



Título: La argumentación en el derecho del trabajo

Autor: Barrera Nicholson, Antonio J.¹

Fecha: 11-may-2023

Cita: MJ-DOC-17154-AR | MJD17154

Producto: LJ,MJ

Indice.

1. Contexto.
2. Problemas en la interpretación de la ley laboral.
 - a. Incorporación de requisitos a la norma:
 - b. El cambio de las palabras de la ley.
 - c. La norma se interpreta asistémicamente.
 - d. La interpretación discriminatoria.
3. Las técnicas laborales clásicas en materia de interpretación.
 - a. El *in dubio pro operarii*.
 - b. La mejor condición alcanzada. ,
 - c. Replanteo del tema.
4. Un nuevo paradigma interpretativo.
5. La interpretación desde el derecho internacional de los derechos humanos.
 - a. La inherente dignidad del ser humano.
 - b. El principio pro persona (Art. 29 CADH).
 - c. El principio de no discriminación.
 - d. El principio de progresividad.
 - e. El derecho AL trabajo.
 - f. Control de convencionalidad.
6. Desde la condición óptica de la persona que trabaja. Su estado de necesidad.

¹ Abogado laboralista, profesor universitario por la UNLP (Argentina); profesor titular de posgrado en la Universidad San Carlos de Guatemala.

7. Desde nuestro sistema constitucional.
 - a. La garantía constitucional de protección.
 - b. El Art. 75 inc. 23º CN.
8. La justiciabilidad de los DESCAs.
9. El fraude laboral.
10. Los efectos de la nulidad en el derecho del trabajo.
11. La regla de clausura
12. El carácter absoluto de la protección debida.
13. Conclusiones.

Resumen:

El presente es el trabajo final presentado para la aprobación de la Diplomatura en argumentación cursado en la Universidad de San Isidro durante el año 2022. En él se analiza detenidamente las dificultades que presenta la tarea interpretativa de las leyes laborales, se explora las posibilidades que ofrece la legislación local y de derechos humanos y se concluye que existe, en materia laboral, una regla de clausura.

1. Contexto.

Cuando nos acercamos al estudio de la argumentación los laboristas nos encontramos frente a una situación que nos acerca a sentimientos de perplejidad.

Los *constructos* argumentativos están pensados teniendo como telón de fondo, como realidad referenciada, la que ofrecen el derecho civil y el derecho penal; en pocas oportunidades alguna otra especialidad del derecho, como el administrativo. Pero nunca, hasta donde alcanza mi conocimiento, refieren a materias como el derecho del trabajo o el derecho de consumo y menos genéricamente a los derechos de carácter protectorio.

Y cuando nos acercamos a textos vinculados a la filosofía del derecho y la llamada teoría general, la situación no resulta distinta. Ello es particularmente así en la obra de Cossio donde sus referencias son al derecho penal y con asiduidad al derecho civil.

Ocurre que los derechos de contenido protectorio, como el derecho del trabajo (al que haremos referencia en lo sucesivo), parten de una base esencialmente diferente al del Derecho Civil (al menos del derecho civil clásico). En éste sigue vigente, aunque morigerado en los nuevos tiempos, el paradigma de la igualdad de las partes,

mientras que el derecho del trabajo parte de un presupuesto distinto y contrario: la desigualdad negocial de las partes producto del estado de necesidad al que llega el trabajador al contrato. De allí la justificación histórica de la garantía constitucional de protección contenida en el Art. 14 bis CN.

Podría decirse que en el derecho civil, al menos en principio, la igualdad de las partes es un punto de partida, en el derecho del trabajo la igualdad es un objetivo a alcanzar.

Una diferencia tan radical no puede menos que generar dinámicas distintas, potencialmente contradictorias, en las que la proyección debida al débil de la relación tiñe (debiera teñir) con su impronta no sólo el contenido del derecho positivo sino también el modo como se lo interpreta y aplica.

A lo expuesto se suma lecturas de autores extranjeros, muchas veces acríicas, que propugnan el traslado de categorías válidas en otras latitudes pero que no se compadecen con la realidad jurídica latinoamericana.

2. Problemas en la interpretación de la ley laboral.

Agrega dificultad al delineamiento de pautas argumentativas en materia de derecho del trabajo la existencia de serios inconvenientes en la interpretación de la norma laboral, dificultades que se pusieran de manifiesto en una investigación que realizara hace ya más de diez años.

Dicho estudio arrojó que los problemas referidos se podían catalogar en cuatro categorías: a) Se agrega texto a la norma; b) Se cambian las palabras de la norma; c) La norma se interpreta asistémicamente y d) La interpretación discriminatoria.

Las analizamos exponiendo casos concretos en los que encontramos los *errores* que se señalan. Se aclara que, con el tiempo, algunos de los casos que se citan han sido superadas positivamente, se mantienen con fines exclusivamente didácticos. Además, no suelen ser *puros*, por lo que puede que sea posible ubicarlos en más de una categoría.

a. Incorporación de requisitos a la norma:

Se citan casos en los que en la interpretación de la ley se introducen requisitos, para la efectivización de lo ordenado, que no se

encuentran en su texto. Procedimiento que tiene por efecto esterilizar la protección dispuesta.

Art. 27 LCT. No se aplica a las cooperativas cuando del texto de la norma surge claramente lo contrario.

Art. 31 LCT. Se requiere la prueba de la intencionalidad defraudatoria cuando se trata del fraude laboral, objetivo por definición (Art. 14 LCT).

Art. 31 LCT. Se exige que el grupo económico sea de carácter permanente cuando dicho requisito sólo lo es para el caso residual que la norma menciona.

Art. 242 LCT. El trabajador debe intimar antes de considerarse injuriado. Exigencia jurisprudencial no establecida en la norma y que no se le exige al empleador para extinguir el contrato.

Resulta particularmente demostrativo del procedimiento que analizamos la interpretación, aún bastante extendida, que se hace del Art. 23 LCT.

Como es sabido dicha norma determina que *el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo*, disposición que no contiene ningún tipo de condicionamiento y deja a salvo la posibilidad de prueba en contrario.

Sin embargo, la interpretación que señalamos sostiene que para que opere la presunción es necesario probar que dichos servicios son prestados en relación de dependencia.

Con ello se provoca la absoluta inutilidad de la norma, por cuanto, si se prueba que la prestación es en relación de dependencia se prueba el contrato mismo y no hace falta presunción alguna.

Véase como quedaría el texto: “Art. 23. Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios ***en relación de dependencia*** hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales,

para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”.

Se advierte claramente el absurdo que el criterio en comentario provoca.

b. El cambio de las palabras de la ley.

En otros casos la interpretación de la norma directamente modifica el texto, ello sin explicación ni justificación alguna.

Art. 30 LCT. Se desconoce que la norma reglamenta, en el primer párrafo, dos hipótesis de solidaridad esterilizando el primero (*la cesión del establecimiento habilitado a su nombre*) al subordinarlo a la *actividad normal específica propia del establecimiento* que en realidad es exclusiva de la segunda hipótesis (*la contratación de trabajos o servicios*).

Art. 30 LCT. Se sostiene que cumplir con las obligaciones del segundo párrafo de la norma exime de responsabilidad solidaria al principal, cuando de la lectura textual surge exactamente lo contrario.

Art. 52 LCT. Derogación fáctica del inc. g). Es un clásico que la jurisprudencia no reconozca dato alguno que deba ser registrado que no sea los expresamente dispuestos en los anteriores apartados. Esta situación, en particular, fue superada por la modificación del Art. 54 LCT.

Art. 66 LCT. Considerar la prohibición de innovar como una medida cautelar. Cuando la norma fue modificada la jurisprudencia exigió que se probara la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora cuando dictar la prohibición de no innovar era una obligación legal y por lo tanto no requería de los requisitos señalados; criterios que recién ahora se están revirtiendo.

Art. 80 LCT. Cuando se entrega el certificado de trabajo y demás documentación con evidente demora, se pretende que se ha dado cumplimiento con la obligación y no se condena al pago de la indemnización dispuesta en la norma. Ello desconoce que la norma

dispone un plazo para la entrega de la misma y que, vencido éste, el obligado se encuentra en mora. En definitiva, se modifica el texto legal suprimiendo el plazo de entrega y disponiendo así que la misma se puede hacer en cualquier tiempo.

Art. 208 LCT. Supresión de la 's' en *existentes*. Hubo que dictar el plenario Baglieri para devolverle la s a la norma. La interpretación pretendía el exonerar de responsabilidad a quien realizaba la transferencia del establecimiento por las obligaciones *existentes* al momento de la transferencia.

Art. 209 LCT. Se suprime el vocablo *todas* cuando refiere a las obligaciones del cedente del contrato. Se pretende que quien cede el contrato de trabajo no tiene obligación por *todas* las obligaciones del contrato de trabajo sino solo por las existentes hasta el momento de la transferencia, modificando el texto expreso de la norma.

Art. 245 LCT. El SAC no se integra a la determinación de la mejor remuneración normal y habitual a los efectos de calcular la indemnización del Art. 245. Criterio ratificado por el plenario Tulosai de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), para lo cual se incurre en la falacia de citar parcialmente la norma.

Art. 245 LCT. Creación por vía pretoriana de un "tope" a la base de cálculo salarial de la indemnización del Art. 245, en supuestos de declaración judicial de su inconstitucionalidad (33% dispuesto en Vizzoti).

Ley 11.544. Derogación fáctica del inc. c del Art. 6, al no reconocerse la necesaria inversión de la carga de la prueba por no llevar el libro de horas extras, obligación dispuesta por dicha norma. Lo expuesto ha comenzado a cambiar a partir de la modificación de la doctrina legal por la Suprema Corte de Justicia del Pcia. de Buenos Aires (SCBA, "López, Juan Ismael Osvaldo c/ ARDAPEZ S.A. s/ Despido", L 99688, 22/2/2012, criterio que ha sido seguido, en algunas oportunidades, por la CNAT).

También resulta particularmente demostrativo de lo que venimos señalando lo que dispuso durante años la jurisprudencia del fuero cambiando en el Art. 30 LCT, segunda parte del primer párrafo, la locución '*del establecimiento*' por '*objeto social de la empresa*' limitando sustancialmente el sentido de la norma.

Así, por ejemplo, se han rechazado demandas en las que se demandada solidariamente a empresas que tercerizan el servicio de vigilancia, sosteniendo que el objeto social de las mismas no era la vigilancia sino la prestación de tal o cual servicio o actividad.

Con ello se desconoce que las empresas pueden tener establecimientos que no pertenecen específicamente a su *objeto social* pero que, claramente, coadyuvan a su consecución, como bien pueden ser los comedores de fábrica que no dejan de ser establecimientos gastronómicos.

Siguiendo la línea interpretativa la norma quedaría modificada de la siguiente manera: "*Art. 30. Subcontratación y delegación. Solidaridad. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia **del objeto social de la empresa**, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social...*".

Tan evidente como el anterior, me mucho más claro en sus efectos, es la lectura que ha hecho buena parte de la doctrina y la jurisprudencia del inciso b del Art. 770 CCCN.

La norma dispone: "*No se deben intereses de los intereses, excepto que:...* b. *la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera **desde** la fecha de la notificación de la demanda*"; no obstante doctrina y jurisprudencia han leído **hasta**, con lo que se tergiversa gravemente tanto el significado de la norma como su finalidad.

Se advierte claramente cómo se reemplaza el texto legal por el pretorianamente dispuesto y por dicho camino se esteriliza la protección dispuesta en cumplimiento del programa constitucional.

c. La norma se interpreta asistémicamente.

Con *interpretación asistémica* pretendemos referirnos a aquellas que contradicen la economía de la norma violándose su sentido, el que necesariamente debe integrarse con el estudio del derecho como la unidad ontológica que es y particularmente con la finalidad del Derecho del Trabajo, es decir su carácter protectorio.

El *in dubio pro operario* limitado al derecho (Situación superada con la modificación del Art. 9 LCT)

Art. 10 LCT. Muchas veces se imputa al trabajador, en circunstancias de extinguir el contrato de trabajo, la violación del principio de continuidad del mismo, cuando la función de todos ellos –los principios- es operar en su favor. Por este camino se consigue el resultado inverso y como tal absolutamente asistémico.

Arts. 17 y 81 El trabajador debe probar acabadamente el carácter discriminatorio del acto. Este criterio fue superado por la jurisprudencia de la CSJN; criterio que aparenta estar en riesgo con la actual integración del CSJN.

Art. 29 LCT. Se ha sostenido, en casos de interposición de personas, que la registración del contrato hecha por el hombre de paja supone el cumplimiento de las obligaciones del empleador real. De este modo se debilita la función antifraude de la norma, es decir se sostiene una interpretación que se contrapone con la finalidad de la misma.

Art. 62 LCT. Frente al incumplimiento de normas de orden público laboral la jurisprudencia ha imputado al trabajador la no observación del principio de buena fe para no hacer lugar a su demanda, haciendo prevalecer, asistémicamente, el interés del empleador por sobre la protección debida al trabajador.

Art. 66 LCT. Su no aplicabilidad a los casos de despido. Criterio superado por la modificación de la norma.

Art. 75 LCT. Se sostuvo que como la norma en análisis (texto según la norma estatal 21.297) no contenía sanción por el incumplimiento a lo allí dispuesto, no existía acción. Tal criterio pretendía que había obligaciones contractuales que no tuvieran la correspondiente acción por su incumplimiento, desconociendo lo que disponía, en tiempos de su vigencia, el Art. 505 CCVélez. El criterio quedó desplazado por la jurisprudencia de la CSJN.

Art. 132 bis. Se pone en cabeza del trabajador la carga de la prueba del incumplimiento en el ingreso de las retenciones efectuadas cuando quien está en mejor situación para probar es el empleador que posee los comprobantes (cuando efectivamente haya ingresado las retenciones, claro).

Art. 241 LCT. El mutuo acuerdo gratificado. Se sostiene que se puede pactar libremente un pago por la extinción del contrato por mutuo acuerdo cuando las formas de hacerlo –la extinción del contrato- no son disponibles para las partes, violándose así el orden público laboral y las técnicas de protección desarrolladas por la materia.

Art. 245 LCT. En muchas ocasiones los juzgados laborales han intimado, como requisito formal del escrito de demanda, a denunciar el tope dispuesto en el segundo párrafo de la norma cuando dicho tope es una defensa que puede interponer el empleador; para ello se argumenta que se trata de una disposición de orden público. Al pensar de tal manera se pasa por alto que el orden público laboral resulta ser una especie del género orden público de protección y que, como tal, funciona unidireccionalmente a favor del débil de la relación jurídica de que se trate. Lo que constituye otra clara interpretación asistémica del derecho aplicable.

d. Interpretación discriminatoria.

Sabemos que hay conductas discriminatorias y normas discriminatorias, pero nos debemos ocupar, ahora, de la interpretación discriminatoria de la norma.

El caso paradigmático en nuestro derecho fue el de la ley 23.592, llamada antidiscriminatoria.

Como es sabido dicha norma adopta medidas contra quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional (y tratados en los que la Nación sea parte, debemos agregar).

Pues bien, hubo una interpretación muy extendida que sostenía que dicha ley tenía el carácter de general y que las normas laborales eran normas especiales y que, por lo tanto, estas últimas prevalecían por sobre la primera. Resultado, la ley 23.592, según este criterio, se aplicaría a todos los habitantes del país menos a los trabajadores, quienes revisten -paradójicamente- la condición de sujetos de preferente tutela constitucional.

Es evidente que estamos frente a una interpretación discriminatoria de la norma por cuestiones sociales. Aunque también porta el vicio de interpretación asistémica al no tomar en cuenta lo dispuesto por el Art. 14 bis CN.

El tema fue superado por la jurisprudencia de la CSJN, en el caso Alvarez c. CENCOSUD de la CSJN.

3. Las técnicas laborales clásicas de interpretación.

Desde antiguo se sostuvo que el *principio protectorio* se encontraba conformado por tres reglas: la de la norma más favorable, la de la interpretación más favorable y la mejor condición alcanzada.

Ya afirmó Cornaglia² que en realidad estas reglas estaban más vinculadas al principio de progresividad que al protectorio, pues a través de ellas se aseguraba, cuando menos, el cumplimiento de la

² Cornaglia, Ricardo J., Reforma laboral, análisis crítico, “*Se vincula el principio protectorio, operativamente, con el principio de progresividad*”, Pág. 233, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

prohibición de regreso del mejor nivel protectorio alcanzado. Y ello por cuanto, por sus efectos, siempre habrá de aplicarse la norma, interpretación o nivel alcanzado que asegure la efectividad de la protección.

Con los ejemplos que vimos en los apartados anteriores vemos que no siempre ello se ha logrado por lo que corresponde que analicemos cada uno de ellos para explicar, y explicarnos, como fue que han funcionado.

a. El *in dubio pro operarii* (La norma y la interpretación más favorable).

La regla interpretativa del acápite es establecida en el Art. 9 LCT que ordena: *En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.*

Como se ve, la condición necesaria para que la norma sea aplicable es que exista *duda* en el ánimo del operador del derecho.

Esto nos lleva a pensar que si dicho operador no tiene *duda* de que corresponde la interpretación o la aplicación de la norma menos favorable, podrá aplicar su criterio sin violación del *in dubio*, porque no tiene duda. Es decir, si no hay duda no regirá la obligación elegir la interpretación o norma más favorable.

Lo expuesto parece ser la razón última por la cual vemos, en los ejemplos arriba citados, que el *in dubio* no se aplica.

Además, la aplicación de la norma más favorable estuvo severamente limitada por la pervivencia de las reglas de la escuela de la exégesis en cuanto imponían que una norma de rango inferior no podía modificar una de rango superior.

En el derecho del trabajo fue regla, desde antiguo, la distinción entre orden jerárquico y orden de prelación. El primero uno de los principios clásicos de la escuela de la exégesis por el cual se sostuvo

que una norma de rango inferior no podía modificar una de rango superior. El segundo, propio del derecho del trabajo, sostenía exactamente lo contrario: se debía aplicar la norma más favorable, aunque esta fuera jerárquicamente inferior. Y se ejemplificaba ello con las convenciones colectivas de trabajo, cuya aplicación prevalecía sobre las normas de jerarquía superior en caso de que contuvieran disposiciones más favorables.

Sin embargo, la experiencia indica que la aplicación del principio de la norma más favorable no avanzó demasiado más allá del ejemplo dado, siendo la menor jerarquía de la más favorable un impedimento absoluto (o casi).

b. La mejor condición alcanzada.

La regla refiere a las condiciones más favorables que los mínimos garantizados alcanzadas en el marco de la relación laboral, hayan sido pactadas por las partes o incorporadas por decisión unilateral del empleador.

Esta regla permitió defender el mantenimiento de esas mejores condiciones ante la posibilidad de ser retaceadas o revocadas por el empleador; lo que era considerado como posible por quienes no reconocían que la relación laboral se encontraba regida por un contrato de trabajo.

El problema se vinculaba, claramente, con la irrenunciabilidad de derechos por un lado y con el cumplimiento de la prohibición de regreso por la otra.

La situación ha sido ¿definitivamente? resuelta por la modificación del Art. 12 LCT que agregó la frase *el contrato individual de trabajo*, incluyendo así a la mejor condición alcanzada dentro de los derechos irrenunciables por los trabajadores.

c. Replanteo del tema.

Lo hasta acá expuesto nos podría hacer caer en el más crudo pesimismo sobre el futuro del derecho del trabajo y la efectiva vigencia de su condición protectoria. Casi como que la interpretación de

ley laboral se constituye en una tarea librada al *libre albedrío* de quienes tienen la potestad de aplicar el derecho en cada caso concreto.

¿Pero ello es realmente así? ¿Existe tal libre albedrío? ¿Se puede interpretar la ley laboral con independencia de todo criterio orientativo?

La sola enumeración de las preguntas encamina nuestro sentido común jurídico hacia respuestas negativas; pero, si existen, cuáles son esas mandas o límites a la tarea interpretativa de los jueces (también de los doctrinarios y profesores del derecho del trabajo, como así también del resto de los operadores del derecho del trabajo, tales como los abogados litigantes, la autoridad laboral, etc.)

4. Un nuevo paradigma interpretativo.

Ante las dificultades que señalamos parece claro que para establecer un modo argumentativo eficaz y ajustado a la realidad de las relaciones laborales debe recorrerse un iter legislativo amplio, teniendo en cuenta las disposiciones que encontramos en el derecho positivo, tanto interno como internacional, y teniendo en cuenta, particularmente, que nos encontramos bajo un nuevo paradigma interpretativo, el de los derechos humanos, de los cuales el derecho del trabajo es un capítulo.

Desde el comienzo aclaramos que utilizamos la palabra paradigma en forma bastante alejada del uso que se le da en el ámbito de la epistemología. Utilizamos la palabra en una significación vinculada a *modelo*, pero modelo que tiene la pretensión de ser aceptado por la comunidad jurídica y que contenga los modos, cuasi determinantes, de la forma en que *se debe* realizar la tarea interpretativa en el ámbito del derecho del trabajo.

Y si tenemos la pretensión de *nuevo* no es porque pensemos que estamos en la *etapa de descubrimiento* sino más bien que pretende-

mos realizar un replanteo y resistemización de elementos existentes que puedan iluminar el problema desde una perspectiva más amplia y por lo tanto distinta a la hasta hoy aplicada.

Además, y a partir de la formación positivista de todos nosotros, siguiendo en un punto una línea de menor esfuerzo, dejamos ex profeso de lado toda incursión ajena a dicha visión del derecho; con una excepción: creo que el objeto del derecho es la conducta en interferencia intersubjetiva y, en dicho marco, el problema de la axiología, que se encuentra presente en la inmanente libertad de las personas, en modo alguno puede ser ajeno a la tarea del intérprete. Con lo que nos alejamos abiertamente de posturas como la pretendida *pureza* del derecho.

Debe señalarse, además, que tal como queda demostrado con los *errores* interpretativos que describiéramos arriba, el principal problema que tiene el derecho del trabajo, desde una visión protectoria, es -justamente- la no recta aplicación de la norma vigente. Con lo cual, realizar la tarea leyendo la norma tal cual está escrita y no como nos dicen que lo está, es decir con sentido crítico, supone, en esta etapa, un claro avance: lograr que las normas se apliquen en su plenitud protectoria.

Dedicaremos nuestra atención a la realidad de nuestro derecho interno luego de la reforma constitucional del '94, cuya trascendencia e importancia huelga ya señalar dada la cada vez más intensa vigencia *real* del derecho internacional de los derechos humanos en nuestra cultura jurídica y, consecuentemente, en el contenido de las decisiones judiciales.

Así, analizaremos los parámetros interpretativos que vienen de la mano del derecho internacional de derechos humanos, de la misma condición *óptica* del trabajador y desde nuestro propio sistema constitucional.

5. La interpretación desde el derecho internacional de los derechos humanos.

Sin pretensión de exhaustividad podemos señalar que desde los derechos humanos se nos ofrecen como pautas interpretativas: la inherente dignidad del ser humano, el principio pro persona, el principio de no discriminación, el principio de progresividad, el derecho AL trabajo y el control de convencionalidad.

a. La inherente dignidad del ser humano.

Sostiene Gialdino que la dignidad no es algo al que el hombre tenga derecho, sino que es un atributo de su personalidad misma, algo que el hombre es por el solo hecho de serlo, constituyendo el fundamento mismo del sistema internacional de los derechos humanos; hace a su objeto y fin³.

Dicho de otra manera, el sistema internacional de los derechos humanos tiene como fundamento la protección de esa inherente dignidad, propia del ser humano, de modo de protegerla en cada instancia en que pueda encontrarse amenazada.

Y en el marco de esta protección no sólo convoca a los Estados sino también a los habitantes de nuestra Latinoamérica que, al decir del ya mencionado Gialdino⁴, debe comportarse fraternalmente, en pleno respeto por los derechos, la individualidad y en definitiva la *dignidad* del otro. Lo que se traduce en una vigencia *vertical* de los derechos humanos (en el primer caso) y una vigencia *horizontal* en el segundo. Siendo claro entonces que existe en el marco de las relaciones *persona a persona*, de las que participa el derecho del trabajo, la obligación de respetar irrestrictamente esa inherente dignidad que venimos mentando.

³ Gialdino, Rolando E., Derecho internacional de los derechos humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones. Abeledo Perrot, 2013, Pág. 6: “*La dignidad de la que hablamos no resulta un obsequio ni una recompensa, tampoco es el laurel de los torneos. No se pierde en ningún trance, ni es renunciabile. Le basta a la persona, para ser digna, con su sola hominidad. La dignidad es una condición con la cual los seres humanos ‘nacen’; de manera que ‘donde exista vida humana, habrá dignidad humana’.*”

⁴ Gialdino, Rolando E., op. cit., Pág. 42.

Mucho más cuando en nuestro derecho el segundo párrafo del Art. 4 LCT define claramente que la prestación de la *persona que trabaja es la actividad productiva y creadora del hombre en sí*.

Cuando el legislador enfatiza *en sí* lo que nos está diciendo, a través del modo reflexivo, es que lo que está en juego es la propia esencia del ser humano, en la cual -en primer lugar- está la propia vida, continente y contenido de su existencia y por consiguiente de sus derechos.

Y si es la propia vida del trabajador la que se encuentra comprometida en el cumplimiento de la prestación a cumplir, menester es considerar que en cuanto vida está comprometido un aspecto esencial de la misma: la inherente dignidad de la persona que trabaja.

Razón por la cual el derecho del trabajo se constituye en un capítulo de los derechos humanos.

b. El principio pro persona (Art. 29 CADH).

El principio pro persona resulta un modo de interpretar las normas jurídicas directamente derivado de la ya señalada dignidad del ser humano y del régimen de los derechos humanos que, conforme el ideal del sistema, tiende a la realización libre de las personas, alejados de todo temor y de la miseria.

La función del *principio pro persona*, es la de asegurar la plena vigencia de los derechos y garantías que los tratados reconocen, y para ello estatuye que las normas que otorgan o reconocen derechos deben ser interpretados con criterio amplio, de manera de favorecer su vigencia. Y las normas restrictivas de derechos deben ser interpretadas restrictivamente a fin de asegurar que la excepción no se aplique más allá de su estricto ámbito. Además, para el caso de que concurran para dar respuesta a un caso más de una norma jurídica deberá estarse a la más favorable al sujeto protegido.

Debiendo señalarse que para actuar de la manera que se señala no debe repararse en la subjetividad del operador del derecho actuante (si en su ánimo existe duda o no) puesto que la norma convencional y su interpretación por la Corte IDH determina que *siempre* se debe actuar en la forma señalada.

Dicho de otra manera, aunque el operador del derecho no tuviera dudas de que la interpretación o la ley menos favorable es la jurídicamente *correcta* para ser aplicada, por mandato convencional siempre deberá inclinarse por lo resulte más favorable a la persona protegida.

De esta manera se asegura el pleno goce y ejercicio de los derechos que le son reconocidos a la persona humana y como parte de ellos a la persona que trabaja.

En tal sentido la Corte IDH ya en el año 2003 sostuvo que *“Este Tribunal señala que como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente”* (Opinión Consultiva 18, Párr. 156).

c. El principio de no discriminación.

Es de todos conocidos que no hay tratados de derechos humanos que no contenga normas que prohíban la discriminación en todas sus formas, siendo además claro que las diversas enumeracio-

nes no constituyen *numerus clausus* sino que por el contrario constituyen taxonomías abiertas a la incorporación de las nuevas formas que el avance de la conciencia jurídica universal va ampliando permanentemente.

Pero la discriminación no sólo puede tener andamiaje en hechos, en conductas, que contengan el estigma de la discriminación; también es posible la existencia de *normas* y sus *interpretaciones* que resulten discriminatorias.

Con respecto a las primeras no tenemos más que recordar el Art. 39.1 de la ley de riesgos del trabajo, que impedía al trabajador la posibilidad de obtener una indemnización integral del daño sufrido, y ello por la sola condición de serlo.

También se pueden hacer interpretaciones de la ley por las cuales se le niega a alguien lo que le es reconocido a la generalidad. Típico caso de interpretación discriminatoria es el vinculado a la ley 23.592 (ya arriba citado) que se juzga aplicable a todas las personas menos a los trabajadores y ello por el sólo hecho de serlo, situación ya citada.

Y resulta obvio que el sistema internacional de los derechos humanos prohíbe tanto unos como otros.

En particular corresponde citar el Convenio 111 y Recomendación 111 OIT que establecen la prohibición de toda discriminación en las relaciones del trabajo.

Las señaladas normas definen el contenido del término *discriminación*, no sólo a "*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social*" sino que vincula tales conductas a los efectos que puedan tener sobre la igualdad de trato en el empleo.

Ampliando la Recomendación 111 dispone que los términos empleo y ocupación *comprenden también las condiciones de trabajo*, camino por el cual dichas condiciones, cuando afecten la inherente dignidad del ser humano, deben ser consideradas discriminatorias.

También resultarán discriminatorias las diferencias en las condiciones de trabajo de unos trabajadores con respecto a otros que no tengan una objetiva justificación.

Como pauta interpretativa y conforme los estándares tanto nacionales como internacionales los actos jurídicos que impliquen conductas discriminatorias son absolutamente nulos.

d. El principio de progresividad.

El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos como así también el Art. 1 del Protocolo de San Salvador y el 2.1 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales instituyen el principio de progresividad, por el que debemos entender la obligación de los Estados a proveer progresivamente el pleno goce y ejercicio de los derechos y garantías reconocidos a las personas.

Mucho se ha escrito sobre la problemática de la progresividad y en particular sobre la promesa incumplida del derecho del trabajo de cerrar progresivamente la brecha entre los que más y los que menos tienen. Promesa incumplida de resolver la *cuestión social*.

Mucho menos se ha escrito sobre otro de los aspectos de la progresividad, su aspecto *unidireccional*.

Por ello, y en palabras de Gialdino⁵, debemos entender por unidireccionalidad la prohibición de una marcha en sentido contrario al logro de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En otras palabras, el PIDESC establece, como regla, la prohibición de retroceso, vale decir, de disminución del grado de protección que hubiesen alcanzado, en un determinado momento, los derechos económicos, sociales y culturales, máxime cuando la orientación de aquél no es otra que "*la mejora continua de las condiciones de existencia*".

La unidireccionalidad del principio de progresividad, en cuanto supone la prohibición de nuevas reglas o criterios interpretativos

⁵ Gialdino, Rolando E., op. cit., Pág 97 y ss.

que disminuyan los niveles de protección ya alcanzados, genera importantes consecuencias.

Para comenzar la violación de la unidireccionalidad acarrea la inconventionalidad de la regla que la imponga y por lo tanto su nulidad e inoponibilidad.

Un caso de particular interés es cuando la nueva norma *in pejus* deroga la regla más protectoria. La dogmática tradicional sostiene que una ley derogada no puede ser repuesta en su vigencia por la derogación de la que así lo dispuso. Entendemos que a la luz del principio de progresividad dicha tesis debe ser revisada.

Pongamos por caso que una ley disponga que la indemnización por despido se calculará a razón de medio mes de sueldo por año de antigüedad (para nada impensable teniendo en cuenta nuestra historia reciente) en lugar de hacerlo a razón de un mes de sueldo por año de antigüedad como es en la actualidad (Art. 245 LCT). Una norma de esta naturaleza resulta derogatoria de la norma más favorable, porque así se lo disponga expresamente o porque la nueva norma resulta frontalmente contradictoria con la anterior (derogación tácita).

Una disposición de tal naturaleza, es de toda obviedad, constituye una modificación desprotectoria de los trabajadores y, en tal circunstancia, a más de violar el Art. 14 bis CN en cuanto no cumple la manda constitucional de proteger, también viola el principio de progresividad en su aspecto unidireccional (se disminuye el mejor nivel de protección alcanzado).

Pues bien, supongamos que en buen derecho la nueva norma es declarada inconventional y por lo tanto inaplicable; pero si la norma más beneficiosa fue derogada y no se puede reponer en su vigencia por la ineficacia de la anterior la pregunta es ¿Qué norma habremos de aplicar? La nueva ley es inconventional, no se aplica; la anterior está derogada, no rige ¿Se queda el trabajador sin indemnización?

Lo absurdo de una respuesta afirmativa nos demuestra el error del razonamiento que la sostiene. Es necesario entonces reanalizar la cuestión.

El principio de progresividad, en su faz unidireccional, plantea la ineficacia jurídica de las legislaciones que disminuyan los niveles de protección alcanzados; en consecuencia, la deriva interpretativa que se pueda hacer no puede tener como resultado ningún otro que no sea, cuando menos, la del mantenimiento de ese mejor nivel protectorio que la nueva norma vulnera.

Si lo que el principio en análisis persigue es, como se dijo, impedir la disminución del nivel protectorio alcanzado, el resultado de la aplicación de la irretroactividad no puede ser otro que el de mantener ese nivel.

En consecuencia, la unidireccionalidad del principio de progresividad, contiene en sí mismo y como condición de mantenimiento de la protección no sólo la inconventionalidad de la norma o interpretación desprotectoria, y consecuentemente su nulidad por violación del orden público, sino también, y repetimos: necesariamente, la inconventionalidad de la derogación resultante. Como consecuencia de ello, y como único modo de mantener el nivel alcanzado, la norma derogada continuará en su vigencia.

En apoyo de lo afirmado podemos señalar que el Art. 386 CCCN dispone que *“son de nulidad absoluta los actos que contravengan el orden público”* y, a su turno, el Art. 390 del mismo código dispone que *“La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo”*.

Lo que se advierte, nos reiteramos, es que no sólo resulta ineficaz la sanción de la norma desprotectoria sino también la derogación de la anterior, sea expresa o tácita, puesto que, de no ser así, el resultado de la anulación de la nueva norma y la inaplicabilidad, por derogada, de la anterior coloca al sujeto protegido en aún peor situación.

Por lo expuesto corresponde sostener que por efecto del principio de progresividad en su faz unidireccional, declarada la inconveniencia de la norma desprotectoria mantiene vigencia la anterior de mayor nivel de protección.

e. El derecho AL trabajo.

Recordábamos párrafos arriba que la prestación debida por el trabajador constituía su actividad *creadora en sí*, y decíamos que el modo reflexivo hacía referencia a la esencia misma del ser humano.

Como dice Gialdino *no es el Homo faber, el Homo economicus, el Homo ridens, el Homo ludens, u otra especie inhallable, lo que ha ocupado la plaza central de dicho sistema, sino el hombre pleno, en toda su extensión y hondura.*

Y si en el trabajo hallamos al hombre pleno en toda su extensión y hondura, queda claro que en dicho trabajo se encuentra comprometida la propia vida del trabajador, encontrando como parte inescindible de ella a su propio cuerpo, que es el vehículo o instrumento de su propia actividad.

Por este camino, al estar comprometida la persona humana en su integridad, el derecho social deviene en derecho AL trabajo, locución por la cual se señala que la persona tiene derecho a tener un trabajo, dado que el trabajo es estructurante en el marco mismo del ser humano en sociedad; que dicho trabajo sea digno, o sea que permita una vida libre de la miseria y el temor y posibilite la realización del proyecto de vida; y, finalmente, a no perderlo sin justa causa.

Se advierte así que el derecho del trabajo resulta ser un capítulo de los derechos humanos y como tal no solo le alcanzan los derechos que tiene como persona que trabaja sino que además, al interior de la empresa, continúa gozando de los llamados derechos inespecíficos, propios de toda persona.

Resulta así que el trabajador posee una doble protección, en cuanto persona y en cuanto trabajador, por cuanto en modo alguno

se puede tolerar que se afecte, en el marco de la ejecución del contrato de trabajo, esa inherente dignidad que le es propia, en tanto personal, al trabajador.

Uno de los aspectos del derecho AL trabajo que debiera generar mayor interés es el tercer aspecto, el de no perder el trabajo sin justa causa. Sobre todo, a partir de la ratificación por nuestro país del Protocolo de San Salvador.

Dicho instrumento reconoce en su Art. 6 el derecho AL trabajo y en el 7 dispone las Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de Trabajo que los Estados signatarios se comprometen a respetar.

Este artículo dispone, con respecto a la estabilidad en el empleo, lo siguiente: *“Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:... inc. d. **la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”**.*

La norma pone en cabeza del trabajador, en forma clara y asertiva, la posibilidad de optar, en casos de despido injustificado, por la indemnización por despido que disponga la legislación local, por la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional. Obviamente para nosotros cobra especial importancia, dado que la legislación local no estatuye un régimen de estabilidad real, la posibilidad que otorga el Pacto de que el trabajador pueda optar por la readmisión en el empleo.

Lo así dispuesto se encontraba con la limitación, dispuesta en el Art. 19.6, por el cual sólo podían recurrirse a la Comisión y Corte

IDH la violación a la libertad sindical y el derecho a la educación; con lo cual quedaba vedada la posibilidad de reclamar ante el sistema interamericano de derechos humanos los temas vinculados al derecho AL trabajo, entre ellos la readmisión al empleo. Lo que fue resuelto por la Corte IDH en el año 2017 mediante una reinterpretación del Art. 26 CADH que analizamos más adelante.

Es así que hoy, en nuestro país, rige (aunque aún no tenga impacto jurisprudencial) el derecho del trabajador a reclamar la readmisión en el puesto de trabajo en los casos de despido injustificado.

f. Control de convencionalidad.

El control de convencionalidad es un método de control de las decisiones locales desarrollado pretorianamente por la Corte IDH con la finalidad de asegurar que, al momento de decidir, las autoridades locales aseguren que las normas de derecho interno sean compatibles con las normas de la CADH o la interpretación que de ellas haya hecho la misma Corte.

Este control de convencionalidad, sostiene la misma Corte, debe realizarse, aún de oficio, por los agentes del Estado, principalmente los jueces, fiscales y defensores (Corte IDH, Cuadernillo 7, Control de convencionalidad). Esta obligación en un país como Argentina de control difuso de constitucionalidad es probable que tenga consecuencias menos espectaculares que en otros con un sistema de control centralizado en una Corte Constitucional. Ello por cuanto la obligación del control de convencionalidad, al ser puesto en cabeza de cada uno de los operadores jurídicos rompe, de hecho, con el control centralizado de las decisiones judiciales y aleja la posibilidad de control por los poderes establecidos del rumbo jurisprudencial de un Estado.

Desde esta perspectiva el control de convencionalidad, al convertir a todos y cada uno de los operadores jurídicos de un Estado en *jueces convencionales* democratiza, al ponerla en cabeza de una mayor cantidad de personas, la toma de decisiones posibilitando la

existencia de una mayor cantidad de voces para resolver la vigencia efectiva de los derechos humanos en nuestra Latinoamérica.

6. Desde la condición óptica de la persona que trabaja. Su estado de necesidad.

¿A que nos referimos con la condición óptica de la persona que trabaja? Pretendemos hacer referencia a esa condición estructural del trabajador por su sola condición de tal. Su condición de hiposuficiente por encontrarse en estado de necesidad.

Dicha condición de hiposuficiente la tiene *todo* trabajador por la sencilla razón de que su único capital es su fuerza de trabajo, la que no resulta acumulable por su condición de efímera; fuerza de trabajo que, por añadidura, debe colocar (vender) en el mercado para obtener lo necesario para la subsistencia. Siendo que su único comprador, quien detenta los medios de producción, puede esperar para contratar apoyado en la perdurabilidad de sus bienes y en la oferta de mano de obra.

De esta realidad surge una relación social de poder⁶ en la cual alguien le puede decir a otro alguien que hacer, como hacer, cuando hacer y donde hacer, con el agravante de que si no se obedece el comprador de la mano de obra posee, además, la posibilidad del castigo (poder disciplinario), la exclusión del colectivo laboral, el despido.

Vemos así, que quien trabaja, en pos de obtener su sustento entrega, en el marco de la relación de trabajo, espacios de su libertad personal, demostrando la experiencia histórica que el sujeto fuerte de la relación ha aprovechado y abusado de esa necesidad generando tipos de regulación alejados de todo parámetro de equidad y justicia. Lo que sólo es concebible por el verdadero estado de necesidad en que el trabajador llega al contrato.

⁶ Concepto que tomamos de Cornaglia quien lo explicaba tanto desde la cátedra como en las reuniones del Instituto de Derecho del Trabajo de Quilmes, del que supo ser fundador y director.

Es ese estado de necesidad, que se traduce en su hiposuficiencia negocial, la que viene a atender el derecho del trabajo.

Y no se piense que este fenómeno es exclusivo de la época de la revolución industrial en Gran Bretaña, sino que se puede ver todos los días en el ámbito mismo de Buenos Aires y ni hablar en el resto del país (situaciones de trabajadores sometidos a servidumbre, trabajo infantil, los niños bandera, el trabajo en negro, el no pago de las horas extras, las supuestas cooperativas de trabajo, etc.).

Dicho de otra manera, en la base del derecho del trabajo, su objeto y fin, se encuentra la necesidad de proteger al trabajador en tanto sujeto débil de la relación de trabajo. Circunstancia que de tan evidente ha encontrado eco en la Constitución Nacional, la que dispone en su Art. 14 bis una verdadera garantía constitucional de protección.

Pues si reparamos en la definición que del término necesidad da el Diccionario de la Real Academia Española, cualquiera de las cinco primeras que elijamos, nos ubica en una realidad que le es propia al trabajador. Aquella en la que se encuentra en riesgo, de algún modo, su propia existencia.

Arribamos a una primera conclusión, que más que presumirse la *necesidad* resulta connatural a la condición: el trabajador *vive* en estado de necesidad, con lo cual debe tenerse en cuenta como un dato insoslayable de la realidad fáctica y jurídica.

Una segunda conclusión. Cada vez que nos encontremos con un acto jurídico laboral en el que no se respeten los mínimos garantizados *sabremos* que el trabajador actuó en su *habitual* estado de necesidad, lo que le impidió resistir el despojo por lo que estaremos en presencia de un acto ineficaz (Arts. 7, 13 y 14 LCT).

La norma también dispone que el estado de necesidad se presumirá cuando la ventaja patrimonial obtenida sea desproporcionada y sin justificación. Me parece que podrá coincidirse en que si lo que establecen las normas laborales es un mínimo garantizado y

las prestaciones son, comúnmente, de carácter alimentario o hacen a la salud y la seguridad de los trabajadores, la ventaja a obtener cuando se violan dichos mínimos, vista desde el sujeto protegido, no puede menos que ser desproporcionada puesto que pone en riesgo la subsistencia, la salud y la integridad psicofísica, todos violatorios del derecho a la vida (Arts. 279, 332, 383 y concordantes CCCN).

Siguiendo con el análisis de la norma ¿Cuándo hay *violencia*? Dice el Diccionario de la Real Academia que *violencia* es *acción violenta o contra el natural modo de proceder*. (Acepción 3), *violento/a* es *que se ejecuta contra el modo regular o fuera de razón y justicia*. (Acepción 7) y *violentar* es *aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia o dar interpretación o sentido violento a lo dicho o escrito o poner a alguien en una situación violenta o hacer que se moleste o enoje* (Acepciones 1, 2 y 4) (Art. 276 CCCN).

Como se puede advertir no surge que la violencia deba ser necesariamente física, la violencia también puede ser moral o psicológica. Y, si coincidimos que un acto que se ejecuta con violencia (reiteramos física o moral) es un acto violento, podemos concluir que violencia es aquella acción contra el natural modo de proceder que se ejecuta fuera de razón y justicia.

En estos términos, un acto jurídico laboral que se ejecuta aprovechando la situación de necesidad de la persona que trabaja, en principio y cuando menos, resulta ser un acto ejecutado con violencia, generalmente moral pero no pocas veces también física.

¿Y cuáles son las consecuencias de lo hasta acá analizado? Siendo que el trabajador se encuentra *connaturalmente* en estado de necesidad y ello constituye no sólo un dato sociológico sino además un dato de nuestro sistema jurídico desde que es constitucionalmente receptado, dicha situación necesariamente *tiñe* la tarea interpretativa del operador del derecho. Así, primero deberá reconocer la existencia de dicho estado y como consecuencia de ello reconocerlo sin necesidad de prueba alguna, o cuando menos *presumirla*, atento

la naturaleza de las relaciones del trabajo y el carácter protectorio de la materia.

7. Desde nuestro sistema constitucional.

Adelantamos en el apartado anterior que nuestro sistema constitucional recepta la protección debida al trabajador, pero no solamente ello, también con la modificación constitucional del '94 ha modificado el sistema de control de constitucionalidad.

a. La garantía constitucional de protección.

Se sostiene desde antiguo que el principio fundamental de nuestra materia es el Principio Protectorio, principio que, sostenemos, en nuestro derecho a dejado de existir como tal para convertirse en una verdadera garantía constitucional de protección.

Ello resulta evidente a poco que leamos, con espíritu crítico, el Art. 14 bis CN. Dicha norma dispone que *el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes las que asegurarán al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor...*

Si además recordamos que las supuestas reglas del principio protectorio (la de la interpretación más favorable, la de la aplicación de la norma más favorable y la mejor condición alcanzada) más que reglas de este principio, tal como ya fue explicado, son reglas del principio de progresividad; por lo que resulta entonces evidente que la protección constitucionalmente ordenada va a estar constituida por la totalidad de la normativa laboral que tendrá como condición misma de su validez constitucional la obligación de ser *protectoria* y *asegurar condiciones dignas y equitativas de labor*.

Para determinar si una norma resulta protectora o no ya no alcanzará para analizarla de manera individual, aislada, en un análisis estático de la realidad (una foto) sino que deberemos realizar ese análisis en comparación con la situación existente al momento en que la nueva norma empieza a regir, en un análisis dinámico de esa realidad (una película).

Es el único procedimiento que nos permitirá determinar si una norma resulta ser protectora (si aumenta o cuando menos mantiene los niveles ya alcanzados) o por lo contrario es desprotectora (si disminuye esos mismos niveles).

Acá entra en juego la regla de la norma más beneficiosa, mediante la aplicación de los principios de progresividad (en su faz *unidireccional*) y el principio pro persona, como herramienta útil para determinar, justamente, si la nueva norma cumple o no con la manda constitucional, superando la limitación que la misma tiene en la doctrina tradicional que requiere la existencia de dos normas vigentes.

En esta lectura que realizamos del Art. 14 bis CN nos lleva necesariamente y como parte del test de constitucionalidad a comparar la norma nueva con la anterior lo que habilita la utilización de la mencionada regla.

En definitiva, toda norma que no sea protectora conforme el análisis que propugnamos resultará ineludiblemente inconstitucional por no cumplir con la garantía de protección.

En tal sentido ya dicho la CSJN, en modo más que contundente, que *“Esto es así, pues una vez establecido que la disputa interesa al trabajo del Art. 14 bis citado, el principio protectorio que este enuncia y el **carácter inviolable de los derechos que reconoce**, conducen necesariamente a la indisponibilidad y la prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo 'en todas sus formas', vale decir, tanto al prestado en el ámbito público como en el privado”* (CSJN, entre otros: Fallos: 335:729, “Iribarne, Rodolfo c/ Estado Nacional - Honorable Senado de la Nación-”; Fallos: 335:1251, “Ambrogio, José y otros c/ Estado de la Provincia de Corrientes”; Fallos: 335:2219, “Martínez, Adrián Omar c/ Universidad Nacional de Quilmes”; Fallos: 335: 2219, “Corrado, Jorge Guillermo y otros el Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y otro s/ proceso de conocimiento”).

b. El Art. 75 inc. 23º CN.

La norma del acápite dispone que corresponde al Congreso “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*”.

Una lectura desapasionada y sin subterfugios nos depara una realidad incontrastable: toda norma que no asegure *el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos* no podrá pasar el test de constitucionalidad.

Ya no será suficiente que la norma reglamente razonablemente, que no *pulverice* la garantía constitucional que se reglamenta, sino que deberá propender nada más y nada menos que a su pleno goce y ejercicio.

Y lo dicho nos lleva a otra conclusión, ineludible. ¿Podrá el intérprete realizar lo que no puede la ley? Podrá sostenerse una interpretación que resulte restrictiva de los derechos reconocidos, una interpretación que no reconozca el pleno goce y ejercicio de esos derechos.

Si la economía de la Constitución pasa por la progresividad de los derechos, por su pleno goce y ejercicio, una interpretación restrictiva resulta por completo contraria a dicha orientación y por lo tanto *asistémica*, razón que determina que deba descartarse de plano.

Y acá debemos vincular el tema con la duda en la interpretación de la ley. Se ve ahora más claro aún, que la interpretación de la norma laboral deberá hacerse siempre de manera de lograr el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos.

8. La justiciabilidad de los DESCAs.

Ha existido (¿existe?) una larga discusión sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ahora también ambientales.

No es del caso desarrollar acá los argumentos expuestos en uno u otro sentido, solo señalar que el Protocolo de San Salvador (adicional a la CADH) que determina las obligaciones de los Estados miembros de la OEA respecto a este tipo de derechos, en su Art. 19.6 determina que solo resultan justiciables ante el sistema interamericano de derechos humanos (la Comisión IDH y la Corte IDH), las garantías referidas a la libertad sindical y a la educación, con lo que aparecían como alineados dentro de una postura restrictiva de la justiciabilidad de estos derechos.

Esto fue así hasta que la Corte IDH en el caso Lagos del Campo vs. Perú (31 de agosto de 2017), en jurisprudencia reiterada en Trabajadores de Petroperú vs. Perú y San Miguel Sosa y otros vs. Venezuela, realizó una reinterpretación del Art. 26 CADH.

A través de la interpretación de éste artículo la Corte IDH realizó una tarea de integración de distintas normas (entre ellas la Carta de la OEA, la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, el Protocolo de San Salvador), para concluir que los DESCAs (en el caso el derecho a la estabilidad ante el despido injustificado dispuesto en el Art. 7. d del PSS) se encuentran subsumidos en el Art. 26 CADH y por lo tanto, por esta vía, resultan justiciables; con lo que cambió radicalmente la línea argumental que venía llevando.

Es así que la Corte IDH ha resuelto que los DESCAs en el SIDH son justiciables lo cual, a través de la herramienta del control de convencionalidad, resulta de obligatoria observancia en nuestros países.

Lo cual implica que los derechos y garantías establecidos en el Protocolo de San Salvador, aplicando el procedimiento explicado por la Corte IDH en los precedentes citados, son plenamente justiciables.

9. El fraude laboral.

El fraude en materia laboral, si debiéramos atenernos a la experiencia, parece ser consustancial al derecho del trabajo. Son más que habituales las maniobras que se realizan para eludir el cumplimiento de normas imperativas, particularmente con la utilización de normas de cobertura.

Tal es así que la ley de contrato de trabajo ha intentado dar respuesta a dicho fenómeno primero definiendo al fraude laboral y luego con las medidas antifraude contenidas en los artículos 28 a 31 LCT.

El Art. 14 LCT dispone: *“Nulidad por fraude laboral. Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley”*.

Caracteriza la norma no sólo el disponer la nulidad del acto fraudulento (de la naturaleza de las cosas) sino que también identifica formas típicas de comisión; pero no sólo ello, también dispone que tales casos la relación laboral se regirá por la propia ley de contrato de trabajo, lo que constituye un típico remedio al fraude a la ley.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en lo que constituye un importante avance, incorpora la definición y sanción al fraude a la ley en el segundo párrafo del Art. 12. En él dispone: *“El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”*.

Estas disposiciones resultan utilísimas herramientas para poder, mediante la utilización del principio de primacía de la realidad,

desarmar las habituales maniobras de simulación (equiparadas al fraude en la ley laboral) por las cuales se pretende ocultar la verdadera naturaleza jurídica de la relación a fin de eludir el cumplimiento de las normas imperativas de nuestra materia.

Debiendo recordarse, además, que la subsecuente nulidad puede, y debe, ser declarada aún de oficio (Art. 387 CCCN) cuando la misma resulte manifiesta al momento de dictar sentencia.

Así, tanto las disposiciones sobre fraude a la ley como las mencionadas medidas antifraude, constituyen tan valiosas como indispensables herramientas para poder dilucidar el contenido jurídico de las relaciones habidas cuando se niega la existencia de un contrato de trabajo; posibilitando, mediante su oportuna utilización, incorporar a la protección a aquellos trabajadores víctimas del tipo de maniobras que analizamos.

10. Los efectos de la nulidad en el derecho del trabajo.

El derecho del trabajo cristalizó con el dictado de la ley de contrato de trabajo (*rectius*: Régimen del contrato de trabajo) el régimen de nulidades partiendo de un hecho claro: la persona que trabaja, por su estado de necesidad, en los procesos laborales fraudulentos no es coautor, es víctima.

Así en el Art. 40 dispone que “*la prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador*”, reforzando dicha protección en el Art. 42 en el que dispone la inoponibilidad al trabajador de la nulidad del contrato de objeto prohibido; protección *cruzada* que hace que el trabajador nunca perderá, como consecuencia de una nulidad, los derechos a la remuneración, indemnizaciones y demás derechos adquiridos.

Como broche, la ley ordena que las nulidades *deben* ser declaradas por los jueces aun sin mediar petición de parte.

Se puede advertir que el sistema de nulidades así dispuesto, que se completa con el Art. 14 LCT en cuanto estatuye el fraude a la

ley como causa de nulidad, diagrama un sistema de protección específico para la persona que trabaja ampliando la protección con respecto a lo dispuesto en el CCVélez y aún en el CCCN.

11. La regla de clausura.

El panorama descrito lo cierra, al modo de una regla de clausura, el principio pro persona (Art. 29 CADH) por el cual la Corte IDH dispone que *siempre* se debe estar a lo más conveniente para la persona protegida, dicho esto expresamente para el derecho del trabajo en la OC 18, párr. 156.

Con *al modo de una regla de clausura*, queremos significar que el principio pro persona, más allá de la existencia de duda o no en el operador del derecho y más allá de su opinión personal, *siempre* deberá interpretar las normas protectorias, y las del trabajo entre ellas, de la manera más favorable al sujeto protegido (la persona que trabaja en nuestro caso).

Con respecto a la prueba rige el segundo párrafo del Art. 9 LCT, el que dispone que *“si la duda recayese en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”*

Es así, entonces, que toda interpretación y consiguiente aplicación de las normas, en el sistema interamericano, debe realizarse teniendo en mira lo que es más conveniente al sujeto protegido. Una verdadera norma de clausura: *siempre en favor del débil*.

Se advierte así que en América Latina y el Caribe teorías como la de la ponderación de Alexy, en el marco de los derechos de condición protectoria, debiera tener nula aplicación.

Si en los casos difíciles, según dicho autor, se debe *ponderar* los derechos/principios en contradicción a fin de determinar, en el caso particular, cual tiene más *peso* para ser aplicado, poco tiene que ver con la situación hasta acá descrita; en nuestros países *siempre* se deberá estar a lo más conveniente a la persona protegida.

Debiendo señalarse además que, si nos referimos a la teoría de Alexy, el *ponderar* no refiere a la simple selección de una norma entre varias, sino a la realización, en los casos difíciles, de un procedimiento complejo dirigido a determinar cual tiene mayor *peso*.

12. El carácter absoluto de la protección debida.

Al cabo de la exposición que venimos efectuando surge una pregunta absolutamente legítima: ¿Son absolutos los derechos de los trabajadores?

La respuesta *normal* es que no existen derechos absolutos, y para sostenerla se puede recurrir a los Arts. 14 y 28 CN, los que disponen “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”, el primero; y “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”.

Es acá, a esta altura del presente estudio, donde puede advertirse lo que se señalaba al comienzo, los análisis de la doctrina (incluso en la argumentación y la filosofía del derecho) se hacen sobre hipótesis propias del derecho civil, del derecho penal o, aún, sobre otras ramas del derecho que carecen de la nota específica de ser de carácter protectorio; es decir, que su razón de ser sea la existencia de un sujeto protegido, en nuestro caso el derecho del trabajo.

La pregunta del comienzo puede reformularse en los siguientes términos ¿Es válido trasladar a los derechos de condición protectoria las afirmaciones desarrolladas en el marco de derechos que no contienen dicha condición? ¿Una respuesta afirmativa, soporta una interpretación sistémica?

Podemos hacer un repaso de lo hasta acá dicho:

* La persona que trabaja se encuentra en un connatural estado de necesidad, lo que determina el carácter protectorio de derecho del trabajo.

* En virtud de dicho estado de necesidad nuestra Constitución establece en el Art. 14 bis una garantía constitucional de protección, pensada en términos imperativos: “El trabajo en sus diversas formas *gozará de la protección* de las leyes, las que *aseguraran* al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor”.

* En el derecho en general, y en los derechos de carácter protectorio en especial, rige un nuevo paradigma interpretativo, el de los derechos humanos, que pone a las personas como centro de imputación de derechos y garantías a partir de considerarlas, por el sólo hecho de ser personas, en su inherente dignidad.

* El derecho del trabajo considera al trabajo como la actividad productiva y creadora de quien trabaja, con lo cual ubica a la especialidad como un capítulo de los derechos humanos.

* En razón de esa pertenencia el derecho internacional de los derechos humanos generó el derecho AL trabajo, por el cual la persona que trabaja tiene derecho a un trabajo, a que éste sea digno y, fundamentalmente, a no perderlo sin justa causa; habilitándose a que, en dicha hipótesis pueda demandar la readmisión en el empleo.

* Como persona le alcanza la prohibición de discriminar, en especial por cuestiones sociales y por las condiciones de trabajo a las que es sometido.

* Desde antiguo se lo protege estableciendo al desbaratamiento del fraude laboral, de carácter objetivo, como instrumento de la protección debida.

* Se protege la mejor condición alcanzada en el marco del contrato de trabajo mediante la prohibición de regreso implícita en el principio de progresividad.

* El Art. 75, inc. 23 determina que la interpretación de las normas, las laborales entre ellas, debe estar orientadas al pleno goce de los derechos y garantías reconocidos.

* La eficacia del derecho internacional en el derecho interno, particularmente la justiciabilidad de los DESCAs, se puede asegurar mediante el control de convencionalidad, aplicable aún de oficio.

No se advierte, frente a esta plétora normativa dispuesta en favor de la persona protegida, norma alguna que pudiera habilitar el cuestionamiento a la protección prometida tanto a nivel constitucional como convencional.

Y si se advierte, como ya se dijo, que el principio pro persona constituye una verdadera norma de clausura, la protección debida constituye un derecho absoluto.

13. Conclusiones.

En definitiva, si nuestra Constitución establece una garantía constitucional de protección al trabajo en sus distintas formas de modo de asegurar al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, tenemos una primera pauta interpretativa de cumplimiento insoslayable: Las normas, sí o sí, deben aumentar el nivel de protección o cuando menos no disminuirlos. Si no lo cumplen resultan inconstitucionales.

A similares conclusiones se llega analizando el principio de progresividad. Conforme el carácter unidireccional del mismo está prohibida la disminución de la mejor condición alcanzada.

Pero no sólo deben resultar protectorias, deben serlo de modo de asegurar el pleno goce y ejercicio de esos derechos, con lo cual no cualquier reglamentación resultará constitucionalmente válida sino únicamente aquellas que cumplan con la condición.

En consonancia con lo dicho, y reforzando el criterio del *favor debilis*, las normas deberán interpretarse conforme el principio pro persona descartando, consecuentemente, cualquier interpretación que resulte discriminatoria, teniendo en cuenta que lo que está en juego en la prestación laboral es la inherente dignidad del ser humano.

No deberá olvidarse, cuando juzguemos la validez de un acto jurídico laboral, que el trabajador se encuentra *per se* en estado de necesidad, por el solo hecho de ser trabajador, y que por lo tanto todo consentimiento prestado que redunde en la pérdida de derechos deberá presumirse que se obtuvo aprovechando de dicho estado de necesidad.

En definitiva, siempre deberá estarse, en el derecho y en la prueba, a lo que resulte más favorable al trabajador, debiendo discutirse, tan solo, si los hechos invocados caen dentro de los tipos legales invocados.

No resultará nunca suficientemente reafirmado que lo expuesto no constituye mera retórica, sólo palabras tal vez bonitas, sino cartabones que toda interpretación de la norma laboral debe cumplir *indefectiblemente* bajo apercibimiento de descartarse como una interpretación ajustada a derecho y en consecuencia válida.