juego (“en colisión”), uno de estos principios debe ceder frente al otro. Esto no significa que deba ser desplazado, sino que en determinadas circunstancias existe una relación de prevalencia entre ambos que debe definirse a través del “peso” abstracto y concreto que ambos principios tienen el caso¹⁰¹. La ponderación es la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en

⁹⁹ Ver Rodolfo L. VIGO, “¿Hay casos fáciles en el derecho? LL 2009-C, 1349.

¹⁰⁰ Cfr. Ronald DWORKIN, *Los derechos...*, cit., 146 y ss.

¹⁰¹ Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 70-71.

un caso concreto a fin de determinar cuál de ellos tiene mayor peso para orientar la resolución del mismo¹⁰².

El concepto de ponderación se vincula con el principio de proporcionalidad analizado al presentar la tesis de los principios. En este sentido, el aspecto nuclear de la ponderación posee su propia ley (“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro”). La actividad de ponderar se realiza en tres pasos: a) el primero para definir el grado de la no satisfacción o restricción de un principio, b) el segundo para determinar la satisfacción del principio que concurre en sentido contrario, y c) el tercero para dilucidar si la importancia de la satisfacción de un principio justifica la restricción o no satisfacción del otro. Así, construyendo una escala con diferentes grados de intensidades (“leve”, “medio” y “grave”), se desenvuelve un juicio racional sobre la importancia en que se ven afectados los principios y, de esta manera, se fundamenta el resultado de la decisión¹⁰³.

El método ponderativo es utilizado por diversos tribunales constitucionales, aunque no se encuentra exento de críticas. Además, no constituye este esquema un parámetro utilizado habitualmente por nuestra Corte Suprema, quien ha postulado la necesaria armonización de los derechos constitucionales, más allá que practique técnicas de ponderación de manera particularizada.

Por otra parte, ante el peligro de convalidarse una posible violación a los derechos fundamentales por la simple aplicación del principio de proporcionalidad, se han analizado dos alternativas tendientes a evitar este perjuicio. La primera, consistente en la agregación al test de proporcionalidad de un test de contenido

¹⁰² Cfr. Carlos BERNAL PULIDO, *El Derecho de los derechos*, 1era. ed., 5ta. reimpr., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, 97.

¹⁰³ Ver Robert Alexy, “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Miguel Carbonell coordinador, 1era. ed., 1ra. reimpr., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, 15-24.

esencial, donde se busca garantizar que la medida a dictarse no afecte este último aspecto de un derecho fundamental. La segunda, derivada de la máxima de razonabilidad elaborada por la Corte Suprema de Justicia en torno al artículo 28 CN, consiste en un juicio dirigido a la contraposición costos – beneficios junto a otro de inalterabilidad. La identificación de ese núcleo inalterable del derecho fundamental es lo que resulta crucial¹⁰⁴.

Este complejo de control, que acompaña a la ponderación y al principio de proporcionalidad, resulta apropiado para el Derecho del Trabajo. Le permite guarecer el contenido esencial de los derechos humanos laborales, a la vez que racionaliza la convergencia entre principios para evitar un resultado disvalioso que termine aniquilando el otro derecho fundamental en juego. En suma, combina lo mejor del test de proporción con lo mejor del test de razonabilidad.

La Corte ha empleado una técnica de evaluación estricta en materia laboral, cuando la distinción entre en lo que se considera una categoría “sospechosa” de discriminación. En un caso en el que examinó una regla legal que imponía el requisito de la nacionalidad para ingresar a la Administración Pública, descalificó su constitucionalidad por entender que esa exigencia “...no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en estos casos”¹⁰⁵.

En esta tarea, el tribunal no se aparta de la exégesis que lleva a cabo respecto de otras directiva tutelares relativas a los derechos humanos. Es más, su inteligencia es que los derechos del hombre en ocasión del trabajo son iguales a otros derechos y garantías que le comprenden en su naturaleza. Y de esta manera trata a los

¹⁰⁴ Ver Juan CIANCIARDO, “El principio de proporcionalidad y los derechos constitucionales”, en *Tratado de Derecho Judicial*, cit., Tomo I, 585-596. El autor advierte sobre la importancia que los hechos poseen en el caso sometido a esta consideración.

¹⁰⁵ CSJN, 21/02/2013, “Pérez Ortega, Laura c. Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/empleo público”, consid. 6° de la mayoría.

principios laborales. Como lo expresó en un caso de discriminación de un activista sindical: “El artículo 14 bis, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos”¹⁰⁶.

2. Los criterios interpretativos de la Corte Suprema en materia laboral

A lo largo de su rica historia jurisprudencial, la Corte Suprema ha elaborado un catálogo de directivas interpretativas que resultan de combinar su esfuerzo por afirmar la estabilidad y jerarquía de los valores y principios constitucionales, con su necesaria conexión a la realidad cambiante que los confronta en los distintos períodos de la vida institucional y política del país.

En este sendero, el tribunal adoptó una visión sistemática y dinámica de la Constitución, promoviendo el análisis en conjunto de sus disposiciones, su tratamiento unitario y armónico, el respeto al margen reglamentario del legislador y ejecutor del administrador (siempre que no exista una desproporción medio – fin de la medida empleada, o se evidencie irrazonabilidad y/o inequidad manifiesta en su ejercicio), la declaración de inconstitucionalidad de una norma como última ratio, el examen de las consecuencias sociales que deriven de la aplicación de una norma y de la propia decisión judicial que se adopte, la estabilidad relativa que cabe otorgar a los precedentes interpretativos, por razones de justicia, y la necesidad de dotar a los pronunciamientos de una adecuada

¹⁰⁶ CSJN, 09/09/2014, “L.F. c/Citrus Batalla s/sumarísimo”, consid. 4° del voto de la mayoría.

fundamentación, tanto normativa como fáctica, lógica y axiológica¹⁰⁷.

Es decir que, al momento de efectuarse el cambio de paradigma hacia el EDC, la Corte ya contaba con un abanico de herramientas metodológicas en materia de interpretación. Como se ha destacado en el capítulo II, estas herramientas se utilizaban de acuerdo a los patrones de medición del EDL, pero ello no significó su caída en desuso con el giro hacia la nueva constitucionalización. El tribunal se ha ocupado especialmente de relacionar los fallos antecedentes, en los que se emplearon estas directivas hermenéuticas dentro de la jurisprudencia estructurada en la nueva etapa, promoviendo la idea de una continuidad metodológica pero intensificada en defensa operativa de los principios constitucionales.

Las líneas “Vizzoti” y “Aquino” muestran, como se ha detallado en el capítulo III, que las vías de interpretación sistemática y teleológica pueden ser empleadas sin mayores inconvenientes en la nueva hermenéutica constitucional. Similar conclusión cabe desprender de los cánones de razonabilidad y proporcionalidad que la Corte desarrolla en la jurisprudencia laboral reciente. Podrá reprochársele en algún caso que, bajo el prisma de los criterios adoptados, subyace una reunión de fuentes argumentales de diversa jerarquía y vinculación con la cuestión abordada, pero ello no merece el dato común que arroja la remisión a sentencias con una antigüedad de medio siglo o más de emisión, donde la referencia evaluativa es similar.

A continuación se describen los criterios interpretativos utilizados por la Corte Suprema en el campo laboral, con el fin de brindar un paisaje hermenéutico basado en los ejes metodológicos principales.

¹⁰⁷ Cfr. Rodolfo L. VIGO, *Interpretación constitucional*, Abeledo Perrot, Bs.As., 1993, 116-180, donde se reseñan los fallos vinculados a cada una de las directivas de interpretación.

Misión defensora de los principios constitucionales: en ocasión de impugnar la constitucionalidad del recurso ordinario de apelación, previsto para las causas en el que el Estado es parte, en un juicio de despido, el tribunal señaló: "...la Corte Suprema debe fallar todos los asuntos en que pueda estar comprometido algún principio constitucional, sin que estas cuestiones se midan por la cantidad de dinero que puedan importar, porque un caso en el que esté en juego una suma muy elevada puede depender de una norma de derecho común, mientras que una cuestión de unos pocos centavos puede afectar todo el sistema de la propiedad y quizás todo el sistema constitucional"¹⁰⁸.

Habilitación del control: En un asunto vinculado a la restricción de tutela sindical a un dirigente de una entidad simplemente inscripta (revisor suplente), y ante el rechazo por causas formales del recurso extraordinario (la cuestión fue introducida en el recurso de apelación), la Corte dejó sin efecto la sentencia del inferior, al entender que las inobservancias advertidas en el recurso no obstan a la admisibilidad de la pretensión, reprochando el fallo de la Cámara laboral por que se abstuvo de tratar el punto constitucional bajo una justificación procesal¹⁰⁹.

Efecto operacional: El paradigma del trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional, junto a los altos objetivos de la justicia social que lleva impresos el artículo 14 bis CN, recorre la totalidad de su texto, desde la órbita individual, pasando por las relaciones colectivas, hasta la esfera previsional¹¹⁰.

Se trata de un conjunto de directivas de gran alcance, que se enlazan con los derechos humanos sociales presentes en la Constitución, cuyo cumplimiento se encuentra a cargo del Estado. Esto

¹⁰⁸ CSJN, 20/08/2015, "Anadon, Tomás Salvador c. Comisión Nacional de Comunicaciones s/despido", consid. 17.

¹⁰⁹ CSJN, 11/12/2014, "Codina, Héctor c. Roca Argentina S.A. s/ley 23.551".

¹¹⁰ Ver la doctrina de CSJN, "Sánchez", Fallos 328:1602 (2005), "Cardinale Palveruci", Fallos 330:4685 (2007) y "B.I.A." del 21/08/2013.

ha llevado a la Corte Suprema a ratificar el carácter efectivo de todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución, distinguiendo su grado operatividad según se realicen de manera autónoma (operatividad directa) o requieran la ejecución de un deber impuesto al Estado (operatividad derivada). En este segundo supuesto, la Corte reconoce los márgenes de competencia atribuidos constitucionalmente a los demás poderes públicos, pero sujeta su ejercicio al control de razonabilidad, expresado en este tema como un aseguramiento de la garantía mínima de tal derecho¹¹¹.

En un caso donde se debatía el grado de privilegio de un crédito laboral frente a la distribución de fondos de la quiebra del empleador, la Corte sentó el criterio de operatividad directa de una norma internacional ratificada por la República Argentina, como es el Convenio 173 de la OIT, en tanto sus “claras” directivas no necesitan de un dispositivo legal adicional para su efectividad y, por su jerarquía, desplazan a las pautas legislativas vigentes hasta el momento de su ratificación, sea que se le opongan o no se ajusten al mismo¹¹².

Interpretación teleológica: Por el mismo tiempo en que se produjo el ingreso laboral al EDC, la Corte se pronunció respecto a la vigencia para el caso de la suspensión y duplicación indemnizatoria de los despidos sin causa, establecida en la ley de emergencia pública 25.561. Allí se aludió a “...los singulares propósitos que perseguía...” la medida y a “...las consecuencias contraproducentes

¹¹¹ CSJN, 24/04/2012, “Q.C., S. Y. c/ G.C.B.A.”, consid. 10 a 12 del voto de la mayoría. Sobre la relación con los poderes públicos y la constitucionalidad ver el fallo “Rizzo” del 18/06/2013, consid. 9º del voto de la mayoría, que remite a los precedentes laborales “Vizzoti”, “Pérez”, “Aquino”, “Milone”, “Rossi”, “ATE” y los previsionales “Itzcovich” y “Badaro”.

¹¹² CSJN, 26/03/2014, “Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A. s/quiebra”.

que irrogaba toda demora en su aplicación”, revistiendo la importancia de la finalidad que contenía la norma¹¹³.

En la línea “Aquino”, esta directiva resulta más patente. Como ya se dijo, al reprochar a la Cámara Laboral su apego a la definición literal de un término, para descartar la entrada en vigencia de una modificación al régimen de riesgos del trabajo, la Corte advirtió los fines tutelares que involucraba dicha modificación, y recordó su reiterada jurisprudencia que obliga al intérprete a indagar el sentido profundo de la norma, prefiriendo la inteligencia que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos de manera explícita¹¹⁴.

Razonabilidad: El fallo “Vizzoti” se sustentó en la falta de razonabilidad, y anudó este concepto al de falta de justicia y equidad, para reprobar el tope previsto a nivel legal para la base salarial de la indemnización por despido sin causa. Como estándar para evaluar el descalce entre los principios del artículo 14 bis (“protección contra el despido arbitrario” y “condiciones dignas y equitativas de labor”) y la regla del artículo 245 LCT, se observó la contradicción que ello representaba para el principio de razonabilidad contenido en el artículo 28 CN¹¹⁵. También se conjugó la exigencia de razonabilidad de los fallos con la sujeción a la finalidad reparadora de la norma que se examina¹¹⁶, así como con el respeto que debe guardarse a otros principios procesales de raigambre constitucional¹¹⁷.

¹¹³ CSJN, “Valente”, Fallos 327:4422 (2004). El dictamen de la Procuración General de la Nación, con el que concuerda el tribunal, reseña los precedentes jurisprudenciales que aplicaron este criterio finalista.

¹¹⁴ CSJN, “Aveiro”, Fallos 331:2839 (2008), con cita de Fallos 329:872 y 330:2932).

¹¹⁵ CSJN, “Martínez, Rubén”, Fallos 328:2916 (2005).

¹¹⁶ CSJN, “Bordón Morel”, Fallos 329:3019 (2006).

¹¹⁷ CSJN, “Fossati”, Fallos 330:3787 (2007), donde la Corte descalificó el pronunciamiento del inferior, añadiendo a la falta de sujeción al principio de razonabilidad, la vulneración de los principios de congruencia y defensa en juicio.

Proporcionalidad como razonabilidad del medio empleado: Al evaluar el alcance de la medida adoptada para incrementar la indemnización por despido incausado, durante la crisis de los años 2001 – 2002, la Corte señaló su carácter “tan razonable como urgente” para superar la profundización de la situación. Este “disciplinamiento del despido” tenía como objeto desalentar “...la libertad de poner fin al vínculo sin causa justificada, en beneficio de la dignidad personal del trabajador y de la armonía social, seriamente afectada por entonces”¹¹⁸.

Más cerca en el tiempo, el tribunal validó la constitucionalidad de una norma inferior que limitaba la actuación de las obras sociales al espacio geográfico fijado estatutariamente. De acuerdo a uno de los votos, “...tanto las asociaciones sindicales como las obras sociales que les pertenecen, deben tener delimitado su ámbito de actuación territorial...Esto implica que cualquier actividad que desarrollen fuera de él resulta inválida...”, por lo que, “...la resolución en examen supera el control de razonabilidad. Por un lado, porque persigue fines legítimos, esto es, resguardar la eficiencia del sistema y garantizar que los beneficiarios reciban las prestaciones de salud necesarias de manera eficiente y oportuna. Por otra parte, porque el medio elegido es adecuado y proporcionado para alcanzar los objetivos proclamados a partir de la realidad que se pretende regular”¹¹⁹.

Proporcionalidad como razonabilidad en la igualdad: Más cerca en el tiempo, la Corte rechazó el planteo de un juez, quien impugnaba la reglamentación que fijaba pago de diferencias salariales por los montos menores estipulados para las subrogancias realizadas en

¹¹⁸ CSJN, “Aceval Pollacchi”, Fallos 334:799 (2011), consid. 10, voto de la mayoría. El tribunal agrega que esta carga razonable se compadece con el principio según el cual el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa, cuyo mantenimiento se puede hacer depender de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios.

¹¹⁹ CSJN, 01/12/2015, “Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicios, Garages y Playas de Estacionamiento del Chaco”, voto del juez Lorenzetti.

otros juzgados. Allí se recordó como pauta de interpretación, relativa al principio de igual remuneración por igual tarea, que el mismo refleja una conciencia jurídica general, contraria a la merma salarial por razón del sexo, nacionalidad, raza o el credo de quien lo ejecuta, pero al mismo tiempo proscribía toda otra discriminación de igual o parecida irrazonabilidad que lleve a un trabajador a ser retribuido con un salario inferior al establecido para una tarea similar a la que presta. El principio, concluyó el fallo, "...se dirige a impedir que alguno resulte discriminado con respecto a la generalidad"¹²⁰.

En relación a las garantías fundamentales (libertad, igualdad y dignidad), cuando estos postulados se trasladan al interior de las relaciones laborales, también impactan en la naturaleza y alcance de los vínculos. En un caso donde se discutía la validez de una norma provincial que exigía la integración del cincuenta por ciento (50%) de la tripulación de los buques con trabajadores argentinos con más de dos años de residencia permanente en esa jurisdicción, el Alto Tribunal advirtió que la "cláusula de progreso" constitucional abarcaba tanto el derecho del empleador a ejercer toda industria lícita con la consiguiente libertad de contratación (que comprende la idea de comercio del artículo 75.13 CN), como la protección y promoción de los derechos de los trabajadores del sector, más allá del lugar de residencia que estos posean, a tenor de la regla de "igualdad de oportunidades y posibilidades" que se encuentra formulada en el artículo 75.19 CN¹²¹.

Hermenéutica esencial: Al dictar el *leading case* vinculado con el concepto de remuneración ("Pérez c. Disco), la Corte acudió a un sendero interpretativo propio del proceso de comprensión hermenéutica. La afirmación de que la determinación del contenido de

¹²⁰ CSJN, 17/12/2013, "G.,J.J. c/Estado Nacional", con citas del precedente "Ratto" y de Fallos 308:1032.

¹²¹ CSJN, "Argenova S.A.", Fallos 333:2367 (2010), consid. 13 del voto de la mayoría y consid. 17 del voto de la jueza Highton de Nolasco.

los derechos constitucionales constituye el objeto central de estudio del intérprete constitucional, precede al criterio allí sentado: “La naturaleza jurídica de una institución debe ser definida fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los particulares le atribuyan...sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen juris sería inconstitucional”¹²². Esta búsqueda de la naturaleza de las cosas, se tronca con la búsqueda de la verdad objetiva y, en definitiva, de lo que corresponde decidir en concreto.

7. RECAPITULACIÓN

La llegada del nuevo constitucionalismo al Derecho del Trabajo, con su consiguiente apertura y comunicación de fuentes jurídicas, impuso la necesidad de volver el análisis hacia la interpretación, el primer gran desafío para la rama laboral. Este proceso, sin embargo, ya no se completa con la aplicación mecánica de los métodos del positivismo legalista. Un sistema abierto requiere otra forma de acercamiento, y es allí donde la dimensión hermenéutica asiste al intérprete.

Con su ciclo de comprensión circular y espiralado, la hermenéutica acude a dar a este proceso un conjunto de aportes operacionales significativos: la lectura de la tradición, la medición de la distancia que surge entre el origen de la norma y el tiempo de su consideración, los horizontes de comprensión que se fusionan. Pero estos datos deben ser adecuados a las relaciones laborales, sobre todo en ejemplos como el argentino, donde la tradición cultural protectoria compite con la variación de su estándar en tiempos históricos coincidentes.

¹²² Fallo citado, consid. 5° del voto de la mayoría.

Una mirada a la hermenéutica jurídica laboral incluye un repaso por sus dos elementos esenciales, el subjetivo y el objetivo. Los intérpretes laborales acceden a este proceso de su ubicación, formulando determinaciones provisorias que ascienden en el ciclo hasta alcanzar su versión final. Es importante destacar que no llegan en abstracto sino que concurren a esta tarea con su carga condicionante, compuesta por sus valores, intereses, así como por la influencia que la técnica general y la técnica del Derecho del Trabajo tengan en su valuación. Del lado objetivo, el lenguaje de las reglas y principios laborales acude con su propio desafío: superar los problemas que en materia de ambigüedad, su vaguedad y su textura abierta ofrece todo enunciado incluido en una norma. Los hechos también son llamados al proceso de comprensión. A pesar de las directrices estrictas y presunciones amplias que derivan del principio protectorio, cuando las interpretaciones de uno y otro operador se van confrontando, la evaluación de lo fáctico se transforma en una búsqueda de lo verdadero, particularmente para el juzgador, que asume el rol de intérprete final y definitivo.

La interpretación de los principios laborales se conecta directamente con la dimensión moral del Derecho del Trabajo, entendida como ese espacio valorativo inserto en el sistema jurídico abierto, que pulsa por la concreción de lo justo. En este medio, principios y reglas se implican mutuamente y operan simultáneamente en los distintos niveles, produciendo una reduplicación concretizadora. En este esquema, la sistematización provista por el EDL resulta poco útil. Una nueva clasificación, producto de la constitucionalidad operativa, arroja una enumeración que abarca a los principios fuertes o estrictos, a los principios más amplios, a las reglas más amplias (cercanas a los principios) y a las reglas fuertes o estrictas.

Pero el desafío de la interpretación carece de sentido sino desemboca en la concreción efectiva de lo determinado. Allí, el nivel comparativo reglas – reglas puede verse rápidamente comprometido ante la invocación de una lesión a un derecho garantizado por un principio constitucional, con lo cual, el caso se mueve hacia

el territorio de los principios, que cuenta con su metodología de ponderación. Sin embargo, la pura aplicación de la técnica ponderativa puede acarrear riesgos ciertos en términos de obtención de un resultado justo o cercano a lo justo, y es por eso que debe complementarse con la indagación de la razonabilidad de la medida en cuestión. La experiencia nacional ha elaborado, desde el ingreso laboral al EDC, un conjunto de criterios interpretativos en relación a este tema. El punto concluyente sobre el análisis de este armazón hermenéutico, es que su “coraza” se termina de formar con el material argumentativo disponible, que le ayuda a brindar una justificación racional a la decisión que se adopte.

CAPÍTULO V

EL DESAFÍO DE LA JUSTIFICACIÓN: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA LABORAL

1. INTRODUCCIÓN:

En el capítulo anterior se han desarrollado los problemas de la interpretación jurídica que se expresan en el Derecho del Trabajo a partir de su entrada en la nueva constitucionalidad. Estas cuestiones han requerido la puesta en juego de la perspectiva hermenéutica, como una dimensión comprensiva que favorezca el conocimiento de la tarea que ejecutan los sujetos laborales en el proceso intelectual, observando sus principales características y verificando el modo al que arriban a sus resultados.

La acción de interpretar, en el campo jurídico, se conecta con aquello que exterioriza el sujeto que la ejecuta, dando lugar a un vínculo con el objeto hermenéutico y con los demás sujetos que sean llamados a manifestarse sobre ese tema. Se trata de exteriorizar una opinión que se somete a la evaluación del otro, integrado en el espacio común de la comunicación a quien adopta una posición determinada en la materia. Así, el proceso de interpretación, a través de los diversos fundamentos, deja paso al proceso de la argumentación.

Es conocida la reserva demostrada a esta confluencia por quienes sostienen una división tajante entre ambos campos (el in-

terpretativo y el argumentativo). Sin embargo, el pensamiento filosófico – jurídico ha logrado acercar sus posiciones, en vista a superar un límite antes infranqueable. Sobre todo, porque se ha considerado necesario verificar si toda interpretación posee una disposición para tolerar una u otra solución. Esta tarea, a su vez, implica la exigencia de basarla sobre un fundamento específico. De esta forma, mientras la interpretación se sitúa en el plano de la justificación interna, la argumentación se posiciona hacia exterior, como una regla de control del proceso de adaptación entre la norma interpretada y el hecho interpretado¹.

Sobre el renovado interés de los juristas por la argumentación, se han señalado diversos factores: el primero sería de carácter teórico y de conocimiento, como reacción al lugar secundario que las concepciones legalistas le asignaron al tema. El segundo, más práctico, se relaciona con la difusión que el esquema del common law estadounidense ha tenido a nivel global, con su cuota de oralidad y contradicción, obligando a los operadores de los sistemas continentales a detenerse en este punto. El tercero se refiere al paso del EDL al EDC (objeto de esta investigación), que como se anticipó, al producir la apertura de los sistemas jurídicos y potenciar la operatividad de los derechos fundamentales, exige una mayor y mejor justificación de las decisiones. El cuarto factor que aparece es de origen pedagógico: al demandar los estudiantes de ciencias jurídicas una enseñanza más práctica, se ha generado un inevitable aumento de los cursos de argumentación. Por último, se presenta un quinto elemento de naturaleza política: el deterioro que han sufrido las sociedades en términos de pérdida de la legitimidad basada en la autoridad y la tradición, reflejándose en el ascenso de una legitimidad más democrática, basada en el consentimiento. La necesidad de argumentar ha crecido en todos los ámbitos sociales y el jurídico no ha quedado fuera de ella. Hay un in-

¹ Ver F. VIOLA & G. ZACCARIA, *Derecho e interpretación...cit.*, 229-230.

cremento de la deliberación, que deberá estar acompañada de una argumentación racional y competente².

Es oportuno recordar que estos aspectos se encuentran muy presentes en el Derecho del Trabajo, especialmente a la hora en que los sujetos reclaman del otro una exposición de razones como sustento de una decisión. El ordenamiento laboral demanda de los protagonistas individuales de la relación que fundamenten las resoluciones que adopten, penando además la variación de esos fundamentos en determinadas circunstancias (p.ej. la extinción por justa causa). La esfera colectiva, tradicionalmente más remisa a sustentar las pujas de intereses con explicaciones, también se encuentra obligada a dar razón de sus actos; cuanto más si la actividad se orienta a transformar una demanda colectiva de interés en un asunto jurídico, donde la fundamentación se traslada al campo de la justicia social.

En suma, como la argumentación ocupa la totalidad del arco discursivo, no hay posibilidad de originar un espacio de diálogo sino es a través de la concordancia sobre las bases mínimas de lo que se discute. Este simple hecho, a pesar de las reglas legales que imperan en la relación de trabajo, parece difícil de alcanzar. La llegada del EDC, empero, con su jurisprudencia “cargada” de argumentos, brinda una asistencia invaluable al estudio de un tema que adquirió relevancia en el examen de las decisiones que los distintos niveles expresan a diario en el mundo del trabajo.

El presente capítulo, por lo tanto, aborda el desafío de la argumentación. Comienza con un repaso de las principales corrientes en esta materia, para luego centrarse en la argumentación jurídica y, en especial, en la argumentación jurídica laboral. Siguiendo la distinción adoptada entre reglas y principios, el análisis continúa con el temperamento que expresa la carga argumental en

² Manuel ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, 1ra. ed. en esta presentación, Ariel, Barcelona, 2012, 15-19.

uno y otro caso. Desplegado este mapa, el estudio se detiene en la comunicación horizontal que reúne a los argumentos en un proceso, de acuerdo a las expectativas que tienen los particulares y el juez en cuanto a sus respectivas explicaciones. Por último, se ingresa en un tópico poco transitado en la disciplina, como es la conversión de los argumentos en fuentes jurídicas, donde la posición jerárquica que aquellos alcancen guarda relevancia en un sistema abierto de justificación plural.

2. DE LA NORMA AL DISCURSO JURÍDICO

La Segunda Posguerra no solo formalizó la quiebra del positivismo más estricto; también incentivó el desarrollo de todo un pensamiento interesado en la comunicación que subyace en torno a lo jurídico. La idea de encontrar respuestas sobre el modo en que se explican las opiniones y decisiones fue ganando un progresivo espacio frente a la lógica de la subsunción normativa.

En este período, se profundizó aquellas investigaciones realizadas por autores ocupados en destacar en papel de la tópica en el discurso. Ubicados en un contexto situacional, de estructura dialógica, señalaron que, quien ingresa a un discurso, asume determinados deberes de carácter retórico, que en el terreno jurídico son muy conocidos por el operador práctico: “Cuando alguien habla tiene que poder justificar su discurso”, porque, “Sólo el cumplimiento de los deberes del discurso, especialmente el respeto de los deberes de defensa y explicación, garantizan aseveraciones suficientemente confiables en las cuales existe indiscutiblemente un interés general”³.

³ Theodor VIETHWIEG, *Tópica y filosofía del derecho*, 2da. ed., trad. Jorge Seña, Revisión E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Gedisa, Barcelona, 1997, 183-184.

El rescate de estas reglas o deberes discursivos no constituye un patrimonio exclusivo de la ciencia jurídica. Los estudios de las disciplinas sociales, renovados por el interés en el lenguaje, se adentraron en estos análisis, trascendiendo sus fronteras e incorporando lo jurídico como otro fenómeno de la vida social y de diálogo. A continuación serán reseñadas las perspectivas desarrolladas por las modernas teorías de la argumentación, cuya importancia se refleja en la utilidad que poseen para delinear el universo discursivo en el que se mueve el Derecho del Trabajo del EDC.

a) Las grandes corrientes modernas de la argumentación

1. La teoría de la nueva retórica

El regreso, a mediados del Siglo XX, a los estudios sobre la antigua tradición griega, orientada por el recurso dialéctico y el arte de la persuasión, impulsó el desarrollo de una nueva retórica, cuya figura central es el orador, el sujeto hablante comprometido con las características del auditorio⁴.

Esta perspectiva parte de entender que toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por lo tanto, supone la existencia de un contacto intelectual; se trata de un nexo marcado por la intención que posee el orador de influir con su argumentación. Esa influencia se denomina persuasiva cuando se dirige a un auditorio particular⁵.

En cuanto a la argumentación jurídica, la perspectiva retórica estima que su desarrollo se efectúa ante un auditorio particular y

⁴ Ver Chaïm PERELMAN – Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. cast. J. Sevilla Muñoz, 1ra. ed., 3ra. reimpr., Gredos, Madrid, 2006.

⁵ PERELMAN – OLBRECHTS-TYTECA, cit., 48, 55 y 67.

especializado, donde los juristas se sumergen en un sistema concreto, con acuerdos preestablecidos y reglas formales, y en donde se pone de manifiesto el problema de la interpretación de los textos. Un elemento destacable para esta teoría es que, en el campo jurídico, los valores intervienen como base de la argumentación, durante la totalidad del trayecto discursivo. En esa línea, los valores son comparables a los hechos, debiendo argumentarse para superar esa presencia⁶.

2. *La teoría normativa*

Es oportuno destacar que, en el amplio espacio del neoconstitucionalismo, se ha elaborado una teoría de la argumentación, anclada en sus tesis generales, especialmente en la distinción entre principios y reglas. Tomando la noción de argumentación jurídica como una actividad lingüística, el discurso que allí se evidencia es un caso especial del discurso práctico general, debido a que la argumentación se desenvuelven bajo un conjunto de condiciones limitadoras, como la sujeción a la ley, la obligación de considerar los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente y las restricciones de las reglas del ordenamiento procesal⁷.

Al tratarse de un discurso práctico racional, existe un conjunto de reglas fundamentales que operan como condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística en la que se trate de la verdad o la corrección⁸. Junto a ellas se encuentran las reglas de ra-

⁶ PERELMAN – OLBRECHTS-TYTECA, cit., 132-133 y 171-172.

⁷ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2da. ed., 2da. reimpr., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, 34-36.

⁸ ALEXY, cit., 184-187. Las reglas fundamentales son las siguientes: 1) Ningún hablante puede contradecirse, 2) Todo hablante puede afirmar aquello que él mismo cree, 3) Todo hablante que aplique un predicado a un objeto determinado, debe estar dispuesto a aplicar ese predicado a cualquier otro objeto de igual determinación en

zón, referidas a la justificación de los enunciados normativos. Parten de entender que todo hablante, cuando se le pide, debe fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazo de la fundamentación⁹.

La teoría se ocupa también de enunciar un conjunto de reglas sobre la carga de la argumentación, para regular lo atinente a las preguntas o expresión de dudas, ya que los problemas de distribución de esta carga argumental surgen en diferentes contextos, y de reglas de fundamentación, conectadas con la utilización racional de las formas argumentales.

En este punto, un aspecto importante de la teoría normativa de la argumentación jurídica es que el discurso jurídico posee dos versiones de justificación de las decisiones jurídicas: la interna y la externa: A la justificación interna le resultan aplicables las siguientes reglas: 1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse, por lo menos, una norma universal; 2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones; 3) Siempre que exista una duda sobre el tratamiento igual del caso, hay que aducir una regla que decida la cuestión, 4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible, 5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo. La justificación externa, por su parte, se dirige a fundamentar las premisas utilizadas en la justificación interna. Se detectan seis grupos de reglas y formas de justificación externa: reglas y formas de interpretación, de la argu-

todos los aspectos relevantes, 4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

⁹ ALEXY, cit., 188-189. Las reglas de razón comprenden: 1) Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso, 2) En la libertad de la discusión: a) todos pueden problematizar cualquier aserción, b) todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso, y c) todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades, y 3) A ningún habitante puede impedírsele el ejercicio de los derechos anteriores, mediante coerción interna o externa del discurso.

mentación dogmática, del uso de los precedentes, de la argumentación práctica general y de la argumentación empírica, de las formas especiales de argumentos jurídicos¹⁰.

3. *La teoría comunicacional*

En este pensamiento, proveniente del cruce dado entre la Filosofía y las Ciencias Sociales, se distinguen tres visiones de la argumentación: a) como un proceso de interacción orientado al entendimiento, b) como un procedimiento de interacción sometido a una regulación especial aceptada por los proponentes y oponentes, y c) como un producto que, en razón de sus propiedades intrínsecas, se obtiene o se rechaza el reconocimiento intersubjetivo de validez pretendido por el argumentante. Su tesis principal gira en torno al concepto de “acción comunicativa”, concebido como una acción social que presupone al lenguaje y como un medio dentro del cual los participantes se presentan y se relacionan unos a otros en procedimientos de entendimiento y con pretensiones de validez, guardando una estructura racional interna¹¹.

Este último punto, el de la racionalidad, es uno de los elementos que interesan para el análisis del Derecho. Partiendo de los análisis efectuados por la Sociología (donde la cuestión del trabajo y de las relaciones laborales ocupa un lugar destacado), se advierte que la estructura jurídica moderna, anclada en la positividad, la

¹⁰ ALEXY, cit., 213 y ss.

¹¹ Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, trad. cast. M. Jiménez Redondo, Taurus – Santillana, Madrid, 1999. Sobre los aspectos de argumentación, ver 46-47; sobre el concepto de acción comunicativa, ver 143-146; sobre la exigencia de racionalidad en dicho concepto, ver 191 y ss. Según el autor, la estructura racional interna de los procesos de entendimiento se caracteriza por: a) las relaciones de los actores con el mundo; b) las pretensiones de validez en la verdad proposicional, la rectitud normativa y la veracidad o autenticidad; c) el concepto de un acuerdo racionalmente motivado; y d) el sentido de validez universal que se atribuye al proceso de entendimiento, como negociación cooperativa de definiciones compartidas de una situación.

legalidad y el formalismo, requiere de una fundamentación autónoma que no sea la de sus propios fines. Aparece la idea de que las normas jurídicas son susceptibles de críticas y que por ello es necesario justificarlas¹².

En tal sentido, hay normas que, en caso de duda, quedan legitimadas por el procedimiento. Otras en cambio, no pueden apelar a esa corrección procedimental, como sucede con los fundamentos del Derecho Constitucional. Cuando en la práctica cotidiana se ponen en juego estas normas, no basta con dar una respuesta desde la legalidad; se necesita una justificación material, pues las instituciones jurídicas forman parte de lo que llama los “órdenes legítimos del mundo de la vida” y, junto a las normas informales que rigen la acción, constituyen el trasfondo de la acción comunicativa¹³.

La pérdida de confianza en el positivismo legalista que padecen las sociedades contemporáneas, también es un dato abordado por esta teoría. Al no contarse con una certeza colectiva, crece la necesidad de apoyarse en la racionalidad del Derecho. Pero su fuerza legitimadora no puede agotarse en algo formal, sino que debe buscarse en la institucionalización de procedimientos que reúnan las exigencias de fundamentación por vías donde las mismas puedan desempeñarse. La idea de imparcialidad de los procedimientos jurídicos de creación y aplicación de normas constituye el núcleo de este tipo de razón práctica¹⁴.

Ello vuelve a poner de relieve la importancia de la argumentación para fundamentar enunciados o proposiciones normativas. La práctica argumental y sus presupuestos comunicativos continúan manteniendo una fuerza estructural que obliga a la formación im-

¹² HABERMAS, *Teoría...I*, cit., 337-338.

¹³ Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa II. Crítica de la razón funcionalista*, 1ra. ed., 2da. reimpr., Taurus – Santillana, 1992, 516-517.

¹⁴ Jürgen HABERMAS, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. cast. M. Jiménez Redondo, 1º ed., 1ra. reimpr., Paidós/I.C.E.-U.A.B., Barcelona, 1998, 159-161.

parcial del juicio. En este sentido, la argumentación continúa siendo, para esta teoría, el único medio disponible para cerciorarse de la verdad, ya que las pretensiones de verdad que devienen problemáticas no pueden examinarse de otra forma¹⁵.

4. *La teoría de lo racional – razonable*

Conjugando los distintos avances en materia de interpretación y argumentación (se reconocen aquí los aportes del enfoque hermenéutico, ya estudiado en el capítulo anterior) se entiende que el problema central, sobre todo desde el punto de vista de la dogmática jurídica, consiste en cómo justificar jurídicamente el resultado de la interpretación. El proceso discursivo se asume expresado como un diálogo entre la persona que presenta la justificación y la persona que juzga su validez. El punto de partida de este diálogo es el desacuerdo lingüístico o fáctico que se presenta y la justificación se dirige a la otra persona o grupo que, como en la corriente retórica, se conoce como audiencia¹⁶.

A la hora de justificar una interpretación jurídica, se encuentra el contexto de las normas, siempre de carácter sistémico y político, o sea, extra – jurídico. Por ello, la interpretación se encuentra conectada, por una parte, con el sistema jurídico como sistema de normas y, por otra, con los valores sociales culturales de la comunidad. A todo esto hay que agregar las características del lenguaje abierto (ya abordado). Este es un escenario que vincula la sistematización y la interpretación como actividad compleja¹⁷.

¹⁵ J. HABERMAS, *Verdad y justificación*, trad. cast. P. Fabra y L. Díez, Trotta, Madrid, 2002, 50 y ss. El autor utiliza aquí un concepto de “verdad” no en sentido epistémico sino elaborado en términos pragmáticos.

¹⁶ Aulis AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado de la justificación jurídica*, trad. cast. E. Garzón Valdés, revisión de E. Garzón Valdés y Ruth Zinmarling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 154-155.

¹⁷ AARNIO, cit., 158-163 y 185.

Para que el resultado de este proceso provea un grado de certeza, se apela a la racionalidad, cuyas raíces se encuentran en nuestra cultura y en las formas en que usamos este concepto en el lenguaje ordinario, esperando que la gente se comporte racionalmente en sus relaciones recíprocas. Como condiciones generales del discurso racional también se contemplan reglas (de racionalidad mínima, de consistencia, de eficiencia, de sinceridad, de generalización, de apoyo y de carga de la prueba), sin desconocer que la pluralidad de los valores es tan grande como la pluralidad del lenguaje y de formas de vida. Pero esto no conduce al caos y a la arbitrariedad, porque la fuente última de legitimidad se encuentra en la sociedad misma. Sólo la interpretación que tenga en cuenta las expectativas de la mayoría de la sociedad puede obtener aceptación. Lo importante es la expectativa de certeza jurídica que se vincula con el sistema de valores de la sociedad, y que lleva a formular la siguiente conclusión: la interpretación aceptable tiene que ser no sólo racional sino también razonable¹⁸.

b) Argumentación y argumentación jurídica

1. El nuevo nombre de la interpretación

Como ya se ha reflejado, la llegada del EDC ha producido entre otros efectos la superación del concepto clásico de interpretación jurídica. Pero además, la propia tarea interpretativa ha quedado sometida a nuevas técnicas que hacen hincapié en la racionalidad de los fundamentos que justifican toda opinión; una cuestión que reviste particular importancia cuando aquella emana de un órgano con competencia jurisdiccional. La argumentación es el nuevo nombre que explica esa tarea judicial y que viene a reemplazar al concepto decimonónico de la interpretación. Si bien la

¹⁸ AARNIO, cit., 251 y ss.

afirmación se refiere al ámbito judicial, resulte procedente su aplicación a otras esferas donde la argumentación jurídica se desarrolle, sea en ámbitos públicos o en comunidades privadas. Lo relevante de esta dimensión se basa en la posibilidad de que un discurso completo quede incorporado al Derecho vigente y resulte disponible para ser utilizado por los ciudadanos y operadores jurídicos a los fines de los eventuales casos que se presenten, en tanto sean análogos a los resueltos¹⁹.

El objeto de la argumentación jurídica, entonces, es la racionalidad, considerada desde un aspecto descriptivo (sistematizar los argumentos) o desde la esfera prescriptiva (sugerir criterios para fundamentar y decidir los casos). Este avance sobre la discrecionalidad de los operadores, sin embargo, no alcanza para establecer bajo parámetros consistentes la totalidad del proceso de decisión. La órbita descriptiva no podría suplantar las prácticas y referencias dogmáticas o doctrinarias que se utilizan de manera cotidiana; ni la construcción prescriptiva podría, por su grado de abstracción, superar lo que se conoce como “el agónico momento de la decisión final del operador jurídico ante un caso real”²⁰.

Los problemas de la argumentación jurídica se evidencian a la hora de su utilización, que es cuando emergen los planteos relacionadas con su igualdad o jerarquía y su oportunidad o su coherencia, entre otros tópicos.

Esto ha dado lugar a que se establezcan un conjunto de directivas argumentales genéricas que se conectan con las opciones discursivas de saturación, ponderación, universalización, consis-

¹⁹ Cfr. Rodolfo L. VIGO, “Argumentación constitucional” en *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, C.A. Alarcón Cabrera – R.L. Vigo coordinadores, Marcial Pons Argentina, Bs.As., 2011, 463 y ss.

²⁰ La definición es de Marina GASCÓN ABELLÁN y Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra, Lima, 2003, 59, matizando los esfuerzos de Alexy por elaborar un “código” de formas y reglas de la argumentación

cia, coherencia narrativa, persuasión, eficacia, sinceridad, base controversial, valor y lógica. Junto a estos meta-argumentos, se despliegan otras directivas más específicas, como las pertenecientes al campo del Derecho Constitucional, cuyo listado incluye la optimización de la eficacia jurídica de la Constitución, su sistematización, su ubicación como parte del sistema jurídico, la fidelidad no estática al poder constituyente, su contenido y proyecciones políticas, su axiología, el *self-restraint*, la fundamentación apropiada y la trascendencia de los considerandos o fundamentos, la evaluación de las consecuencias del resultado interpretativo, y la estabilidad relativa de los precedentes constitucionales²¹.

c) La nómina de argumentos jurídicos

1. La “caja de herramientas” del discurso jurídico

La identificación de los principales argumentos resulta esencial en esta materia, ya que esos son los fundamentos que sostienen las opiniones, decisiones y pronunciamientos jurídicos. En este sentido, resulta conveniente reiterar aquí una nómina de argumentos elaborada hacia el Derecho argentino, formulando algunas observaciones al respecto. La primera de ellas es que deben distinguirse los argumentos estrictamente jurídicos de aquellos que son así considerados por su uso accidental y con una finalidad jurídica. La segunda aclaración es que la clasificación depende en buena parte de las características del sistema jurídico en donde operen los argumentos, sin que el orden en la nómina refleje alguna jerarquía entre ellos. La última advertencia se refiere al uso que puede darse a los argumentos; estos se emplean con sentido positivo o negativo para justificar o desacreditar un discurso que los invoque o desconozca.

²¹ Ver VIGO, cit., 476-478.

A continuación, se detalla la nómina de argumentos jurídicos generales, consolidada por la doctrina (Vigo), precisando en cada caso su perfil de utilización en la rama laboral:

Autoritativos o normativos: se invoca la autoridad con competencia para incorporar estos argumentos al Derecho vigente, o se refiere a la ley sin necesidad de mayor aclaración. El Derecho del Trabajo, tan afirmado en las reglas jurídicas estrictas, suministra constantemente esta justificación a los decisores laborales.

Principialistas: En auge con el ingreso del EDC y su tesis protagónica de los principios. Se los invoca por la fuerza que poseen para regular y justificar una situación. A partir de los fallos “Vizzoti” y “Aquino” se puede decir que no existe medida o escrito referido al Derecho del Trabajo que no contenga estos argumentos.

Axiológicos o morales: La apelación a valores superiores, por sobre la situación o relación jurídica sobre los que actúan, resulta una constante en el discurso laboral (ver el artículo 4° LCT), que también se ha incrementado con el EDC. La expresión referida al trabajador como “señor de los mercados” indica una de las tantas manifestaciones axiológicas puesta en primer plano, con sentido de trascendencia.

Consecuencialistas: Alude a las consecuencias o efectos que se han tomado en consideración al momento de adoptarse una decisión que impacta tanto en el orden jurídico como en otros de tipo social. La Corte Suprema ha utilizado este argumento en numerosas ocasiones, como en los casos en los que se analizó la subsistencia de regímenes tarifados de indemnización, o cuando se estimó relevante impulsar el desarrollo plural de las fuerzas asociativas en materia de libertad sindical.

Genéticos: El argumentador se remonta al origen del objeto jurídico, y a las circunstancias que lo rodearon, para formular una determinada interpretación o atribuirle un significado. Utilizado por la Corte de manera frecuente, este fundamento fue decisivo en los casos que abordaron la inconstitucionalidad de conceptos o rubros

no remunerativos, frente a la naturaleza de la institución laboral de la remuneración.

Lingüísticos: Se respalda un enunciado con base en las diferentes dimensiones del lenguaje (semántica, sintáctica o pragmática). Casi todas las sentencias judiciales laborales emplean estos argumentos.

Doctrinarios: Se apela a la opinión de uno o más especialistas reconocidos para respaldar una determinada posición. Muy importante en los tiempos del EDL (donde lo que interesaba era confirmar la subsunción del supuesto de hecho en la norma), continúa siendo utilizado en la era del nuevo constitucionalismo por los operadores privados, quienes desean demostrar que su discurso encuentra asidero en la mejor dogmática.

Jurisprudenciales: Un pronunciamiento judicial, del mismo tribunal, de un cuerpo jurisdiccional de similar nivel, o de un órgano superior, que ha decidido situaciones similares a las que se ventilan en una controversia, posee una capacidad justificatoria superior a la de la doctrina. El EDC, con su “gimnasia” ejercitada en el control de constitucionalidad, ha brindado a los operadores toda una gama de fallos que habilitan su referencia en los casos que se traten. En variados supuestos, la jurisprudencia posee un valor superior, incluso, a la letra de la regla jurídica invocada (p.ej. en la indemnización por despido sin causa).

Lógicos: Se basa en el necesario respeto que el razonamiento jurídico y el judicial deben tener por los principios de la lógica (p.ej. inducción, deducción). Se utiliza usualmente para descalificar el discurso que no ha respetado esas reglas. Los jueces laborales y la Corte Suprema, utilizan estos argumentos en los casos de arbitrariedad de sentencia.

Analógicos: Consiste en la aplicación, al nuevo caso, de una solución dada para supuestos semejantes. La Corte Suprema ha producido, con esta base, “familias” de casos de argumentación analógica (sobre riesgos del trabajo, empleo público, indemnización por despido incausado, entre otros), donde se remite a la misma fun-

damentación. También lo ha empleado para reivindicar, más allá del tema concreto, una línea de coherencia decisoria, que conjuga estos argumentos con las explicaciones principialistas y axiológicas.

A fortiori: Aquí se intenta dar una respuesta “con mayor razón” a una situación que es menos grave que la que está prohibida (*a minori ad maius*) o que ya está incluida de forma implícita en lo autorizado por ser menos relevante (*a maiori ad maius*). Se emplean estos fundamentos en el análisis de las conductas de los sujetos laborales, especialmente en el ejercicio de sus derechos y potestades (p.ej. el poder disciplinario del empleador).

Apagógicos: Se utiliza para descartar argumentos alternativos por caer en el absurdo o en algo irracional por su imposibilidad, ineficiencia o disvalor. La Corte lo aplicó para rechazar desviaciones argumentales, imputadas como distorsiones interpretativas, que sobre ciertos supuestos constituyen “una exégesis poco recomendable”, en sus palabras.

A contrario: Se emplea para impedir la aplicación de una regulación a una especie distinta del mismo género de aquella especie a la que se dirige aquella (p.ej., en el caso de las renunciaciones de derechos, en la órbita civil y en la esfera laboral).

Sistemáticos: La visión del Derecho como un sistema supone la presencia de sus notas características, como coherencia, jerarquía, plenitud y economía. A pesar de su apertura, en el sistema jurídico laboral persisten estos elementos y la jurisprudencia se esfuerza por destacarlos, todo lo cual redundará en las argumentaciones desplegadas por los restantes operadores jurídicos.

Teleológicos: Se invoca el fin intrínseco o perseguido por el Derecho o por una norma jurídica en particular. El EDC ha elevado la explicación finalista al podio argumental. Buenos ejemplos se encuentran en la jurisprudencia laboral, así como también en el Nuevo Código Civil y Comercial, que reivindica el fin de la norma entre sus presupuestos interpretativos.

Sociológicos: Se inserta en el discurso jurídico un dato o circunstancia proveniente de la vida social. Lo decisivo es su visibilidad por cualquier interesado en la argumentación. El Derecho del Trabajo siempre ha mantenido una estrecha relación con este tipo de argumentos, donde las expresiones laborales de los conflictos sociales y/o de las crisis económicas son convocadas para fundar el discurso.

Comparativos: Se toma en cuenta la experiencia de otros sistemas jurídicos para resolver o aportar soluciones al caso. La Corte Suprema ha receptado en sus fallos, desde sus inicios, el ejemplo comparado como soporte argumental. En el EDC laboral, esta modalidad se ha ampliado a la esfera jurídica supranacional (DIDH) y, en consecuencia, a la posición de sus órganos de control o decisión sobre los diversos temas.

Históricos: Los argumentadores se remontan a los orígenes de una determinada regulación jurídica, a su vinculación con su pasado no jurídico y a su desarrollo a lo largo del tiempo. Para demostrar que el nuevo constitucionalismo no implica una ruptura irreversible con la tradición jurídica, la Corte se ha dedicado a repasar la evolución de las instituciones laborales y a reiterar conclusiones de pronunciamientos dictados en períodos anteriores (p.ej. accidentes de trabajo), reforzando esa idea de coherencia y permanencia temática en la justificación.

Retóricos: Se utilizan calificativos o fundamentos con una fuerte carga emotiva, destinados a persuadir al interlocutor. Una lectura de los fallos dedicados a la libertad sindical, permitirá comprobar que sus textos están cubiertos de recursos retóricos y adjetivos vertidos sobre la incompatibilidad entre este principio y la ley 23.551, que “mortifica” de manera “patente” al primero (expresiones utilizadas en los fallos “ATE” y “Rossi”).

Religiosos: En determinados sistemas jurídicos se integran elementos religiosos a los que se apela como dogma o verdad revelada, o se los utiliza para justificar el incumplimiento a una obligación (objección de conciencia). Antes que dogmas, el Derecho del Trabajo incorporó desde su nacimiento valores universales, que

fueron reconocidos por el DIDH y que son considerados en el cuerpo documental de la Doctrina Social de la Iglesia, cuyo pensamiento ha sido receptado en diversos fallos de la Corte.

Científicos: La información producida por una determinada disciplina no jurídica es empleada en diferentes situaciones para sustentar la posición del argumentador. Los ejemplos contables y médicos emergen de inmediato para la rama laboral. Pero también existen otras áreas de conocimiento, como el informático, el ingenieril o el arquitectónico, que son llamadas a dar su parecer sobre un determinado punto, que servirá de apoyo a quien esgrime su opinión fundada en esa conclusión.

Empíricos: También llamados probatorios, resultan imprescindibles para justificar los enunciados fácticos que forman parte del discurso jurídico. Muy empleados en el Derecho del Trabajo, han pasado a ser fundamentales a la hora de confirmar lesiones graves a los principios de dignidad, libertad e igualdad. Los testimonios, en controversias donde no se documenta (en general) este grupo de conductas, asisten a los operadores y al juez en la resolución de la causa.

Conceptuales: Desde las definiciones jurídicas, se argumenta una respuesta o solución al caso a partir de un concepto. La construcción de un aparato de reglas con significados esencial para la especialidad laboral, contribuyó sin dudas a la autonomía y profundidad científica del Derecho del Trabajo. El EDC trajo una innovación en el tema, al ligar estos conceptos con los valores insertos en los principios constitucionales. Resulta claro el ejemplo en materia de remuneración, pero también ha sucedido con otros conceptos, como el de la estabilidad del empleado público, que se aplicó a los agentes regidos por la LCT (casos “Madorrán”; “Ruíz”).

Pragmáticos: Se los considera incluidos en otros argumentos, o funcionando subsidiariamente, como alternativa que facilita la efectividad o aplicación de una regla, en la medida en que ella re-

sulte valiosa²². Esta modalidad de argumento pragmático operacional ha tenido incidencia positiva en el tema antidiscriminatorio. La Corte brindó su palabra final a la evolución de la jurisprudencia, optando por la plena aplicación de la ley 23.592, de alcance general y origen civil, a las relaciones laborales (caso “Álvarez”).

2. Los argumentos jurídicos y el Derecho del Trabajo

En buena medida, el catálogo atinente a los diversos tipos de argumentos jurídicos resulta de plena aplicación al discurso laboral. Es fácil advertir en cualquier intercambio epistolar, escrito procesal o decisión judicial o administrativa, las razones o justificaciones que brindan sus autores, donde la argumentación autoritativa, axiológica, teleológica, sociológica y fáctica se desgrana una y otra vez.

Ello pone en duda la existencia de una argumentación jurídica laboral genuina, a pesar de reconocerse su presencia, si la misma no guarda autonomía suficiente para ser objeto de un estudio particular. Sin embargo, al igual que otros discursos jurídicos específicos (penal, civil, comercial, administrativo), el que promueven los sujetos y operadores del mundo del trabajo tiene una temática detallada, que se apropia de otros mensajes que se emiten tanto desde lo jurídico como desde otras ciencias humanas.

Las reglas jurídicas han instalado todo un repertorio de situaciones en las que se demanda una explicación, cuya ausencia o deficiencia, inmediatamente causa efectos decisivos entre las partes comunicadas. Si de oportunidades se trata, el trabajo forma parte de aquellas ocasiones de la existencia donde cada actividad relevante merece su justificación.

La nómina de los principales argumentos propios que enarbola el Derecho del Trabajo se identifica con su objeto, sus protagonis-

²² Ver VIGO, *Cómo argumentar...*, cit., 469-475.

tas, sus actividades, sus fines y sus controversias, todo lo cual permite asignar a cualquier discurso jurídico en el que se verifique su presencia, la calificación de laboral y someterlo las reglas de ese diálogo particular.

De la misma forma que sucede con la argumentación jurídica general, existen en el Derecho del Trabajo algunos argumentos que pueden utilizarse de manera positiva o para descalificar el discurso del otro. Hay que señalar el especial cuidado que debe tener el argumentador al llevar adelante esta actividad de contraste, ya que puede resultar incoherente o contradictoria con su planteo y con la naturaleza misma del caso que ocupa el proceso dialógico.

3. LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS LABORALES

a) El argumento protectorio o tuitivo

1. *Conceptualización*

Ligado de manera indisoluble al origen del Derecho del Trabajo, ningún discurso que se precie de integrar esta disciplina puede prescindir de justificar una acción o decisión sin explicar su postura en términos de lo que protege. Sea que se trate de un legislador, de los sujetos privados o estatales de la relación, de un funcionario administrativo o judicial, o de un representante sindical o empresario, el argumento tuitivo emerge expresamente en el discurso o subyace en la fundamentación que brinda el participante del diálogo, operando como meta-argumento.

En un punto, hablar de Derecho del Trabajo es hablar de protección, y argumentar, para los iuslaboralistas, implica brindar razones fundadas sobre los alcances de esa protección. En el ingreso a este discurso jurídico, se parte de una premisa tutelar que ahora resulta fortalecida por la impronta del EDC, pero que siempre se manifestó en toda controversia laboral. Interpretar en esta clave de argumentación jurídica, significa explicar la solución de

un caso perteneciente a un universo conceptual diseñado para entenderlo desde este paradigma.

Uno de los errores que se comete, en la aproximación a este tema, consiste en presumir que el empleador, individual o colectivo, por la naturaleza de su rol, no emplea este argumento. La realidad se encarga de rebatir esta percepción equivocada. Lo que el sujeto empleador realiza es, justamente, una respuesta argumental al valor tuitivo para explicar las razones por las que un planteo del sujeto trabajador o una situación determinada que lo alcanza, deben resolverse desde un enfoque que matice la aplicación de una garantía de protección al caso. Esto puede suceder por no reunirse los requisitos previstos en ella, o porque su cumplimiento queda inserto de un modo articulado con el poder jerárquico que se le reconoce en la organización de la empresa. Si el empleador se limitara a negar el argumento tuitivo, quedaría huérfano de justificación, ya que se opondría a la naturaleza misma del Derecho del Trabajo.

Los sujetos colectivos, a su vez, introducen este argumento en las disputas de intereses y en la resolución de los conflictos colectivos de derecho. Y los sujetos estatales lo emplean para formular una nueva regla, general o particular, sin dejar de considerar otros argumentos basados en el interés general o la paz social. La soberanía del argumento protectorio es evidente, aunque en muchas situaciones quede sometida a la réplica que suscita el desfasaje entre los principios, las reglas, los hechos y las circunstancias personales de quienes intervienen en el caso.

2. Características

Dado su carácter fundamental, se pueden extraer las siguientes propiedades esenciales de este argumento:

Inevitabilidad: Como ya se dijo, no hay opción a la utilización de este argumento. Desde que la cuestión jurídica transita o es factible de transitar el sendero laboral, la discusión sobre el alcance de

la protección al sujeto trabajador se impregna en el diálogo y condiciona todos los discursos, presentes y futuros.

Permanencia: En la competencia explicativa que se entabla entre los sujetos laborales, el argumento tuitivo se asienta como sustrato principal de los discursos y permanece hasta su resolución. Que se manifieste o no en los mensajes resulta indiferente, en tanto subyace durante la totalidad del proceso de decisión.

Conectividad: Una vez instalado en el caso, el argumento tuitivo se ensambla con otros argumentos, jurídicos laborales, jurídicos generales y no jurídicos. Esta característica posee suma relevancia a nivel del discurso judicial, en tanto la decisión que se pronuncie debe hacerse cargo, de forma directa o indirecta, de esta diseminación argumental.

Maleabilidad temática: Como de lo que se trata es de resolver cuestiones donde la protección del trabajador se encuentra en juego, el argumento tuitivo se adapta a las más variadas situaciones de la relación de trabajo: contratación, poder jerárquico, salario, jornada, despido, huelga; toda cuestión es moldeada y a su vez moldea el empleo de esta fundamentación. El reparto de los derechos humanos laborales confirma esta característica, al ingresar con su propio catálogo argumental, basado en la libertad, la dignidad y la equidad.

Multiplicidad: Las relaciones laborales no se desenvuelven en un sentido único ni abarcan un solo objeto. Esto hace que al surgir una controversia, el argumento tuitivo se despliegue sobre la totalidad de esa relación, replicándose en todos sus aspectos problemáticos. Por ejemplo, en el ejercicio de su potestad disciplinaria, el empleador examina un conjunto de elementos que integra al momento de sancionar una falta del trabajador, como es su propia historia laboral. Algo similar sucede desde la óptica del dependiente: la falta de pago de salarios en tiempo y forma puede evidenciar el incumplimiento de otras obligaciones laborales por parte del principal. Todo ello recorre la línea argumental de los sujetos, de manera concurrente con la discusión sobre el objeto de la controversia.

b) El argumento gerencial o directivo

1. *Conceptualización*

Al ser el empleador quien tiene las facultades de organización y conducción de la empresa, constituye la principal explicación que desarrolla en su discurso para fijar una posición o adoptar una decisión. Que se lo denomine aquí con el adjetivo de “gerencial” no significa que la totalidad del argumento responda a razones o medidas de administración o buena marcha de la empresa. Si bien se encuentra en la base de los planteos vinculados a la gestión de los medios de producción, pueden existir casos en donde dicho argumento apela a esa condición para discutir su ejercicio²³.

Al igual que en el supuesto del argumento tuitivo, también debe aclararse que el argumento gerencial es utilizado por los trabajadores y otros operadores jurídicos. En la mayoría de los supuestos, se lo emplea para marcar el límite de las potestades del empleador frente al plexo de garantías que posee el trabajador.

2. *Características*

Aunque el principio protectorio es el que otorga inevitabilidad y permanencia al argumento tuitivo, la figura del empleador en la relación y su natural actividad denotan las siguientes características del argumento gerencial:

Funcionalidad: el discurso del empleador se imprime de la operatividad natural que posee toda la estructura que se conoce como empresa. Al ser una estructura social concebida para producir, el

²³ Se ha estimado apropiado designar con esta denominación al citado argumento, que sintetiza el aspecto dinámico del poder empleador. La gerencia o “managment” es una identificación corriente de uno de los sujetos negociadores en el sistema de relaciones laborales estadounidense, ver Michael CARREL – Christina HEAVRIN, *Labor Relations and Colletive Bargaining. Private and Public Sectors*, Pearson, 2013.

argumento gerencial ocupa las distintas variables del proceso productivo y de su reflejo en las relaciones laborales. Las medidas de *ius variandi*, de disciplina, de contratación y extinción se apuntalan con este fundamento.

Permeabilidad: Si bien el argumento gerencial se conecta con otros argumentos, como sucede con el tuitivo; a diferencia de éste último que se complementa sin perder su esencia, aquél posee una porosidad que habilita su “filtración” discursiva. Un ejemplo de ello se puede ver cuando el argumento gerencial recibe apelaciones del mismo emisor a los derechos individuales como la libertad de contratar o el derecho de propiedad. Allí el argumento gerencial se desliza hacia otros argumentos jurídicos, no exclusivamente laborales.

Recurribilidad: Mientras el argumento tuitivo nace y permanece durante todo el discurso, el argumento gerencial aparece en el inicio de la controversia, luego tiene la posibilidad de subordinarse a la discusión sobre los alcances del argumento tuitivo u otro, y posteriormente puede reaparecer con mayor autonomía. Esta flexibilidad en el discurso se explica porque la sustancia de la controversia sigue siendo el alcance de la protección, lo cual no impide que se lo invoque de manera reiterada.

c) El argumento soberano o pacificador

1. Conceptualización

Utilizado por los sujetos colectivos e institucionales de manera corriente aunque no exclusiva, este fundamento remite a uno de los fines del Derecho del Trabajo y del Derecho en general: el de alcanzar lo justo y mantener la paz social. De allí su uso en negociaciones, conflictos o ante la ocurrencia de medidas de acción directa. Por su relación con el interés público, se encuentran aquí dos argumentadores estatales que también lo invocan: el legislador y el funcionario administrativo del trabajo.

2. Características

Las características esenciales de este argumento son las siguientes:

Polivalente: Es empleado por las partes colectivas y la autoridad estatal, en muchas ocasiones, de manera sucesiva o simultánea. Mientras para las partes significa la superación de un conflicto y la apertura de un período de no-enemistad, el Estado agrega este argumento para significar que la paz alcanzada reviste un valor importante para la comunidad en la que dichos sectores actúan.

Definitorio: Este elemento no implica el final de la discusión (como se verá a continuación) sino que el empleo del argumento se dirige a sustentar la necesidad de pacificación, en la idea de que una actitud contraria no puede ser tolerada por la comunidad. El tránsito de la situación de “no-paz” al de “paz” social es lo que define el discurso.

Transitorio: Que los argumentadores propicien una situación de paz no supone que otros tópicos de la discusión desaparezcan. Un sindicato puede buscar la paz social mientras realiza una medida de fuerza, igual que un empleador puede negarse a reincorporar personal despedido hasta tanto el sindicato no deje sin efecto la huelga. La estrategia discursiva trae y descarta este argumento mientras se polemiza sobre otros puntos del conflicto.

Perentorio: El argumento pacificador se anuda a la salida de un conflicto o a la suspensión de una medida de acción directa. El Estado utiliza este argumento en ocasión de administrar los conflictos colectivos de intereses, cuando al dictar la conciliación laboral obligatoria, impone a las partes el deber de retrotraer la situación al momento anterior al de las medidas adoptadas. La necesidad de “enfriar” el conflicto es la que afirma esta calidad apremiante.

4. LA ARGUMENTACIÓN, ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS E INTERESES LABORALES

El ordenamiento laboral, como se ha indicado, ha impuesto a las partes, especialmente al empleador, la obligación de justificar los comportamientos esenciales que se manifiestan en el vínculo de trabajo. Algo similar ha sucedido con la fundamentación de ciertas actividades y decisiones esenciales que se adoptan en el nivel colectivo. Estas exigencias, contempladas en ambas dimensiones, reflejan la importancia que el diálogo y la comunicación poseen en las relaciones de trabajo. La materia argumental excede, por supuesto, la esfera privada, individual o colectiva. Si se deja de lado el caso especial del juez (que se analizará de manera separada), el legislador y el administrador laboral también emplean distintos argumentos para justificar la procedencia de sus actos. Si bien el legislador es poco afecto a las exposiciones discursivas en el texto de una norma, resulta visible la presencia de argumentos que se deslizan en determinados preceptos legales. La Administración laboral se encuentra obligada a motivar el ejercicio de sus atribuciones, por lo que allí también se impone la necesidad de ofrecer explicaciones en cuanto a las razones tenidas en cuenta para dictar un determinado acto.

El juego discursivo sobre el trabajo involucra, como es obvio, el sentido que se busca conferir a las reglas y a los principios. En el terreno práctico, cualquier disputa laboral comprende, de manera más o menos manifiesta, la presencia de los intereses correspondientes a cada parte, integrando o forzando el cuadro argumental. Una revisión de los encuentros que se producen entre los fundamentos descriptos y el sistema de reglas y principios, ayudará a comprender los distintos escenarios de diálogo.

a) Argumentos y reglas

En la práctica cotidiana del Derecho del Trabajo, los operadores jurídicos se esfuerzan por alcanzar el mejor modo de dar a conocer el fundamento de lo que comunican al otro. Este empeño no siempre se logra de manera sencilla porque a las circunstancias propias del caso de que se trate, se suman las particularidades del

auditorio y las dificultades que el sujeto detecta a la hora de catalogar la importancia y oportunidad del material que se encuentra relacionado o se propone relacionar en su discurso.

La comunicación, en rigor, carece de amplia discrecionalidad expositiva. El ordenamiento laboral ha introducido diversas reglas en sentido estricto o “fuertes” vinculadas con la obligación de fundamentar las decisiones más importantes que adopten las partes durante la relación de trabajo. El arsenal argumentativo se dedica a fortalecer el cumplimiento de este deber. La faz colectiva, por su parte, también incorporó algunos deberes en la materia que no pueden ser soslayados, ya que en algunos supuestos de la negociación y/o el conflicto, tales exigencias definen la suerte del procedimiento dialógico e, incluso, la propia sustancia de la discusión.

1. En las relaciones individuales

De acuerdo a lo señalado en el capítulo anterior, la LCT ha destacado la importancia de la colaboración recíproca y de la buena fe en el desenvolvimiento de la relación laboral. En forma concordante, se han diseñado reglas explícitas sobre la obligación de explicar una situación o una decisión, en los tres momentos esenciales del vínculo: a) en ocasión de su celebración; b) durante su desarrollo, conforme a las circunstancias y a las alternativas que siga la vida de la comunidad de producción; y c) al tiempo de su extinción, especialmente causada. Casi todas estas exigencias de justificación han sido puestas en cabeza del sujeto empleador, en concordancia con su posición jerárquica, aunque el trabajador también ha sido alcanzado por este deber en supuestos muy específicos.

La interpelación destinada al empleador se repite en las presunciones legales, sea para desvirtuar la hipotética relación de dependencia, sea para responder a una intimación fehaciente reali-

zada por el dependiente en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones²⁴.

La propia iniciación del vínculo impone al empleador la explicación concreta del uso excepcional de las modalidades que se aparten del régimen general de contratación por tiempo indeterminado, como ser, la justificación de un plazo (por "...las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas..."), o su calificación como contrato por tiempo eventual ("El empleador que pretenda que el contrato inviste esta modalidad tendrá a su cargo la prueba de su aseveración")²⁵.

El mandato legal de fundamentar debidamente las decisiones empleadoras se desprende del contenido que poseen las normas sobre ejercicio de las facultades de organización, dirección, ejercicio del *ius variandi* y del uso del poder disciplinario²⁶. Sobre esto último, la suspensión sancionatoria o económica requiere de un adecuado sustento, que se proyecta a lo argumental, conocido como "justa causa"²⁷.

La legislación no brinda una definición de una causa enrolada en esa valoración. Ello es coherente con la tipología abierta que utiliza el Derecho del Trabajo al valorizar conceptos fundamentales de la disciplina. Que la causa sea "justa" como soporte de validez para suspender o extinguir un vínculo, depende tanto de los hechos como de las razones que el empleador y el trabajador ofrezcan a sí y a terceros (como el juez) para confirmar o desvirtuar esta calificación provisoria.

En la fase extintiva y causada, la exigencia de fundar la decisión adquiere una importancia significativa. La obligación de motivar adecuadamente la ruptura justificada de la relación debe te-

²⁴ Artículos 23 y 57 LCT.

²⁵ Artículos 90, inciso b), y 99 LCT.

²⁶ Artículos 64 a 68 LCT.

²⁷ Artículos 218-219 LCT.

ner un nexo directo con la intolerancia de una de las partes para continuar ligada a la otra, ante el agravio (injuria) que afirma padecer. Dicho argumento, por imperativo legal, no admite variación posterior. Las comunicaciones de las partes, por lo tanto, son grandes exposiciones de argumentos que deberán ser confirmados en las instancias extrajudiciales y litigiosas que se lleven a cabo²⁸.

2. En las relaciones colectivas

En la amalgama de derechos e intereses que presenta el nivel colectivo, la pluralidad de sujetos legitimados para intervenir en una discusión (trabajadores, empleadores, sindicatos, cámaras empresarias, delegados gremiales, grupos de empleadores), amplía el panorama de argumentos que entran en juego. Buena parte de los esfuerzos explicativos se concentran en las defensas de las posiciones reclamadas por los intervinientes. Se trata de empeños discursivos tácticos, que responden a estrategias dominadas por la fórmula de relación negociación – conflicto.

La legislación ha evolucionado en esta materia, incorporando en el procedimiento de negociación colectiva una regla de buena fe que obliga a fijar con claridad los puntos en disputa (“Intercambiar la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate, para entablar una discusión fundada y obtener un acuerdo”), con una disposición especial para realizar los esfuerzos dirigidos en ese sentido²⁹.

Que la regla jurídica hable de “discusión fundada” implica la obligación de presentar argumentos razonados, aunque estos se limiten a una típica reivindicación salarial o a la también conocida apelación al aumento de la productividad. Impone un grado de sofisticación a la negociación colectiva local, tan marcada por la pre-

²⁸ Artículos 242-243 LCT.

²⁹ Artículo 4°, inciso a), apartados III y IV de la ley 23.546 t.o. 2004),

tensión parca de intereses, pero sin dudas se trata de una exigencia justificatoria, un intento de llevar la comunicación a un nivel superior de participación.

3. Los sujetos estatales no judiciales

La apelación al argumento autoritativo – normativo forma parte de los criterios básicos que se tienen en consideración a la hora de considerar el material que los operadores ponen en uso. En el caso del legislador, la búsqueda del propósito de la ley puede rastrearse en los antecedentes parlamentarios. Sin embargo, ambos caminos resultan insuficientes en materia laboral. El grado de apertura textual que poseen, en general, las normas del Derecho del Trabajo, dificulta esta tarea. En rigor, los argumentos racionales tienen a completar o a colmar ese texto. Por otra parte, en la discusión parlamentaria, los legisladores emplean con asiduidad argumentos teleológicos y tuitivos, intercalados en el juego político, tanto para justificar normas que profundizan derechos laborales como para fundamentar aquellas que los restringen, lo cual no es un parámetro fiable.

Esto no quiere decir que el legislador no contemple, en los enunciados prescriptivos que forman las reglas jurídicas, algún tipo de directiva argumental, más o menos explícita. En otras ocasiones, como se ha observado respecto de la LCT (art. 17 bis), desea dejar asentado un lineamiento interpretativo que, en rigor, es un argumento justificatorio desplegado en la propia norma, como un evidente mensaje sobre su finalidad, dirigido al universo de los operadores laborales³⁰.

La Administración laboral, por su parte, conjuga un entorno argumental en la motivación de sus actos, que incluye la finalidad de las reglas, el consecuencialismo, la paz social, junto a toda la

³⁰ Artículo 17 bis de la LCT incorporado por la ley 26.592 del año 2010.

gama de la axiología pública basada en el interés general. Esto último resulta notorio en la aplicación de sanciones por infracciones laborales o en la etapa de homologación de los convenios colectivos de trabajo, donde la autoridad todavía conserva el uso de facultades derivadas de un régimen exorbitante de control de legalidad y oportunidad, con soporte en el mencionado interés de la comunidad.

b) Argumentos y principios

Según lo expresado en el capítulo anterior, los principios y las reglas se encuentran conectados, es decir recíprocamente implicados, de tal suerte que ninguno de ellos se desentiende de los otros a la hora de concretar sus mandatos, optimizadores o definitivos.

Si la cuestión transita por la argumentación en el terreno de las reglas fuertes, ya se ha visto que el componente de justificación resulta impulsado por las propias reglas, que demandan una respuesta fundada del sujeto obligado. Pero este modo de expansión se complica cuando entran en juego los principios estrictos y comienzan a invocarse sus diversos mandatos, en especial sobre el espacio de los derechos humanos de la producción.

La salida que se ofrece a este conflicto, como sucede con la interpretación, es la de ponderar los argumentos ventilados para uno y otro principio, con el objeto de saldar justificadamente la cuestión. Sin embargo, adoptar sin concesiones la técnica de la ponderación, analizada en el marco hermenéutico, ocasionaría similares dificultades a las oportunamente señaladas. Corresponde, por tanto, efectuar algunas aclaraciones en esta materia.

1. Desigualdad y discriminación

La LCT contiene dos grandes reglas en materia de tratamiento igualitario y no diferenciación: La primera de ellas prohíbe realizar (al empleador) cualquier discriminación entre los trabajadores, por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos,

gremiales o de edad, mientras la segunda impone como obligación (al empleador) que dispense a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones, calificando de trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza³¹.

Estas reglas, que operan de modo reflejo, ante la verificación de un supuesto discriminatorio, movilizan la línea de implicación, que a nivel horizontal se ensambla con la ley general antidiscriminatoria 23.592, y a nivel vertical se une al principio protectorio del artículo 14 bis CN.

En estos casos, donde obra una tipificación expresa de la conducta discriminatoria, no aparecen dificultades para definir el material fundante en juego: ante la existencia de indicios, argumentados por el trabajador, el empleador deberá justificar su accionar de manera intensa para evitar que la medida caiga en el vertedero de los actos u omisiones reprochables por tal motivo.

El principio ayuda a sistematizar el argumento. De acuerdo a lo expresado por la Corte Suprema en un caso reciente, donde se discutía el despido de un activista sindical, el artículo 14 bis ha de ser entendido, tanto en su extensión como en su comprensión, al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos; es decir, como una norma de contenidos mínimos, no excluyente de otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano. En esa apreciación, el tribunal reprochó a la instancia inferior que se desentendiera del argumento referido a la actividad sindical del accionante, prescindiendo del examen dirigido a establecer si dicho comportamiento constituyó el factor determinante del despido, y sin indagar si el acto observado podía quedar alcanzado por las previsiones de la ley antidiscriminatoria³².

³¹ Artículos 17 y 81 LCT.

³² CSJN, 09/09/2014, “L.F.c/Citrus Batalla S.A. s/sumarísimo”, consid. 4° y 7° del voto de la mayoría.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la atracción de los argumentos hacia el principio también pueden ocasionar inconvenientes en materia de congruencia. En un pronunciamiento dictado poco tiempo después que el anterior, la mayoría de la Corte validó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que confirmó la nulidad de un despido por motivos discriminatorios, más allá que se utilizara un fundamento jurídico distinto al postulado en la demanda. Según el Máximo Tribunal, quedaron probados los elementos alegados en la demanda sobre maltrato laboral y segregación, que concluyeron en cesantía, aplicándose al respecto los parámetros probatorios fijados en “Pellicori”. Para la minoría, en cambio, el accionante no demandó la nulidad del despido con base en su carácter discriminatorio, por lo que se vulneró el principio de congruencia al desconocérsele a la otra parte la posibilidad de controvertir la imputación, ofrecer y producir la prueba pertinente para ello³³.

2. Desigualdad y trato diferente

Al reivindicar los valores de la Constitución, el EDC ha superado la noción formal del sistema democrático. Por ello, lo jurídico, como discurso, asume el papel de diálogo social y político, conocido, controlado y criticado por todos. El problema es que, al pasar los derechos humanos a ser derechos positivados (o fundamentales) estos pueden perder parte de su pureza ética inicial, un asunto caro a los principios del Derecho del Trabajo³⁴.

Esta definición sirve para entender las dificultades que padecen los esfuerzos argumentales cuando las conductas ya no resultan susceptibles de ser atraídas por un único principio y, en conse-

³³ CSJN, 28/10/2014, “Monteagudo c/B.C.R.A.”, consid. 9º del voto de la mayoría y 7º y 8º del voto de la minoría.

³⁴ Esta es la opinión de Gregorio ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992, 174.

cuencia, la pureza del respeto a la igualdad comienza a ser matizada.

La LCT, como se dijo, innova en la regla vinculada a la igualdad de trato. Deja abierta, en el final del mandato, la posible atención que puede otorgar el empleador a los trabajadores, cuando la misma derive de motivos objetivos, respondiendo a "...principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador"³⁵.

La expresión "bien común" en el articulado parece referirse a una especie de virtud de la comunidad productiva, exhibida en aquellos logros demostrados por los trabajadores que, en su contracción a la tarea encomendada, merecen ser recompensados.

El modo en que esta regla se implica con los principios es notable. Por una parte, el artículo 14 bis CN reconoce la igualdad en la remuneración, acorde con la tarea realizada ("igual remuneración por igual tarea"), un sentido que comprende a otra manifestación del principio protectorio ("condiciones dignas y equitativas de labor"). A su vez, es evidente que esta facultad del empleador tiene connotación directa con el principio de propiedad, en su disposición para llevar a cabo tales reconocimientos (artículo 14 CN).

Como resultado de esta conjunción de principios y reglas, se asiste a un diseño complejo, donde la obligación de un sujeto queda transformada en su derecho, que asimismo opera como derecho del destinatario de ese imperativo jurídico³⁶.

³⁵ Artículo 81, segunda parte, de la LCT.

³⁶ En estas condiciones, la jurisprudencia laboral exige al trabajador que invoca la vulneración del principio de igualdad retributiva por igual prestación, que acredite o provea de indicios mínimos para justificar que fue objeto de un tratamiento disímil en materia remuneratoria, como producto de la discrecionalidad del empleador. Este requerimiento, en suma, no admite argumentos genéricos, ver CNAT, Sala IX, 19/05/2009, "Parodi, Sonia c/Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. s/despido", LL 2009-F, 293.

c) Argumentos y valores

En las críticas realizadas al enfoque argumental normativo, aludido al inicio de este capítulo, se ha hecho especial referencia a situaciones de validación axiológica donde, antes que tomar en cuenta la incidencia del consenso en el discurso racional, no debe quedar de lado la importancia que la voluntad de los participantes posee en la discusión relativa al tema, en función de sus intereses. Al elaborarse este acuerdo en base a los actos volitivos, el problema de la fundamentación se transforma en un problema de participación en el poder, donde la teoría de la argumentación deja paso a la teoría de la decisión³⁷.

El punto es si, en un conflicto de intereses, o como sucede en las relaciones laborales, en ocasión de un conflicto de intereses cruzado por reglas y principios, los argumentos tiene algo que brindar para alcanzar una solución dirigida a lo justo.

En la presente investigación se ha analizado la evolución seguida en cuanto a los alcances de la conciliación laboral, que motivó la concurrencia de los principios protectorio y de seguridad jurídica, y de cómo la aplicación de otro principio, el de tutela judicial efectiva, produjo un cambio significativo en la jurisprudencia.

Aquí se asiste a un ejemplo acabado de lo que trata el debate. Tenemos al principio protectorio (artículo 14 bis CN), implicado con una regla estricta sobre acuerdos conciliatorios (artículo 15 LCT), que a través de la homologación administrativa o judicial se conecta con el principio de seguridad jurídica (artículos 14 y 17 CN), y al mismo tiempo establece una regla amplia, asimilable a un principio, como es que en el acuerdo se garantice la “justa composición de derechos e intereses”, todo lo que vuelve a referir a la fuerza normativa del principio inicial.

³⁷ Cfr. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., 296 y ss. El autor citado responde observaciones efectuadas a su perspectiva, que se han incluido como Postfacio de la obra mencionada.

En este contexto, de toma de decisiones, los argumentos siguen manteniendo un papel relevante. Los operadores podrán utilizarlos con mayor o menor intensidad para comunicarse e intercambiar precisiones sobre el contorno de sus intereses, desplegando, en general, sus justificaciones autoritativas y empíricas.

5. EL USO HORIZONTAL DE LOS ARGUMENTOS EN LA INSTANCIA JUDICIAL LABORAL

En el amplio espacio formado por la temática argumental, la tipología laboral posee un lugar definido y, dentro del mismo, ocupa una zona singular el material justificativo elaborado por los jueces del trabajo, al ser quienes deciden, con carácter definitivo, los casos sometidos a su jurisdicción.

Hasta el momento se ha analizado la operatividad que desarrollan los argumentos generales y propios del Derecho del Trabajo, en su manifestación frente a las reglas y en su alineación ante los principios. Pero en su novedad, el EDC ha impulsado una modalidad de diálogo que ya existía en los litigios laborales y que, a partir de la apertura del sistema jurídico, ha cobrado mayor relevancia: el juego horizontal de los argumentos que despliegan en el proceso las partes y el juez.

Se trata de un aspecto procesal de la argumentación, donde la primacía sustancial de uno u otro argumento deja paso a cierta paridad que se deriva de la oportunidad ritual que otorga el litigio y de la mayor cercanía o distancia que las explicaciones tienen respecto a los elementos materiales de la causa.

Esta visión no opaca la fortaleza de los principios constitucionales ni desmerece la importancia que puedan ostentar en la discusión los argumentos generales y particulares de la rama laboral. De lo que se habla aquí es de razones internas que mantienen el funcionamiento del sistema jurídico, que hacen a la preservación

de su autoridad; en suma, de sustentarse en un proceso donde, a su inicio, el conjunto de argumentos no sigue una jerarquización estricta³⁸.

a) Lo que el juez espera de las partes

Aunque el proceso laboral recibe la impronta del principio protectorio, con su bagaje de directivas favorables al trabajador, la instancia judicial requiere en todos los casos la superación de un estándar mínimo de carga argumental relativa a los hechos invocados.

La mera inclusión de rubros en la liquidación practicada en una demanda, así como la mera enunciación de una suma global correspondiente a un determinado concepto, no basta como regla para admitir el reclamo, en tanto la parte actora debe precisar los presupuestos de hecho de cada una de las pretensiones, a fin que el reclamo se baste autónomamente³⁹. A su vez, a pesar de la presunción legal que juega a favor del reclamo del trabajador, se ha dicho que el escaso detalle de la demanda en relación al rubro solicitado, impide al tribunal disponer por esa vía a su favor⁴⁰.

Al momento de fundar los agravios de la queja formulada ante el tribunal superior, es frecuente que los abogados incurran en las llamadas falacias o paralogismos, que comprenden argumentos incorrectos o deficitarios que sellan la suerte de su impugnación. Estas falacias se clasifican en formales, cuando el razonamiento

³⁸ Sobre el tema ver, Manuel ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, cit., 240-241.

³⁹ CNAT, Sala IX, 29/11/2013, “Ruiz Díaz, Ramón c/Quimei W S.R.L. s/despido”.

⁴⁰ CNAT, Sala IX, 14/11/2013, Lima, José Luis c/Establecimiento Gráfico Impresores S.A. s/despido”.

afirma o niega el consecuente (sofisma), o informales, que a su vez se dividen en materiales y semánticas o verbales⁴¹.

En la apelación, la regla procesal requiere que el memorial reúna los requisitos de suficiente crítica y fundamentación. En este punto, la jurisprudencia observó, con anterioridad a la llegada del neoconstitucionalismo, que si bien la facultad para declarar desierto un recurso debe ejercerse con carácter restrictivo, no puede desconocerse que “criticar” es muy distinto que “disentir”, porque lo primero supone “...un ataque directo y pertinente de la fundamentación, mediante raciocinios que demuestren el error técnico, la incongruencia normativa o la contradicción lógica de la relación de los hechos que la judicante considera conducentes para la justa composición del litigio, de su calificación jurídica y de los fundamentos de derecho que sustentan su decisión”⁴².

En otros casos, se desestima el recurso por no haberse hecho cargo el apelante de la fundamentación del fallo impugnado, particularmente cuando el agravio se asienta sobre la declaración de un testigo que no percibió de manera directa y con todos los sentidos lo sucedido⁴³.

b) Lo que las partes esperan del juez

Las decisiones judiciales, caracterizadas como actos del habla y actos de poder, se encuentran cargadas de subjetividad del hablante, quien utiliza la información de manera jerarquizada, tonaliza su discurso (de manera impersonal o en primera persona) y puede utilizar la forma remática para anticipar el resultado de su

⁴¹ Cfr. Amós GRAJALES – Nicolás NEGRI, *Argumentación jurídica*, Astrea, Bs.As., 2014, 212-220.

⁴² CNAT, Sala X, 28/08/1998, “Nordenstrom, Carlos c/Productos Solmar S.A. s/despido”, voto del juez Simon, TySS 1999-922. El tribunal abrió el recurso y lo desestimó.

⁴³ CNAT, Sala VIII, 19/02/2013, “Iasenza, Miguel c/Sulimp S.A. s/despido”.

evaluación. En general, la estructura empleada en las sentencias es la del silogismo jurídico, que se elabora desde una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión, con el objeto de presentar, implícitamente, aquella premisa mayor⁴⁴.

La pregunta que cabe formular es si la utilización del silogismo jurídico asegura, de por sí, un resultado racional aceptable. La respuesta deja de ser afirmativa cuando se advierte que el esquema silogístico no está bien fundado, ya que el problema fundamental radica en las elecciones que debe realizar el juez para fundar las premisas de la decisión. Estas elecciones son complejas, cambiantes, afectan la individualización de la norma aplicable al caso, así como también la determinación de los hechos jurídicamente relevantes que se deben especificar en el litigio. Esto último resulta importante ya que define en el caso concreto lo que se conoce en clave hermenéutica como “el horizonte de decisión” sobre el hecho⁴⁵.

Junto al problema de la selección de los hechos transita el problema de la selección de los argumentos. A diferencia de lo que sucede con las partes, existe dificultad para trasladar a la decisión judicial el instrumental teórico proveniente de la argumentación retórica, basado en la persuasión. Así, no queda otra alternativa que recurrir a los mecanismos de razonamiento controlables de la racionalidad argumentativa y del razonamiento jurídico para evaluar y distinguir aquellas pruebas que son capaces de ofrecer un fundamento racional al juicio de hecho. Si lo que el juez busca es una decisión justa, esta búsqueda debe partir de una determinación verdadera de los hechos, entendida como una verdad contex-

⁴⁴ Ver María L. PARDO, *Derecho y Lingüística. Cómo se juzga con palabras*, 2da. ed. corregida y aumentada, Nueva Visión, Bs.As., 1996, Cap. 6. La obra contiene ejemplos de sentencias laborales.

⁴⁵ Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. cast. J. Ferrer Beltrán, 4ta ed., Trotta, Madrid, 2011, 99-104.

tual y relativa, fundada en la mejor aproximación posible a la realidad de los hechos relevantes para esa decisión⁴⁶.

El problema de suficiencia de la prueba es común a cualquier tipo de proceso dirigido a la búsqueda de la verdad. En general, el derecho anglosajón utiliza el denominado estándar de prueba o dosis de la prueba (*standard of proof*) que, atendiendo a las particularidades del sistema de juicio por jurados, utiliza fórmulas de valoración como “más allá de toda duda razonable” (*beyond any reasonable doubt*) en el ámbito penal, y “de la probabilidad preva-lenciente” o “más probable que no” (*preponderance of evidence* o *balance of probabilities* de la versión inglesa) en el juicio civil. El sistema continental, en cambio, no posee un concepto similar, ya que corresponde a un juez profesional la motivación de la sentencia con aplicación de un esquema de valoración de la prueba que se determina a nivel legal. Las fórmulas empleadas son: a) la “íntima convicción”, concebida como la libertad que posee el juzgador para, valorar la prueba según su voluntad o “en conciencia”, formalizada originalmente en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808; y b) las “reglas de la sana crítica”, consideradas como un medio de valorar la prueba (principalmente testimonial), en forma libre pero motivada, según la razón y la lógica, propia de las leyes procesales civiles y penales españolas del siglo XIX. En todos los supuestos se intenta establecer mecanismos de objetivación y control de la decisión judicial, teniendo relevancia la exteriorización de los motivos racionales que conducen a su emisión⁴⁷.

En un fallo reciente, la Corte Suprema hizo propios los fundamentos y conclusiones de la Procuración General de la Nación, al declarar procedente un recurso extraordinario y dejar sin efecto

⁴⁶ Ver M. TARUFFO, *La prueba de...*, cit., sobre la relación prueba y verdad ver 21-80 y 517 y ss; sobre las críticas a la concepción retórica de la prueba ver 355 y ss.

⁴⁷ Ver Xavier A. LLUCH, “La dosis de prueba: entre el common law y el civil law”, en Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, Universidad de Alicante – Marcial Pons, Alicante, 2012, N° 35, 173-200.

la sentencia de un tribunal superior provincial, por entender que la decisión apelada se basaba en un solo testigo, sin tomar en cuenta el resto de las testimoniales que contradecían sus dichos, y por no estudiarse debidamente si, más allá de la presunción del art. 23 LCT, existía un contrato o relación laboral conforme el art. 21 LCT, integrando para ello todo el material probatorio existente en la causa⁴⁸.

En los supuestos en los que más de un juzgador concurre a decidir el caso o a revisar el pronunciamiento emitido sobre el mismo por una instancia inferior, la estructura dialógica del discurso jurídico se amplía, al incorporarse nuevos sujetos interpretativos que expresan sus propios argumentos, exponiendo las razones de la solución que aportan a la controversia. Este cruce argumental resulta aún más calificado en la etapa de revisión, ya que el proceso se acerca a su finalización, momento en el que la decisión judicial adquiere carácter definitivo e irrevisable, salvo que se habiliten los mecanismos extraordinarios de control.

Los votos emitidos por los miembros de los tribunales laborales colegiados siguen, en esencia, una estructura similar a la que practican los jueces individuales, aunque con algunas características singulares. En primer término, deben someter a crítica los argumentos dados en la sentencia apelada, contando con la preexistencia de una decisión especializada que ha intentado poner fin al pleito. Esta es una tarea que, si bien se describe en el fallo, luego de analizar la procedencia formal del recurso impetrado, queda adelantada de manera oficiosa cuando, en una primera revisión, se busca conocer lo que se dijo en la instancia anterior. El segundo lugar lo ocupa la centralidad de la apelación, esto es, el examen profundizado de los agravios, lo cual merece su comparación con el fallo recurrido y con las pruebas y otras alegaciones hechas en el proceso. Y como tercer estadio llega la opinión del juez revisor,

⁴⁸ CSJN, 04/09/2012, “Wolcoff, Jorge Alberto y otro c. Amarilla Automotores S.A y/o Amarilla Gas S.A. y/o quien resulte responsable s/ despido”.

quien formula su decisión y desarrolla los argumentos conducentes a fundamentarla.

En este punto, es probable que esos argumentos se vean confrontados por aquellos que emanan del voto dictado por su colega del tribunal, derivando esta disidencia en la necesidad de un tercer voto que dirima el debate planteado.

El encadenamiento argumental adquiere, así, una importancia central. Recientemente, en un caso donde la aplicación de la presunción de relación de dependencia contenida en el artículo 23 LCT, la Corte Suprema revocó la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al entender que en el fallo no existió una mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes sobre la solución de la cuestión debatida. Para la Corte, si bien la parte resolutive confirma la decisión de primera instancia, el primer voto se pronuncia contra las pretensiones del actor, mientras el segundo voto parece arribar a la definición contraria. En estas condiciones, no se observa que la sentencia constituya una “unidad lógico – jurídica”, con una mayoría real de los integrantes del tribunal, ya que tales sentencias no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y asiladas, sino como el producto de un intercambio racional de ideas⁴⁹.

En otros casos, relativos a demandas por accidentes de trabajo, la Corte consideró que no existía una mayoría de votos concordes, en los términos del artículo 109 del Reglamento de Justicia Nacional, para calificar a la sentencia como un acto judicial válido⁵⁰.

⁴⁹ CSJN, 06/08/2015, “Flores, Héctor Rubén c/Granja Tres Arroyos S.A. s/despido”; la Corte adhirió al dictamen de la Procuración General de la Nación.

⁵⁰ CSJN, 30/12/2014, “Cravero c/Jumbo Retail Argentina”; 30/12/2014, “Bonifacini c/Alparamis”.

6. LOS ARGUMENTOS Y LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

La ruptura provocada por el neoconstitucionalismo sobre el sistema de fuentes jurídicas no ha dejado inmune al Derecho del Trabajo. Su entrada en la amplia avenida de los derechos del EDC posibilitó la construcción de nuevos argumentos iuslaborales, puestos a disposición de todos los operadores jurídicos. En ese recorrido, se forjaron enunciados que pueden ser catalogados como fuentes jurídicas, entendiéndolo por tales a toda razón que, habiendo sido formulada según las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica, puede ser usada como base justificatoria de la interpretación⁵¹.

En la rama laboral, el riesgo provocado por un concepto tan amplio de fuente, surge con la inmediata tentación de proponer argumentos que pretenden ascender a aquella calificación sin merecerla. Para evitar esta desviación, se aclara que no cualquier argumento puede ser invocado por los operadores como fuente. Debe guardar una necesaria conexión con el caso, reflejar su racionalidad y, en el supuesto de incorporarse en una sentencia, debe posibilitar su validez, quedando como material disponible para la doctrina y la jurisprudencia resultante.

a) Los argumentos convertidos en fuentes jurídicas

Del conjunto de argumentos generales y particulares reseñados, resulta posible distinguir tres grandes grupos: a) los argumentos que por sí mismos permiten derivar una regla para las relaciones jurídicas (autoritativo, principialista, axiológico, doctrinario y jurisprudencial), b) los argumentos que se esgrimen en auxilio de la justificación de esa regla (consecuencialista, genético, lin-

⁵¹ Esta es la definición brindada por AARNIO, *Lo racional como...*, cit., 123.

güístico) y c) los argumentos que exclusivamente se dedican a justificar enunciados fácticos para acreditar la verdad o correspondencia de los mismos (científico, probatorio o fáctico)⁵².

1. Los argumentos como fuentes en sentido estricto

En el primer grupo se encuentran aquellos argumentos que bien pueden alcanzar la calificación de fuentes en el sentido que confiere el nuevo constitucionalismo a esa expresión. Se integran aquí enunciados de carácter principalista, axiológico y autoritativo.

El argumento que se erige como un verdadero principio del EDC en clave laboral se encuentra en la siguiente definición: “El trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional”. Reiterado por la Corte desde su aplicación en los casos “Vizzoti” y “Aquino”, el enunciado funciona como un mandato extendido a todos los aspectos de las relaciones laborales.

Muy cerca en este agrupamiento, se ubica un argumento que combina las raíces principalistas y autoritativas, al afirmar que “Los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución”. Esta afirmación también merece ser catalogada de fuente, en tanto delimita la masa crítica que los derechos constitucionales poseen y su indisponibilidad por partes de los operadores jurídicos. Hablar aquí de contenido es aludir al contenido esencial de tales derechos.

El cariz axiológico de los argumentos desarrollados por la Corte en esta etapa, es otra nota constante. Se observan múltiples ejemplos donde el tribunal emplea esta justificación, tanto para destacar el carácter singular de la materia laboral como para

⁵² Ver VIGO, “Argumentación constitucional”, cit., 4789-480. El autor destaca que “...las fuentes del Derecho o los argumentos no sólo se emplean por los jueces, pues también los legisladores, los constituyentes, administradores, empresas, sindicatos, etc., recurren a ellas cuando crean Derecho...”.

reivindicar los postulados de libertad, dignidad, igualdad y equidad que la conforman en su núcleo jurídico. Una explicación que resume esta perspectiva se contempla en el siguiente enunciado: “La relación de trabajo muestra una especificidad que la distingue de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de una de las partes, el trabajador, está constituida por la actividad humana, inseparable e indivisible de la persona del hombre”.

Si del valor libertad se trata, la Corte ha delineado con claridad su valoración en las relaciones laborales. En la esfera colectiva, su definición a favor de un régimen sindical elegido por los propios trabajadores resulta contundente: “Existe una diferencia fundamental entre el monopolio sindical instituido o mantenido por la ley directa o indirectamente, y el que voluntaria y libremente quieran establecer los trabajadores...”. A su vez, en los litigios referidos a la libertad sindical, este argumento se proyecta sobre una derivación fundante para la representación: “El derecho invocado por la coactora...de representar intereses colectivos de los trabajadores...a los efectos de promover el presente reclamo judicial, está inequívocamente reconocido por las aludidas normas de jerarquía constitucional”.

En varios supuestos, la Corte apeló a la conexión argumental de sus fundamentos con lo decidido por otros tribunales, especialmente internacionales, y particularmente competentes en materia de derechos humanos. Así, puede verse esta aplicación al sustentar su fallo contra la discriminación laboral (“La reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación...”), o la estabilidad que debe garantizarse al empleado público (“La reinstalación prevista en el art. 14 bis...guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos”).

2. *Los argumentos como fuente en sentido amplio*

Junto a sus pronunciamientos más nítidos en la aseveración de principios fuertes del EDC, la Corte ha emitido pronunciamientos que auxilian a su vigencia o que ajustan los límites a partir de los cuales pueden aplicarse.

Un ejemplo concreto de este tipo de argumentos se observa en el caso “Benítez”, donde se decidió la “inconveniencia” de “...mantener la ratio decidendi de ‘Rodríguez, Juan c. Cía. Embotelladora Argentina S.A.’ para habilitar esta instancia y para asentar la exégesis de normas de derecho no federal...”.

Otro caso que sigue el mismo patrón, aunque volcado a la óptica procedimental, se advierte en el argumento relativo a la prueba de la actividad discriminatoria, cuando afirma: “La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a la carga probatoria del demandado de la razonabilidad del acto que se tilda de discriminatorio, no supone la eximición de prueba a la víctima de ese acto...”.

b) La jerarquía de los argumentos jurídicos laborales

Se ha dicho que la teoría de la argumentación jurídica, emparentada con el nuevo constitucionalismo, si bien reivindica un núcleo de principios y valores que se sustraen a la controversia política, se esfuerza por controlar que las decisiones adoptadas con fundamento en aquellos no adolezcan de arbitrariedad. En este esquema, la certeza presupone simplemente la existencia y la repetibilidad de resultados argumentativamente posibles pero limitados en su discrecionalidad por parámetros racionales⁵³.

Si se adopta esta conclusión, al menos en sus rasgos esenciales, nos encontramos ante una evidencia, como es que la mera in-

⁵³ Ver Stefano BERTEA, *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbetino, Catanzaro, 2002, 107 y ss.

vocación de los principios y de los argumentos relativos a ellos, no alcanza para decidir un caso laboral. Estos argumentos deben estar precedidos de explicaciones anteriores vertidas sobre cuestiones similares y, además, ser empleados de forma tal que, en la discusión con otros argumentos, prevalezcan racionalmente como pauta de solución del diferendo.

Esta situación plantea la pregunta por la jerarquía de los argumentos. La respuesta a este punto es positiva. Los argumentos, en el juego de la discusión, no son todavía principios “descubiertos” por los protagonistas, sino explicaciones razonadas sobre una determinada posición acerca del tema que se trate. Esos fundamentos serán cada vez menos provisorios y más definitivos a medida que se avance en la especialidad y competencia de los decisores. En la instancia jurisdiccional, que en general se identifica con los tribunales judiciales pero puede no serlo (p.ej. los arbitrajes voluntarios o las comisiones paritarias de interpretación de los convenios colectivos), los argumentos deberán ordenarse y cooperar en la formulación de la regla particular derivada del principio correspondiente.

1. La tarea de jerarquización argumental y su omisión arbitraria

El mejor punto de partida para efectuar una correcta jerarquización de los argumentos consiste en asumir el rol de juzgador, a través de la identificación y enumeración de las razones que solventan las posiciones de cada parte, procurando establecer su incidencia o significación en relación al debate. Conformado este “mapa” argumental, se lo cotejará con la lista de hechos que se tengan por probados, distinguiéndose luego los argumentos que respaldan estos hechos y su incidencia en la resolución del caso⁵⁴.

⁵⁴ Se sigue aquí el conjunto de sugerencias brindadas por VIGO, quien elaboró un listado de 17 pasos para alcanzar una decisión o sentencia racional; ver *Cómo argu-*

Si el decisor se hace cargo de la totalidad de argumentos, el procedimiento de ordenación sigue un curso favorable y permite diseñar el cuadro argumentativo principal. Empero, son numerosos los casos en los que las posiciones más importantes de los interesados no son relevadas adecuadamente. Una tarea menos conocida pero no por ello menos trascendente de la Corte Suprema, se desarrolla en torno al examen de arbitrariedad de sentencias que, en su marco decisorio, han ignorado las razones dadas oportunamente por alguna de las partes.

La Corte revoco un pronunciamiento condenatorio por tratar los agravios de uno de los coaccionados y omitir los planteos realizados por otra codemandada, sin que fueran tratados en el fallo impugnado⁵⁵. Asimismo, en ocasión de examinar un proceso de ejecución fiscal llevado adelante por una entidad sindical, el tribunal dejó sin efecto la sentencia apelada, al entender que no se habían examinado en debida forma los argumentos de la demandada sobre la inclusión de rubros improcedentes en el certificado de deuda reclamado⁵⁶. De igual manera, el tribunal descalificó una sentencia que admitió una excepción de prescripción frente a la acción por daños y perjuicios iniciada por la falta de pago de la participación en las ganancias, ya que no se había dado adecuada respuesta a las alegaciones de los reclamantes, quienes consideraban que el hecho creador del título de la obligación dineraria y el daño por su insatisfacción, se fue produciendo periódicamente, en cada oportunidad en que se abonó el dividendo según las utilidades resultantes de cada balance⁵⁷.

mentar jurídicamente, cit., 66-68..Se prefirió, por su complejidad, evitar la utilización de la noción de “peso” en los argumentos, eligiendo hablar de su incidencia o significación (expresión que también utiliza el autor).

⁵⁵ CSJN, 08/04/2014, “Ríos Benítez c/Cramer S.R.L.”.

⁵⁶ CSJN, 17/06/2014, “Unión Personal de Fábricas de Pinturas y Afines de la República Argentina”.

⁵⁷ CSJN, 09/09/2014, “Alfonso, Héctor Fabián c/Estado Nacional – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y Otro s/daños y perjuicios”.

2. Argumentación laboral y respuesta jurídica correcta

La referencia a los textos legales y a las demás fuentes autoritativas tradicionales del Derecho ya no alcanza para sustentar las decisiones judiciales. Las sociedades del EDC exigen que los jueces justifiquen sus pronunciamientos de manera suficiente, a través de razones correctas. Esto es lo que se conoce como razonamiento jurídico.

En este requerimiento, la mirada se eleva por sobre lo estrictamente interpretativo, planteando la necesidad de acudir a un espacio más amplio, donde se favorece la reflexión sobre valores y principios adecuados a las instituciones de las sociedades, los estados, las comunidades internacionales y supranacionales de las que formamos parte. Se ingresa, de esta manera, al terreno constitucional y político, a la libre argumentación práctica vinculada a las instituciones políticas y jurídicas básicas⁵⁸.

En la búsqueda de la respuesta correcta, se ha dicho que el Derecho debe ser entendido como un sistema de normas que formulan una pretensión de corrección. Esto comprende la totalidad de las normas, no extremadamente injustas, que pertenecen a una Constitución en general eficaz, como así también la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución (que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y tampoco son extremadamente injustas), y al que pertenecen los principios y otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del Derecho y/o tiene que apoyarse para satisfacer esa pretensión de corrección. Esta definición, orbitada en torno a la idea del grado de pretensión, tiene sus consecuencias: un sistema jurídico que no formule de manera expresa o implícita la pretensión de corrección no es un sistema jurídico. Por

⁵⁸ Ver Neil MC. CORMICK, “Argumentación e interpretación en el Derecho”, publicado en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 33, Universidad de Alicante – Marcial Pons, Alicante, 2010, 65-78.

otra parte, la mera insatisfacción de la pretensión no priva a un sistema jurídico y a sus normas aisladas, del carácter jurídico o de la validez jurídica: las vuelve “jurídicamente defectuosas” o deficientes en términos jurídicos⁵⁹.

La definición expuesta relaciona el concepto de “validez” con el de “eficacia social” en diferentes niveles. Mientras una Constitución resulta socialmente eficaz solo si el sistema jurídico promulgado por ella es, en general, socialmente eficaz, las normas aisladas del ordenamiento pierden la validez jurídica cuando no poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y/o cuando son extremadamente injustas. Lo sucedido con el régimen de riesgos del trabajo a partir del fallo “Aquino” es un buen ejemplo de lo expresado.

El concepto de la pretensión correctiva del Derecho, de innegable connotación moral, ha dado lugar a numerosas discusiones, en especial, ante la visión contraria que no llega a observar en la pretensión citada una justificación sólida y la considera distante de ser una característica definitoria de un sistema jurídico⁶⁰.

Este debate hace ver la característica problemática del concepto. En un intento dirigido a determinar sus alcances, se explica que la pretensión de corrección de la autoridad legislativa siempre podría ser discutida por los operadores jurídicos, teniendo en cuenta las consideraciones que forman parte del Derecho y que se integran con la pretensión de corrección con la que ellos mismos se encuentran comprometidos. Este criterio se compadece con la idea de

⁵⁹ ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, cit., especialmente 123-126.

⁶⁰ Sobre esta discusión se puede consultar Robert ALEXY – Eugenio BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, trad. cast. Paula Gaido, 1ra. ed., 1ra. reimpr., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

un sistema jurídico abierto, cuyas normas resultan permeables a la variación⁶¹.

Las críticas y dudas que plantea la noción de “respuesta correcta”, reformulada como “pretensión de corrección” o como observancia de recaudos formales y sustanciales para emitir una decisión jurídica válida, instala dos maneras o versiones de entender este tema. La versión fuerte sería la que postula la posibilidad de establecer una respuesta correcta para cada caso particular. La versión débil, en cambio, aceptaría la existencia de una respuesta correcta, más allá de que ésta puede no encontrarse en todos los casos.

Ahora bien, entre la posición de la única respuesta correcta fundada en la necesidad derivada de las leyes procesales o de la idealización, y el planteo de la única respuesta correcta como un ideal inalcanzable (salvo para el juez “Hércules”), no habría grandes diferencias ya que se insiste en el deber del juez de aproximarse lo más cerca posible a ese concepto⁶².

Además, frente a este debate, tampoco hay que descartar otras opiniones, como aquella donde se postula que no puede haber una respuesta correcta sino que, partiendo del principio regulativo del razonamiento jurídico, existe la necesidad de una respuesta que funcione como solución y cuya justificación sea de tal entidad que la mayoría de los miembros que piensan racionalmente en la comunidad jurídica puedan aceptar⁶³.

⁶¹ Ver PAULA GAIDO, “El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy”, en *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Laura Clérico, Jan-R Sieckmann, Daniel Oliver-Lalana coordinadores, Comares, Granada, 2011, 257-268.

⁶² Ver Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo jurídico en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, 358-361.

⁶³ Aulis AARNIO, “La respuesta correcta única y el principio de la mayoría”, en *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, 2da. ed., trad. cast. P. Larrañaga, Fontamara, México, 2000, 47-67.

El Derecho del Trabajo ha elaborado, en su practicidad, una serie de respuestas argumentales que ha considerado suficientemente correctas. El EDL les daba esta calificación al modo de calcular la indemnización por despido o, en algún momento, al agravamiento de dicho rubro cuando la extinción arbitraria contenía un motivo discriminatorio. El EDC impulsó la modificación de esta ingeniería de justificaciones, cuando la Corte decidió que la aplicación del tope a la indemnización por despido sin causa ya no era la respuesta correcta, o al resolver la nulidad del despido discriminatorio, derivando en la reincorporación del trabajador esa pretensión de corrección.

Lo justo laboral es la finalidad del Derecho del Trabajo. Todo lo que hacía allí se acerque, implicará la mejor respuesta que pueda alcanzarse en tal sentido. Si la axiología argumental es el instrumento mediante el cual se encarrila la definición del decisor, esta es la explicación que precede a todas las demás y, por consiguiente, debe ubicarse en la cúspide de los fundamentos. De esta forma, la pretensión de corrección o la composición de una respuesta correcta es, en este punto, un problema de racionalidad en la intensidad argumental.

7. RECAPITULACIÓN

Los paradigmas del EDC obligan a los operadores a profundizar el estudio de la argumentación, cuya trascendencia resurgió en el debate jurídico, luego de la crisis del positivismo legalista. Las modernas corrientes argumentales incluyen esta forma particular de discurso en sus estudios, haciendo hincapié en distintos elementos del diálogo: el retórico, el regulativo, el comunicativo y el racional.

La argumentación jurídica se compone de razonamientos en los que concurren tales aspectos del discurso, pero su final es la decisión, una resolución adoptada por el sujeto competente para

ello (en general, el juez) que concluye la disputa y sienta la regla del caso.

Existen diferentes argumentos jurídicos que se sostienen en los distintos fundamentos a los que apelan. El Derecho del Trabajo aporta, por su parte, su propia nómina de argumentos especiales. El primero de ellos derivado de su naturaleza protectoria, el segundo fincado en el rol organizativo de la empresa, y el tercero que surge como consecuencia de la necesidad de someter los intereses en juego a la paz social.

Que cada uno de estos argumentos jurídicos laborales se puede identificar con el trabajador y el sindicato, el empleador y la representación de empleadores, y el Estado, respectivamente, no restringe la posible utilización, por cada uno de estos sujetos, de manera positiva o negativa. Sin embargo, la proyección del argumento protectorio o tuitivo define, en muchos supuestos, los términos de la controversia.

En el nuevo constitucionalismo, los argumentos mantienen una estrecha relación con la tarea de interpretación de las reglas y los principios, de modo que resulta apropiado llamar a la argumentación de ese modo.

La apertura del sistema jurídico laboral da respaldo a una pluralidad de opiniones y razones vertidas por los operadores en respaldo de sus posiciones, y esto provoca un empleo horizontal de los argumentos. Dejando de lado aquellas situaciones en las que el sujeto enarbola fundamentos aparentes o defectuosos, en la instancia judicial se espera que las partes esgriman explicaciones concretas y consolidadas sobre las afirmaciones que llevan a la discusión. A su vez, las partes esperan que el juzgador tome en cuenta sus dichos, los valore en el sentido apuntado y de esa manera contribuya al dictado de una decisión favorable o, al menos, que mitigue su impacto negativo. La falta de consideración de un argumento, cuando el mismo resulta conducente a la solución del litigio, ocasiona la invalidez de la sentencia como regla particular del caso.

En el EDC, la trascendencia de un argumento jurídico laboral puede derivar en su calificación como fuente del Derecho. La Corte Suprema de Justicia ha elaborado, en este período, una serie de explicaciones que son merecedoras de esa denominación. Buena parte de ellas son fuente en sentido estricto, ya que obedecen a determinadas argumentaciones principialistas, autoritativas y axiológicas que mantienen sus raíces en valores defendidos por esta constitucionalidad. Otras, vinculadas a la utilización de los principios y a los límites de su aplicación, pueden denominarse fuentes en sentido amplio.

El manejo de argumentos sigue un curso definido, que incluye la elaboración de un “mapa” argumental para ser confrontado con los hechos del caso. En este sentido, la tarea de jerarquización corre el riesgo de quedar trunca si el decisor no incorpora los argumentos de cada parte, o deja de lado unos en perjuicio de otros, sin una fundamentación racional.

En este “descubrimiento” del Derecho que el material argumental propone, surge para la rama laboral una encrucijada: la obtención de la respuesta correcta.

Sin embargo, estos aspectos que buscan limitar la discrecionalidad de la elección, no llegan a oscurecer el margen de discrecionalidad que mantiene quien debe resolver un caso laboral, y que lleva inevitablemente a examinar esa materia desde la teoría de la decisión.

CAPÍTULO VI

EL DESAFÍO DE LA DECISIÓN: EL GOBIERNO DE UN DERECHO DEL TRABAJO CONSTITUCIONALIZADO

1. INTRODUCCIÓN

Un nuevo “fantasma” recorre el pensamiento de los iuslaboralistas locales. Pero, a diferencia de lo que el conocido Manifiesto señalaba en el pasado, no es la situación del proletariado industrial lo que preocupa a los juristas del presente, sino algo tan cercano a su conocimiento como es el modo en el que corresponde gestionar un ordenamiento normativo sometido a la influencia de los principios.

La idea de una Constitución operativa, con vocación para regular las expectativas y resolver los conflictos generados en el trabajo, ha descendido a su faz práctica y potenciado la realización de algunas preguntas insoslayables: ¿Se puede instrumentar un Derecho del Trabajo que prescindiera de las reglas legales, convencionales y contractuales? ¿Es posible la convivencia de cierta rigidez conceptual de la especialidad con el contexto abierto y genérico en el que se mueven los principios? ¿Quién posee la autoridad suficiente para decidir los alcances de este esquema de funcionamiento?

Estos planteos, aunque se revistan con distintos ropajes conceptuales, aluden a un mismo problema, el de la decisión. Aquí ese término implica necesariamente el de gobierno, entendido como la capacidad que poseen los sujetos actuantes del sistema jurídico laboral para impulsar los distintos niveles de creación y aplicación del Derecho del Trabajo, garantizando resultados eficaces y estables, y reduciendo al mismo tiempo sus márgenes de incertidumbre.

Aunque estas nociones de decisión y gobierno no sean reconocidas abiertamente en la discusión dogmática, aparecen con naturalidad en su superficie. Basta ver las categorías y definiciones que surcan los análisis, comentarios e investigaciones, para comprobar su conexión con los factores teórico – prácticos que se tienen en cuenta a la hora de encuadrar la producción de las decisiones laborales.

La inquietud sobre el papel de los principios no encuentra a los laboristas unidos en una respuesta homogénea y mucho menos frontal. Esto es así porque, a la perplejidad derivada del cambio de paradigma, se sucedieron variadas posiciones teóricas, plenas de matices, que alejan el simple intento de resumir las posturas en corrientes muy definidas y (también) muy permanentes. Tampoco resulta suficiente reconducir los interrogantes hacia la conocida polaridad filosófico – jurídica entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo. En el Derecho del Trabajo se ubican autores que conjugan ideas de una y otra postura, sin que ello les parezca incompatible, mientras otros, que no refieren a ninguna de estas dos grandes corrientes del pensamiento jurídico, ocupan un espacio de tono crítico, sin dejar de respetar el rol de las instituciones laborales. En la especialidad es posible observar esas particularidades.

En torno a este panorama, que hace referencia a un “hacer” dirigido desde los principios, se filtra la idea de “poder”; un concepto resistido por algunos autores que se niegan, aun en la actualidad, a reconocerlo como un componente orgánico del Derecho del Trabajo. Resignada por los juristas del EDL a la dimensión colec-

tiva de las relaciones, la noción de poder recobra importancia a la hora de analizar el factor decisorio que define todo vínculo laboral.

En el final de esta investigación, para completar el estudio sobre el modo en que impactó el constitucionalismo de los principios en el gobierno del Derecho del Trabajo, resulta necesario avanzar en el análisis de la decisión laboral, observar sus elementos constitutivos y enlazarlos con aquello que no es estrictamente jurídico. El término “política” recorre esta materia, y con él, la pertinencia de un desafío que enfrenta a los nuevos paradigmas con las realidades que deben manejar los protagonistas laborales, y que durante los ciclos sociales desfavorables recibe la denominación de “crisis”.

Este camino concluye con una visión del porvenir sistémico que es factible atribuir al Derecho del Trabajo del EDC, y que se conecta con la descripción de un sistema abierto, intercomunicado, pero ocupado a la vez en circunscribir los ámbitos de discreción y en demandar de los sujetos conductas acordes a ese límite jurídico y axiológico.

2. PODER, CONSTITUCIÓN Y DERECHO DEL TRABAJO

a) La problemática relación del poder y lo jurídico

Los análisis y estudios desarrollados en torno a la voluntad de dominio del Hombre sobre las personas, animales y cosas, son tan antiguos como lo es su presencia en el mundo. Resulta inabarcable su abordaje, aunque sea restringido a las ciencias sociales y jurídicas.

Como el trabajo se comprende desde su trascendencia existencial, el fenómeno del poder también puede ser evaluado desde ese aspecto humano. Llevado a la profundidad del pensamiento ontológico, una propiedad del ser comprende una “autorización de sí mismo al predominio”. Esto implica, en lo que aquí interesa, la

construcción como la supresión o ausencia de la percepción del Derecho⁶⁴.

Sin embargo, esta concepción del poder, cercana a la preeminencia y a la confrontación, no debe opacar su perspectiva vital. El poder se encuentra integrado por dos elementos constitutivos: el de las energías reales que operan para cambiar la realidad de las cosas, determinar sus estados y sus recíprocas relaciones; y el de la conciencia, considerada como una voluntad inserta en esas energías, una facultad que se pone en funcionamiento y dirige ese movimiento hacia determinados fines⁶⁵.

A las notas de energía y conciencia, cabe agregar otra: la de la universalidad. Esto significa su manifestación en todas las acciones del hombre, del cual se deriva rápidamente a otro punto, que trata del modo en que aparece esa manifestación. Por lo tanto, si el poder es “una expresión inmediata de la existencia”, no es posible descartar el componente axiológico que el mismo contiene, en tanto, “...puede adoptar un carácter positivo o negativo, verdadero o aparente, justo o injusto”⁶⁶.

Para limitar el apetito de sujeción, las comunidades de distintos niveles (internacional, nacional, regional, local) y clases (política, cultural, productiva), han elaborado sucesivas herramientas jurídicas que buscan impulsar lo afirmativo, detener o transformar la negatividad del obrar, y acercar el comportamiento a lo justo.

En ese pasaje del poder hacia lo jurídico sobresale la figura de la autoridad. Descartadas las referencias a las ideas de dominación, los miembros de las sociedades contemporáneas necesitan de una instancia de coordinación que resuelva las cuestiones deriva-

⁶⁴ Cfr. Martin HEIDEGGER, *La historia del ser*, trad. Dina Picotti C., 2da. edición, revisada y corregida, El Hilo de Ariadna – Biblioteca Internacional Martín Heidegger, Bs.As, 2013, 84 y ss.

⁶⁵ Cfr. Romano GUARDINI, *El poder. Un intento de orientación*, trad. cast. A-P. Sánchez Pascual, Guadarrama, Madrid, 1963, 23.

⁶⁶ GUARDINI, cit, 33-34.

das de vincular sus acciones individuales con la gestión del bien común. En este aspecto, el concepto de autoridad emerge como un elemento natural implicado en la convivencia de una comunidad, una respuesta racional destinada a solucionar esos problemas⁶⁷

Respecto al trabajo, más allá de la simplificación que supone la temprana introducción del contrato como modelo para disponer sobre su universo de relaciones, la idea de observar ese vínculo entre el empleador y el trabajador desde una mirada superior al mero intercambio de prestaciones, es un aspecto cuya observación creció rápidamente a nivel científico. El posterior arribo de los principios a las constituciones implicó tanto una elevación de ese rasgo propio de la relación laboral como el establecimiento de sus consiguientes parámetros axiológicos para medir la actividad de todos los involucrados.

Desde allí, la capacidad de los sujetos, entendida como una aptitud para la comunicación sobre el poder, comenzó a evaluarse de acuerdo a aquello que las sociedades consideraron la validez de sus conductas, incorporando al juicio legal el denominado juicio moral. En este proceso general de interacción social, la teoría de la acción comunicativa ha distinguido tres tipos de acción y de etapas:

- a) la pre-convencional, caracterizada por una vinculación centrada en los intereses, cuya idea de justicia transita desde la noción de mando – obediencia a la de simetría en las compensaciones;
- b) la convencional, que incorpora elementos funcionales y de perspectivas, y donde las ideas de justicia pasan de la conformidad con los roles a la conformidad con el sistema vigente de normas; y
- c) la post-convencional, donde se integran las diferentes perspectivas de los participantes en el discurso, y cuyas etapas de juicio

⁶⁷ Cfr. FINNIS, *Natural law...*, cit., 231-254.

moral están signadas por el principio de justicia y por los procedimientos de fundamentación de las normas⁶⁸.

Esta interacción social y su reflejo en la evolución de los juicios morales, sirve para comprender que el poder, en la comunidad laboral, no puede desprenderse de su costado valorativo. Asimismo, tampoco puede alejarse de la expectativa de reciprocidad que esperan sus integrantes a la hora de su ejercicio, en especial cuando resuelven pasar de la voluntad a los hechos.

Por supuesto que esta progresión al grado ético – comunicacional no es fácil de alcanzar. La multiplicidad de elementos sociales, económicos y políticos, hace que las etapas de interacción antes señaladas sean visitadas de forma recurrente, o queden superpuestas en la distribución de temas a tratar; algunos limitados al puro interés y otros evaluados en un paso superior. El tránsito entre el diálogo y el conflicto adquiere una velocidad tal, que la comunidad productiva se arma y se desarma como comunidad comunicacional de manera constante.

A fin de circunscribir el campo de actuación de los sujetos del trabajo, el Contrato primero, la Ley y el Convenio Colectivo después, reglaron el modo y alcance de emisión de sus decisiones, un concepto que debe apreciarse con una proyección mucho más amplia que el de simple acto jurídico, por el efecto inmediato que provoca en su destinatario, y por la relevancia que transmite a las diferentes “terminales” operacionales del sistema jurídico laboral.

La corriente teórico – práctica del EDC rápidamente observó esta circunstancia y, para evitar el retroceso moral del Derecho del Trabajo a sus niveles pretéritos de puro mando y obediencia, instrumentó un modelo de Constitución, engarzado con el DIDH, que mantiene las características de una gran convención social, pero

⁶⁸ Ver Jürgen HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. Ramòn Cotarelo García, Trotta, Madrid, 2008, 162-176.

también de una fuerte decisión política y jurídica, marcada por la normatividad y amplitud de sus principios.

En tal sentido, el pronunciamiento constituyente fija una división muy firme entre lo aceptado y lo no aceptado. De ahí que el cariz ideológico adjudicado a esta imagen constitucional no sea equivocado. Existe una política fijada en la Constitución y, dentro de ella, una política sobre el trabajo, que se integra al núcleo de decisiones adoptado como primer nivel de resolución social.

b) La Constitución como decisión inclusiva, la Ley como decisión selectiva, el reglamento como decisión de conversión

Una de las características teleológicas que denotan las constituciones modernas, en su número y amplitud de directrices generales, es su propósito de erigirse en un inmenso “reservorio” de inclusión política y social. Sus textos han incorporado principios operativos, es cierto, pero estos principios buscan alcanzar a la mayor cantidad de miembros de una comunidad. Con ello, al mismo tiempo, se delimita la frontera entre la legitimidad y la ilegitimidad, lo cual ha llevado a establecer en sus diseños una fuerte repulsa a quien – por ejemplo – se sitúe fuera de su universo de sujeción. Esta es, quizás, la única excepción que manifiestan a su vocación de influir sobre el mayor número de voluntades⁶⁹.

El ejemplo de la Constitución Argentina sirve para ilustrar este punto. Junto al fortísimo rechazo que impone a cualquier desconocimiento sobre su vigencia y supremacía⁷⁰, en todo su texto se destaca la propensión a incorporar manto protector a las personas

⁶⁹ Sobre estos aspectos de las constituciones ver Gustavo ZAGREBELSKY, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014, 116 y ss.

⁷⁰ Artículo 36, primer párrafo: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos”.

(“todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino” dice el Preámbulo) y a sus obras (“el trabajo en sus diversas formas” inicia el artículo 14 bis).

Frente a la norma constitucional, destinada a perdurar, la Ley se presenta como un instrumento cruzado por la temporalidad, mucho más habituado a moverse entre los límites de lo inclusivo y lo no inclusivo. Delineada la Constitución como gran decisión inclusiva, la Ley configura una decisión de naturaleza electiva, ya que compendia su contenido a partir de las oportunidades aceptadas por el compromiso⁷¹.

Desde la inclusión, pasando por la elección, las normas estatales pueden verse como decisiones de conversión. En este sentido, el aparato jurídico se expresa en un conjunto de técnicas concretas y particulares que convierten la metafísica en técnica, siguiendo los ejemplos valorativos que imprime el modelo constitucional⁷².

En la realidad laboral, los sujetos reciben este cúmulo de decisiones inclusivas, electivas y de conversión. La relación no se desarrolla sin estas referencias. El empleador percibe, de manera permanente, mensajes jurídicos destinados a restringir el ejercicio puro de su poder jerárquico. Dicho poder, por lo tanto, deja de ser considerado como un *dominium* y pasa a ser detectado como un *imperium*, reconocido y limitado por el ordenamiento jurídico⁷³.

Claro que no es el único. El trabajador, más allá de su posición preferente en el sistema, no queda librado al ejercicio discrecional de su voluntad. La conducta que se le reclama tiene una íntima

⁷¹ ZAGREBELSKY, cit., 134.

⁷² Para este ejemplo de conversión, especialmente en el Derecho Administrativo, ver Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Ed. Civitas, 3ra. ed., Madrid, 1983, 11-12.

⁷³ Sobre la diferencia entre *dominium* e *imperium* y sus implicancias en el manejo del poder, ver Dolf STERNBERGER, *Dominación y acuerdo*, trad. Jorge. M. Seña, revisión a cargo de Eduardo Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Gedisa, Barcelona, 1992, 72.

conexión con su rol y, en esa expectativa, se centran sus deberes materiales e inmateriales.

Llevada al plano más general, la vinculación Poder – Derecho en el mundo del trabajo exhibe el tránsito de energía vital que transmite y que alcanza, en muchos casos, resultados contrastantes. No resulta accidental que el Derecho sea considerado una “energía” y el Derecho del Trabajo, a su vez, sea concebido como una “energía societal”⁷⁴. En esta línea, las vías de que conducen estos flujos de Poder y de Derecho conformarían los conectores que fijan el cauce de cada decisión.

Este elemento energético siempre estuvo presente en las decisiones del Derecho del Trabajo. Con el auge de la negociación colectiva, se vio allí el costado normativo que resulta de la confluencia de las expresiones políticas, sociales y económicas. La escuela continental de la jurisprudencia sociológica (exportada luego al sistema del *common law* británico), no dudo en adjudicar a la fuerza social el papel de fuente verdadera de creación jurídica⁷⁵.

La reiteradísima definición del Derecho como una técnica de regulación del poder social, proveniente de ese ámbito, tiene la virtud de señalar este dato, aunque otorgue a lo jurídico una importancia secundaria en las relaciones humanas, y especialmente en las relaciones laborales⁷⁶.

A su vez, su definición de poder social como potestad de determinar una línea política, de establecer normas y de tomar deci-

⁷⁴ Para esta concepción del Derecho del Trabajo ver Rodolfo CAPÓN FILAS, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Librería Editorial Platense, La Plata, 2014, Tomo 1, 57.

⁷⁵ Para una aproximación a este pensamiento y a la figura de quien fuera considerado el “padre” del Derecho del Trabajo alemán, ver Franz MESTITZ, “Hugo Sinzheimer e il diritto del lavoro: ieri e oggi”, *Scienza & Politica*, Vol. 5, N° 9 (1993), 57-83, disponible en www.scienzaepolitica.unibo.it consultado el 27/10/2014.

⁷⁶ Cfr. Otto KAHN-FREUND, *Trabajo y Derecho*, trad. cast. de la tercera edición inglesa por Jesús Galiana Moreno, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, págs. 45-65.

siones y asegurar su cumplimiento, comprende una apuesta a la autorregulación de los actores laborales y al seguimiento de la Ley como compañía de este proceso de pluralismo normativo⁷⁷.

El problema es que, al escapar de la rigidez legalista, el papel de la autonomía sectorial no queda librado a la voluntad de sus actores, sino que continúa enmarcado en el programa de decisiones que se ordenan desde la Constitución. El Convenio Colectivo de Trabajo podrá conferir un marco superador de la instancia legal, e incluso podrá dilucidar buena parte de los conflictos existentes entre sus protagonistas. Pero será insuficiente para completar la regulación de una escena surcada por valores, declaraciones y hechos, o mejor dicho, por normas (principios y reglas), voluntades y circunstancias fácticas. Este es un contexto que la idea de decisión ayuda a entender.

3. LA DECISIÓN JURÍDICA LABORAL

a) Aproximación al concepto

1. Antecedentes

Como se ha anticipado, al ingresar en el estudio de la decisión se accede a un terreno complejo. Su primera versión, cruzada de nociones intensas de autoridad y excepción, proveniente de una variante del pensamiento político – constitucional, luego descartado bajo la acusación de su matiz autoritario, no colaboró en su predicamento jurídico.

El dilema soberanía – autonomía vuelve a aparecer bajo este prisma decisional, porque la fuente de toda la actividad jurídica se hace radicar, antes que en el mandato normativo, en la autoridad

⁷⁷ *Ibid.*, 48.

que viene dada con el mandato. La decisión, entonces, se enmarca en un orden concreto, presupuesto, emanado de la unidad y ordenación política que provee la Constitución, quien incorpora lo normativo y lo extra-normativo a ese conjunto, conviviendo, junto a las reglas específicas, un grupo de otros conceptos indeterminados, como buena fe, lealtad, buenas costumbres, o razón suficiente⁷⁸.

Los trágicos acontecimientos que se desencadenaron en Europa primero, y luego continuaron con la Segunda Guerra Mundial, dejaron sin margen científico y pusieron en paréntesis todo lo relativo con el tratamiento jurídico de la decisión. Sin embargo, su interés como rasgo volitivo del comportamiento humano sobrevivió en la tarea desarrollada por la Economía y la Sociología. Tanto la teoría de los juegos, en sus distintas variantes, como la teoría comunicacional, motivaron sendas investigaciones destinadas a explicar las condiciones y metodologías de decisión, lo cual terminó ayudando a su reivindicación por el conocimiento jurídico⁷⁹.

En clave democrática, la decisión vuelve a cobrar importancia para los juristas, porque desean explorar los mecanismos de racionalidad e irracionalidad que pueda detectarse en el curso en que se adopta un comportamiento resolutivo, y como el Derecho influye antes, durante y después de llevado a cabo este proceso.

⁷⁸ Cfr. Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, versión española de Francisco Ayalá, Alianza Editorial, Madrid, 2012, 60; y “Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica” en *Posiciones ante el derecho*, trad. Montserrat Herrero, Tecnos, Madrid, 2012, 243 y ss., especialmente, 268 en adelante. La referencia a la obra de Santi Romano sobre el ordenamiento jurídico, sirve para ilustrar la noción de “orden” que emplea el autor.

⁷⁹ Sobre las normas jurídicas y la racionalidad instrumental, particularmente en relación a la teoría de los juegos y el equilibrio dinámico de Nash, con ejemplos de conflictos laborales colectivos, ver Raúl CALVO SOLER, *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*, Gedisa, Barcelona, 2003, 92 y ss. Sobre las reglas del juego y las reglas jurídicas ver Gregorio ROBLES MORCHÓN, *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Trotta, Madrid, 2009.

Por su lado, el medio laboral, tan existencial y tan decisivo, es un lugar propicio para recrear una y otra vez esta disyuntiva racional. Se despierta en el protagonista una tensión interna basada en efecto que le provoca el lugar que ocupa en la comunidad productiva y el grado de poder que posee desde allí. Y desde otro ángulo, resulta palpable el reflujo que le produce el ordenamiento jurídico a su apetito discrecional, en tanto condiciona su deseo de hacer o no hacer algo.

Ante esta situación, las ideas de acto jurídico, y las de derechos y deberes subjetivos, brindan una parte de la explicación que el operador necesita para manejarse en las relaciones laborales. Trátase de un empleador o de un trabajador, del ámbito individual o colectivo, de la esfera privada o pública, el fenómeno del obrar queda irremediabilmente colocado en una zona inestable, que busca su validación en un nivel más profundo, y que desea obtener su justificación en el Derecho, o lo que es lo mismo, presentarse como una decisión que se corresponde con la concepción de lo justo.

2. El Derecho del Trabajo y la decisión

Un corolario que se deriva de la implantación del EDC en las relaciones laborales, es que si los principios constitucionales influyen sobre los restantes principios y reglas del sistema jurídico, y todo el ordenamiento se orienta a prescribir las mejores conductas sobre el trabajo; podría deducirse que tal actividad quedaría conformada y ajustada a los valores de la Constitución. En definitiva, no existirían mayores dificultades para gobernar un sistema jurídico de estas características.

Pero esa conclusión merecería ser calificada de ingenua. La realidad demuestra que los sujetos laborales, al igual que otros, poseen intereses particulares resistentes al interés general, no aceptan fácilmente los mandatos normativos (sean principios o reglas) y, en muchos casos, sus conflictos legales traslucen tanto controversias jurídicas como reclamos institucionales de autonomía o planteos de legitimidad política

¿Qué sucede? Pues que entre la voluntad de los sujetos y los preceptos que establecen los principios constitucionales y las reglas inferiores, se ubican las acciones. Como ya se dijo, en la realidad social del trabajo coinciden diversas conductas que la modifican, más cercanas o más lejanas a lo que pueda entenderse por Derecho.

Es obvio que los legisladores conocen esta expresión dinámica de lo laboral. Buena parte de su tarea consiste en regular los modos de producción y alcance de las decisiones más importantes. Los administradores, por su parte, atentos al grado de autonomía que el Estado deja en manos de comunidades productivas, intentan circunscribir el carácter dinámico de tales vínculos, de acuerdo al diseño plasmado en el ordenamiento. Y todos quedan sujetos al control de ajuste de los jueces, quienes repasan una y otra vez la validez de esta cadena de decisiones generales y particulares.

Las acciones que se crean y examinan no son de cualquier tipo. A cada acción se le puede atribuir un significado. De allí que importe observar la distinción entre:

- a) las acciones básicas, que poseen un significado primario,
- b) las acciones – resultado, que poseen un significado pleno y son relevantes desde el punto de vista del agente, y
- c) las acciones – consecuencia, que también poseen un significado pleno e importan desde el punto de vista de terceros, o sea, desde el ámbito social⁸⁰.

A esta clasificación, la visión sociológico – jurídica agrega su acento en un efecto concreto: el resultado de la acción y su consecuencia para terceros que se funden en una materia nueva: la decisión, que asume el lugar de un motor que, con su funcionamiento, transforma el sistema jurídico. Decidir es actuar, o sea, producir elementos que van modificando la estructura jurídica particu-

⁸⁰ Tomado de Daniel GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción*, 2da. ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, 116-117.

lar o general, al tiempo que el propio sistema, por la generación de nuevas decisiones, influye sobre la dirección que adopta en conjunto la sociedad⁸¹.

El plano de análisis esbozado contribuye a explicar lo que sucede con el Derecho del Trabajo constitucionalizado en la faceta social y económica. Por sobre las conexiones sectoriales, lo jurídico representa el papel de un gran conector entre la economía y la vida privada. Por allí transitan los agentes sociales, individuales y colectivos, públicos y privados, quienes le imprimen su actividad y reciben, al mismo tiempo, una carga axiológica de lo que consideraran justo⁸².

Pero este no es un régimen mecánico de precisión. Las decisiones laborales participan de los rasgos de incertidumbre que padecen otras decisiones, como las políticas. Aparece aquí la idea un “salto” voluntario que combina la incertidumbre sobre el resultado de la acción y sobre la decisión misma. La falta de conocimientos suficientes sobre todo lo que se decide, la necesidad inmediata de adoptar una definición para circunstancias que no admiten demoras y la inevitable vinculación de ello con quien decide, son elementos que abonan esta falta de certeza. Este “salto” posee, sin embargo, una medida objetiva, de carácter ético – prudencial, que al darse en el impulso tendrá mayor o menor distancia⁸³.

⁸¹ Cfr. Gregorio ROBLES, *Sociología del derecho*, 2da. ed., Civitas, Madrid, 1997, 236-237. Para el autor, “Se impone llamar la atención sobre la importancia teórica de la decisión en el derecho, habida cuenta de que la teoría del derecho prácticamente la ha descuidado, o al menos no ha hecho de ella una consideración central y decisiva, y la sociología jurídica teórica casi la desconoce”.

⁸² ROBLES, cit., 232 y 238.

⁸³ Adaptado de Monserrat HERRERO LÓPEZ, *El nomos y lo político: La filosofía política de Carl Schmitt*, 2da. ed., EUNSA, Navarra, 2007, 164-165. Según la autora, de haberse mantenido en la teoría clásica, el desarrollo de Schmitt habría desembocado en una teoría de la prudencia: “Hubiera, con ello, conectado explícitamente la esfera política y el derecho con la ética”.

El tema de la prudencia, en clave jurídica, se conecta con la determinación concreta de lo que es el Derecho, mediante un imperativo espiritual que moviliza a cada uno y a los demás a dar lo que es debido. Cuando esa inclinación a la conducta justa se encuentra ausente, el razonamiento prudencial queda trunco y resulta ineficaz⁸⁴.

En suma, la expresión referida a que “el ordenamiento jurídico se crea a golpe de decisión”, por inquietante que parezca, no deja de ser apropiada para este punto, aunque los diversos conjuntos decisionales requieren un tratamiento algo diverso de los modos de argumentar y justificar sus contenidos, así como de interpretar sus textos jurídicos relevantes⁸⁵. Pero esto no es suficiente. El golpe de decisión dado al ordenamiento no significa un golpe irracional. Debe tener un presupuesto racional y un reconocimiento a la capacidad de quien lo ejecuta, para evitar la arbitrariedad de la colisión y descartar la falta de legitimidad del sujeto.

b) El despliegue de la actividad laboral

1. La matriz decisoria

Se ha entendido que quien toma una decisión, lo hace en base a una cierta racionalidad, más o menos intensa. En ella operan elementos extrínsecos, como la utilidad esperada o el temor a una sanción por el incumplimiento a un determinado hacer; o intrínsecos, cuando la resolución se basa en criterios valorativos previos, que la condicionan. En este orden, una decisión puede tener: a) un “recorrido” horizontal, cuando se proyecta sobre sus efectos o con-

⁸⁴ Ver Carlos MASSINI CORREAS, *La Prudencia Jurídica. Introducción a la gnosología del Derecho*, 2da. ed., Abeledo Perrot, Bs.As., 2006, 49.

⁸⁵ ROBLES MORCHÓN, cit., 64.

secuencias directas, o b) vertical, si va conectada con los valores o principios superiores que deben considerarse para esa situación⁸⁶.

En las relaciones laborales, estos recorridos se conjugan en ambas direcciones, aunque debe descartarse su visión idealizada. El mayor o nulo beneficio de un despido puede acelerar o demorar esa decisión en el empleador. Si, además, se trata de un despido pasible de ser calificado como discriminatorio, la idea de un agravamiento indemnizatorio o de la reinstalación del trabajador despedido funciona como un factor condicionante a la hora de resolver el tema. Lo mismo sucede en el ámbito colectivo. Cuando un sindicato o un grupo de trabajadores llevan adelante una medida de acción directa, con ocupación del establecimiento, la virulencia del conflicto pone a los interesados en la disyuntiva de aminorar o agravar los efectos de la decisión adoptada.

La persistencia de estas situaciones indica que los protagonistas desarrollan un esquema de razonamiento que incorpora datos del mundo jurídico y del escenario fáctico, conformando un diseño de variables mixtas, que se lo puede denominar matriz decisoria, constituido por:

Las posibilidades: sea que se trate de un trabajador ante su empleador individual, o de varios dependientes frente a quien ejerce un poder de mando en la comunidad productiva, o de una asociación sindical ante un empleador o entidad asociativa de empleadores, lo cierto es que todos los protagonistas cuentan ante sí con una gama de alternativas que el ordenamiento les reconoce de acuerdo a su rol. No se trata de meras facultades o habilitaciones jurídicas, sino de verdaderas capacidades para la acción.

Como se ha observado en los capítulos anteriores, los principios y reglas laborales no siempre dan la medida exacta de estas

⁸⁶ Se han adaptado aquí las nociones vertidas por CALVO SOLER, quien habla de las propiedades extrínsecas e intrínsecas, y del funcionamiento racional fuerte (horizontal) o débil (vertical) de los procedimientos de adopción de decisiones; ob.cit., 15-21.

posibilidades. En algunos textos se limitan a enunciar un mandato genérico de conducta, justificación o garantías (p.ej. buena fe, justa causa, libertad sindical), mientras que en otros supuestos intentan agotar su contenido de forma exhaustiva (p.ej. el contrato a plazo fijo debe celebrarse por escrito). Lo notable es que esta gama de posibilidades del actuar tienen una presencia permanente y son objeto de cálculo por el decisor.

Las presunciones: una de las características del Derecho del Trabajo reside en la existencia de inferencias normativas que se atribuyen a las conductas de los actores. Estas pueden ser:

- a) de tipo sustancial, como la presunción de relación de dependencia que se activa ante la prestación de servicios,
- b) de raíz sustancial – procesal, referidas a los hechos de fraude o simulación de una relación de trabajo, o
- c) de corte procesal, cuando determinados comportamientos u omisiones en un litigio, son valorados por los juzgadores del sistema de manera favorable o desfavorable (la prueba de testigos, la falta de exhibición de registros laborales, entre otros).

De este vértice de la matriz, signado por las presunciones, se ocupan en general los operadores especializados. Los abogados y jueces conocen su papel en una controversia y, de acuerdo al lugar que ocupen, instrumentan sus argumentos en consecuencia. La novedad que trajo el EDC, como ya se adelantó, es que determinadas presunciones, antes posicionadas como reglas, se entroncan directamente a los principios constitucionales, sin perjuicio de su abundante o escasa manifestación en la Ley. El ejemplo de la igualdad y su contracara, la discriminación, da cuenta de este fenómeno.

Las probabilidades: se trata de una variable que surge del mundo del trabajo antes que del ordenamiento jurídico. Si bien el EDL incluyó presupuestos reglados para emplear ante ciertas contingencias (p.ej. suspensiones o despidos por causas económicas), la realidad en la que se desenvuelve el vínculo laboral, sitúa este aspecto a un nivel más profundo, de orden cultural. Como dato de

naturaleza empírica, la persistencia del alto nivel de trabajo no registrado que se mantiene a pesar del cúmulo de reglas que sancionan esa infracción, da cuenta de un factor de cálculo superior a la clásica fórmula de tipificación del supuesto, verificación del incumplimiento y sanción.

Las responsabilidades: No resulta admisible un sistema jurídico, por más apertura que se predique del mismo, sin acoplar las obligaciones que siguen a los distintos roles asumidos. El empleador lleva en esta materia el contenido más importante, aunque el dependiente lo asuma desde las condiciones en que cumple con sus deberes prestacionales. Los actores colectivos se suman con su conglomerado de obligaciones negociales, mientras el Estado ejecuta su doble responsabilidad de proteger y alentar el ejercicio de los derechos laborales, en tanto enmarca esa actividad a tenor de su misión de seguridad y paz social. En suma, no existe decisión que no tenga en cuenta el grado de responsabilidad que involucra.

Las consecuencias: El corolario de todo este proceso está dado por los efectos de la decisión, que involucra los anteriores elementos de la matriz. En la era del EDL, el sistema jurídico cerrado proveía de cierta información a los operadores, respecto de las derivaciones que su obrar provocaría en el futuro. Estos datos, en general, se extraían de las propias reglas, quienes activan su respuesta para cada supuesto desencadenante (p.ej. el despido sin causa y el despido por causa de embarazo o matrimonio). Con el EDC, ya no alcanza con rastrear las consecuencias en la regla, porque es el principio el que domina su intensidad. Y en esta graduación, practicada por los jueces, el resultado puede disentir con la solución brindada por la regla (los fallos sobre libertad sindical). O más aun, puede resultar de una combinación de reglas, como sucede con los casos de discriminación (nulidad + reinstalación).

2. Tipología de las decisiones

Cualquier clasificación lleva inserta el punto de vista de quien la adopte. La presente no resulta una excepción. Una agrupación

de las distintas decisiones laborales en virtud de algún denominador común, corre el riesgo de ser incompleta y (lo que es peor) incorrecta. Sin embargo, el beneficio de estas enumeraciones radica en que contribuyen a observar, con relativa facilidad, los atributos de un determinado concepto así como a detectar similares caracteres en otros, elemento imprescindible para unirlos en un mismo grupo o familia categorial.

La primera distinción, la más evidente, es aquella que diferencia entre las decisiones laborales no jurídicas y las jurídicas. Ahora bien, si las decisiones son acciones orientadas por y hacia un fin en las relaciones laborales, se estima razonable suponer que dichos actos contienen en sí mismos la pretensión de causar algún efecto social y también jurídico. Además, la abundante positivización de todo lo vinculado con el trabajo, ha hecho que las decisiones laborales más relevantes sean reguladas, en su origen, en su desarrollo y/o en sus efectos, por alguna expresión del ordenamiento jurídico.

De acuerdo al objeto del presente estudio, corresponde centrar la atención, entonces, en las decisiones laborales jurídicas, indagando desde vértice las distintas perspectivas de tipificación.

El punto de vista subjetivo aparece como diferencia básica. Las decisiones jurídicas laborales podrán ser catalogadas, considerando el emisor, en privadas o públicas y, estas últimas, en no estatales y estatales.

Una primera imagen refleja el presunto carácter privado de las decisiones que adopten el empleador y el trabajador, en la esfera de la autonomía individual, al igual que sucede con aquellas que se emiten en el plano de la autonomía colectiva por los respectivos sujetos. Las decisiones públicas estatales quedarían reservadas para la actividad emanada de las funciones administrativa, legislativa y judicial del Estado, mientras que las públicas no estatales referirían a los actos dictados por sujetos de constitución mixta (obrero – patronal), anexados a un cometido que excede la representación reconocida a las partes (p.ej. los acuerdos marco, sociales y económicos).

Sin embargo, ya se ha visto que la nueva constitucionalidad ha modificado este criterio. Una decisión laboral, surgida de la relación entre privados, puede, por su afectación a los derechos humanos de producción, exceder el interés de las partes y de la comunidad productiva que ambos integran para proyectarse sobre la comunidad general.

Este corrimiento hacia lo público es el que mueve a pensar otro modo de agrupar las decisiones laborales: por sus efectos. La interrelación con que se movilizan y comunican las cuestiones inherentes a estos derechos, impacta en la tradicional clasificación de las consecuencias inmediatas o mediatas de un acto en los principios constitucionales. La gravedad de las resoluciones tomadas revierte esta concepción e impone observar el cruce categorial que se produce entre los sujetos y los efectos de las decisiones que toman.

4. LA DECISIÓN JUDICIAL LABORAL

a) El pronunciamiento del juez como medida de gobierno

1. *Entre los paradigmas, la complejidad y la finalidad curativa.*

En un modelo tan jurisdiccional, como es el propugnado por el EDC, la problemática del acto judicial ha suscitado la inquietud de los especialistas y la consiguiente realización de nuevos estudios sobre el tema. En esta ocasión, no hay prurito para denominar a la sentencia lo que en realidad es, una decisión, que impone la regla particular del caso y al mismo tiempo brinda una pauta para la gestión jurisdiccional de casos similares.

De las recientes investigaciones sobre el tema, se destacan en la literatura local dos análisis de carácter general: el primero de ellos hace hincapié en la presencia de distintos paradigmas decisorios que fungen como sustratos justificativos de los pronuncia-

mientos, mientras el segundo adopta una perspectiva sistémica donde se resalta el carácter complejo de este proceso resolutorio.

A los citados cabe agregar un tercer ejemplo, proveniente del pensamiento hermenéutico y que, con las oportunas aclaraciones efectuadas sobre el tema, resulta útil al Derecho del Trabajo. Se trata de la visión que considera la decisión judicial como un acto curativo, comparable al acto médico.

La primera de las visiones define al período constitucional que aquí se denomina EDC como la “era del desorden” (en contraposición a la “era del orden” del EDL), cuyo rasgo característico se sitúa en la verdadera materialización del Derecho. Pasado al ámbito decisorio, este fenómeno se traduce en la aplicación de modelos o paradigmas judiciales contextuales, que condicionan las decisiones y que pueden ser identificados según sus preferencias, como ser: a) el de “acceso a los bienes jurídicos primarios”, b) el “protectorio”, c) el “colectivo”, d) el del “Estado de Derecho”, y e) el “consecuencialista”. Estos paradigmas no pueden ser ignorados ni suprimidos, por lo que deben gestionarse en una operación de dos etapas: la de la explicación del paradigma y la del juicio de armonización del mismo en aquellos supuestos en que entren en competencia con otros⁸⁷.

En el segundo de los estudios, por su parte, se advierte que la decisión judicial no es en sí misma una decisión, sino un complejo de decisiones. Este se integra con la adopción – interpretación de: a) los puntos de partida fácticos, b) las razones jurídicas, que sirven de premisas mayores de la decisión, y c) un régimen de argumentación que no siempre es idéntico pero en el cual se incorporan aspectos formales, materiales y pragmáticos⁸⁸.

⁸⁷ Cfr. Ricardo L. LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, 1ra. ed., 2da. reimpr., Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2014, 29 y ss., 274-275 y 449-450.

⁸⁸ Cfr. Jorge E. DOUGLAS PRICE, *La decisión judicial*, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2012, 472.

En una tercera aproximación, que examina distintos ejemplos de justicia, se traza un paralelismo entre el acto médico y el acto judicial, donde se encuentran rasgos formales comunes, como: a) la obligación de juzgar en un tiempo limitado, b) la toma de decisión como acontecimiento irreductible y c) el conjunto de personas que acompañan al médico y al juez en cada uno de esos procesos. Pero, además, se observa un elemento sustancial, existente en el juicio médico, que es presentado como un “pacto de cuidados”. Al trasladar esta noción al juicio judicial, la conclusión a la que se arriba es que todo aparato jurídico puede representarse, en esencia, como una vasta empresa de cuidados de enfermedades sociales⁸⁹.

Las tres visiones ayudan a esclarecer los puntos principales de la decisión judicial laboral, aunque merecen ser adaptadas al mundo del trabajo.

El ejemplo paradigmático reúne condiciones de actualidad, al reconocer el cambio provocado por el nuevo constitucionalismo, y de practicidad, al agrupar los criterios más importantes empleados por los juzgadores para dirigir el contenido de sus fallos. Empero, estas ideas se asemejan mucho a lo descrito en el capítulo anterior, cuando se enumeraron los variados argumentos jurídicos. Y, como allí se dijo, en la familia argumental no todas las justificaciones tienen el mismo alcance, jerarquía o permanencia en el discurso. Por otra parte, existen argumentos pero también principios, que actúan frente a la discrecionalidad. Los paradigmas no serían ni uno ni otro supuesto, lo que daría una imagen de pragmatismo que confunde ante el Derecho del Trabajo de esta etapa.

El esquema complejo tiene a su favor la buena descripción de la ruta decisoria. La ecuación Hechos + Razones + Argumentos, además, se emparenta con la matriz que se ha desarrollado en torno al mundo laboral. Aquí el interrogante se plantea respecto a

⁸⁹ Ver Paul RICOEUR, “La toma de decisiones en el acto médico y en el acto judicial”, en *Lo justo 2. Estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada*, trad. Tomás Domingo-Moratolla y Agustín Domingo-Moratolla, Trotta, Madrid, 2008, 196-203.

la multiplicidad o no de las decisiones. Cuando el juzgador recorre el proceso de comprensión, enfrenta un cruce de caminos que lo resuelve con una gran decisión, a la que incorpora las herramientas argumentales. El dilema se interpreta y se resuelve de manera simultánea.

Finalmente, la consideración del litigio como una dolencia necesitada de atención, no deja de ser audaz. La decisión judicial laboral, desde esta óptica, no apuntaría únicamente a brindar una respuesta correcta sino también curativa, sanadora y, si ello no es posible, reparadora. Los principios del EDC demandan la “curación” completa en aquellos casos en los que resultan dañados los derechos humanos de la producción. La aplicación de la norma general antidiscriminatoria en las relaciones laborales ofrece una imagen de ello. Su consecuencia nulificante impone la restitución de la situación al momento anterior, es decir, obliga a la sanación total de la dolencia ocasionada. En este supuesto, el paralelismo con el acto médico se cumpliría de manera total⁹⁰.

Pero en el Derecho del Trabajo debe utilizarse esta concepción con cierta cautela. Desde los inicios del EDL, el conflicto laboral fue entendido como una enfermedad, un verdadero “virus” social que debía ser extirpado o reprimido. Por otro lado, también las pretensiones económicas de los empleadores fueron calificadas como un estigma del Capital, pasible de ser eliminado. El cariz patológico atribuido a estas expresiones de las relaciones laborales contiene el riesgo de ver, en las conductas de los otros, una dolencia inaceptable, ante la cual, se llama al sistema jurídico para que la confronte. Los peligros del exceso en la “medicación” jurídica son conocidos.

⁹⁰ la vinculación entre los conceptos de salud y justicia no es nueva. Ya la Antigüedad se encargó de trazar ese paralelismo entre la “ciudad sana”, austera, donde surgen la justicia y la solidaridad, frente a la “ciudad enferma”, inmersa en el consumo, el lujo y la inequidad; ver PLATÓN, *República*, 372d-373e.

Paradigmas, procesos y curaciones. Las actuales teorías de la decisión judicial intentan encuadrar el pronunciamiento del juez en marcos objetivos, secuenciales, descriptivos, donde la libertad de resolución, superado el tradicional apego al silogismo deductivo, sigue campeando, con pocas sujeciones adicionales a las ya vistas en materia de interpretación y argumentación. El punto de inflexión parece estar dado por supervisar qué es lo que estimula al juez para dar su veredicto. Esa incitación, por más que responda a los parámetros constitucionales y legales, no se aleja de las convicciones que el juzgador posee sobre el Derecho, el Derecho del Trabajo y el consiguiente modo en que resolverá los casos que se le sometan a su jurisdicción. En definitiva, su percepción de la realidad, eso que lo incita a operar sobre ella, se convierte también en un problema de gobierno.

b) La motivación judicial: entre los principios, la discrecionalidad y el problema del “ángulo inverso”

En clave neoconstitucional, se dice que las sociedades se rigen por dos tipos de pactos, que a su vez se corresponden con los dos modos de ver la política: a) el *pactum societatis*, dirigido a mantener la convivencia y la unión de la comunidad, y b) el *pactum subjectionis*, vinculado a la idea política de competencia sectorial por alcanzar la responsabilidad de gestión social. En esta dualidad, un tribunal judicial con competencia constitucional operaría de acuerdo al criterio de racionalidad y razonabilidad, al examinar la coherencia del sistema normativo y la correspondencia entre la solución que ese sistema brinda ante el caso examinado, en conformidad con los principios constitucionales⁹¹.

Invariable, la política como política jurídica se desplaza al ámbito de la decisión judicial, porque el control de la coherencia y

⁹¹ Gustavo ZAGREBELSKY, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2008, 39-41 y 75.

la correspondencia con el sistema, obliga al decisor a elegir un principio, o dicho de modo axiológico, un valor sobre el que reposará la solución del litigio.

Para indagar en este tema, el estudio de la decisión se traslada a la perspectiva de la motivación como elemento determinante. Allí, de acuerdo a lo expuesto por la teoría, resulta necesario distinguir el plano del juicio, el problema se proyecta sobre: a) la elección del valor como criterio guía, b) la valoración como formulación del juicio, con base en el valor elegido, y c) la ubicación del juicio de valor en el razonamiento decisorio; del plano de la motivación, afincado en la justificación, que incluye: 1) justificación de la elección del valor, 2) justificación del juicio de valor y 3) justificación de las consecuencias que el juez deduce de aplicarlo al caso⁹².

1. Un ejemplo sobre limitación de la responsabilidad solidaria

La Corte tuvo oportunidad de reexaminar los alcances de la responsabilidad solidaria (artículo 30 LCT) al considerar una sentencia dictada por la Cámara Nacional laboral, quien extendió la condena a una Obra Social por el pago de los créditos laborales adeudados a la actora por su ex empleadora, una empresa que presta servicios de atención odontológica a sus afiliados. La Obra Social planteó recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la queja, admitida por el Máximo Tribunal⁹³.

Luego de descalificar el fallo de la Cámara por apoyarse en meras consideraciones dogmáticas, sin dar tratamiento a las cuestiones planteadas, la Corte dejó en claro que, si bien las cuestiones inherentes a la aplicación del artículo 30 LCT eran de derecho co-

⁹² La distinción pertenece a Michele TARUFFO, *La motivación de la sentencia civil*, trad. Lorenzo Córdova Vianello, Trotta – Tribunal Electoral de la Federación de México, Madrid, 2011, 148-149.

⁹³ CSJN, 30/12/2014, “Gómez, Claudia Patrica c/ Saden S.A. y Otro s/despido”.

mún (como lo sostuvo en “Benítez), el excepcionalísimo supuesto de arbitrariedad autoriza a que el tribunal revise las decisiones de los jueces.

En ese sendero, el argumento consecuencialista utilizado pone en evidencia la justificación que motiva la decisión. Para la Corte, el fallo de Cámara no reflejó el rol que cumplen las obras sociales en el Sistema Nacional del Seguro de Salud, en cuyo marco se celebró un contrato con una prestadora de servicios odontológicos.

Al afirmar que estos servicios eran una actividad propia de la obra social, el inferior incurrió en un inaceptable dogmatismo. La prioritaria aplicación de los recursos de las obras sociales a garantizar la prestación de servicios de asistencia médica es una condición indispensable para que éstas puedan cumplir su función de agentes del Seguro de Salud. El logro de este objetivo puede ser puesto en jaque si aquellos recursos resultan afectados por decisiones judiciales que incurren en una arbitraria atribución de responsabilidad solidaria por obligaciones laborales ajenas.

Ante un pronunciamiento de estas características, cabe preguntarse por el modo en que opera el principio protectorio. La decisión judicial de la Corte transforma, por vía de la arbitrariedad, la extensión de la solidaridad en un caso constitucional. Y para fundamentar ese status, el argumento no se basa en el derecho de propiedad sino en el dogmatismo de la sentencia impugnada y en el riesgo ésta que coloca a los recursos destinados al funcionamiento de la estructura sanitaria.

La mirada jurisdiccional, entonces, se articula sobre otro valor, que como un ángulo inverso requiere observar el caso desde una faceta al reverso de la que motivara su anterior precedente en el tema. El principio protectorio que respalda la extensión de la responsabilidad laboral encuentra una frontera, y esta valla se construye sobre un argumentado interés superior, como sería la preservación de los recursos sanitarios.

2. Un ejemplo sobre la limitación de la noción de dependencia laboral

Poco tiempo después, la Corte revisó otro fallo de Cámara que, confirmando la sentencia de primera instancia, admitió la demanda entablada contra una entidad sanatorial, por los herederos de un médico anesthesiólogo, al entender que medió entre las partes un contrato de trabajo entre las partes (artículo 23 LCT). La trascendencia de la resolución adoptada por el tribunal se puede notar en su reiteración como precedente en la misma fecha de emisión⁹⁴.

El voto mayoritario siguió el dictamen de la Procuración General de la Nación para dejar sin efecto la decisión recurrida. Dicha opinión estimó que la figura del trabajador se encontraba desdibujada en el caso. En tal sentido, como la presunción de la relación de dependencia admite prueba en contrario, los jueces de la causa debieron haber advertido que la modalidad de los pagos efectuados al reclamante (percibidos por una entidad asociativa de anestesistas), lo alejaba de la llamada “hipo suficiencia”, ajenidad del servicio y carácter expropiado del trabajo humano. Nuevamente, el argumento consecuencialista cobró importancia como justificante de la motivación, al estimar la Corte que los jueces debieron considerar la presunción “con mayor estrictez”, en atención a la trascendencia del resultado económico del fallo⁹⁵.

El voto concurrente dejó planteadas otras observaciones, algunas en concordancia con la posición de la mayoría y otras que profundizan nuevamente la mirada de “ángulo inverso”:

1) el a quo ha efectuado un análisis parcial de la prueba y no ha dado un tratamiento adecuado a la controversia, basándose en afirmaciones dogmáticas;

⁹⁴ CSJN, 19/02/2015, “Cairone, Mirta y Otros c/Soc. Italiana de Beneficencia en Bs.As. – Hospital Italiano s/despido”. En la misma fecha se dictó “Pastore”.

⁹⁵ Voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco.

- 2) el pronunciamiento apelado incurre en una equivocada valoración de la prueba, aplicando la legislación laboral a un supuesto de hecho no previsto y omitiendo su análisis desde la figura de la locación de servicios regulada por el Código Civil;
- 3) estas omisiones causan consecuencias jurídicas, económicas y sociales que exceden el caso, y que los magistrados no pueden ignorar, ya que repercuten sobre todo el sistema de contrataciones;
- 4) la presunción de la relación de trabajo, en estos casos, no puede basarse en testimonios aislados ni en la ignorancia del contexto en que se desarrolló la prestación;
- 5) no es posible desconocer el comportamiento asumido por el causante, quien como decisión propia y voluntaria, pudo evaluar la conveniencia de desarrollar su tarea en el centro demandado, del modo efectuado durante más de 32 años, sin manifestar conflicto alguno;
- 6) La regla que surge de la sentencia atacada lleva a la calificación de todos los servicios como dependientes, omitiendo las diferencias que hace el legislador;
- 7) A los fines de tipificar un vínculo como laboral es necesario precisar el concepto de dependencia, a través de la presencia de sus tres aspectos: jurídico, económico y técnico, donde la ajenedad del riesgo y la función de la contraprestación dineraria para la subsistencia del trabajador, deben concurrir como elementos tipificantes;
- 8) en los vínculos de colaboración autónomos hay una intromisión o injerencia del titular del interés sobre quien realiza la colaboración, pero ella es distinta de la dependencia laboral;
- 9) si bien es propio del poder de dirección del empleador el ejercicio de facultades disciplinarias, el trabajo autónomo no está sujeto a un régimen de este tipo y no se descarta su sometimiento a un mínimo contralor que debe tener todo establecimiento que preste servicios a terceros;
- 10) la resolución impugnada tampoco consideró la buena fe como deber jurídico de todo comportamiento que genera expectativas en otras personas (el actor solo manifestó su discrepancia al momento

del distracto frente a una institución que lo contrató sobre la base de servicios autónomos);

11) la regla es reforzada por la costumbre del sector;

12) el pronunciamiento atacado prescinde de toda regla objetiva de interpretación e incurre en un claro error en la calificación jurídica del vínculo, al fallar contra la ley aplicable y la costumbre, sin explicar cuál es el criterio para decir que es “dependiente”, cuando las partes, a través de su consentimiento, entendieron como “autónomo”⁹⁶.

El enfoque del caso, desde otro ángulo, se repite en esta decisión. Ya no se trata solamente de la arbitrariedad o de las consecuencias que no tuvo en cuenta la Cámara al aplicar la presunción. La estructura justificativa de la sentencia se construye sobre pilares argumentales poco habituales para el Derecho del Trabajo:

a) el escenario de la prestación en cuestión, como un componente que replantea la presunción de la relación de dependencia;

b) la posibilidad de aplicar la teoría del acto propio a un tema de características laborales;

c) la buena fe, como expectativa de reciprocidad, en paridad de trato;

d) la compatibilidad de relaciones autónomas de servicios, con ciertos niveles de control por una de las partes;

e) la importancia de la costumbre en el caso; y

f) el regreso a una concepción tradicional de la dependencia laboral.

⁹⁶ Voto del juez Lorenzetti.

c) La revancha de la Ley: el Nuevo Código Civil y Comercial y el rol asignado a los jueces

Dentro del universo de reacciones que ha generado el nuevo constitucionalismo, se destaca la respuesta fundada en la necesidad de volver a conferir protagonismo a la Ley, instrumento degradado en su jerarquía y en su capacidad efectiva para resolver las diferentes cuestiones ventiladas en las relaciones públicas y privadas.

En esta iniciativa, que reprueba el antipositivismo, tanto decisionista como hermenéutico, se propone rescatar las cualidades históricas de la Ley, limitar lo que se considera un alcance exagerado a la normatividad del texto constitucional, y apostar por un núcleo del ordenamiento jurídico formado por un cuerpo de leyes generales y abstractas. El mensaje es claro: “menos constitucionalismo y más neocodificación”⁹⁷.

Una buena forma de observar lo que sucede en la gestión codificadora de las fuentes consiste la revisión de los nuevos textos, como el Nuevo Código Civil y Comercial. El punto de partida se sitúa en las disposiciones comunes sobre contratos:

“Art. 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”.

La regla apela a examinar el caso de concurrencia con una ley especial, pero el primer orden prelación es el de las normas indisponibles de ese orden y las del Código, con lo cual se traslada el conflicto a un debate sobre normas indisponibles de igual valor.

⁹⁷ Cfr. Francisco J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, 166-167.

Esto es sumamente complejo para dilucidar en el marco de las reglas laborales indisponibles, al quedar sometidas a un régimen de paridad en la fuente contractual. Además, el segundo nivel que sigue es el de las normas particulares del contrato, aspecto que se contradice claramente con el Orden Público Laboral.

Si bien alguna doctrina ha entendido que no existe contradicción entre el artículo 7° de la LCT y el citado artículo 963 NCCyC⁹⁸, lo cierto es que el juzgador tiene aquí un amplio campo para decidir el orden de prelación de las disposiciones en juego.

Otros temas en donde se ensancha la atribución del juez para definir los casos, se encuentra en las materias referidas a la relación de dependencia y la responsabilidad solidaria.

Al resurgir la importancia de la locación de servicios (anticipada por la Corte en “Cairone”), no puede perderse de vista que en la calificación del contrato, el artículo 1252 NCCyC contiene pautas para resolver las dudas sobre su naturaleza, al establecer que:

“Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral”.

Esta remisión, si bien es pertinente, vuelve a poner en cabeza del juez la determinación pero, con un dato adicional, y es que la presunción de la prestación de servicios ya no gozaría de la entidad que tuvo hasta el presente, porque primero habrá de evaluarse la calidad de los servicios prestados, y luego enfocar el tema de la relación. Así parece desprenderse de la regulación especial del contrato de servicios, cuya definición en el artículo 1279 incorpora diversas variables como el tiempo determinado y, si nada dicen las partes, el indeterminado, pudiendo cualquiera de ellas ponerle fin con la obligación de dar un preaviso con razonable anticipación.

En cuanto a la responsabilidad solidaria, sin perjuicio de las innovaciones que trae el Código en los nuevos contratos, el caso de

⁹⁸ Ver Jorge RODRÍGUEZ MANCINI, “Las fuentes...”, cit., 124.

la franquicia es el que contiene la definición más radical. No sólo porque en la relación entre las partes no hay dependencia, sino porque los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, con excepción de la aplicación de las normas sobre fraude laboral (artículo 1520, especialmente inciso b).

Esto vuelve a trasladar al juez el universo de casos donde la responsabilidad solidaria no surge con motivo de la irregularidad laboral, sino en ocasión de instrumentarse algún mecanismo de descentralización productiva⁹⁹.

No es aquí el lugar para abordar la problemática específica, sino para observar el cúmulo de situaciones que la Ley (el NCCyC) ha derivado al juzgador para definir, sin mayor instrumental que el reenvío al juego de las fuentes jurídicas y al régimen general de decisión de los casos.

5. LOS DEBATES SOBRE EL PROGRESO, LA PROGRESIVIDAD Y LA CRISIS

Las inquietudes que en materia de gobierno debe gestionar el sistema laboral del EDC no se limitan a los problemas interpretativos, argumentativos y de construcción decisional. Desde la Ilustración, la idea de “progreso” quedó encarnada en el conocimiento, alcanzando todas las manifestaciones humanas. El ofrecimiento practicado por el trabajador de su propia fuerza a otro por razones de supervivencia, fue el paso inicial de una carrera evolutiva hacia mejores condiciones de vida. El axioma consistente en que “se trabaja para vivir”, fue completado por el adjetivo “mejor”. Esa expec-

⁹⁹ Una de las posibilidades, mencionada por Gnecco, sería la de considerar la responsabilidad laboral desde la óptica de la cesión de explotación, con independencia de que incluya un establecimiento; ver Lorenzo P. GNECCO, “Personas jurídicas, contratos asociativos y otros contratos de empresa en el Nuevo Código Civil y Comercial. Una visión desde el Derecho del Trabajo”, en *Código Civil y Comercial. Su proyección en el Derecho del Trabajo*, cit. 405.

tativa caló hondo en el Derecho del Trabajo, traducándose en reglas y principios. El DIDH, por su parte, agregó a esta energía social una firme oposición al retroceso jurídico. Las nociones de “progresividad” o “no regresividad” de los derechos humanos, contenidas en sus instrumentos, alcanzaron el horizonte iuslaboral y continuaron hasta enfrentarse con determinadas situaciones fácticas. Allí, el concepto de “crisis” (para algunos, tan enlazado al contenido mismo de la especialidad), pone un gran interrogante a las anteriores aspiraciones.

Esta conjunción de principios y realidades es mucho más profunda que su mera enunciación. El despliegue mundial del comercio de bienes y servicios ha acelerado la creación de nuevas formas de producción y, a través de ellas, de contratación de personas. Las estructuras jurídicas tutelares se conmueven ante ese fenómeno, mientras que los efectos sociales de las crisis globales, de emergencia financiera, fungen como una interpelación a la efectividad del Derecho del Trabajo para absorber esa consecuencia y ofrecer una respuesta consistente con sus valores. Ese petitorio, como se verá a continuación, es lo que lleva a poner en duda el contenido de su esencia.

a) El arribo del “mercado total”

La decadencia del Estado de Bienestar, y el consiguiente retroceso de la formas neocorporativas de política laboral (con sus mecanismos de intermediación de intereses), implicó un llamado a revisión de los proclamados vínculos entre trabajo y subordinación y entre trabajo y salario, sostenidos tradicionalmente en la rama laboral, motivando fundados temores sobre la vigencia del principio de protección, tal como se conocía hasta ese momento¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Alain SUPIOT, *Critique du” droit du travail*, Puf. París, 1994, 2da. edición en 2011.

El período de las grandes estructuras sociales (la gran empresa, el gran sindicato, el gran Estado), con sus trabajadores estables, dejó paso a configuraciones nuevas, llamadas para-subordinadas o para-laborales, donde el Derecho del Trabajo se replegó (“huyó” dirá la doctrina española) en contraposición con las nuevas contrataciones, inestables y de corta duración.

El advenimiento de la globalización trajo consigo, además, un movimiento planetario, de comunicación y comercialización, que en los hechos superó los consabidos límites de la soberanía estatal.

Esta red comercial, financiera y política emergente, fue denominada como el “mercado total”, para definir “*un mode d’organisation fondé sur la mobilisation d’absolument toutes les ressources humaines, techniques et naturelles*”, dirigido fundamentalmente a la competición económica, donde lo jurídico entra a jugar como un elemento más en la libre competencia global¹⁰¹.

La elección de este concepto no fue casual. En su momento, el pensamiento de entre-guerras presentó la movilización total como una transmutación de la vida humana en energía, donde los contenidos de sus vínculos se volatilizan en beneficio de la movilidad; de una movilización que se ejecuta a sí misma y cuyo presupuesto decisivo no se ubica en su lado técnico sino en la disponibilidad de todos sus elementos¹⁰².

En el presente, esto es lo que ha llevado a hablar de un “darwinismo normativo”, una especie de lo que se puede denominar “*law shopping*”, donde los derechos nacionales se convierten en productos que entran a competir en un mercado internacional de normas. Frente a ese diagnóstico, se opuso un valor convertido en principio internacional, el de la justicia social, proveniente como se

¹⁰¹ Alain SUPIOT, *L’esprit de Philadelphie. La justice sociales face au marché total*, Seuil, 2010, 59-70.

¹⁰² Se cita por la traducción francesa realizada por Henri Plard y Marc B. De Launay en Ernst JÜNGER, *L’état universel suivi de la mobilisation totale*, Gallimard, 1990, 95-141.

ha visto, de la Declaración de Principios Fundamentales de la OIT de 1944 (Declaración de Filadelfia), y revitalizado por el propio organismo a comienzos de este Siglo.

Sin embargo, los principios supranacionales no parecen alcanzar para detener las necesidades del “mercado total”. Un ejemplo sobre las tensiones que se generan entre las libertades económicas de los procesos integrativos y los derechos fundamentales, se puede encontrar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyos casos “Laval”¹⁰³ y “Viking”¹⁰⁴ resultan demostrativos del modo en que los juzgadores deciden incorporar nuevos paradigmas de decisión, acordes a esta concepción de la globalidad.

Según el tribunal, de manera similar a lo que sucede con otros derechos básicos, también existe una eficacia horizontal directa de las libertades económicas. Ante un supuesto de conflicto con los derechos fundamentales, corresponde resolver a favor de la supremacía de dichas libertades. Así, los derechos fundamentales de acción colectiva (p.ej. la huelga) son considerados un obstáculo o una restricción a las libertades económicas, siendo necesaria su justificación por razones de interés público e incluso su sometimiento al principio de proporcionalidad. En consecuencia, las libertades económicas del mercado interior ocupan el lugar central de la solución, oponible tanto a las organizaciones sindicales como a las entidades de carácter privado. Estas libertades económicas de establecimiento y servicios constituyen derechos comunitarios y, por lo tanto, los derechos fundamentales de acción colectiva quedan protegidos en el nivel nacional, siendo obligada su justificación para ser ejercidos en el espacio comunitario¹⁰⁵.

¹⁰³ TJUE, C-341/05.

¹⁰⁴ TJUE, C-438/05.

¹⁰⁵ Ver José CABRERA RODRÍGUEZ, “Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario: la jurisprudencia Viking y Laval”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, Año 33, N° 99, sept./dic. 2013,

La problemática de la supranacionalidad y de sus efectos en los principios constitucionales no se limitó a un espacio local o regional determinado. El debate arribó luego a un organismo internacional, como es la OIT, al valor de los pronunciamientos de sus órganos de control (en este caso la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones), y a un objeto muy preciso: el alcance del derecho de huelga. La incorporación en el informe de la CEACR de una serie de lineamientos sobre el tema, derivó en un debate sobre su pertinencia y su relación con el Convenio 87 de libertad sindical, que conmovió la capacidad institucional del organismo¹⁰⁶.

b) Progresividad y progreso

La cláusula de “progreso” se encuentra en la tradición jurídica argentina, forjada por el texto de la Constitución de 1853 y confirmada en la reforma de 1994. Su inserción originaria responde a los ideales de crecimiento y desarrollo que la organización nacional despertó en la cultura institucional de la época.

Esta noción original del progreso liberal del Siglo XIX, de corte individual, se empalmó con la idea de progresividad social derivada del DIDH del Siglo XX. Según uno de los principios consignados en el PIDESC, cada uno de los Estados que forman parte del mismo “...se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los me-

371-428. Con esta interpretación, no habría quedado espacio para aplicar el art. 153.5 del TFUE.

¹⁰⁶ Sobre el tema ver Daniel FUNES DE RIOJA, “Acerca del mandato de la Comisión de Expertos de la OIT”, DT 2012 (diciembre), 3158; Mario ACKERMAN, “Carácter y alcance de los pronunciamientos de la Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT”, DT 2015 (marzo), 510.

dios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”¹⁰⁷.

La directiva, conocida como “principio de progresividad”, se relaciona con la concepción del progreso en tanto obligación del Estado de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Su reflejo se sienta en el criterio de “no regresividad”, por el cual se exige al Estado que se abstenga de adoptar medidas que empeoren la situación de los derechos que gozaba la población, al momento de resultarle aplicable el instrumento internacional o según los niveles fijados en las sucesivas mejoras¹⁰⁸.

Entre los efectos que produce la adaptación de esta cláusula, se mencionan el análisis racional que debe hacerse de una norma, desde la no desnaturalización del derecho constitucional y de su no regresividad, combinado con la pauta de razonabilidad, así como con la inversión de la carga probatoria que supone para el Estado la justificación de su actividad. Este examen estricto admite excepcionales limitaciones jurídicas, que según el artículo 4° del PIDESC, deben ser determinadas por ley y con el único objetivo de promover el bienestar general de la sociedad democrática¹⁰⁹.

El alcance de estas exigencias se proyecta, no sólo a las garantías del PIDESC, sino a todos los derechos de rango constitucional, entendiéndose, incluso, que el propio texto de la Constitución operaría como una primera reglamentación del contenido del Pacto. En este sentido, atento la pertenencia de los derechos laborales al ámbito social, la adopción del principio de progresividad y no regresión deriva en la ausencia de tolerancia constitucional a políti-

¹⁰⁷ Artículo 2.1.

¹⁰⁸ Cfr. Víctor ABRAMOVICH – Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2da. ed., Trotta, Madrid, 2004, 92-116.

¹⁰⁹ Cfr. V. ABRAMOVICH – C. COURTIS, *Los derechos sociales...*

cas o medidas que empeoren los derechos laborales que favorecen a los trabajadores¹¹⁰.

A este postulado de fuente supranacional se podría agregar la letra del art. 75.23 CN que faculta al Congreso a legislar y promover medidas de acción positiva, a favor de la igualdad real de trato y de oportunidades y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales de Derechos Humanos, enfatizando algunos supuestos de particular atención.

Desde el nivel legal, una primera aproximación al tema denotaría cierta secuencia armónica entre la cláusula de progreso, el principio de progresividad e, incluso, la regla de irrenunciabilidad que, como se ha visto, la reforma legal del año 2009 ha impuesto sobre los derechos previstos en los contratos individuales de trabajo (artículo 12 LCT).

Sin embargo, este análisis se detiene en la regulación de otro nivel, como es el de la negociación colectiva. Siendo un principio de rango superior al igual que los restantes, la ley respectiva ha dejado a las partes la facultad de modificar las reglas de un Convenio Colectivo de Trabajo anterior por uno posterior del mismo ámbito, sin restringir su alcance. La tensión, que deriva de la presencia de ambos principios, queda centrada en el movimiento que puede registrar la idea de progresividad ante la oscilación dinámica que posee el universo de la autonomía colectiva.

Los jueces laborales nacionales se plantearon esta disyuntiva en un plenario, donde la Cámara debió responder si la entrada en vigencia de un nuevo Convenio Colectivo de Trabajo constituía un obstáculo para seguir incrementando una bonificación dejada sin efecto, pero reconocida en el convenio anterior (por antigüedad),

¹¹⁰ Sobre el alcance del principio y el modo de concebir el art. 14 bis de la CN como texto reglamentario del Pacto, ver V. ABRAMOVICH – C. COURTIS, *Los derechos sociales...cit.*, 114-115; en similar sentido, sobre la aplicación del principio a los derechos laborales, ver Héctor KARPIUK, “El principio de progresividad”, en RDL – Actualidad 2010-2, 81.

respecto del personal ingresado con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo instrumento¹¹¹.

La postura afirmativa, que fue la que finalmente prevaleció, se fundó en el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva que poseen los actores sociales para negociar las condiciones de trabajo, con prescindencia del nivel de beneficio y descartando la incorporación de sus derechos a los contratos individuales. La convención colectiva, como norma heterónoma, rige las relaciones de trabajo “desde afuera”, aplicándose el principio “*posterior derogat priori*” receptado por la ley 14.250 (t.o. 2004) en cuanto a la sucesión convencional de un mismo ámbito, sin distinguir entre modificaciones favorables y desfavorables¹¹².

Para la posición minoritaria, al existir una relación entre fuentes del mismo orden, en los términos de los artículos. 9° y 12 de la LCT, el convenio colectivo posterior no tendría aptitud para modificar un mejor derecho adquirido por los trabajadores y ya incorporado a sus contratos individuales. Una solución distinta, se dijo, estaría en contradicción con el principio de progresividad y con los derechos adquiridos con garantía convencional¹¹³.

El problema subsistente es si, con el fin de mantenerse a rajatabla el principio de progresividad, no se provoca una rigidez de la negociación colectiva, afectándose las posibilidades de los interesados en adaptarse a la dinámica constante de las relaciones laborales.

¹¹¹ CNAT, en pleno, 09/05/2011, “Fontanive, Liliana c. P.A.M.I. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, LL 2011 C, 226; DT (junio) 2011, 1401. Ante la paridad de votos en uno y otro sentido, la Presidencia de la Cámara debió emitir un doble pronunciamiento, siendo el segundo contrario a su primera posición.

¹¹² Ver el dictamen del Fiscal General Álvarez y los votos de los jueces Guisado y Fontana.

¹¹³ Ver los votos de los jueces Corach y Fernández Madrid.

Esto explica por qué dicho principio no puede ser aplicado sin tamices a la negociación colectiva. También explica que su directiva está dirigida a los Estados, quienes deben responder por las obligaciones de respeto y garantía de los derechos, pero no se extiende ello a la autonomía colectiva, cuyo ejercicio integra el *ius cogens* y posee en nuestro país similar jerarquía constitucional¹¹⁴.

En este debate, que deja ver las dificultades de armonización que pueden suscitarse entre los principios del EDC, sobre todo cuando pasan de modo simultáneo al plano operativo, corresponde reflejar otra perspectiva, aquella donde la progresividad no constituiría un principio propio de la rama laboral, ni sus fundamentos serían comparables con los del principio protectorio. En todo caso, se afirma, cuando la Corte Suprema acudió al principio de progresividad como argumento central de un pronunciamiento (caso “ATE II”) lo hizo en relación a un derecho humano fundamental, la libertad sindical, pero no lo jerarquizó como un principio propio del Derecho del Trabajo¹¹⁵.

La Corte Suprema, sin embargo, ha vuelto sobre el tema en tiempo reciente, reiterando su afirmación sobre el vínculo que guarda el artículo 14 bis CN con la no regresividad. Aludió al llamado “principio de progresividad o no regresión”, que impide al legislador la adopción de medidas “injustificadamente regresivas”, destacando que el citado “...no solo es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia”¹¹⁶.

¹¹⁴ Cfr. Julio C. SIMON, “El progreso y el principio de progresividad”, DT (marzo) 2010, 471.

¹¹⁵ Cfr. Mario ACKERMAN, “El llamado principio de progresividad y la jurisprudencia de la CSJN”, en “El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional - I”, RDL 2014-1, 107-134.

¹¹⁶ CSJN, 24/11/2015, “Renatre”, Consid. 6º del voto de la mayoría.

Esa tonalidad que se desprende del pronunciamiento, referida a la justificación de una medida regresiva, debe ligarse con lo expuesto anteriormente por la Corte en el caso “ATE II” y con un fenómeno habitual que ingresa en el Derecho del Trabajo como es el de la crisis provocada por distintos acontecimientos sociales y/o económicos, cuyos efectos se proyectan sobre la disciplina.

c) Crisis

Los elementos variables que todo sistema jurídico asume, se visualizan en general por oposición. Así, el caso fortuito y la fuerza mayor en el Derecho Privado, o la necesidad y urgencia en el Derecho Público, funcionan como componentes extraordinarios que ingresan a la normalidad de las relaciones que rigen.

En el Derecho del Trabajo, la excepción reviste estas y otras características. Los acontecimientos y demandas fácticas de decisión operan desde el núcleo central de la vinculación. La contratación de personal eventual¹¹⁷ o la extensión de la jornada mediante horas suplementarias¹¹⁸, son mecanismos preparados para hacer frente a una circunstancia organizacional positiva en términos de producción. De igual forma, la suspensión y el despido por razones falta o disminución de trabajo no imputables al empleador¹¹⁹, así como la posible suscripción de un Convenio de crisis de empresa¹²⁰, son reglas incorporadas en el ordenamiento, que hablan de momentos negativos para la comunidad de producción, algunos con una intensidad tal que puede llegar a conmover su propia existencia.

¹¹⁷ Artículo 99 LCT.

¹¹⁸ Artículo 203 LCT.

¹¹⁹ Artículos 219, 220 y 247 LCT.

¹²⁰ Artículos 98-103 ley 24.013.

Esto indica que una determinada cuota de “crisis” ya se encuentra asimilada por el sistema jurídico laboral. Su estabilidad se resiente cuando la variación, por su profundidad, deja de estar contenida, amenazando el tono operativo que los principios constitucionales brindan a esta arquitectura normativa.

El ejemplo comparado es revelador. La crisis económica desatada a partir del año 2008, llevó en Europa a la adopción de medidas conectadas con la decisión de reforzar el gobierno económico y monetario. La reforma del artículo 136 TFUE y la suscripción de dos documentos complementarios, el Tratado del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), que alcanza los países del Euro, y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG), que pueden suscribir todos los estados de la UE (y del que se autoexcluyeron el Reino Unido y la República Checa), son muestras definidas de instrumentos vinculantes elaborados en torno a lo económico, pero con impacto cierto en el trabajo.

Un relevamiento practicado sobre la legislación laboral de 22 países refleja el conjunto de cambios efectuados en los ordenamientos nacionales, bajo la invocación de la crisis, y que han modificado los criterios de contratación, jornada de trabajo, prueba y estabilidad, despido, niveles colectivos de negociación y mecanismos de diálogo, entre otros¹²¹

Empero, en lo que aquí interesa, la reciente jurisprudencia constitucional española ofrece un caso atrayente, como es el pronunciamiento formulado sobre el alcance de los principios consti-

¹²¹ Cfr. Stefan CLAUWAERT – Isabelle SCHÖMANN, *The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise*, Working Paper, 2012.04, European Trade Union Institute (ETUI), Bruselas, 2012. El estudio contiene un análisis resumido de las reformas llevadas a cabo en Bélgica, Bulgaria, República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y Reino Unido.

tucionales, ante la impugnación de diversas reglas incluidas en la reforma laboral encarada a nivel nacional¹²².

La mayoría del tribunal, al desgranar los institutos que fueron motivo de agravios, reflejó su concepción en línea con la evaluación practicada sobre la incidencia, en cada supuesto, de los principios receptados en la Constitución.

Por ejemplo, ante el establecimiento de un “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”, con un período de prueba de un (1) año, los juzgadores entendieron que, en sí mismo, el período de prueba no constituye una institución regulada en la Constitución y el derecho al trabajo se concreta en el derecho a no ser despedido sin justa causa (conforme el sistema español) y a una reacción adecuada contra el despido, definida oportunamente por el legislador. De esta manera, el período de prueba puede actuar como una limitación a la estabilidad, ya que el citado derecho al trabajo no es absoluto¹²³.

Se establece el “descuelgue” o inaplicación del CCT, con posibilidad de cada parte de recurrir a la Comisión Nacional de Convenios Colectivos y de arbitraje obligatorio y se establece la primacía de los convenios de empresa sobre los de ámbito superior.

En la sentencia se acepta que el derecho al trabajo pueda entrar en conflicto con otros bienes y derechos constitucionales. Por ello debe determinarse si el precepto legal posee una justificación razonable y proporcionada. Lo mismo sucede con el derecho de ne-

¹²² Tribunal Constitucional de España, en pleno, 16/07/2014, “Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012 – Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, LL 2014-E, 593. Se interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra las disposiciones de la Ley citada, al entender que se vulneraban derechos fundamentales de la Constitución Española.

¹²³ Para la mayoría, el período de prueba extenso se mantiene en sintonía con el Convenio 158 de la OIT y con el principio de política dirigido al pleno empleo, formulado en la CE. Argentina no ratificó el Convenio 158, sin perjuicio que la Corte lo haya utilizado como una fuente argumental. El principio de generación de empleo, como ya se ha indicado, se ubica en el artículo 75.19 CN.

gociación colectiva: no es absoluto y puede ser limitado por ley en las materias o en el sentido en que pueden ser reguladas las mismas. Su consagración constitucional no implica que se haya otorgado a la autonomía colectiva el monopolio normativo. La Ley, con esta concepción, confirma una jerarquía “indiscutible” sobre el CCT¹²⁴.

La conclusión sobresaliente de la mayoría del tribunal es que “La Constitución no postula un modelo cerrado de relaciones laborales”, porque, “El pluralismo político le otorga al legislador un amplio margen de configuración”. A los CCT se les reconoce su natural fuerza vinculante, “...pero ello no significa que deben permanecer inalterables ante las fluctuaciones técnicas, organizativas o productivas”.

Esta posible interpretación sobre el contenido esencial de los principios, resulta inaceptable para la disidencia, ya que la libertad del legislador no es absoluta ni el canon de constitucionalidad se puede fundar en la competitividad y la viabilidad empresarial. La imposición de un mecanismo imperativo para decidir las diferencias que ocurran en la aplicación del descuelgue, la desnaturalización del período de prueba y la vulneración de los principios de libertad sindical y autonomía colectiva, al dotar de prioridad al CCT de empresa, son algunos de los reproches se le formulan a la posición finalmente adoptada.

En suma, se observa de manera palpable que, ante el acaecimiento de un fenómeno crítico tan negativo sobre el empleo, pero inserto en un contexto global de competencia, la salida jurisprudencial priorizó el rediseño de los límites fijados por los principios. Sin dudas que esta circunstancia obliga a una adecuación de las

¹²⁴ La reforma contempla la posibilidad de que las partes acuerden el “descuelgue” del CCT en determinadas materias, previo un período de consulta. Se contempla la intervención de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos y de un eventual arbitraje obligatorio. Para el tribunal, la intervención arbitral aparece justificada en un contexto de crisis económica muy grave.

reglas jurídicas pensadas en la normalidad o en la anormalidad menos intensa. La Corte Suprema argentina dejó establecidas algunas pautas, como el cuidado que debe tenerse en la afectación de los derechos durante la crisis (caso “ATE II”), mirando con la distancia de una década la disminución salarial operada sobre trabajadores municipales.

En todo caso, si los principios constitucionales soportan cierto grado de permeabilidad, aunque resulten ajustados desde la instancia judicial, tal hipótesis denota que su operatividad queda en juego ante la competencia de voluntades que, en los escenarios de decisión, desatan cada una de las funciones públicas. En definitiva, el riesgo que sigue latente para el sistema jurídico laboral del EDC es que el alcance de los principios continúa evidenciando un problema atinente a su gobierno.

6. EL FUTURO SISTÉMICO DEL DERECHO DEL TRABAJO

a) Un sistema débil, poroso y estable

Frente a la expansión que vivió la jurisprudencia alemana de Posguerra en su perspectiva axiológica, la opinión crítica formuló la siguiente admonición:

“Un jurista que se aventura a ejecutar valores de manera inmediata debería saber lo que hace. Debería reflexionar sobre la procedencia y estructura de los valores y no permitirse tomar a la ligera el problema de la tiranía de los valores y de la ejecución no mediada del valor. Tendría que tener en claro la filosofía moderna del valor antes de decidirse a valorar, transvalorar, valorizar y desvalorizar; y en cuanto sujeto portador de valores y sensible a ellos, tendría que tener en claro la filosofía moderna del valor antes de dictaminar la posición de un orden jerárquico de valores

subjetivos u objetivos bajo la forma de sentencias con fuerza legal”¹²⁵.

Esta advertencia, más allá de la respuesta que provoque en el interlocutor, sugiere conocimiento y prudencia antes de avanzar en la valorización plena de todas las situaciones. Alude a lo que también se ha llamado el “absolutismo” de los principios y valores; una concepción que induce a pensar en una vida regida unívocamente por principios que gozan de un valor absoluto. Esto, asimismo, produce una inmovilidad en la tabla de valores, que corre el riesgo de desembocar en injusticia¹²⁶.

Al desandar el camino emprendido, se recuerda la visión de ordenamientos jurídicos que se abren a partir de la reciente experiencia constitucional. En sentido concordante, el Derecho del Trabajo puede ser considerado un sistema jurídico abierto a valores, aunque no tolere su apertura en forma de principios que en todo momento impongan su valor a otros principios. La consecuencia de abandonar el armazón de un sistema cerrado, no deriva inmediatamente en un esquema permeable a cualquier costo, en términos de coherencia y estabilidad. En esta línea de análisis, reciente jurisprudencia de la Corte exigió que el invocado principio de la libertad sindical sea reconocido a partir del cumplimiento de las normas legales establecida como derivación de la propia manda constitucional¹²⁷.

El aspecto más acuciante para el Derecho del Trabajo del EDC se localiza, por tanto, en su funcionalidad. Como sistema, ha dejado atrás la supuesta fortaleza de su plenitud (aunque siempre ha-

¹²⁵ Carl SCHMITT, *La tiranía de los valores*, trad. Sebastián Abad, Hydra, Bs.As., 2009, 147.

¹²⁶ Cfr. Francisco CARPINTERO, *Derecho y ontología jurídica*, Actas, Madrid, 1993, 306-308. Para el autor, no son los principios los que enjuician el caso sino éste el que pondera a aquellos y elige los más oportunos.

¹²⁷ CSJN, 10/11/2015, “Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria”.

ya mantenido cierta conexión con los principios) para reconstruirse como una estructura débil y porosa, que recibe una constante y plural recarga de interpretaciones, argumentos y decisiones, provenientes de la comunicación de sus fuentes.

Este tema, fincado en la funcionalidad, ha tomado cada vez mayor importancia en la teoría de los sistemas. Sin embargo, frente a esa idea abierta, endeble y variable, se ha opuesto una visión inquietante: la de comprender al Derecho como un sistema que se presenta como autopoiético, esto es, "...como un sistema que se observa y se describe a sí mismo y que, por consiguiente, al desarrollar sus propias teorías se comporta de manera constructivista; es decir, sin ningún intento de representar el mundo exterior al sistema"¹²⁸.

La citada condición de auto-referencia que se predica del sistema (o en rigor sub-sistema) "Derecho", hace necesario, que se sustituya la explicación proveniente del "principio" por la distinción "sistema/entorno". El Derecho es un sistema parcial de la sociedad, y esta es, a su vez, su entorno. Pero, como "todas las operaciones del sistema jurídico son operaciones que se efectúan dentro de la sociedad", el corte que produce el Derecho con sus operaciones, es lo que contribuye a realizar a esa sociedad. Este corte no se vincula con un poder obligatorio sino con la forma de la comunicación que emplea, garantizando que ningún organismo, humano y/o material, pueda formar parte constitutiva de ese sistema, y protegiendo los límites que la sociedad demarca¹²⁹.

La anterior definición es muy discutida, ya que la prescindencia de la persona en esta concepción del Derecho como sistema tiene importantes consecuencias. Y es que se ha aplicado a lo jurídico

¹²⁸ Niklas LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, trad. cast. J. Torres Nafarrate y colaboradores, 2da. ed. en español, Herder – Universidad Iberoamericana, México, 2005, 77.

¹²⁹ LUHMANN, *El derecho...cit.*, 79, 87, 89-90.

una descripción del sistema social, donde los sujetos no son determinantes para la construcción de las relaciones¹³⁰.

Es evidente que si el tratamiento dado al rol de las personas arroja la precedente conclusión, no hay que asombrarse del papel otorgado a lo axiológico. La definición de que “Hay tantos valores como estrellas en el cielo”, refleja una pluralidad que es solamente necesaria para expresar énfasis en la comunicación, para apoyar una resolución y así darle rango de precedente. Y esto sucede, porque “la sociedad opera bajo la condición de una *incertidumbre autogestionada*” donde construye su escenario, o marco, en el cual no se ha establecido lo que ha de resultar como decisión. Lo que el sistema configura, para esta opinión, es su propia autonomía, donde la irrenunciabilidad de determinadas normas representa, en definitiva, su propia autopoiesis¹³¹.

La teoría de los sistemas y su aplicación al Derecho, desde esta posición sociológica, ha sido y es muy criticada por su replanteo de lo ontológico, con su carga de rechazo a lo valorativo y su prejuicio a un concepto humanístico de la sociedad. Al ser ésta el resultado de un proceso evolutivo, de autoconfiguración mediante criterios de selección, dicha teoría sistémica aparece como un tipo de humanismo negativo, donde el conjunto social no dependería de la acción ni de la vinculación de los sujetos que lo componen¹³².

¹³⁰ “A diferencia de lo que muchas veces se supone”, dice el autor, “...el funcionamiento de las relaciones sociales (para nosotros; la *autopoiesis* de la sociedad) no depende de la ‘intersubjetividad’ ni mucho menos del ‘consenso’...Lo que importa, *en lugar de ello*, es que la comunicación continúe – cualquiera sea el acompañamiento ineludible de conciencia que para ello se necesita”; ver Niklas LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*, trad. cast. J. Torres Nafarrate y colaboradores, Herder – Universidad Iberoamericana, México, 2007, 693.

¹³¹ Niklas LUHMANN, *La moral de la sociedad*, edición de Derlef Horster, trad. cast. de Iván Ortega Rodríguez, Trotta, Madrid, 2013, 226-230.

¹³² Sobre este punto se puede consultar, Patricio MIRANDA REBECO, *La precomprensión de lo humano en la sociología de Luhmann. Raíces antropológicas del antihumanismo teórico luhmanniano*, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2012.

La crítica puede realizarse de manera más profunda en el campo jurídico laboral, donde las relaciones entre los hombres a partir del trabajo, ocupa un lugar destacado y, más allá de su evolución organizativa, la pretensión de justicia no se reduce a una mera contingencia sino a una necesidad permanente del vínculo¹³³.

Sin embargo, el concepto de autopoiesis resulta útil para contrastarlo con el funcionamiento del Derecho del Trabajo como sistema jurídico abierto. Por supuesto, esta no es la idea original de una teoría como la mencionada, que se afirma justamente en el par “sistema-entorno” y en la variable de la “diferencia”. Pero un Derecho del Trabajo atravesado por el paradigma de la constitucionalización y operatividad de los principios, aún con una estructura abierta, también produce sus propias “operaciones” y “programas” de sustentación. Sólo que esa auto-referencia conecta al mismo tiempo valores, principios y reglas, para luego seleccionarlos en la solución particular.

De esta manera, lo “abierto” deja de ser lo “externo”, ya que todo el material se integra, formando un conjunto de instrumental jurídico que, desde la decisión particular, mantiene cierta propensión a su estabilidad general.

b) Los esfuerzos de precisión

La reacción local al ingreso del nuevo constitucionalismo en el ordenamiento legal se puede rastrear en dos buenos ejemplos. Una primera opinión resume el parecer de quienes reivindican el mantenimiento de una base normativo – estructural del Derecho. Ape-

¹³³ En *El derecho de la sociedad*, LUHMANN define a la justicia como una “fórmula de contingencia”, un esquema de búsqueda de fundamentos o valores que, como un programa o una complejidad que permite al sistema jurídico adoptar decisiones consistentes, pero que no es una afirmación sobre la esencia o naturaleza del Derecho ni un principio de validez ni un valor en sí mismo (ob.cit., 284-287). Obviamente, esto se encuentra en las antípodas del desarrollo aquiniano.

la a reivindicar la necesidad de sostener cierta rigidez de las estructuras jurídicas, cuya disminución – por mayor que sea el mérito de los fundamentos de justicia dados para ello – no hacen sino resquebrajar los límites destinados a restringir la discrecionalidad de las conductas¹³⁴.

La segunda de estas orientaciones continúa apostando a la Ley como instrumento regulador de la vida común y como superador de las propias deficiencias del sistema. La diferencia es que su enfoque apunta a mantener lo valorativo pero para articularlo con la positividad. Se rescata el significado trascendente de la Ley, su contenido moral (“No hay leyes moralmente neutras”) y su función indicativa de las conductas sociales valiosas y disvaliosas, en dirección a su respeto o prohibición. En clave laboral, esta variante no excluye la apelación a la negociación colectiva y a la responsabilidad de sus protagonistas, por lo que al rescate del instrumento legal se puede adicionar el del Convenio Colectivo de Trabajo, cuya aptitud para recorrer simultáneamente distintos ámbitos de la realidad, se esgrime como una calidad de eficacia¹³⁵.

Estas voces calificadas intentan atemperar el sustrato más perturbador que el neoconstitucionalismo exhibe para los juristas formados en el EDL. Y es que la pretensión decisoria - gubernativa tiene un fuerte contenido axiológico. Como ya se ha visto, si los valores y principios juegan un papel insustituible en el formato del EDC, no cabe sino esperar que lo valorativo impregne sus resoluciones.

Como ya se ha considerado, no toda axiología es idéntica, en tanto proviene de ideas disímiles, que hacen jugar las nociones de “vida”, “libertad”, “dignidad”, “propiedad” y justicia” de manera muy diferente. La variedad de aspiraciones es muy amplia, de

¹³⁴ Cfr. Ricardo GUIBOURG, “La estructura del Derecho”, LL 2013-E, 1273.

¹³⁵ Cfr. Jorge RODRÍGUEZ MANCINI, “La Ley” en *Fuentes del derecho del trabajo 2*, J. Rodríguez Mancini director, Astrea, Bs.As., 2013, 119; ver asimismo, “La negociación colectiva en inflación”, DT 2014 (abril), 845.

acuerdo a los valores que cada operador enarbola o detecta en una situación jurídica, y da lugar a la implementación de todas las conjunciones y matices posibles.

1. Conceptos, formas y figuras

Ante este nuevo fenómeno, los especialistas han regresado a la teoría general para, de manera más o menos expresa, determinar un nuevo continente que delimite las nociones básicas de la rama jurídica del trabajo. Estos esfuerzos pueden agruparse en tres criterios:

- a) La conceptualización del Derecho del Trabajo a la luz de las experiencias internacionales y locales;
- b) La configuración del Derecho del Trabajo como subsistema social equilibrado, y
- c) El recurso, dentro del Derecho del Trabajo, a las nociones de “figura” y “estándar” para circunscribir la actividad de los intérpretes.

La primera de estas orientaciones, trata de formular una concepción del Derecho del Trabajo desde su universalidad. El punto de arranque es la referencia a una “idea básica y original” que inspiró al Derecho laboral, de innegable raíz tutelar, a la que se sumaron distintas “ideas particulares”, generadas en los diferentes ordenamientos, que contienen sus propios elementos de identidad, los cuales se proyectan sobre aspectos esenciales de la disciplina. Luego de examinarse los sistemas comparados y los hechos que han signado la evolución jurídica, económica y tecnológica, se concluye en la posibilidad de conservar la “idea original y básica” del Derecho del trabajo, como valor, y conciliarla con las “ideas parti-

culares” surgidas de cada ordenamiento, en un ejercicio de “plástica adaptación” genética¹³⁶.

El segundo de los enfoques, hace hincapié en el equilibrio dinámico que debe restablecerse en el Derecho del trabajo local, caracterizado como un “...residuo que quedó en los papeles luego de la gran crisis...”, y donde, “...la protección que él ejerce, ya desigual en su origen por las diferencias históricas de poder sindical entre los distintos gremios, está mediatizada también por la proporción de empleo no registrado, porque el empleo permanente se finge transitorio y el transitorio es tan fugaz que no provee una base sólida de subsistencia”. Ante ese diagnóstico, se trae a colación la situación de equilibrio dinámico que todo sistema social busca sostener, más allá de las variaciones externas e internas, a lo que debe adicionarse el equilibrio que, a su vez, deben guardar las relaciones laborales colectivas. Como posibles requisitos para alcanzar este rango se mencionan:

- a) un tipo de equilibrio que deben mantener las empresas y las organizaciones sindicales en el desarrollo de sus actividades, coadyuvando el sujeto estatal a una disminución de los componentes parasitarios internos,
- b) un programa político de Estado con objetivos de equilibrio económico, político y social que no sean contradictorios sino previsiblemente realizables, y
- c) una técnica normativa adecuada, que evite contradicciones y superposiciones y que permita coordinar las normas laborales en un sistema de perspectiva conjunta (incluso codificado), alejándose

¹³⁶ Cfr. Adrián GOLDÍN, “Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea del derecho del trabajo”, DT 2010 (diciembre), 3171. Para el citado autor, la posible “congelación” del ordenamiento laboral clásico puede facilitar un cuestionamiento masivo de la idea matriz original.

del valor emotivo de las palabras y renunciando a las normas de contenido simbólico o revanchista¹³⁷.

La tercera línea de pensamiento recupera la noción de “figura” para el Derecho del Trabajo y la conjuga con otra acepción, como es la de “estándar”, típica del common law pero también de los organismos internacionales de derechos humanos y de trabajo; todo ello con el objeto de conferir certeza y previsibilidad a la gestión del ordenamiento laboral.

Para este enfoque, la figura es el resultado de una elucubración, dirigida al descubrimiento del contenido inserto en la fórmula de síntesis, empleada por el autor de una norma laboral. A su vez, el estándar consiste en un modelo o referencia que opera como válvula, concebida de esta manera por el legislador, para que el intérprete pueda armonizar la regla jurídica con su poder discrecional o arbitrio para decidir en el caso. En ambos supuestos, se advierte que la figura no debe confundirse con la fórmula, ni el estándar debe ser asimilado a un principio; esto, porque las dos serían técnicas destinadas a valorar hechos y/o conductas dentro de los márgenes otorgados por el legislador. Si bien esta postura no brinda tantos ejemplos de figuras, en cambio ofrece un panorama más amplio en lo concerniente a los estándares, remitiéndose a las expresiones de “injuria”, “buen trabajador” y “buen empleador”, entre otras, presentes en la LCT. Como dato adicional, se diferencian las figuras y los estándares de los valores, principalmente de la equidad, siendo que esta última tendría una aptitud operativa en aquellos casos en que la generalidad de la justicia no llega a cubrir la situación particular¹³⁸.

¹³⁷ Cfr. Ricardo GUIBOURG, “Hacia una teoría general del Derecho del Trabajo”, en *Anuario. Teoría general del Derecho del Trabajo*, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Año I – Número 1, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2010, 133-179.

¹³⁸ Cfr. Jorge RODRÍGUEZ MANZINI, “La ‘figura’ y el estándar en el derecho del trabajo”, LL 2013-B, 889.

Como síntesis, un resumen de las tesis mencionadas podría articularse en torno a sus vocablos insignia: “adaptación”, “equilibrio dinámico” y “estandarización” del Derecho del trabajo.

2. Análisis crítico: pensar institucionalmente sin anclar las instituciones

Como se anticipara, las posiciones doctrinarias antes referidas constituyen un valioso aporte teórico al momento de establecer pautas ciertas que definan el Derecho del Trabajo, en su contexto reflexivo y en su devenir práctico. En todas ellas campea la noción de un núcleo esencial, protectorio, rodeado de diversos elementos variables que pugnan por transformarlo. Implican, en definitiva, variaciones en torno al problema del gobierno que afronta el sistema jurídico laboral.

Sin embargo, estos desarrollos dogmáticos acreditan dificultades para afianzar una estructura que ha sido captada por la Constitución y que ha comenzado a reconstruirse, con una velocidad vertiginosa, a través de los numerosos senderos de las relaciones laborales. Y allí es donde “sufren” los esfuerzos de los juristas.

La perspectiva de la adaptabilidad resulta atrayente. Un Derecho del Trabajo que se refugie en su región más rígida y no asuma los desafíos constantes de la innovación productiva, corre el riesgo de perecer como disciplina jurídica, en su contradicción con los reclamos de la realidad en la que se debe mover.

Pero esta mirada no da cuenta del cambio que ha ocurrido en la matriz. La base ha dejado de asentarse en el conglomerado formado por el conjunto Ley – Convenio Colectivo, para iluminarse directamente desde la Constitución, que abduce todo el material jurídico disponible.

Lo mismo puede decirse del equilibrio dinámico postulado. La historia contemporánea de las relaciones laborales argentinas es abundante en ejemplos de excesos normativos y jurisprudenciales, con efectos debilitadores y/o hiper-protectorio de sus garantías. Sin embargo, esa oscilación contradictoria desmerece un hecho: el De-

recho del Trabajo no ha nacido para el equilibrio. Su misión, justamente, es desequilibrar, desnivelar la posición de los actores que intervienen en la relación que regula. A partir de la nueva constitucionalización, el desequilibrio a favor de la reiteradísima debilidad real del trabajador, no se abandona pero deja parte de su protagonismo al carácter fundamental que posee la dignidad de la persona que ejecuta una prestación a favor y subordinada a otro. Esto refuerza el costado interventor del Derecho del Trabajo, completado por la noción proveniente del DIDH.

Párrafo aparte merece el empleo del vocablo “figura” en el tema. Su utilización dista de la connotación que en el pensamiento más abstracto se ha dado respecto al trabajador, como “un todo que abarca más que la suma de sus partes”, y cuyo destino, al igual que otras grandes figuras históricas, es llenar un espacio de poder y otorgarle sentido, no para obviar las antítesis, sino para cruzar por en medio de ellas, con una misión de justicia y libertad¹³⁹. Incluso esta percepción de la figura del trabajador quedó bajo observación filosófica, por evitar su interrelación con cuestiones ontológicas esenciales¹⁴⁰. Por lo tanto, si la figura no es el trabajador sino un contorno referido a una aproximación conceptual, que luego sería objeto de aplicación en casos similares (estándar), entran aquí los mismos problemas que derivaron en el ocaso del legalismo.

El Derecho del Trabajo del EDC requiere una vuelta de tuerca a la noción de institución. Reclama un esfuerzo conceptual similar al que hace un siglo generó la definición de ordenamiento jurídico. Pero en la actualidad, este empeño hay que situarlo por debajo, en el interior de los institutos que forman parte de cada institución.

¹³⁹ Ernst JÜNGER, *El trabajador. Dominio y figura*, trad. cast. A. Sánchez Pascual, 3ra. ed., Tusquets, Barcelona, 2003, 38-51, 72-82.

¹⁴⁰ Martin HEIDEGGER, *Acerca de Ernst Jünger*, trad. cast. Dina V. Picotti C., El Hilo de Ariadna – Biblioteca Internacional M. Heidegger, Bs.As., 2013, 121-123, 133 y 142.

Hay que abandonar cánones rígidos y definiciones inalterables. Es posible que en el futuro cercano, lo que entendemos por “establecimiento” o “jornada” sea dejado de lado. Pero ello no supone la discrecionalidad total de los operadores para completar de cualquier manera aquello que el nuevo constitucionalismo abrió. El legado científico iuslaboral, edificado por el pensamiento y la acción, no puede ser desperdiciado. Su mayor mérito es servir de precedente a la percepción de lo nuevo.

Se proponen, a continuación, tres maneras de avanzar en un criterio de pensamiento institucional, abierto, débil y consistente a la vez:

Conjugar categorías inter-jurídicas: Uno de los nuevos conceptos que ha elaborado la doctrina del DIDH es el de las “categorías sospechadas”, esto es, aquellas disposiciones estatales que, por la diferencia que provocan en el reconocimiento de las garantías fundamentales, deben ser sometidas a un control judicial particularmente estricto y ser debidamente justificadas. En el dictado de aquellas normas que contengan una distinción pasible de discriminación, se invierte la carga de la prueba y queda en cabeza del Estado emisor fundamentar su compatibilidad con el bloque constitucional¹⁴¹.

Esta modalidad de examen estricto sobre las llamadas “categorías sospechadas” fue utilizada por la Corte Suprema argentina en su giro paradigmático, especialmente en los casos de discriminación.

Sin embargo, la teoría de las “suspect classifications” posee una riqueza conceptual que aborda otros supuestos cercanos a las garantías fundamentales, como los de aquellos derechos cuyo ejercicio puede considerarse constitucionalmente fundamental, sobre los que habría una clasificación de “semi – sospecha”, o de circunstancias que funcionan como detonantes del escrutinio, por involu-

¹⁴¹ Ver V. Abramovich – C. Courtis, cit., 103.

crar derechos o intereses “importantes” aunque no necesariamente “fundamentales”¹⁴².

La tipología ha sido pensada, en esencia, para revisar la actuación de los poderes públicos en relación a los derechos y garantías de los ciudadanos, pero nada impide su extensión en la observación de las conductas adoptadas por los sujetos, en especial el empleador, durante el curso de la relación laboral, como también a la actitud de las partes en la negociación colectiva o ante la ventilación de un conflicto colectivo. Estas categorías, menos intensas pero relevantes, se pueden combinar con los conceptos de las instituciones laborales, a fin de determinar el grado de cercanía o apartamiento con los mismos, sobre todo cuando sus institutos dejan un cierto margen de ejecución de las decisiones individuales (p, ej, *ius variandi*).

Transitar del conocimiento sensible al conocimiento práctico: El Derecho del Trabajo es un Derecho de personas, en rigor, de personas que realizan acciones creadoras o modificadoras de un estado de cosas que existe previamente. Esto supone una conjunción espiritual – material en la tarea del trabajador (sobre la que ya se ha aludido en este estudio), que se observa en la conexión de éste con la cosa y con los demás sujetos con los que interactúa y con el medio que los rodea.

Ahora bien, cuando se intenta aplicar a una determinada situación el compuesto de principios y garantías del sistema jurídico laboral sucede algo similar. No sólo no se invocan en abstracto, sino que deben corresponderse con las circunstancias en concreto. Y ello obliga a considerar todo este panorama, especialmente desde la perspectiva del trabajador: lo que “siente” afectado en su libertad y dignidad personales y lo que a su vez “intercepta” como

¹⁴² Cfr. Laurence TRIBE, *American constitutional law*, 2nd. ed., The Foundation Press, New York, 1988, 1465, 1590-1610.

un mensaje dirigido a esa condición, donde lo inmediato y lo objetivo se mezcla y se encubre¹⁴³.

El operador laboral, especialmente el judicial, debe evaluar esta situación en su contexto. La sensibilidad que puede producir un caso deriva, en primer término, de ese conocimiento que transmiten los sentidos, quienes operan como nexo entre las cosas y el entendimiento. Crean la posibilidad de un saber intelectual que trasciende esa información con un fin práctico, en este supuesto, el del juicio concreto que permite distinguir lo bueno de lo malo que se le presenta. Esto es lo que se conoce como *sindéresis*¹⁴⁴.

Facilitar la participación y el uso de la prudencia en los procedimientos de gestión jurídica: Hay que apostar a la absorción de los diferendos laborales por los involucrados, sin que se cierre su participación en la solución. A la existencia irremediable del conflicto debe oponerse la necesidad natural de la convivencia humana. Que se analice la complejidad del tejido social no inhibe la exigencia de solucionar los problemas concretos, con dirección a lo que debe ser justo. Esto supone que la decisión no puede obtenerse de cualquier manera, sino que a la participación hay que sumar las bases racionales procedimentales para que se pueda decidir con prudencia¹⁴⁵.

En esa tarea, el derecho participa del núcleo constitutivo de la sociedad y de sus instituciones, de forma tal que el entendimiento esencial del derecho deba ser un entendimiento social que no quede en un lugar secundario¹⁴⁶.

¹⁴³ Para un análisis filosófico del tema, ver Gabriel MARCEL, “De la negación a la invocación I”, en *Obras selectas (II)*, BAC, Madrid, 2004, 17-44.

¹⁴⁴ Cfr. Carlos I. MASSINI CORREAS, *La Prudencia Jurídica...* 152-186; Juan CRUZ CRUZ, *Intelecto y razón. Las coordenadas del pensamiento según Santo Tomás*, 3ra. ed. corregida y aumentada, Eunsa, Navarra, 2009, 179 y ss.

¹⁴⁵ Ver Rodolfo L. VIGO, “La matriz de la decisión judicial”, LL 2013-C, 1275.

¹⁴⁶ Cfr. Tomás CASARES, *La justicia y el derecho*, 3ra. ed. act., reimpr, Abeledo Perrot, Bs.As., 1997, 81-89. Como lo afirma el citado autor: “No entramos ahora en el

La paz social, como fin, no sólo debe ser un objetivo pretendido por la Administración sino una premisa deseable y operable por los propios grupos privados como normalidad. Esto no excluye el concepto de conflicto pero lo inserta en un proyecto común que supere la continuidad del ciclo signado por tres grandes etapas de evolución: desconfianza-conflagración-desconfianza. Un grupo social habituado al conflicto es un grupo que desconoce el modo en que debe manejarse en la paz¹⁴⁷.

Debe pensarse, por lo tanto, que solamente puede tener éxito una concepción general que brinde respuesta a los conflictos colectivos de intereses, si las realizaciones individuales y de grupo ya no se consideran como meros bienes personales separados. No hay que eludir, en este tema, las llamadas “impurezas del Derecho”, que aparecen en todo intento serio de aplicar un saber jurídico práctico, donde no se separa la realidad jurídica de otras realidades, como las políticas, sociales y económicas. Una visión cerrada a estas perspectivas, no solo es incompatible con un sistema jurídico laboral abierto, sino también con la idea misma de bien común político, que domina el espacio del trabajo, tan ocupado por intereses y conflictos entre los bienes particulares y el propio bien general¹⁴⁸.

En definitiva, la necesidad de alcanzar la regulación del conflicto, sea con un distinto protagonismo privado, sea con una tolerable intervención estatal, supone un grado práctico de coopera-

laberinto de las relaciones de recíproca dependencia en que se hallan prácticamente la sociedad y los individuos. Una cosa es plantear teóricamente los términos de la cuestión, otra describir el fenómeno de la sociabilidad y mostrar la realidad, la esencia y la función de los usos que se constituye, y muy otra promover la solución en lo concreto”.

¹⁴⁷ Cabe recordar aquí la observación de ARISTÓTELES: “...los lacedemonios se mantuvieron bien mientras hicieron la guerra, pero se arruinaron al alcanzar el poder, porque no sabían gozar de la paz ni habían practicado otro ejercicio superior a la disciplina del guerrero” (*Política*, 1271 b.).

¹⁴⁸ Sobre las “impurezas” que se vinculan necesariamente con el Derecho, ver Rodolfo L. VIGO, *Iusnaturalismo y...*, cit., 248-249.

ción y una cierta y apreciable lealtad como forma de alcanzar la justicia¹⁴⁹.

7. RECAPITULACIÓN

Frente a las áreas de la discrecionalidad que subsisten, a pesar del afán limitador demostrado por los criterios de interpretación y las teorías argumentales, el histórico dilema entre el Poder y del Derecho sigue presente en las relaciones humanas. Los carriles jurídicos hacen transitar la voluntad de dominio como una intención condicionada, que bajo el mundo de las reglas y los principios, se traduce en un obrar posible y válido.

La teoría de la decisión, hoy recuperada para las ciencias jurídicas bajo su óptica democrática, permite organizar de modo conceptual este fenómeno, tomando como primera gran decisión la que se formaliza en la Constitución, de gran corte inclusivo, a la que sigue la Ley, de carácter selectivo, y por los Reglamentos, como técnica de conversión. Este paisaje resolutivo es el que sirve de antesala al estudio de la decisión jurídica laboral.

Enmarcada en lo concreto, el movimiento en las relaciones de trabajo se elabora desde una matriz cuyos elementos podrán tener mayor o menor incidencia en la voluntad del decisor, pero que siempre aparecen al término de su proceso interpretativo de la realidad: las posibilidades, las presunciones, las probabilidades, las responsabilidades y las consecuencias.

Una clasificación natural de las decisiones jurídicas laborales comienza necesariamente por sus sujetos emisores. A nivel individual o colectivo, privado o público estatal, nacional o supranacional, todos ellos se proponen comunicar y al mismo tiempo trans-

¹⁴⁹ Cfr. John RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, 2da. ed. en español, 2da. reimpr., 516.

forma un determinado estado de cosas. El nuevo constitucionalismo lo que aporta aquí es el marco y cuerpo referencial, que los actores de la decisión recibirán en cada caso como reflejo. El impacto de la actividad en el orden jurídico, sea mediato o inmediato, sirve de nueva tipología para calificar la validez constitucional de lo obrado y comunicado.

Dentro de este firmamento de decisiones, merece particular atención la decisión judicial laboral. Constituye el final del ciclo de preguntas y respuestas, dadas entre los sujetos laborales, que en el tiempo del EDC, donde los casos difíciles abundan, representa la regla que se sienta para el caso particular y el aporte conceptual que se acumula a la pluralidad de decisiones similares.

La disyuntiva Poder y Derecho se traslada a los jueces, sin alternativas. Allí cobra importancia la motivación, que se desliza entre los principios constitucionales y la franja de elección del juzgador. A esto se suma un ingrediente típico de la evaluación judicial: la alternativa de analizar el caso desde el ángulo contrario, con otros principios constitucionales como sustento. En estos supuestos, el soporte protectorio del Derecho del Trabajo corre el riesgo de quedar relegado a una opción, entre otras, que se impongan como solución de estos casos. Mientras ello sucede, la Ley regresa al primer plano jurídico, bajo la forma de la corriente denominada “neo-codificación”, implantada en el Nuevo Código Civil y Comercial. Dicho cuerpo legal, con su habilitación jurisdiccional en temas que involucran la definición de la dependencia y de la solidaridad, adiciona otro dato complejo a la tarea racional de decidir.

Estos son problemas de gobierno del Derecho del Trabajo, que se conectan con fenómenos externos como son la internacionalización del comercio, la revolución tecnológica, y la crisis financiera global. Es la era del “mercado total” y, con ella, los principios se sumergen en la paradoja actualizada de la rama laboral: ceder ante lo variable para que sobreviva lo permanente. La disyuntiva del progreso y del principio de progresividad del DIDH, reconstruido sobre la fórmula de no regresividad, se somete a la presión dinámica de la negociación colectiva y a la urgencia ineludible de la

crisis del empleo, supuestos ambos de efectos ineludibles sobre el sistema laboral.

En este punto, el porvenir del Derecho del Trabajo, forjado desde los principios, se percibe como un sistema jurídico abierto, cubierto de salidas o “ventanales” interpretativos, que lo hace débil en términos de completitud, poroso en asuntos conceptuales, pero sostenible en cuanto a sus deseos perdurables.

Los esfuerzos doctrinarios contemporáneos se han ocupado de dotar al sistema de virtudes de adaptación, equilibrio y precisión teórico – normativa. Son iniciativas valorables pero que no alcanzan a procesar el núcleo del reto que el nuevo constitucionalismo arroja al rostro de los juristas: considerar la conjunción de categorías, más allá de las instituciones, ascender en la consideración de las percepciones de las partes, y no descuidar la efectividad que los procedimientos de adopción de decisiones deben contener, en grados reconocidos de lealtad y confianza para los propios participantes.

CONCLUSIONES

La presente investigación recorrió un sendero delimitado: en la primera parte se trazó el panorama jurídico comparado en el que emergió el Derecho del Trabajo, su ubicación en el paradigma legalista y su posterior evolución a la luz del nuevo constitucionalismo. A partir de ese horizonte descriptivo, se abordó el crecimiento de la rama laboral en Argentina, el modo en que la supremacía legal se acopló a la primera reforma constitucional del Siglo XX (1957) y cómo la instancia judicial ejerció su metodología interpretativa. La segunda reforma (1994) introdujo un giro fundamental con el efecto operativo de los principios constitucionales, aunque ese cambio tardaría una década en llegar al campo iuslaboral. Fue a partir de allí (2004), con la elaboración de una nueva jurisprudencia constitucional laboral, donde comenzó a desplegarse el Estado Derecho Constitucional en el Derecho del Trabajo, imponiendo su apertura sistémica, el protagonismo de sus principios y la comunicación de sus fuentes jurídicas, nacionales y supranacionales. La rama laboral quedó así, enfrentada a grandes desafíos, como son los cuales que atraviesan su metodología interpretativa, su racionalidad argumental y su capacidad decisoria. La segunda parte de este análisis se dedicó al abordaje de estas “estaciones” conceptuales, que representan el reto actual de la especialidad; esto es, la hermenéutica, la justificación y el gobierno del sistema jurídico laboral.

Una exploración como la practicada corre con el riesgo inherente a toda explicación general: si permanece en la visión amplia del fenómeno, pierde de advertir la riqueza que provee el estudio

particular de cada uno de los temas; si se detiene demasiado en lo focal, desperdicia la oportunidad de obtener la mejor imagen de conjunto. Aquí se intentó “entrenar” la mirada con un doble juego de “lentes” evaluativos y convergentes; uno enfocado en el proceso histórico – político del ascenso de los principios, y otro dedicado a deshilvanar su entramado conectivo con las reglas jurídicas laborales.

El procedimiento empleado ha sido doblemente útil. En cuanto al recorrido evolutivo realizado, porque contribuyó a rescatar las tensiones y problemas conceptuales que el Derecho del Trabajo arrastra desde su nacimiento, poniendo de relieve su profundidad y persistencia. Y en cuanto a la incursión en el complejo laboral conformado por el núcleo principios – reglas, porque puso de relieve las dificultades metodológicas que enfrentan los operadores a la hora de manejarse con una “usina” constitucional que transmite energía al conglomerado de mandatos legales.

El resultado de esta tarea se puede resumir en las siguientes conclusiones:

1.- Las tensiones genéticas del Derecho del Trabajo se mantienen en la actualidad con elementos renovados.

Se puede afirmar que, desde su nacimiento y especialmente en la última centuria, la rama jurídica laboral ha evolucionado en sus instituciones e institutos esenciales. No se falta a la verdad con ello. Pero las fricciones que se detectaron en su inicio continúan manifestándose hoy, y es posible identificarlas aunque subsistan bajo el señorío de la globalización. Estabilidad y Cambio, Protección y Libertad, Soberanía y Autonomía, Técnica y Persona Humana; el listado de pares dialécticos no ha tenido grandes modificaciones y es de esperar que no las tenga en el panorama inmediato de las relaciones laborales.

Desde una perspectiva epistemológica, habiéndose estudiado la naturaleza de sus tensiones, parecería que el Derecho del Trabajo es menos variable y más predecible de lo que aparenta. Bas-

taría con adjudicar cualquier fenómeno emergente en el mundo laboral actual, a alguna de estas contracciones fundacionales para explicar su significado.

Esta sería una síntesis superficial del tema. Las tensiones se asimilan unas a otras pero el contexto es sustancialmente diferente. Entre ambos extremos temporales, la evolución humana ha hecho lo suyo en el terreno jurídico y esto explica también porque un ordenamiento de principios es hoy una encrucijada para cualquier jurista.

2.- La vocación reguladora laboral sobrevive de la transición entre los modelos jurídico – estaduales pero con un rol diferente.

Desde el positivismo legalista al constitucionalismo principialista, la necesidad de regular los distintos aspectos de las relaciones laborales se mantiene. El recurso a la limitación de la autonomía de la voluntad junto con la técnica de la indisponibilidad de derechos, sigue prestando un señalado servicio al Derecho del Trabajo.

Sin embargo, el debate que en otro tiempo ocupó a los sujetos laborales respecto de su capacidad de definir el nivel de regulación, como sucedió con la disputa Ley – Convenio Colectivo de Trabajo, ahora ha quedado relegado ante la aparición de una discusión más profunda de neto corte axiológico. Esto le ha quitado alguna precisión a las herramientas regulativas, colocándola en el lugar incómodo de la complementariedad frente al papel protagónico de los principios.

3.- El cambio del paradigma legal hacia el paradigma constitucional, significó para el Derecho del Trabajo una afirmación de sus valores trascendentales, a la vez que lo sumergió en una incertidumbre sistémica.

Entre las virtudes que pueden destacarse del EDC, no cabe duda de la importancia que tenido su contribución para fortalecer la razón del Derecho del Trabajo, como es el principio protectorio.

Nada puede igualar en importancia a esta defensa de la operatividad de los principios constitucionales, sobre todo para una rama jurídica, como la laboral, mediada de forma constante por la regla legal. Existen valores positivizados en principios que se concretan, en muchos casos, de manera directa.

Todo queda amparado por la Constitución y es ella la que provee la protección. Hay principios provenientes de la etapa anterior y otros que se incorporan con la entrada al nuevo constitucionalismo. Esta gran familia de principios presiona al sistema; busca y es buscada por los operadores para fijar en ese territorio sus pretensiones. La discusión es jurídica pero, como ya se dijo, es fundamentalmente valorativa.

Los principios remiten a sus fuentes y estas se comunican entre sí por toda la red instrumental del sistema. El Derecho del Trabajo ahora es abierto, permeable al diálogo horizontal de fuentes nacionales y supranacionales, formando un tráfico aplicativo intenso y particular para cada caso.

Por efecto de esa apertura y de esa comunicación, el sistema jurídico laboral queda expuesto a la incertidumbre, a la inestabilidad interna que le ocasiona la polifonía de los operadores, quienes comienzan a desplazarse por esta malla de instrumentos.

4.- El componente de herramientas jurídico – judiciales se extiende a la totalidad del mundo laboral y habilita a todos los sujetos para encarar la tarea de comprender, fundamentar y resolver las cuestiones del trabajo.

Otra de las apreciaciones que cabe desprender del presente estudio es la intensidad que reviste hoy el ciclo jurídico interpretativo/resolutivo. El Derecho del Trabajo siempre demostró amplitud en este tema, a pesar de las restricciones a la autonomía privada, individual y colectiva. Pero ahora, esa amplitud no se limita a los canales secuenciales que el EDL le configuró, como ser, la instancia administrativa o la convencional de interpretación. Un reclamo por supuesta afectación de principios constitucionales no delimita

al sujeto, por el contrario, potencia su pretensión en escala ascendente, de acuerdo a su hermenéutica provisional.

La pluralidad de voces interpretativas es un asunto complejo. El Derecho del Trabajo trató en todo momento de compatibilizar el rigor académico con el rigor fáctico proveniente de la realidad social. Una apelación a los principios puede continuar siendo ejercida desde cualquier ámbito laboral. Pero lo cierto es que, en un ordenamiento dominado por principios, la expectativa y desazón ante una respuesta inesperada también funciona como un test de legitimidad del sistema, anclado en sus valores superiores.

5.- La jurisprudencia constitucional demostró que es posible y válido el funcionamiento de un sistema laboral fuertemente axiológico, aunque esa funcionalidad queda subordinada a una continua y coherente tarea judicial.

Colmados de referencias a principios, los pronunciamientos de la Corte Suprema emitidos a partir del año 2004 dejaron conformada una plataforma de valores sobre los que se puede asentar el sistema jurídico laboral actual. Aun con las particularidades que denota su aplicación al entorno colectivo, resulta posible la gestión de los derechos humanos de la producción, o derechos humanos laborales o derechos fundamentales del trabajo, en un contexto de relaciones signadas por lo axiológico.

En este esquema novedoso, por su intensidad, la función de los juzgadores es altamente sensible. Deberán adoptar una “gimnasia” de pensamiento adecuada, que los entrene para salir de la lógica de la subsunción e ingresar en la lógica de la valoración en el momento preciso. No hay peor daño a un sistema de estas características que la arbitrariedad judicial basada en la deficiente instrumentación del razonamiento valorativo.

Asimismo, esta actividad jurisdiccional no debe tener descanso. Lo que los operadores jurídicos reclamaban al sistema cerrado del EDL, lo han trasladado a los jueces del EDC. Requieren coherencia, plenitud y efectividad, tres elementos que en un sistema

abierto se aborda desde la actividad productora de constante jurisprudencia.

6.- La razonabilidad, entendida como proporción medio – fin, resulta la medida de control uniforme más relevante en el Derecho del Trabajo de la nueva constitucionalidad.

Contemplada como referencia de medición de la validez de las conductas laborales, la pauta de razonabilidad es reiterada en la LCT, acreditando su importancia como test de validación. Ya sea que se trate de evaluar el ejercicio del poder jerárquico del empleador, del cumplimiento de las obligaciones prestacionales del trabajador, de los alcances de una cláusula convencional, del modo en que se lleva a cabo una medida de acción directa, o del grado de intensidad que la intervención de una regla estatal produce sobre la libertad sindical, la razonabilidad en la proporción del obrar con un fin es lo que surge como herramienta evaluativa.

El EDC, con su re-significación de los principios, modificó el rango de este concepto, más allá del tradicional control a los reglamentos de los derechos constitucionales, que la propia Constitución ya contemplaba. La atracción por sujetar este examen al de ponderación y proporcionalidad estricta, surgido de la experiencia comparada, es fuerte. Sin embargo, la tarea de sopesar principios (e incluso argumentos) se puede realizar desde esta valuación de lo razonable, que por otra parte goza de suficiente respaldo en la tradición jurídica argentina. La proporción medio – fin ofrece un parámetro real del tono brindado a los diferentes principios. Señala las insuficiencias y advierte sobre los desbordes que provocan su interpretación provisoria. Además, al conjugarse con la razonabilidad, rápidamente deriva en un control de tipo racional, en donde lo que importa es el sentido de justicia del producto jurídico analizado.

7.- No corresponde sobreestimar ni subestimar el papel de la Ley como herramienta jurídica de efecto inmediato en las relaciones laborales.

Perdido su protagonismo, herida la confianza que en ella se había depositado, la Ley acreditó virtudes para regresar a su consideración por el sistema jurídico general y laboral. Ya no es el instrumento dominante pero sí es el instrumento necesario, especialmente en la regulación inmediata de las relaciones laborales. Es muy difícil pensar en un Derecho del Trabajo gobernado por los principios hasta el último detalle conceptual. Esto colisionaría con la idea misma de los principios y a su vez los transformaría en reglas, diluyéndose la utilidad que presenta cada nivel, por una distorsión en su naturaleza. Que existan principios cercanos a las reglas y éstas operen de manera similar a los principios, no quita a la Ley su rol de cercanía imperativa.

Párrafo aparte merece el fenómeno desatado con la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial. Aunque la codificación resalta el papel de los principios y hace de la buena fe su centro de calificación de conductas, como legislación apela al protagonismo de los jueces para determinar el alcance laboral de sus reglas. Esta modalidad utiliza las brechas del sistema abierto y lo atrae a un nuevo capítulo de asignación legislativa de la competencia judicial, destinada a completar definiciones y a resolver situaciones regladas y no regladas del vínculo de trabajo.

8.- La teoría de la decisión jurídica suministra un contenido más rico para el análisis que la teoría del acto jurídico laboral.

Por su connotación política e institucional, resulta adecuada la visión decisional para consignar, bajo esta denominación, a las diferentes resoluciones que se adoptan en materia laboral. Hay que desarticular los pruritos intelectuales basados en un rechazo ideológico a cualquier aproximación al concepto de decisión desde el ámbito jurídico. El trabajo, que había sido territorio de las expectativas contractuales y convencionales, ahora se puede observar

como una geografía sembrada de decisiones que se cruzan y se esfuerzan por prevalecer unas sobre otras. A mayor influencia de los principios, mayor es el impulso que obtienen las decisiones laborales.

Con una mirada atenta a la eventual arbitrariedad privada y/o pública, la teoría de la decisión pone de manifiesto esa capacidad innata en las personas para actuar, sin dejar de considerar el lugar desde donde lo hacen, su intencionalidad, sus fines y, por supuesto, su orientación respecto al ejercicio de su parcela de poder en el conjunto de relaciones involucradas.

9.- El contenido de los principios constitucionales laborales, a pesar de la apertura y pluralidad del sistema jurídico, queda atado a la decisión judicial.

Junto al carácter operativo de los principios, el cambio de paradigma se ocupó de apuntalar el contenido que los derechos constitucionales poseen desde la propia Constitución. Esta fue una tarea judicial, de largo alcance, pero sujeta al riesgo de la volatilidad que una mutación jurisdiccional provoque.

Es cierto que la hechura del material jurídico comprende, en definitiva, un descubrimiento del Derecho, de su verdadera naturaleza. Esto bastaría para alejar cualquier intento de verter sobre el envase de los principios constitucionales, un contenido que no fuera el adecuado para ellos. El problema se ubica en su graduación y esa es una formulación que ha quedado en cabeza del decisor judicial. El peligro de una justicia que, frente a la autoridad democrática legislativa, se sitúe como un estadio superior, con poder para avalar o rectificar cualquier medida, ajustando el contenido esencial de los principios constitucionales, sigue siendo un riesgo que la técnica de auto-control no termina de eliminar.

10.- El Derecho del Trabajo, como sistema jurídico abierto, recién se inicia como objeto de estudio.

El EDC abrió las compuertas del sistema laboral, lo remodeló y lo puso en sintonía como otros sistemas abiertos, de rasgo tutelar (como los de medio ambiente o de consumo) para que incorporara una nueva arquitectura de gobierno jurídico. Esa “puesta en valor” demanda líneas riquísimas de pensamiento y análisis. La presente tesis, bajo una humilde mirada, aspira a contribuir a esta propuesta.

La totalidad del andamiaje laboral es susceptible de una nueva lectura. Sujetos, objetos, instituciones, relaciones, conflictos; el paisaje que se abre al observador no deja de ser alentador. Las nuevas vinculaciones entre los institutos jurídicos laborales plantean, a su vez, nuevas y renovadas posibilidades. El Derecho del Trabajo, en suma, tiene que volver su mirada al interior para salir mejor fortalecido.

Como todo emprendimiento de esta naturaleza, la búsqueda de la profundidad teórica no se encuentra exenta de riesgos, que acuden en forma de errores y confusiones conceptuales. Pero, en definitiva, de eso se trata el descubrimiento del Derecho.

JURISPRUDENCIA
FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA

- “Caboara”, Fallos 58:318 (1894).
- “Suomaestre”, Fallos 80:147 (1899).
- “Bodegas y Viñedos Arizu”, Fallos 156:20 (1929).
- “Santos Martínez”, Fallos 157:28 (1930).
- “Castellano”, Fallos 208:430 (1947).
- “Siri”, Fallos 259:459 (1957).
- “Kot”, Fallos 241:291 (1958).
- “Hogg”, Fallos 242:353 (1958).
- “Asociación Bancaria de Tucumán”, Fallos 245:86 (1959).
- “Prattico”, Fallos 246:345 (1960).
- “Cine Callao”, Fallos 247:121 (1960).
- “Beneduce”, Fallos 251:472 (1961).
- “Barone”, Fallos 249:252 (1961).
- “Ribas”, Fallos 258:267 (1964).
- “Monserrat”, Fallos 263:51 (1965).
- “Ratto”, Fallos 265:242 (1966).
- “Suárez”, Fallos 270:429 (1968).
- “Bercaitz”, Fallos 289:430 (1974).
- “Hilanderías Olmos”, Fallos 301:962 (1979).
- “Ulman”, Fallos 306:1311 (1984).

“Paluri”, Fallos 306:1964 (1984).
“Nordensthol”, Fallos 307:326 (1984).
“Fábrica Argentina de Calderas”, Fallos 308:2569 (1986).
“Soengas”, Fallos 313:664 (1990)
“Rickert”, Fallos 313:1283 (1990).
“Grosso”, Fallos 313:850 (1990).
“Delmonte”, Fallos 314:1471 (1991).
“Ekmekdjian”, Fallos 315:1492 (1992).
“Rodríguez Juan c/Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro”, Fallos 316:713 (1993).
“Fibraca”, Fallos 316:1669 (1993).
“Cocchia”, Fallos 316:2624 (1993)
“Marianetti”, Fallos 317:1455 (1994).
“Girolodi”, Fallos 318:514 (1995).
“Gorosito”, Fallos 325:11 (2002).
“Castillo”, Fallos 327:3610 (2004)
“Vizzoti”, Fallos 327:3677 (2004).
“Milone”, Fallos 327:4607 (2004).
“Valente”, Fallos 327:4422 (2004).
“Madorrán”, Fallos 330:1989 (2005).
“Simón”, Fallos 328:2056 (2005).
“Martínez, Rubén”, Fallos 328:2916 (2005).
“Sánchez” Fallos 328:1602 (2005).
“Bordón Morel”, Fallos 329:3019 (2006).
“Cardinale Palveruci” Fallos 330:4685 (2007)
“Silva”, Fallos 330:5435 (2007).
“Palmer”, 03/05/2007.
“Vallejos”, 12/06/2007.
“Daverede”, Fallos 330:2445 (2007).

“Cersósimo”, Fallos 330:2671 (2007).
“Cachambí”, Fallos 330:2685 (2007).
“Llosco”, Fallos 330:2696 (2007).
“Fossati”, Fallos 330:3787 (2007).
“Galván”, Fallos 330:4633 (2007).
“Arostegui”, Fallos 331:570 (2008).
“Gentini”, Fallos 331:1815 (2008).
“Aveiro”, Fallos 331:2839 (2008).
“ATE”, Fallos 331:2499 (2008).
“Aerolíneas Argentinas”, Fallos 332:170 (2009).
“Crucero del Norte”, Fallos 332:193 (2009).
“Partido Nuevo Triunfo”, Fallos 332:433 (2009).
“Torrijo”, Fallos 332:709 (2009).
“Pérez c/Disco”, Fallos 332:2043 (2009).
“Cisneros de Bau”, Fallos 332:2414 (2009).
“Rossi”, Fallos 332:2715 (2009).
“Benítez”, Fallos 332:2815 (2009).
“Ramos”, Fallos 333:311 (2010).
“Sánchez”, Fallos 333:335 (2010).
“Lucca de Hoz”, Fallos 333:1433 (2010).
“González c/Polymat”, Fallos 333:699 (2010).
“Ascuá”, Fallos 330:2696 (2010).
“Argenova S.A.”, Fallos (2010).
“Torres”, Fallos 334:287 (2011).
“Aceval Pollacchi”, Fallos 334:799 (2011).
“Q.C., S. Y. c/ G.C.B.A.”, 24/04/2012.
“Wolcoff Jorge Alberto y otro c. Amarilla Automotores S.A y/o Amarilla Gas S.A. y/o quien resulte responsable s/ despido”, 04/09/2012.

“Pérez Ortega, Laura c. Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/empleo público”, 21/02/2013.

“González, Lorenzo Ramón c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa”, 08/10/2013

“G.,J .J. c. EN – CSJN – Consejo de la Magistratura – dto. 5046/51 s/ empleo público”, 17/12/2013.

“Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar s/ acción de amparo”. 18/06/2013

“Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”, 04/06/2013.

“Asociación de Trabajadores del Estado”, 18/06/2013.

“Ríos Benítez Claudia C. c/ Cramer 1871 S.R.L. y otros s/ despido”, 08/04/2014.

“Kuray, David I. s/ recurso extraordinario”, 30/12/2014.

“Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c. Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación”, 28/10/2014.

“Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra”, 26/03/2014.

“I., F. c. Citrus Batalla S.A. s/ sumarísimo”, 09/09/2014.

“Cravero Jorge M. c/ Jumbo Retail S.A. y otros s/ accidente-acción civil”, 30/12/2014.

“Bonifacini, Eliana c/ Alparamis S.A. s/ accidente - acción civil”, 30/12/2014.

“Alfonso Héctor Fabián y otros c/ Estado Nacional- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y Otro s/ daños y perjuicios”, 09/09/2014.

“Unión Personal de Fábricas de Pinturas y Afines R.A. c. Colorín Industria de Materiales Sintéticos S.A. s/ ejecución fiscal”, 17/06/2014.

“Codina, Héctor c. Roca Argentina S.A. s/ ley 23.551”, 11/12/2014.

“Flores, Héctor Rubén c/ Granja Tres Arroyos S.A. s/ Despido”, 06/08/2015.

“Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido”, 20/08/2015.

“Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria c/Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y Otros s/amparo”, 10/11/2015.

“Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo”, 24/11/2015.

“Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/Poder Ejecutivo Nacional y Otro s/acción de amparo”, 24/11/2015.

“Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicios, Garages y Playas de Estacionamiento del Chaco c/Estado Nacional (ANSSAL) s/acción de amparo y medida cautelar”, 01/12/2015.

“Société Air France S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires Dirección de Protección del Trabajo s/acción declarativa”, 15/12/2015.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis., *Lo racional como razonable. Un tratado de la justificación jurídica*, trad. cast. E. Garzón Valdés, revisión de E. Garzón Valdés y Ruth Zinmarling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- *“La respuesta correcta única y el principio de la mayoría”*, en Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho, 2da. ed., trad. cast. P. Larrañaga, Fontamara, México, 2000.

ABRAMOVICH, Víctor – COURTIS, Christian., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2da. ed., Trotta, Madrid, 2004.

ACKERMAN, Mario, Tratado de Derecho del Trabajo, Mario Ackerman director, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2005.

- *“El llamado principio de progresividad y la jurisprudencia de la CSJN”*, en “El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional - I”, RDL 2014.

- *“Carácter y alcance de los pronunciamientos de la Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT”*, DT 2015 (marzo), 510.

ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 13ra, ed., Plus Ultra, Bs.As.

ALEXY, Robert, *“Una defensa de la fórmula de Radbruch”*, trad. cast. José A. Seoane, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 5, año 2001.

- Teoría de los derechos fundamentales, trad. Carlos Bernal Pulido, 2da. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
 - Teoría de la argumentación jurídica, 2da. ed., 2da. reimpr., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
 - *La construcción de los derechos fundamentales*, trad. del Capítulo II de Laura Clericó y Jan Sieckman, Ad-Hoc, Bs,As, 2009.
 - “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Miguel Carbonell coordinador, 1era. ed., 1ra, reimpr., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
 - *La institucionalización de la justicia*, trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez, 2da. ed. ampliada, Comares, Granada, 2010.
 - *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge Seña, Gedisa, Bs.As., 1994.
 - *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, trad. cast. Paula Gaido, 1ra. ed., 1ra. reimpr., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
 - “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), 237-248.
- ALONSO OLEA, Manuel, “*Sobre la realidad social subyacente al derecho del trabajo*”, DT 1971.
- *Las fuentes del derecho. En especial, del derecho del trabajo según la Constitución*, 2da. ed., Civitas, Madrid, 1990.
- ÁLVAREZ ALONSO, Clara, *Lecciones de historia del constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, Curso de derecho constitucional, 2da. ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, 2da. edición revisada y ampliada, Comares, Granada, 2014.

ÁLVAREZ, Eduardo, “*Orden Público, renuncia de derechos y contrato de trabajo*”, L.L. 2006-.

AMBESI, Leonardo J., “*Los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en materia de policía del trabajo*”, DT 2009 (abril).

ARENDRT, Hannah, *La condición humana*, trad. Ramón Gil Novales, 1ra. ed., 5ta. reimpr., Paidós, Bs.As., 2009.

- *Sobre la revolución*, versión española de Pedro Bravo, Alianza Editorial, Bs.As., 1992.

ARESE, César, *Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2014.

ARISTÓTELES, *Política*, trad. Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Alianza, Bs.As., 2007.

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación, 1ra. ed. en esta presentación*, Ariel, Barcelona, 2012.

ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, trad. Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2011.

-‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘Ciencia do Direito’ e ‘Direito da Ciência’”, *Revista Eletronica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

BANCHS, Irineo, “*Normas de interpretación, aplicación y presunciones en la ley de contrato de trabajo*”, D.T. 1975, 107.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *El particularismo del derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.

BARBERIS, Mauro, “*Esiste il neoconstitucionalismo?*”, en *Analisi e diritto*, Marcial Pons, Madrid, 2011, 12, nota 3.

BARROSO, Luis R., “*El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho en Brasil (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)*”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*.

- *Constituicao da República Federativa do Brasil*. Anotada, Editora Saraiva, 4ta. ed, 2003.

BAYLOS, Antonio, *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.

BEAUCHOT, Maurice y SALDAÑA, Javier, *Derechos humanos y naturaleza humana*, UNAM, México.

BENEDICTO XVI, Caritas in veritate.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, 1era. Ed., 5ta. reimpr., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

BERTEA, Stefano, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbetino, Catanzaro, 2002.

BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y derecho*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs.As.

- “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis”, TySS 1981.

- *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Ediar, Bs.As., 1987.

- *Constitución y derechos humanos. Su reciprocidad simétrica*, Ediar, Bs.As., 1991.

- *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Bs.As., 1995.

BLUMENBERG, Hans, *Historia del espíritu de la técnica*, edición de los escritos póstumos a cargo de Alexander Schmitz y Bernd Stiegler, trad. Pedro Madrigal, Pre-textos, Valencia, 2013.

BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, trad. Jorge Guerrero R., 2da. ed., Temis, Bogotá, 1992.

- *Derecho y lógica*, trad. Alejandro Rossi, 1ra. Reimpr., UNAM, México, 2009.

BÖCKENFÖRDE, Ernst, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho” en Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, trad. Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2008.

BRONSTEIN, Arturo, *International and Comparative Labour Law. Current Challenges*, I.L.O. – Palgrave Macmillan, 2009.

BROWN, Phelps, *Economía del trabajo*, trad. de Felicidad Beltrán Jimenez, Yale University Press, 1963 - Aguilar, Madrid, 1967.

CABANELLAS, Guillermo (ed), 4ta. ed. ampliada, Heliasta, 2003.

CABRERA RODRÍGUEZ, José, “*Derechos fundamentales y libertades económicas en el ordenamiento comunitario: la jurisprudencia Viking y Laval*”, en Revista Española de Derecho Constitucional, CEC, Madrid, Año 33, N° 99, sept./dic. 2013.

CALVO SOLER, Raúl, *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*, Gedisa, Barcelona, 2003.

CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco, *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, PUV, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Librería Editorial Platense, La Plata, 2014.

- “*Influencia de la Ley de Contrato de Trabajo*”, en Norberto Centeno: una ley para los trabajadores, Jefatura de Gabinete, Provincia de Buenos Aires, Bs.As., 2014.

CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho – Metodología del Derecho*, trad. Carlos Posada, ed. de José Luis Monereo Pérez, Granada, 2003.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Derecho y ontología jurídica*, Actas, Madrid, 1993.

- *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

CARREL, Michael –HEAVRIN, Christina, *Labor Relations and Colletive Bargaining. Private and Public Sectors*, Pearson, 2013.

CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ta. ed., Abeledo Perrot, Bs.As., 2011.

- *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 2da. reimpr. Astrea, Bs.As., 2008.

CASARES, Tomás, *La justicia y el derecho*, 3ra. ed. act., reimpr, Abeledo Perrot, Bs.As., 1997.

CASTEL, Robert, *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trad. de Jorge Piatigorsky, 1era. ed., 1era. reimpr., Paidós, Bs.As., 2004.

CIANCIARDO, Juan, “*El principio de proporcionalidad y los derechos constitucionales*”, en Tratado de Derecho Judicial, cit., Tomo I.

CIANCIARDO, Juan, *Una introducción a los principios constitucionales*, Ad-Hoc, Bs.As., 2008.

CIARAMELLI, Fabio, *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*, trad. Juan – Ramón Capella, Trotta, Madrid, 2009.

CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, Diario de Sesiones, Imprenta del Congreso de la Nación, Bs.As., 1949.

CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, Diario de Sesiones, Imprenta del Congreso de la Nación, Bs.As., 1957.

CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, Diario de sesiones, Santa Fe, 1994.

CORDONE ROSELLO, M.A., “*Los derechos fundamentales en España y Argentina, una visión comparativa*”, LL 2014-A, Supl. Const. del 18/02/2014.

CORETH, Emerich, “*Historia de la Hermenéutica*”, en Diccionario de Hermenéutica. Una obra interdisciplinaria para las ciencias humanas, dirigido por A. Ortíz-Osés y P. Lanceros, 4ta. ed. revisada y ampliada, Universidad de Deusto, 2004.

CORMICK, Neil MC., “*Argumentación e interpretación en el Derecho*”, en Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 33, Universidad de Alicante – Marcial Pons, Alicante, 2010.

CORTE, Néstor – MACHADO, José, *Siniestralidad Laboral. Ley 24.557*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1996.

CRUZ CRUZ, Juan, *Intelecto y razón. Las coordenadas del pensamiento según Santo Tomás*, 3ra. ed. corregida y aumentada, Eunsa, Navarra, 2009

D'AGOSTINO, Francesco, "*Hermenéutica y derecho natural. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica*", en *Las razones del derecho natural*, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas coordinador, 2da.ed. corregida, reestructurada y ampliada, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma. Bs.As. 2008.

DÄUBLER, Wolfgang, *Derecho del Trabajo*, trad. cast. del alemán de Ma. Paz Acero Serna y Pío Acero López, revisión de A. Ojeda Avilés, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

DE BUEN LOZANO, Néstor., *Derecho del Trabajo*, 7ma. ed., Porrúa, México, 1989.

DE DIEGO, Julián, "*La inconstitucionalidad del tope de la indemnización por despido y conflicto de poder*", LL 2004-E, 947.

DE FERRARI, Francisco, "*Autonomía y evolución del Derecho del Trabajo*", en DT, 1963.

DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, Astrea, Bs.As., 2003.

DE VEDIA, Agustín, *Constitución Argentina*, Imprenta y Casa Editora Coni Hermanos Bs.As., 1907.

DEAKIN, Simon – MORRIS, Gillian S., *Labour Law*, 5° ed., Hart, Oxford – Portland, 2009.

DERISI, Octavio, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 4ta. Ed. corregida y aumentada, EDUCA, Bs.As., 1980.

DEVEALI, Mario L., *Lineamientos de derecho del trabajo*, 3ra. ed., Tipográfica Editora Argentina, Bs.As., 1956.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *La Constitución como orden abierto*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1997.

DÍEZ – PICAZO, Luis M., *Sistema de derechos fundamentales*, 4ta. edición, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2013, 32.

DÍEZ MORENO, Fernando, *El Estado social, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2004.

DOUGLAS PRICE, Jorge E., *La decisión judicial*, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2012.

DREIER, Ralf, *Derecho y Justicia*, trad. Luis Villar Borda y Osvaldo Quijano, Monografías jurídicas, Temis, Bogotá, 1994.

DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli, Bs.As., 2012.

- *La justicia como toga*, trad. cast. M. Iglesias Vilas e I. Ortiz de Urbina G., Marcial Pons, Madrid, 2007.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 1ra. ed., 4ta. reimpr., Ariel, Barcelona, 2010.

EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de derecho constitucional* (Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina, Depalma, Bs.As., 1997.

ENSINCK, Juan, *Ley de contrato de trabajo anotada*, Victor de Zavallía editor, Bs.As., 1974.

ETALA, Carlos A., *Contrato de Trabajo. Ley 20.744 texto ordenado según decreto 390/76*, 3ra. edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs.As., 2000.

- *Interpretación y aplicación de las normas laborales*, Astrea, Bs.As., 2004.

- “*El plenario laboral Gauna y el principio de la constancia terminológica del legislador*”, LL 2011-C, 453.

ETXBERRIA, Xabier, *Derechos humanos y cristianismo. Aproximación hermenéutica*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

FERNÁNDEZ GIANOTTI, Enrique, “*Fuentes e interpretación en el derecho del trabajo*”, D.T. 1973.

FERNÁNDEZ, SANTOS, María Dolores, *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, 1. Teoría del derecho, Trotta, Madrid, 2011.

- *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012.

- *“Derechos fundamentales” en Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 4ta. ed. Trotta, Madrid, 2009.

- *Un debate sobre el constitucionalismo*. Luigi Ferrajoli, Monográfico revista Doxa núm. 34, Marcial Pons, Madrid, 2012.

FERRO, Horacio D., *“La conciliación en los diferendos individuales del trabajo”*, D.T. 1951.

- *“La ley como única fuente del derecho social”*, DT 1961.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. M. Martínez Neira, 6ta. ed., Trotta, Madrid, 2009.

FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

FULLER, Lon, *“The role of the lawyer in labor relations”*, 1954 A.B.A. Sec. Lab. Rel. L. Proc. 23 1954.

FUNES DE RIOJA, Daniel, *“el tope por despido y sus diversos impactos”*, LL 2004-E.

- *“Acerca del mandato de la Comisión de Expertos de la OIT”*, DT 2012 (diciembre), 3158.

- *“Las encíclicas sociales y su vinculación con el derecho del trabajo”*, DT 2013 (diciembre), 3107.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método I*, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, 8va. ed., Sígueme, Salamanca, 199. La traducción inglesa, *Truth and Method*, 3th. ed., reprinted, translation revised by Joel Weinsheimer & Donald Marshall, Continuum, 2006.

- *El último dios. La lección del siglo XX. Un diálogo filosófico con Riccardo Dottori*, trad. Cast. J.L. Irrutate Veá, Anthropos – Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa, México, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Ed. Civitas, 3ra. ed., Madrid, 1983.

- *Eduardo, La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994.

- *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, 1ra. ed., 1ra. reimpr., Civitas, Madrid, 2000.

- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid. 3ra. ed., 2da. reimpr.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

- *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.

GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, “*Los principios generales del derecho del trabajo y sus funciones*”, DT 1987 – A.

- “*Principios del derecho de trabajo e interpretación de normas de derecho común*”, DT 1987 – A, 608.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 16ª ed., Porrúa, México, 2007.

GARCÍA MURCIA, J., “*Constitución y Ley*” en *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, J. García Murcia coord., Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

GARCÍA RESTREPO, Luis, *Elementos de lógica para el derecho*, 3ra. ed., Temis, Bogotá, 2014.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra, Lima, 2003.

GHERA, Edoardo, *Diritto del Lavoro*, 17° ed., Cacucci Editore, Bari, 2012.

GIALDINO, Rolando, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Ediar, Bs.As. 2009.

GOLDÍN, Adrián, “*Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea del derecho del trabajo*”, DT 2010 (diciembre).

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Las paradojas de la acción*, 2da. ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos fundamentales*, Universidade de Vigo – Civitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *El Estado social y democrático de derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992.

GRAJALES, Amós – NEGRI, Nicolás, *Argumentación jurídica*, ed. Astrea, Bs.As., 2014.

GUANTER, Salvador. DEL REY, “*Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*”, Relaciones Laborales, 1995

GUARDINI, Romano, *El poder. Un intento de orientación*, trad. cast. A-P. Sánchez Pascual, Guadarrama, Madrid, 1963.

GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. cast. M. Carbonell y P. Salazar, 2da. ed., Trotta, Madrid, 2010.

- *“La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”*, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 4ta. ed., 2009.

- *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, 9na. ed., 3ra. reimpr., Porrúa – UNAM, México, 2014.

GUIBOURG, Ricardo., *“Hacia una teoría general del Derecho del Trabajo”*, en Anuario. Teoría general del Derecho del Trabajo, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Año I – Número 1, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2010.

- *“El proyecto del Código y las fuentes del Derecho del Trabajo”*, DT 2013 (marzo).

- *“La estructura del Derecho”*, LL 2013-E.

- *“Una pregunta certera”*, D.T. 2012 (abril).

GUISADO, Héctor, *“Relación y Contrato”*, en *Derecho del Trabajo. Análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial*, Jorge Rodríguez Mancini director, Astrea, Bs.As., 2010.

HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Ferro, Astrea, Bs.As., 2007.

HABERMAS, Jürgen., *Teoría de la acción comunicativa II. Crítica de la razón funcionalista*, 1ra. ed., 2da. reimpr., Taurus – Santillana, 1992.

- *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, trad. cast. M. Jiménez Redondo, Taurus – Santillana, Madrid, 1999.

- *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. cast. M. Jiménez Redondo, 1º ed., 1ra. reimpr., Paidós/I.C.E.-U.A.B., Barcelona, 1998.

- *Verdad y justificación*, trad. cast. P. Fabra y L. Díez, Trotta, Madrid, 2002.

- *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. Ramón Cotarelo García, Trotta, Madrid, 2008.

HASSEMER, Winfried., “*¿Palabras justas para un derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el derecho penal*”, en *Persona y Derecho*, N° 35, año 1996.

HEIDEGGER, Martín, “*La pregunta por la técnica*”, en *Filosofía, ciencia y técnica*, trad. Francisco Soler, 3ra. ed., Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1997.

- *El Ser y el Tiempo*, trad. cast. José Gaos, 1ra. ed., 6ta. reimpr., Fondo de Cultura Económica, Bs.As., 2006.

- *Ontología. Hermenéutica de la facticidad*, trad. cast. Jaime Aspinunza, 2da. ed. 1ra. reimpr., Alianza Editorial, Madrid, 2011.

- *La historia del ser*, trad. Dina Picotti C., 2da. edición, revisada y corregida, El Hilo de Ariadna – Biblioteca Internacional Martín Heidegger, Bs.As., 2013.

- *Acerca de Ernst Jünger*, trad. cast. Dina V. Picotti C., El Hilo de Ariadna – Biblioteca Internacional Martín Heidegger, Bs.As., 2013.

HERNÁNDEZ, C.A.– MAZABEL, M.R., *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*, ARA Editores, Lima, 2010.

HERRERA, Daniel, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, EDUCA, Bs.As., 2012.

HERRERO LÓPEZ Monserrat, *El nomos y lo político: La filosofía política de Carl Schmitt*, 2da. ed., EUNSA, Navarra, 2007.

HERVADA, Javier, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico. Una introducción al derecho*, 2da. ed., Euns Pamplona, 2008.

HESSE, Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, 1ra. ed., reimpr., Civitas, Madrid, 2001.

HORKHEIMER, M. – ADORNO, *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, trad. Cast. Juan José Sánchez, 9na. ed., Trotta, Madrid, 2009.

HORHMANN-DENNHARDT, Christine, “*División de poderes, independencia de la justicia y la función del Tribunal Constitucional*”

Federal”, en C. HORHMANN-DENNHARDT, R. SCHOLZ, P. CRUZ VILLALÓN, *Las Constituciones alemana y española en su aniversario*, edición bilingüe, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2011.

HUSSERL, Edmund, *Investigaciones lógicas 1*, 1ra. ed., 2da. reimpr., versión de Manuel G. Morente y José Gaos, Alianza, Madrid, 2006.

ILLANES, José Luis, “*De la significación al sentido*”, en Scripta Theologica, Revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra, Volumen 44, Nro. 1, 2012.

RAWLS, John., *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, 2da. ed. en español, 2da. reimpr.

JAUREGUIBERRY, Luis M., *El artículo nuevo (constitucionalismo social)*, Librería y Editorial Castellví, Santa Fe, 1957.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Procesos de formación y fundamentos del derecho constitucional*, 3ra. ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

JUÁREZ DOVER, Jorge, ALTAMIRA GIGENA Raúl, SAPPÍA Jorge, *Régimen de contrato de trabajo*, ed. Informe Laboral, Córdoba, 1977.

JÜNGER, Ernst, *L'état universel suivi de la mobilisation totale*, trad. francesa Plard, Henri y Marc B. De Launay Gallimard, 1990, - *El trabajador. Dominio y figura*, trad. Andrés Sánchez Pascual, 3ra. ed., Tusquets, Barcelona, 2003.

KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, trad. cast. de la tercera edición inglesa por Jesús Galiana Moreno, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

KARPIUK, H., “*El principio de progresividad*”, en RDL – Actualidad 2010-2.

KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho*, edición a cargo de Andrés Ollero y Juan Antonio Santos, Comares, Granada, 2007.

- *Filosofía del derecho*, trad. cast. L. Villar Borda y A. M. Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de la ed. francesa Moisés Nilve, 22º ed., Eudeba, Bs.As., 1986.

- *Teoría general del Estado*, trad. del alemán, Luis Legaz Lacambra, 1ed., 2da. reimpr., Ed. Coyoacán, México, 2008.

KOSELLECK, Reinhardt, *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*, ed. de J.A. Pardos, trad. de R. de la Vega y J. Pérez de Tudela, Trotta – Universidad Autónoma de Madrid, 2007.

KROTOSCHIN, Ernesto, “*Aspectos sistemáticos e ideológicos de la Ley de Contrato de Trabajo*”, D.T., 1974, 849.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, 1ra. ed., 4ta. reimpr., Ariel, Barcelona.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “*Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones*”, ensayo de 1943, en *Horizontes del pensamiento jurídico* (estudios de filosofía del derecho), Bosch, Barcelona, 1947.

LEÓN XIII, Rerum Novarum. *Encíclica sobre la cuestión obrera*, ed. Paulinas, 2da. ed., 2da. reimpr., Bs.As., 2010.

LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2da. ed., Plus Ultra, Bs.As., 1979.

LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, 4ta. ed. actualizada, Perrot, Bs.As., 1970.

LLUCH, Xavier A., “*La dosis de prueba: entre el common law y el civil law*”, en Doxa. *Cuadernos de filosofía del derecho*, Universidad de Alicante – Marcial Pons, Alicante, 2012.

LÓPEZ, Guillermo, *Problemática laboral*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs.As., 1983.

LÓPEZ, Justo, “*La filosofía del derecho y la doctrina social de la Iglesia*”, TySS, 1992, 5.

LÓPEZ, Justo, CENTENO, Norberto FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Ley de contrato de trabajo comentada*, 2da. ed. Contabilidad Moderna, Bs.As., 1987.

LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, 1ra. ed., 2da. reimpr., Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2014.

- “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LL 2012-C.

LUHMANN, NIKLAS, *El derecho de la sociedad, trad. cast. J. Torres Nafarrate y colaboradores*, 2da. ed. en español, Herder – Universidad Iberoamericana, México, 2005.

- *La sociedad de la sociedad*, trad. cast. J. Torres Nafarrate y colaboradores, Herder – Universidad Iberoamericana, México, 2007.

- *La moral de la sociedad*, edición de Derlef Horster, trad. cast. de Iván Ortega Rodríguez, Trotta, Madrid, 2013.

MAC CORMICK, Neil, *Instituciones del derecho*, trad. Fernando Atria y Samuel Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011.

MAGALDI, Nuria, *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, especialmente.

MANGAS MARTÍN, Araceli– LIÑÁN NOGUERAS, Diego, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 8va. ed., Tecnos, Madrid, 2014.

MARCEL, Gabriel, “De la negación a la invocación I”, en *Obras selectas (II)*, BAC, Madrid, 2004.

MARCUSE, H., *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, trad. cast. Antonio Elorza, Seix Barral, Barcelona, 1969.

MARÍN MARÍN, José, *Los trabajos, los días...y el derecho. Una aproximación a la “prehistoria” del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2001.

MARTÍN, Sebastián, en “Derechos sociales y procesos constituyentes (1931, 1978 ¿2016?)”, *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, Nueva Etapa, Nº 23, CC.OO., Madrid, diciembre 2014.

MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, en

Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos, Jesús Ballesteros ed., Tecnos, Madrid, 1992.

MARX – ENGELS, “La ideología alemana (I)”, en Karl MARX, *La ideología alemana (I) y otros escritos filosóficos*, trad. cast. Jaime Vergara, 1ra. ed., Losada, Bs.As., 2005.

MASSINI – CORREAS, Carlos I., *La Prudencia Jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho*, 2da. ed., Abeledo Perrot, Bs.As., 2006.

- *Facticidad y razón en el Derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Marcial Pons, Bs.As., 2014.

- *Ensayo crítico acerca del pensamiento filosófico-jurídico de Carlos Marx*, Abeledo-Perrot.

MAZA, Miguel, *Colección Plenarios. Derecho del Trabajo. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*, Miguel MAZA director, La Ley, Bs.As., 2011.

- *Régimen de Contrato de Trabajo comentado*, La Ley, Bs.As., 2012.

MESTITZ, Franz, “Hugo Sinzheimer e il diritto del lavoro: ieri e oggi”, *Scienza & Politica*, Vol. 5, N° 9 (1993).

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “*La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, 2007, UNED.

MIRANDA REBECO, P., *La precomprensión de lo humano en la sociología de Luhmann. Raíces antropológicas del antihumanismo teórico luhmanniano*, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2012.

MORENO FERNÁNDEZ, José Ramón, GÓMEZ URDAÑEZ, Gracia y GALÁN GARCÍA, Agustín, *Materiales para la historia de las relaciones laborales*, Tecnos, Madrid, 2003.

MONEREO PÉREZ, José Luis, *La defensa del Estado social de derecho. La teoría política de Hermann Heller*, ed. El Viejo Topo, España, 2009.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997.

MONZÓN, Máximo D., “*Reflexiones sobre la codificación del Derecho del Trabajo*”, DT 1957.

MUÑOZ LEÓN, Fernando, “*Ciudadanía laboral: crítica y defensa de un concepto jurídico-político*”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Chile, Año 20, N° 2 (2013).

NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, 2da. ed., Astrea, Bs.As., 1989.

- “La Constitución como convención”, en *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Gustavo Maurino ed., Siglo XXI, Bs.As., 2013.

NLRB v. *Jones & Laughlin Steel Corp*, 301 U.S. 1, 57 S.Ct. 615, 81 L.Ed. 893 (1937), citado y transcritos sus fundamentos en SULLIVAN, Kathleen– Gerard GUNTHER, *Constitutional Law*, 16 ed, Foundation Press, 2007.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM, México, 2003.

OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

- *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio, “La hermenéutica jurídica en la perspectiva de la razón práctica” en *Persona y Derecho*, N° 35, 1996.

- *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1995.

- *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo jurídico en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

PALOMBELLA, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, trad. José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Trotta, 2006.

PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL C., *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo, 1873-1923*, 2da. ed. revisada, Akal, Madrid, 1984.

PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL C.– ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 21ra. ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2013.

PARDO, M.L., *Derecho y Lingüística. Cómo se juzga con palabras*, 2da. ed. corregida y aumentada, Nueva Visión, Bs.As., 1996.

PAULA, “El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy”, en *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Laura Clérico, Jan-R Sieckmann, Daniel Oliver-Lalana coordinadores, Comares, Granada, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PÉLISSIER Jean – GILLES AUZERO – Emmanuel, DOCKÈS, *Droit du travail*, 27° ed., Dalloz, París, 2013.

PEREIRA, R.V., *Hermenéutica filosófica e constitucional*, Livraria del Rey Editora Ltda., Belo Horizonte, 2001.

PERELMAN, Chaïm –OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. cast. J. Sevilla Muñoz, 1ra. ed., 3ra. reimpr., Gredos, Madrid, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La filosofía del derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento del Derecho de la Universidad de Sevilla*, Sevilla, 2009.

- *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ma. ed., Tecnos, Madrid, 2010.

- *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley, Madrid, 2011.

- *Los derechos fundamentales*, 10ma. ed., Tecnos, Madrid, 2011.

PERUGINI, Eduardo, “*Un enfoque personalista de la justicia social*”, D.T., 1975.

PHELPS BROWN, Henry, *Los orígenes del poder sindical*, trad. Ángeles Conde, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

PIÑERA LLERA, H., “*Nicolás Hartmann y su crítica del formalismo ético de Kant*”, en Congreso Internacional de Filosofía, Instituto Brasileiro de Filosofía, São Paulo, 1956.

PIZZOLO, Calogero, “La fase descendente del derecho constitucional trasnacional. La constitución frente a la integración supranacional y el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Griselda Capaldo, Jan Sieckmann, Laura Clericó directores, Eudeba – Fundación Alexander von Humboldt, 2012,

PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della Doctrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Vaticano, 2005.

POPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. E. Loedel, 1ra. ed. de esta presentación, Paidós, Madrid, 2010.

POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, trad. cast. Renzo Saavedra Velazco, Mar Fernández Pérez y Félix Morales Luna, Palestra, Lima, 2011.

PRADO, Pedro, *Ley general de contrato de trabajo de la República Argentina*, 2da. ed. Actualizada, Abeledo Perrot, Bs.As., 1976.

QUINE, W.V. O. *Desde un punto de vista lógico*, 2da. ed. revisada, trad. Manuel Sacristán, Paidós Ibérica, Barcelona, 2002.

QUIROGA LAVIE, Humberto, *Derecho Constitucional, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales*, Bs.As., 1978.

- “Aspectos constitucionales de la Ley sobre Riesgos del Trabajo”.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, 1ra. ed. en español., 11ma. reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 2013.

RAMELLA, Pablo A., *Derecho Constitucional*, 3ra. ed. actualizada, Depalma, Bs.As., 1986.

RAMÍREZ BOSCO, Luis, en *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, Jorge RODRÍGUEZ MANCINI director, La Ley, Bs.As., 2007, Tomo I.

RECALDE, Héctor y otros, *“Precisiones sobre el Código Civil y Comercial y el Derecho Laboral”*, LL 2014.

RECASENS SICHES, Luis, *“Juridical axiology in Ibero-America”*, 3 Nat. L.F. 135 (1958).

RICOEUR, Paul, “La toma de decisiones en el acto médico y en el acto judicial”, en *Lo justo 2. Estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada*, trad. Tomas Domingo-Moratolla y Agustín Domingo-Moratolla, Trotta, Madrid, 2008.

- *Hermenéutica y acción. De la hermenéutica del texto a la hermenéutica de la acción*, trad. cast. M. GAIDO, Prelooker, L- Adúriz, A. Fornari, J.C. Gorlier, M. del Valle, Prometeo Libros, Bs.As., 2008.

RIVERO, Jean, *Les libertés publiques*, Tome 1 Les droits de l’homme, 8e. édition, PUF, Paris, 1997.

Robles Morchón, cit.

ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992.

- *Sociología del derecho*, 2da. ed., Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, La Ley, Bs.As., 2007.

- *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, 2da. ed. actualizada y ampliada, Astrea, Bs.As., 2007.

- “El ordenamiento constitucional” en *Fuentes del derecho del trabajo*, Jorge Rodríguez Mancini coord., Astrea, Bs.As., 2012.

- “*El proyecto de Código Civil y Comercial, sus implicancias en el derecho del trabajo*”, DT 2012 (noviembre), 2015.

- “*La ‘figura’ y el estándar en el derecho del trabajo*”, LL 2013.

- “*La Ley*” en *Fuentes del derecho del trabajo 2*, Jorge Rodríguez Mancini director, Astrea, Bs.As., 2013, “*La negociación colectiva en inflación*”, DT 2014 (abril).

- “*O la LCT ya no sirve o lo jueces quieren superarla*”, D.T. febrero 2012.

RODRÍGUEZ MANZINI, Jorge, “*Reincorporación por despido nulo. Mantenimiento del contrato contra la voluntad de uno de los contrayentes*”, LL 2013-D, 61.

RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario, “*El Bloque de constitucionalidad*”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Vol. 14/2013.

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Miguel Y BRAVO-FERRER, “*Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*” en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, I-1996.

ROMAGNOLI, Umberto, “*Del trabajo declinado en singular a los trabajos en plural*”, en *Relaciones Laborales*, I-1997.

- “*Los sistemas/modelos productivos y las relaciones laborales en el capitalismo contemporáneo*”, *Revista de Trabajo*, año 7, número 9, enero/julio 2011.

ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, trad. de la reimpresión de la segunda edición italiana, ed. Sansoni, Firenze, 1951.

ROUSSEAU, *Del Contrato Social o Principios del Derecho Político*, trad. Mariano Moreno, Facultad de Derecho UBA – La Ley, Bs.As., 2003.

RUBINSTEIN, Santiago L., *Diccionario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Depalma, Bs.As., 1983.

RUPRECHT, Alfredo, *Contratos de trabajo. Ley N° 20744. Precedentes, interpretación, comentario*, Lerner, Bs.As – Córdoba, 1974.

SÁEZ RUEDA, L., *Movimientos filosóficos actuales*, Trotta, Madrid, 2001.

SAGÜES, Néstor, “Constitucionalismo Social” en *Tratado de Derecho del Trabajo*. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio director, Astrea, Bs.As., 1982., Tomo 2.

SANTIAGO, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, conferencia brindada en la sesión privada de fecha 03/04/2008 del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

SANTIAGO, Alfonso (H), *Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs.As., 2002.

SANTOS, J.A., *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*, Comares, Granada, 2008, 228-230.

SARDEGNA, Miguel, *Ley de contrato de trabajo. Comentada y anotada*, Editorial Universidad, Bs.As., 1982.

SCHELER, Max, *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, 2 tomos, trad. cast. H. Rodríguez Sanz, Revista de Occidente, Madrid, 1941.

SCHMITT, Carl, *La tiranía de los valores*, trad. Sebastián Abad, Hydra, Bs.As., 2009.

SERNA, Pedro, “Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”, en *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Pedro Serna director, Comares, Granada, 2005.

SIMON, Julio César, “*El progreso y el principio de progresividad*”, DT (marzo) 2010.

- “*La incorporación del derecho internacional al derecho interno, la jerarquía de las fuentes y el Derecho del Trabajo*”, LL 2006-D.

- “*La relación de dependencia. Una perspectiva fuera de la contractualidad*”, en *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo*, Año III, N° 3, 2012.

- “Derechos fundamentales y ordenamiento jurídico”, inédito, ejemplar suministrado por el autor, donde se cita el pronunciamiento de la Corte Suprema en “Quinteros”, Fallos 179:113 (1937), SOKOLOWSKI, Robert, *Fenomenología de la persona humana*, trad. Nekane de Legarreta Bilbao, Sígueme, Salamanca, 2013.

SOMARÉ, José Isidro, “*La conciliación en el derecho procesal social*”, D.T. 1951.

- “*La equidad como pauta de interpretación*”, D.T. 1975.

SOSA WAGNER, Francisco, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

- *Juristas y enseñanzas alemanas I 1945-1975. Con lecciones para la España actual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

STERNBERGER, Dolf, *Dominación y acuerdo*, trad. Jorge M. Seña, revisión a cargo de Eduardo Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Gedisa, Barcelona, 1992.

STRECK, Lenio, *Hermenéutica jurídica. Estudios de teoría del Derecho*, ARA Editores Lima, 2009.

SUPIOT, Alain, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociales face au marché total*, Seuil, 2010.

- *Critique du” droit du travail*, Puf. París, 1994, 2da. edición en 2011.

TARELLO, G., *Teorías e ideologías en el derecho sindical. La experiencia italiana después de la Constitución*, trad. cast. y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Comares, Granada, 2002.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, 4ta ed., Trotta, Madrid, 2011

- *La motivación de la sentencia civil*, trad. Lorenzo Córdova Vianello, Trotta – Tribunal Electoral de la Federación de México, Madrid, 2011.

MILLER, Jonathan, GELLI, María A., CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación*, Astrea, Bs.As., 1991.

TISSEMBAUM, Mariano, “La reforma constitucional de 1957. Las disposiciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, en D.T., 1958.

- “La constitucionalización y codificación del derecho del trabajo – sus fuentes e interpretación” en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Mario DEVEALI, director, La Ley, Bs.As, ediciones de 1964 y 1971.

- “El constitucionalismo social en la República Argentina” y “El Derecho del Trabajo en la República Argentina”, en *Antología del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Profesor Mariano Tissembaum. Libro homenaje*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1983

TOMLINS C. L - *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge University Press, 1993.

TORRE, José P., MAFFEI DE BORGHI, Lilia M, MORANDO, Juan C., BRIEBA, Rodolfo J., *Contrato de trabajo*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs.As., 1974.

- *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, VALVERDE, Antonio Martín – Joaquín GARCÍA MURCIA dirección y coordinación, Aranzadi, Navarra, 2008, Volumen I, 124.

TRIBE, Laurence, *American constitutional law*, 2nd. ed., The Foundation Press, New York, 1988.

URQUILLA, Carlos R., “*Derechos humanos y sistemas internacionales de protección*”, cit., punto 2: “Fuente de reconocimiento de los derechos humanos”.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Antonio Vázquez Vialard director, Astrea, Bs. As., 1982.

- “El principio de irrenunciabilidad. Estado actual de la doctrina judicial y de los autores”, DT 1986-B, 1215.

- “Aplicación de los principios generales del derecho del trabajo, con especial referencia al de irrenunciabilidad”, DT 1988-A.

VICIANO PASTOR, Roberto, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Roberto Viciano Pastor editor, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VIEHWIEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2da. ed., trad. Jorge Seña, Revisión E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Gedisa, Barcelona, 1997.

VIGO, Rodolfo L. (h), *Las causas del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

VIGO, Rodolfo, *Interpretación constitucional*, Abeledo Perrot, Bs.As., 1993.

- *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1999.

- *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Facultad de Derecho UBA – La Ley, Bs.As., 2004.

- *De la Ley al Derecho*, Porrúa, México, 2005.

- *Cómo argumentar jurídicamente*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2012.

- *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, EDUCA, Bs.As., 2015.

- “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, *Revista de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2008.

- “Argumentación constitucional” en *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, C.A. Alarcón Cabrera – R.L. Vigo coordinadores, Marcial Pons Argentina, Bs.As., 2011.

- “Los hechos en los paradigmas legalista y constitucionalista”, LL 2012-D.

- “La matriz de la decisión judicial”, LL 2013-C, 1275.

- “Es posible la justificación racional de los Derechos Humanos (Alexy, Finnis, Nino vs. Bobbio, Ferrajoli y Bulygin)”, LL 2013-D, cit., capítulo 19.

- “Grandezas y limitaciones de la ciencia jurídica”, LL del 04/03/2015,

VILLEY, Michel, *Filosofía del Derecho*, trad. Evaristo Palomar Maldonado, Scire Universitaria, Barcelona, 2003.

VIOLA – G. ZACCARIA, F., *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, trad. Cast. A. Cebeira, A. de Prada y A. Richart, coordinación y revisión de la traducción y prólogo a cargo de Gregorio Robles Morchón, Dykinson, Madrid, 2007.

- *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, Porrúa, México, 2008.

WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, 1ra. ed. en español, 10ma. Reimpr., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, edición bilingüe, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, 1era. ed., 4ta. impr., Universidad Nacional Autónoma de México – Crítica, Barcelona, 2012.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, 1ra. ed., 1ra. reimpr, trad. cast. F.J. Esquiaga Ganuzas, J. Igartúa Salaverría, Fontamara, México, 2003.

ZACCARIA, Giuseppe, “Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica” en “Persona y Derecho” 1996.

ZACHERT, Ulrich, en ZACHERT, Ulrich, Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo, La Coruña, 2008, 3-4. Comparar con los autos del Tribunal Federal Constitucional del 19 de octubre

de 1993 (referencia 1 BVR 567, 1044/89), y del 23 de noviembre de 2006 (referencia 1 BVR 1909/06); ambos en versión en español.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2008.

- *La vertu del dubio*. Entrevista su etica e diritto, a cura di Gemignano Preterossi, Editori Laterza, Bari, 2008.

- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, Trotta, 9na. ed., Madrid, 2009.

- *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Giulio Einaudi editore, Torino, 2013.

- *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014.