

Aportes para una Teoría General del Derecho Laboral

DRA. LUCÍA MARÍA ASEFF | Jueza de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Sala II, Rosario

Este artículo aporta algunas ideas para la construcción de una Teoría General del Derecho Laboral, teniendo en cuenta que toda reflexión epistemológicamente fundada debe atender no sólo al derecho positivo, sino también a los aspectos sociológicos y político jurídicos que lo generan y orientan su aplicación - que en esta materia son especialmente ricos - y no puede prescindir de las prácticas sociales de naturaleza discursiva que los expresan. Las he condensado en cinco puntos, exponiendo solamente sus contenidos mínimos: una breve introducción seguida del surgimiento histórico de la disciplina, los principios generales que la identifican, el problema de las fuentes y una también breve conclusión, dejando a salvo que pueden existir otras perspectivas en torno a esta cuestión igualmente aceptables.



*«El hombre es la medida de todas las cosas,
de las que son en cuanto son y de las que no son en cuanto no son».*

PROTÁGORAS DE ABDERA (CA. 480-410 A.C.)

1. Introducción

Una teoría general de cualquiera de las ramas del derecho habrá de participar de caracteres similares a los que identifican a la Teoría General del Derecho, entendida como una reflexión sobre las categorías o elementos esenciales que desde un punto de vista sistemático constituyen y definen la materia, cuál ha sido su origen y desarrollo histórico y cómo funciona y se aplica en el presente, teniendo en cuenta las modificaciones que se operan sobre los textos que la expresan –aun cuando se mantengan en

su original redacción– en virtud de la distancia que media entre el momento de su creación, el tiempo, modo y forma de su circulación y su «consumo» por parte de sus destinatarios. A lo que cabe agregar la diversidad de legítimas perspectivas desde las que se pueden abordar y definir sus problemáticas esenciales.

Siendo así, estas breves líneas no constituirán sino un abordaje parcial de la cuestión –por eso, meros «aportes» para la reflexión– es decir, referencias elementales que responden a mis particulares apreciaciones del

tema, donde habré de tener en cuenta los aspectos vinculados tanto a la dogmática como a la sociología y la política jurídicas, mas sin que ello implique restar valor a la existencia de otras visiones basadas en distintos fundamentos.

La cita de Protágoras que preside este texto de algún modo se ve reflejada en el orden lógico de exposición de las Institutas de Gayo: «*Los derechos de los que nos servimos se refieren todos ya a las personas, ya a las cosas, ya a los actos. Veamos primeramente aquello que concierne a las personas*» y fueron extraídas de *El espíritu de Filadelfia*, obra de Alain Supiot citada en la bibliografía que lleva como subtítulo *La justicia social frente al mercado laboral*. Y aun cuando puedan aplicarse a toda la materia jurídica, resultan especialmente adecuadas para abordar el Derecho Laboral y sus avatares, porque expresan la permanente tensión entre la protección de los asalariados y el poder del mercado, que esta disciplina ha pretendido moderar mediante un conjunto de reglas destinadas a mantener el necesario equilibrio entre los débiles y los poderosos, diseñando una tutela

especial a favor de la dignidad de los trabajadores en su más profunda dimensión humana.

Porque la relación que vincula al trabajador con su empleador es una relación de poder y por eso la subordinación es una piedra angular de la disciplina, cuya pretensión es la de «civilizar» esa relación poniéndole límites; situación que se expresa en la constante tensión entre el orden público laboral y el orden público económico, puesto que la intención liminar ha sido que la economía y el mundo financiero fueran medios al servicio del hombre haciendo prevalecer la justicia sobre la fuerza, mas donde a menudo se ha utilizado al orden público económico para justificar normas, doctrinas y fallos de neto carácter regresivo – sobre todo en épocas de emergencia, que no han escaseado – porque como acertadamente lo expresara Antoine Jeammaud en décadas pasadas, hemos estado sometidos a la «*tiranía del trabajo a cualquier precio*», riesgo siempre presente que relativiza y pone en jaque la primacía de los principios protectores del trabajo dependiente mediante un excesivo predominio del orden

público económico por sobre el orden público laboral.

En tal sentido sugiero – a modo de digresión – prestar atención a la Acordada N^{ro.} 36 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) del 09.09.2009 – que fue suscripta por todos los ministros, con excepción del Dr. Zaffaroni – que crea la «*Unidad de Análisis Económico*» dentro de la órbita de su Secretaría General de Administración, en relación a la cual algunos laboristas como Rodolfo Capón Filas ven una suerte de disvalioso retorno al, según él, «*mal llamado orden público económico*», dado que entre las funciones adjudicadas a dicha unidad se encuentra «*...la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante el Tribunal*», mientras que en los Considerandos de la acordada se hace alusión a la gravitación que pueden llegar a tener algunas decisiones en el desenvolvimiento de las actividades económicas del país cuando se precisan los alcances jurídicos de normas constitucionales directamente referidas a cuestiones de naturale-

za económica, para quienes actúan en la producción, intercambio y consumo de bienes y en la prestación de servicios, ejemplificando con conceptos tales como «retribución justa», «salario mínimo vital y móvil», «participación en las ganancias de las empresas», «jubilaciones y pensiones móviles», «compensación económica familiar» – todos ellos contenidos en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (CN) – «progreso económico con justicia social» o «generación de empleo» (artículo 75, inciso 19), por citar sólo los más estrechamente relacionados con la materia laboral.

Volviendo al tema central, el primer interrogante que se presenta, entonces, es si podemos referirnos válidamente a la existencia de una Teoría General del Derecho Laboral, es decir, si existe un conjunto de conocimientos y principios que puedan configurarse como esenciales en tanto definitorios de la disciplina, distinguiéndola nítidamente de otras ramas del derecho.

Y si bien es cierto que las respuestas podrían ser diversas, también lo es que existen algunos temas que la identifican cuya centralidad no se

puede ignorar, que tienen que ver principalmente con el contenido de la asignatura – que dejaré para el final, a modo de conclusión – su origen histórico, sus principios y sus fuentes, que serán abordados sucintamente mas sin dejar de tener en cuenta el dinamismo propio de la materia laboral que suele modificarlos en tiempos relativamente cortos, en la medida que refleja las transformaciones políticas, culturales, económicas y tecnológicas del mundo en que vivimos.

2. El origen histórico del Derecho Laboral

El primer abordaje en este intento de formular una teoría general se vincula necesariamente a la *sociología general y jurídica*, porque el Derecho Laboral nace a partir de la emergencia y tratamiento de la cuestión social y los efectos de la pobreza propios del advenimiento del capitalismo, que se propuso remediar o atemperar en la medida de sus posibilidades, tratando de reparar esa desigualdad esencial habida entre las partes de la relación laboral mediante la generación de un equilibrio destinado a contribuir a la

armonía y la paz social, dentro del marco de la cultura liberal y humanista del siglo XIX.

Es así que Antón Menger, quien encabezó una corriente de pensamiento conocida como *Socialismo Jurídico*, en su obra *El derecho civil y los pobres*, escrita entre 1889 y 1990 – citado por Héctor Hugo Barbagelata en la obra incluida en la bibliografía de este artículo, p. 112 y ss. – se rebela, a partir de esta desigualdad, contra los códigos civiles y el derecho tradicional que partían de una situación de igualdad, inexistente en esta materia, de la que constituyen un cruel y fiel reflejo obras de la literatura universal como, por ejemplo, *Tiempos difíciles* de Charles Dickens.

Mientras que más adelante en el tiempo, los efectos deletéreos que produce la primera guerra mundial impulsan el agrupamiento de las naciones de Occidente a fin de morigerarlos y preservar, en lo posible, a las futuras generaciones, marco dentro del cual nace la Organización Internacional del Trabajo (OIT) – de la que nuestro país es miembro fundador – organismo que ha trabajado insisten-

temente desde su creación, en el año 1919, en el fomento del derecho y la justicia social en el mundo, constituyendo en gran medida la razón de ser de su existencia. Y ha sido tanto en la Constitución de 1919 como en la Declaración de Filadelfia de 1944 –cuya relectura recomiendo– que se fueron afirmando los principios rectores de las normas internacionales sobre el derecho laboral, la mayoría de los cuales siguen teniendo vigencia pese al tiempo transcurrido: que el trabajo no debe ser tratado como una mercancía por tratarse de una prestación personal e infungible de quien lo ejecuta y que la justicia social no sólo se ocupa de proteger a las personas que trabajan, sino también de la distribución equitativa de la riqueza y de la función que en ello le cabe al Estado, diseñando un modelo social donde el trabajo sea la consecuencia de un acto de libertad de elección de los seres humanos y no la imposición insoslayable de la mera necesidad.

Estos principios rectores han destacado que:

- El trabajo no es una mercancía.
- La libertad de expresión y de asociación son esenciales para el progreso

- La pobreza constituye un peligro para la libertad de todos.
- La lucha contra la necesidad requiere de esfuerzos constantes y concertados, nacionales e internacionales.
- Deben participar en ellos representantes de los trabajadores, los empleadores y los gobiernos, para promover el bienestar común.
- La paz permanente sólo puede basarse en la justicia social.
- Todos los seres humanos, sin discriminación alguna, tienen derecho a perseguir la obtención de estos bienes en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

La OIT es desde el año 1946 una *agencia especializada de las Naciones Unidas* cuya misión, desde el punto de vista de la política jurídica, es promover la justicia social y los derechos humanos en el trabajo, y es la única institución multilateral del mundo que tiene una estructura tripartita, dado que la integran 28 miembros en representación de los Estados signatarios –10 de los cuales tienen un puesto permanente por ser los países más industrializados– 14 por los empleadores y 14 por los

trabajadores, siendo su principal función elaborar normas internacionales bajo la forma de convenios y recomendaciones que fijan los principios que la organización sustenta, las condiciones mínimas de protección en el mundo del trabajo y, también, como velar por su aplicación.

Es por ello que aun cuando los Estados miembros no hayan ratificado algún convenio, la mayoría entiende que igualmente están obligados a su respeto y cumplimiento como consecuencia de su adhesión a los principios que determinaron su constitución, mientras que aquellos que lo han ratificado se encuentran jurídicamente obligados por su contenido y deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas sus disposiciones.

Ya Mario de la Cueva explicaba que la Justicia Social no era una idea abstracta sino que debería ser considerada como «*un principio de acción que emerge de las necesidades reales del hombre que vive en sociedad*», como «*el ordenamiento impuesto por la necesidad humana para su satisfacción integral*». Mientras que más recientemente, el economista Joseph Sti-

glitz, al vincular la Justicia Social con el desarrollo equitativo, perdurable y democrático, reclamaba insistentemente la reformulación «de la arquitectura económica internacional» y acciones concretas contra «*las políticas que operan contra los intereses de los trabajadores*».

En *El espíritu de Filadelfia*, su autor nos alerta sobre los peligros que nuevamente amenazan al mundo del trabajo contrariando los principios de la declaración del año 1944, tales como el neoliberalismo, la globalización, la flexibilización, la deslocalización de las empresas y otros fenómenos similares que acarrearán, entre otros perjudiciales efectos, el fraccionamiento de la relación de dependencia y el consecuente debilitamiento de la responsabilidad de los empleadores, por lo que si bien la «cuestión social» que actualmente vivimos no es, estrictamente, la inicial, no por ello deja de seguir siendo uno de los núcleos problemáticos de esta materia.

En tal sentido, Supiot advierte que lo que preside el actual proceso de globalización es el *objetivo inverso al de la justicia social, que ha sido sustituido*

por el principio de la libre circulación de capitales y mercancías invirtiéndose la jerarquía de los medios y los fines, situación a la que también se han sumado los países que participan de la economía comunista de mercado. Ello ha traído como consecuencia la privatización del Estado social, y es en todos estos elementos donde el autor encuentra vínculos profundos entre la filosofía posmoderna y el ultraliberalismo, que nos ha llevado a la paradoja de considerar que el trabajo no es la causa sino el efecto de la riqueza, algo que a su criterio no deja de ser asombroso, y que estimo está íntimamente conectado con el avance cuantitativo y cualitativo de las tareas de servicio e intermediación en detrimento de las actividades estrictamente productivas, generando nuevas formas de riqueza –de algún modo artificiosas, pero de efectos multiplicadores– así como una correlativa flexibilidad semántica, con las nefastas consecuencias sobre el mercado de trabajo por todos conocidas.

Advierte, entonces, la existencia de una suerte de darwinismo normativo en virtud del cual el derecho debería fundarse en la libre competencia

y en criterios de eficacia, y donde la selección natural de los sistemas jurídicos se operaría mediante la competitividad; concepción contra la cual conspiraría la «rigidez» de los derechos laborales y se expresaría en las dificultades de contratación, alargamiento o reducción de la duración del trabajo y, básicamente, en los costos de contratación y despido de los trabajadores. Y se sorprende de que en la actualidad se subordinen las libertades colectivas de los asalariados a las libertades económicas de las empresas, porque la teoría económica del derecho considera que todo puede analizarse en términos de oferta, demanda, competencia, capital, productos y precios, mediante la creencia en un mundo regido por la utilidad, restaurando el antiguo sueño de gobernar a los hombres al modo en cómo se administran las cosas, donde la pretensión es que su horizonte sea enteramente calculable y programable, mundo que funciona *gracias a la comunicación y no a la conversación* –aguda observación de profundo contenido– y donde el sentido de la vida humana también se va perdiendo (y devaluando) en los términos hasta ahora conocidos.

3. Los principios que lo conforman y le dan identidad

Una rama del derecho –y el Derecho Laboral no escapa a esta apreciación– se constituye como tal en forma autónoma cuando tiene una serie de principios diferentes a los del derecho común, que deben ser considerados como generales y abarcar el mayor campo de hechos específicos posible, pues le otorgan el sentido general y su lógica interna a la rama en cuestión, su identidad y autonomía. Sin dejar de tener en cuenta que existen diversas definiciones sobre los principios podemos decir, *prima facie*, que son las directrices que informan una disciplina y constituyen herramientas para resolver una situación conflictiva mediante reglas destinadas a orientar una decisión en función de su contenido. Los que en nuestra materia se encuentran en gran medida positivizados y los inscribe, decididamente, en la *dogmática jurídica*.

Es así que los principios se proyectan sobre el sistema de fuentes para interpretar las normas jurídicas y resolver su concurrencia con otras normas en vistas a su aplicación, tal como se

encuentra expresado, por ejemplo, en el art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT).

En el Derecho Laboral el *fundamental es el principio protectorio* de los derechos del trabajador, que es su columna vertebral y el que le da identidad. Se encuentra establecido el artículo 14 bis de la CN y en el artículo 20 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe (CPSF), pero también en los tratados internacionales, la LCT y los Códigos Procesales, extendiéndose sobre las tres grandes áreas que conforman el Derecho del Trabajo: el Derecho Colectivo, el Derecho Individual y el Derecho Procesal.

En cuanto al *Derecho Colectivo*, ha de destacarse que la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT encuentra en la libertad sindical y la negociación colectiva el primer principio del Derecho del Trabajo, porque ambas constituyen su generador y garante, motivo por el cual el Derecho Colectivo tiene sus propios principios en materia sindical, negociación y conflictos colectivos. Se encuentran destinados en forma preferente a proteger el sindicato, la

huelga y la negociación colectiva, en algunos casos, incluso, requiriendo la abstención del Estado.

Los principios del *Derecho Individual* del trabajo los encontramos, sobre todo, en la LCT: no siempre los enuncia en forma expresa pero los contiene; ellos son –sin pretensiones de taxatividad– los siguientes:

- El de *irrenunciabilidad de derechos* (artículos 7, 12, 58, 119, 131, 145, 148, 162, 180, 240, 241 y 260, entre otros).
- El de *continuidad del contrato de trabajo* (artículos 10, 90, 225 a 228, en menor medida, 242, 243, y otros).
- El de *primacía de la realidad* (artículos 14, 225 a 228, 29 a 31).
- El de *razonabilidad* (artículos 66, 62, 65).
- Los de *justicia social, equidad y buena fe* (artículos 11 y 63).
- El de la *condición más favorable al trabajador* (artículos 7 y 8).
- El de *no discriminación arbitraria e igualdad de trato* (artículos 16 de la CN, 17, 81 y 172 de la LCT, 9 de la 25.013 y Ley 23.592).
- El de la *norma más favorable al trabajador en caso de duda, y ahora también en la apreciación de la prueba* (artículo 9 de la LCT).

- El de *suficiencia y justicia de la remuneración y otros relativos a condiciones justas y dignas de trabajo* (artículos 14 bis de la CN, 116, 119, 120 y ccs. de la LCT y convenios de la OIT).
- El de *indemnidad y ajenidad al riesgo empresario*, (220 a 222 y 247).
- El de *progresividad –o de no regresividad*, como lo llaman algunos autores como Ramírez Bosco– *finchado en el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social* (artículo 75 inciso 19 de la CN), destacado por la CSJN en «Aquino» como principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en particular, que algunos autores conectan, por su proximidad, con el principio de *favorabilidad*.

Este principio implica la exigencia irrestricta de que los derechos laborales mantengan una secuencia invariablemente creciente, en estrecha relación con el orden público laboral y el principio de irrenunciabilidad, así como con la dignidad de la persona humana; implícitamente contenido en la LCT, *impide perforar el límite mínimo enunciado por el sistema*.

Y en cuanto al *Derecho Procesal Laboral* han de tenerse especialmente en cuenta, por ser los más importantes, aunque no los únicos:

- Los principios destinados a promover una *tutela judicial efectiva* –que no son exclusivos de nuestra disciplina– contenidos en numerosos instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25), que en nuestra provincia han sido tenidos en cuenta cuando se reformó el Código Procesal Laboral introduciendo, entre otras novedades, los procesos abreviados (artículos 121 a 137 del CPLSF).
- El de *gratuidad en los procedimientos judiciales y administrativos* (art. 20 de la LCT y art. 20 de la CPSF).
- El *principio de facilitación de la prueba en el proceso laboral mediante presunciones legales* (artículos 55, 57 y 92, entre otros, de la LCT y 44, 47, 50, 67, 71 y 96 del CPLSF).
- Las *facultades otorgadas al juez laboral* en el art. 61 del CPL, permitiéndole decretar de oficio las medidas de prueba que estime convenientes.

La existencia de principios generales

del derecho del trabajo no excluye la existencia y aplicación de otros principios generales del Derecho, pero siempre y cuando sean compatibles con esta disciplina, como sucede, por ejemplo, con el principio de la autonomía de la voluntad o la teoría de los actos propios, que en atención al principio protectorio tienen un margen muy escaso de aplicación en la medida que podrían invocarse para consagrar una violación al orden público laboral, siendo plena su vigencia sólo respecto a los actos del empleador, porque suele ser él quien fija las pautas de la relación de trabajo.

4. Las fuentes del Derecho Laboral

También este tema presenta aristas particulares al ser enfocado desde la materia laboral y, además, especialmente frondosas.

La reforma constitucional del año 1994 trajo la incorporación de numerosos instrumentos internacionales incluidos en el texto del inciso 22 del art. 75 de la Carta Magna, y abandonó la teoría dualista estableciendo, inicialmente, que «*Los tratados y*

concordatos tienen jerarquía superior a las leyes» y, luego de su enumeración, que «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...». También, que «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 la jerarquía constitucional». Es así que desde una postura clásica o tradicional se puede afirmar, en relación a los tratados y conforme a los incisos 22 y 24 de este artículo, que los hay de jerarquía constitucional, de jerarquía superior a las leyes y también inferior a la constitución y las leyes.

Las interpretaciones y comentarios que han suscitado tanto esta reforma como los fallos de la CSJN que transitan con rigor extremo esta senda, no han sido pacíficos; por el contrario, han traído y siguen trayendo controversias al interior de la doctrina constitucionalista y laboralista, que han

sido señalados con claridad en casos como «Edmejkan» y «Simón».

También se debe citar entre los instrumentos internacionales con proyección en nuestra disciplina la Declaración Sociolaboral del Mercosur, que constituye una fuente regional no vinculante, cuyo primer impulso data de 1991 y fue suscripta el 10 de diciembre de 1998 por los cuatro jefes de los Estados entonces parte, cuyo objeto fue fijar los fundamentos de la dimensión social de la integración económica mediante la enunciación de una serie de principios y derechos y el diseño de un procedimiento de seguimiento para promover su aplicación efectiva.

La LCT establece en su artículo 1° su propia jerarquía de fuentes mediante una enumeración que no es taxativa sino meramente enunciativa, pero no habla de los tratados –lo que se explica por la fecha de su sanción– aunque, desde luego, su aplicabilidad se impone si son de superior jerarquía.

La situación actual es, entonces, de una gran complejidad en las relaciones existentes entre las fuentes

del Derecho del Trabajo, y obedece a diversos factores: a su abundancia, a su movilidad –pues se suceden en el tiempo con gran rapidez– a su distinta naturaleza y origen (legales y convencionales, constitucionales y supraconstitucionales, escritas y no escritas), a lo que debe sumarse su distinto ámbito de aplicación, puesto que a la ley de fondo común que constituye la LCT debemos agregarle todas las normas individuales que surgen de la diversidad de estatutos especiales, más todas las contenidas en el derecho colectivo y el derecho procesal laboral.

En el derecho colectivo coexisten normas generales con normas sectoriales, emanadas del Estado, de la autonomía colectiva y también de órganos arbitrales y administrativos con ciertas potestades normativas, que exhiben una relativa inderogabilidad y tienen carácter mixto –imperativas respecto de alteraciones *in pejus*, dispositivas para su mejora– siendo absolutas e inconválidas las nulidades derivadas de su inobservancia, apartándose así de la confirmabilidad y el carácter relativo que en el Derecho común tienen las

normas imperativas respecto del interés de los particulares.

Porque tal como lo ha sostenido Borraro Dacruz en la obra colectiva de Ackerman y Tosca (Tº I, P. 574), el Derecho del Trabajo, «...más que una pirámide de normas es una cascada o torrentera de legislación, pactos colectivos regulares e irregulares, contratos individuales, reglamentos de trabajo y de régimen interior residuales, concesiones unilaterales de la empresa consolidadas como mejoras colectivas o ad personam, usos profesionales y locales, etcétera que conforman una masa reguladora, con capas o estratos superpuestos».

Pero, además, todavía nos enfrentamos a una dificultad de orden práctico que advertimos en el cotidiano quehacer, cual es el desconocimiento que exhibe gran parte de los operadores jurídicos –incluyendo a los jueces– sobre las normas así incorporadas a la CN, tema que ha sido abordado por distintos doctrinarios en un recomendable ejemplar de la Revista de Derecho Laboral de Rubinzal Culzoni (Nº. 2010-2) dedicada al tema «Normas internacionales y derecho interno».

En él, Arturo S. Bronstein ha señalado que «El mayor obstáculo con que se encuentran las normas de la OIT cuando llega el momento de confrontarlas con el Derecho nacional, deriva del hecho de que de ellas se habla mucho pero se las conoce poco. Si en todas partes se habla de la OIT en general se tiende a asociarla con algunos de sus aspectos más mediáticos, como los referidos a la libertad sindical, el programa de trabajo decente o su programa de erradicación del trabajo infantil, entre muchos otros. Sin embargo, se conoce mucho menos la construcción interpretativa que ha hecho la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en torno a estos convenios, y aún menos la doctrina desarrollada en torno a los más de 180 convenios internacionales del trabajo que la Conferencia ha adoptado desde la creación de la OIT en 1919. De ahí que lo primero que se debe hacer para que las normas de la OIT se integren en un sistema de Derecho nacional consiste en asegurar que sean bien conocidas por quienes deben aplicar el Derecho».

Miguel Ángel Maza asume en esa

misma obra una postura tan escéptica como realista, a la que él mismo se adelanta a calificar como «políticamente incorrecta», expresando las reservas que le produce esta suerte de obligada internacionalización del derecho laboral, que no comparto pero no habré de analizar aquí en atención a los límites asignados a esta contribución.

Mientras que David Duarte, en su artículo «El enfoque humanista en la era de la globalización y su importancia para el derecho del trabajo (de «Ekmekdjian» a «Simón»)» considera que se está en presencia de un cambio fenomenal en el rol de los derechos humanos y en la preservación de la dignidad de la persona humana, porque lo relevante es su tratamiento internacional aun cuando no estuviese reglamentado por el Derecho interno, así como la importancia y sentido con que deben actuar los poderes públicos. Y afirma, además, que las normas del ius cogens forman parte del Derecho interno en tanto aquél constituye la más alta fuente del Derecho Internacional que se impone a los Estados por sobre cualquier otra norma, que no es susceptible de ser derogada

por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa, dado que expresa el consenso mínimo actual sobre valores fundamentales de la comunidad internacional.

Esta preeminencia del *jus cogens* expresa una postura de cuño jusnaturalista –con los riesgos que conlleva– que desde un punto de vista estrictamente epistemológico particularmente no comparto, pero he de admitir que ha sido utilizado por la CSJN para sustentar sus fallos más progresistas.

María Angélica Gelli, por su parte, considera que el crítico problema de la jerarquía de las fuentes en la CN luego de la reforma de 1994 es una cuestión todavía no cerrada del todo, por el alcance atribuido al control de convencionalidad en el orden regional y en el orden nacional. Mientras que Iván Kvasina, en el artículo citado en la bibliografía explica que el constituyente previó un procedimiento específico a la hora de reglar lo atinente a la elaboración de tratados internacionales, su entrada en vigencia y obligatoriedad, y planificó al tratado como un acto federal complejo en cuya

celebración intervienen los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Nación, por lo que no estima acertado asimilar el tratado internacional con la ley interna que lo aprueba. Y en el particular caso de la OIT, aclara que siendo nuestro país parte de la organización «firma» todos los convenios que la Conferencia aprueba por las mayorías constitucionalmente requeridas, y se obliga a someterlo a la consideración del Estado para que le dé forma de ley o adopte otras medidas pero, a su criterio, los convenios de la OIT no ratificados por la Argentina, al no haber cumplido el complejo trámite legalmente establecido no son tratados perfeccionados y por lo tanto no obligan al Estado Argentino, ni están incorporados al derecho interno, ni constituyen normas de nuestro ordenamiento jurídico directamente aplicables en la resolución de conflictos. En tal sentido, y contra la opinión de una gran parte de la doctrina laboralista –a la que adhiero– afirma que postular la aplicabilidad directa de un instrumento en tales condiciones sería tanto como aplicar derecho «no vigente» en nuestro país.

Y si bien admite que existe actual-

mente una tendencia a garantizar con la mayor amplitud posible la vigencia efectiva de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, los Pactos y las Convenciones, surgiendo nuevos estándares acordes a esa evolución, entiende que para resultar legítimos y eficaces no deben dissociarse de los elementos esenciales de legitimidad de origen, porque toda consolidación del sistema de derechos no puede hacerse sino dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho.

También el Preámbulo de la CN es considerado fuente normativa por algunos autores, si bien provoca debates para determinar su alcance. Y en cuanto a su eficacia jurídica, la mayor parte de los constitucionalistas sostienen que las cláusulas operativas y las programáticas tienen la misma relevancia condicionando la validez de la legislación ordinaria. Y tanto en el supuesto de normas internas –incluyendo las de los pactos, tratados, etc., incorporados al texto constitucional– como en las de origen internacional no incorporadas (y en este caso, aun adoptando la tesis monista) para su utilización es esen-

cial analizar su estructura normativa a fin de determinar si requiere una norma reglamentaria que la especifique y concrete (cláusula programática) o si es susceptible de aplicarse por sí misma (cláusula operativa, autoaplicativa), por lo que su aplicación dependerá de su naturaleza y de la voluntad del intérprete.

Más allá de la clásica distinción entre monismo y dualismo que esta pluralidad de fuentes ha traído nuevamente a la discusión, lo cierto es que la tendencia a la globalización y a la adopción de normas internacionales ya es un hecho que, en nuestra disciplina, se manifiesta con bastante intensidad, sobre todo a partir de la reforma del año 1994. Y si bien se trata de un tema resuelto legislativa y jurisprudencialmente, es claro que en la doctrina sigue abierto.

Por lo demás, el Derecho del Trabajo suma a las conocidas sus propias fuentes: la convención colectiva de trabajo (cct), que es una institución específica y particular del Derecho (colectivo) del Trabajo que no habremos de encontrar en otra rama del derecho y, además, es expresamente

mencionada como tal en el artículo 1º, inciso c) de la LCT, que luego de las tradicionales también otorga el carácter de «fuente de regulación», a «las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales», mientras que los arts. 7 y 8 se refieren a ellas para optar por la norma más favorable al trabajador.

Los convenios colectivos constituyen una típica fuente profesional, donde la autonomía colectiva de la voluntad adquiere particular relevancia; en rigor, la más singular y problemática de nuestra disciplina por el carácter expansivo y vinculante de sus cláusulas y su ubicación y primacía dentro del ordenamiento normativo que, desbordando los cánones propios de las tradicionales formas contractuales y los demás actos creadores de obligaciones, fue objeto de estudio y análisis por parte no sólo de los laboristas sino también de los civilistas, generando diversos enfoques.

Se trata de acuerdos celebrados entre grupos diferentes que, mediante ciertas formalidades, son obligatorios, mayoritariamente para personas que no participaron en ellos ni por sí ni por apoderado, y ni aun por su pertenencia

formal a los grupos contratantes.

Su objeto se halla conformado, básicamente, por lo que la OIT denomina «condiciones de trabajo y empleo» siendo sus materias principales las modalidades del contrato de acuerdo a la actividad, la categorización del personal y su remuneración, la jornada de labor y los descansos obligatorios, así como las cuestiones de seguridad y salud en el trabajo. Tradicionalmente se han distinguido en los CCT las cláusulas normativas –que son las que acabo de enumerar– cuyo valor es similar al de la ley en tanto las partes no pueden pactar condiciones por debajo de ellas, de aquellas de contenido obligacional «o contractual», que solo obligan a las partes que suscribieron el convenio, aunque esta distinción es estrecha porque quedan fuera de su ámbito las cuestiones de encuadramiento así como las de gestión o administración de lo pactado.

Estaríamos en este caso en presencia de una institución bifronte, dado que en su forma típica todo CCT abarcaría en su estructura, por un lado, tanto un negocio jurídico contractual –que es el que se celebra entre sus partes

signatarias – mientras que por el otro se asemeja a una ley por el carácter de fuente obligatoria que la propia ley general le asigna.

Su jerarquía dentro de la pirámide normativa fue puesta a prueba con motivo de los convenios del año 1975, concertados en un contexto político y económico singular que determinó, posteriormente, bajo el régimen de facto que se impuso a partir del año 1976, el dictado de la ley 21.476 que los modificaba en forma notablemente restrictiva, tema que fue tratado por la CSJN en los casos «Nordens-thol» y «Soengas», de los que se puede concluir que las CCT merecen, por lo menos, el respeto debido a los contratos, aunque no debe ser, necesariamente, absoluto; y que el criterio final a adoptar habrá de depender, en definitiva, de las razones de emergencia que justifiquen la restricción llevada a cabo, del modo como esa restricción haya sido establecida y del contexto jurídico anterior y posterior. No constituyen una respuesta inequívoca acerca de la jerarquía relativa de los convenios, sino más bien un criterio flexible sobre la constitucionalidad de su afectación en épocas de

emergencia, que es cuando se opera sobre las CCT para modificarlas – por lo general restrictivamente – a fin de adaptarlas a la crisis.

En definitiva, las convenciones colectivas de trabajo tienen una jerarquía inferior a las de las normas legales, que a su vez le sirven de límites: mínimo (el piso de beneficio) y máximo (la salvaguarda del interés general). Sin embargo, una ley del congreso no podría suprimirlas porque su concertación se halla convencional y constitucionalmente garantizada y nuestro país ha ratificado expresamente los convenios de la OIT que se refieren a ellas.

El análisis precedente muestra que este tema ha sufrido en las últimas décadas una suerte de implosión, porque las fuentes del derecho se han multiplicado trayendo, en algunos casos, conflictos e incertezas a la hora de aplicar la ley; y su articulación no solo es compleja sino que, además, no es pacífica, por lo que siempre será tarea del operador jurídico seleccionar las que considere relevantes para la solución del caso, o bien las que muestren una mayor concordancia con su propia concepción del derecho.

Por lo que cabe destacar que no son neutrales, dado que en esta complejidad no portan en sí mismas, necesariamente, un orden jerárquico como sucediera en otros tiempos, lo que trae, a mi criterio, tres consecuencias muy importantes:

- La primera es que nos permite advertir la relatividad de ciertos «conceptos jurídicos fundamentales» y de verdades que se creyeron eternas cuando, atravesadas por la historia, son reemplazadas por otras.
- La segunda, que este contacto con la multiplicidad y diversidad de las fuentes a las que se puede acudir para resolver un caso muestra, también, porqué el Derecho en sentido amplio –y, desde ya, el Derecho Laboral como rama especial– se caracteriza a menudo por la existencia de «dos bibliotecas» para muchas de las situaciones que debe resolver.
- La tercera, inevitable colofón de las anteriores, muestra cuánta es la libertad de indagación y reconstrucción del sistema que esta característica de las fuentes del derecho le otorga al operador de la ley.

Lo fundamental en determinar cuáles son las fuentes del Derecho que

podemos calificar de legítimas o auténticas reside en que ello permite poner límites más claros y precisos a la acción de los operadores del sistema, cuestión que exhibe una destacada importancia en relación al juez, porque de esta manera se controlan los fundamentos de su decisión y se aventa el peligro de creación indiscriminada de normas por parte de quienes, como principio general, sólo deben aplicarlas –sin perjuicio de tener presente la considerable labor creativa que existe en las decisiones jurisdiccionales en determinadas circunstancias– fortaleciendo de ese modo el sistema republicano de gobierno.

A este tema los juristas críticos agregamos la preocupación por saber dónde nace el derecho y cómo se legitima, pero no sólo desde un punto de vista formal teniendo en mira su validez, sino también desde una perspectiva material, o sea de contenidos; porque al entender al derecho como una práctica social específica de naturaleza discursiva que incide en la producción de sentido, la necesidad de saber cuáles son sus fuentes habrá de estar centrada no solo en los modos como éste se produce y expre-

sa sino, muy especialmente, de dónde surge y en función de qué intereses, para poder vincular su legitimación a cuestiones de ética material que pongan en un plano preferente la relación entre los textos que conforman la materia jurídica y el contexto en el que se producen, circulan y se consumen, de tal modo que estos procesos de creación de normas puedan ser analizados en función de la ideología que los inspira y el poder real que los promueve y sostiene.

5. Conclusiones: objeto y contenido del Derecho del Trabajo

A modo de breve síntesis y para finalizar este recorrido por los elementos más sobresalientes de esta rama del derecho, reiteraré que para tener una liminar aproximación a una Teoría General del Derecho del Trabajo esta materia debe ser entendida como una categoría cultural propia del sistema capitalista que trata de proteger el trabajo dependiente teniendo en cuenta la desigualdad existente entre el empleador y el trabajador, tratando de equilibrarla mediante la creación de normas e instituciones de

protección de la parte más débil de la relación, que se manifiesta en los numerosos principios que la distinguen; donde las personas especialmente tuteladas son los trabajadores dependientes y el fin perseguido es el de dotarlos de herramientas legales que refuercen su libertad de elección y su dignidad.

Asimismo he de destacar que esta disciplina no se comprende ni se expresa solamente como el conjunto de normas que regula el contrato de trabajo dependiente sino, también, que aborda desde diversas perspectivas una actividad esencial para una gran cantidad de personas: el trabajo humano personal, oneroso, voluntario, por cuenta ajena y subordinado, prestado por una persona que en virtud de su desigualdad pre negocial requiere necesariamente de una protección especial, en virtud de la cual no puede ser abordado ni entendido como un sistema normativo neutral, sino como compuesto por un conjunto de contenidos mínimos obligatorios, irrenunciables e inderogables, producto de sus luchas, su historia y su presente.

Aún así, no debemos olvidar que el

principio rector es in dubio pro operario, no «pro operario» a secas, porque el derecho del trabajo no es un derecho de excepción que sanciona privilegios conquistados por la fuerza sino que es un derecho especial que se distingue del derecho común porque la inferioridad económica en que están los trabajadores anula su libertad contractual y requiere la intervención de la ley para restablecer el equilibrio.

Esta disciplina hace tiempo que se encuentra en crisis ante la retirada del Estado de Bienestar y la tecnificación de los procesos productivos, generando un universo creciente de subempleados, desocupados y precarizados, al mismo tiempo que se ha ido legitimando la adaptabilidad del empleo al mercado de trabajo –que requiere cada vez menos mano de obra– desalentando las restricciones a los poderosos que históricamente le dieron origen y sustento, lo que ha producido un proceso de «deslaboralización» del Derecho del Trabajo.

Teniendo en cuenta esta situación y la convicción de que el trabajo es un derecho humano fundamental, deseo

concluir estas reflexiones trayendo a colación este valioso y relativamente reciente paradigma elaborado por la OIT, que es el de trabajo decente –enunciado en la Declaración aprobada en la Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2008– que se conecta al de la justicia social, cuyas propuestas –acaso utópicas– son:

- a) el empleo pleno y productivo,
- b) la ampliación de la seguridad social,
- c) la justa distribución del ingreso,
- d) el diálogo social,
- e) el tripartismo,
- f) la eficacia de la legislación laboral y de la inspección del trabajo,
- g) la nueva comprensión de la relación de trabajo, y
- h) la observancia de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

En definitiva, la del trabajo es una categoría esencial de la vida cotidiana que nos abarca a todos –también a nosotros, magistrados, funcionarios y demás integrantes del Poder Judicial– cuyo principal objeto, como lo explicita el art. 4 de la LCT cuando se refiere al contrato de trabajo, es la actividad productiva y creadora del hombre. Voto entonces porque podamos

llevarlo a cabo haciendo predominar, en lo personal, la libertad sobre la necesidad y, en el ejercicio de nuestra disciplina, los principios de la justicia social por sobre los del mercado. ■

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por Mario Ackerman y coordinado por Diego Tosca. Tomo I. Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2005.
- ASEFF, LUCÍA M. *Los principios generales del derecho, el principio protectorio y la irrenunciabilidad de derechos en el Derecho Laboral*. En «Laboralia», Juris, Rosario, 2011.
— *Las fuentes del derecho*, en la obra homónima de autores varios compilada por la autora. Rosario, Juris, 2005.
— *Los principios en el Derecho del Trabajo*. En «Laboralia». Rosario, Juris, 2011.
— *Argumentación jurídica y semiosis social*. Rosario, Juris, 2003.
— *El jus cogens*. En «Laboralia». Rosario, Juris, 2011.
- BARBAGELATA, HÉCTOR HUGO. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN. *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires, Ediar, 2002.
- BRONSTEIN, ARTURO S.: *La utilización de los convenios de la oit por los tribunales nacionales*, en RDL 2010-2. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010 (citada en adelante como RDL, 2010-2).
- DUARTE, DAVID. *El enfoque humanista en la era de la globalización y su importancia para el derecho del trabajo (de «Ekmekdjian» a «Simón»)*, en RDL 2010-2.
- DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*. Barcelona, Planeta, 1993.
- ETALA, CARLOS ALBERTO. *Interpretación y aplicación de las normas laborales*. Buenos Aires, Astrea, 2004.
- GIALDINO, ROLANDO EDMUNDO. *Derecho Internacional de los derechos humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- GIRARDINI, ENRIQUE. *Irrenunciabilidad de derecho en normas no imperativas*, en «Taller de jueces laborales». Rosario, Juris, 2010.