

Reproducido en www.relats.org

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Ricardo J. Cornaglia

**Publicado en Doctrina Laboral, Errepar,
Octubre del 2014, No. 350**

Es doctrina establecida firme de la C.S.J.N. que "el trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional".[2]

En una Constitución como la que rige en Argentina desde 1853, la idea del progreso, explica la sistematicidad de sus normas. [3]

Se ha sostenido fundadamente que el progreso, es la idea fundacional e inspiradora de nuestra ley fundamental, indagando en la ideología que inspiró a la generación del 37 y a Esteban Etcheverría, mentor cultural de Juan Bautista Alberdi.

El autor del Dogma Socialista, testigo y cronista de las revoluciones de 1848, no puede ser reducido absurdamente a

la concepción liberal del progreso, útil al proyecto que asoció al progreso con la creación eficiente de un mercado nacional de abastecimiento de las mercaderías necesarias para la industrialización de los países centrales.

La ambigüedad del concepto progreso, se puso de manifiesto y entró en una crisis de la que tiene salir, cuando el país asoció al progreso con el constitucionalismo social.

Cuando la Argentina, comenzó a asumir la cuestión social en su derecho positivo constitucional, las contradicciones implícitas en el concepto del progreso, comenzaron a evidenciarse plenamente.

Las cláusulas consagrando derechos económicos y sociales, comenzaron en las Constituciones Provinciales, (Mendoza, San Juan y Santa Fe anticiparon el camino), se afirmaron en la Constitución Nacional de 1949, se consolidaron en la reforma de la Constitución de 1957, en la reforma de la Constitución de 1994, en innumerables reformas constitucionales provinciales y en los Tratados de Derechos Humanos y Sociales que incorporamos con rango supra legal.

Todo ese arsenal de normas constitucionales, del que se desprende operativamente la legislación social, los convenios colectivos de trabajo y la jurisprudencia nacional reguladora de los conflictos sociales individuales y colectivos, se pone a prueba en función de las ambigüedades del progreso, el ordenamiento del progreso como proceso racionalizador de un Estado de Derecho Social. El culto del progreso, como dogma, pasó a ser la crítica del mismo. Su regulación a partir de valores que cuestionan su funcionalidad.

El derecho obrero, el derecho de los pueblos originarios, el derecho ecológico, son el campo de batalla donde el derecho privado y público, se ponen a prueba.

Esto implicó una toma de conciencia de nuevos principios generales del derecho, que racionalizan al sistema, lo nutren, le permiten funcionar y lo gobiernan. Desafiarlos es ponerse del lado de los poderes que contra ellos batallan y subvierte el orden constitucional que conforma el pacto básico de la sociedad posible.

Uno de los problemas filosóficos inherente al progreso posible, es su relativismo.

Cuando se quiere entender al progreso, como una concepto social cuantificable, sus contradicciones se agudizan.

¿Es el progreso de algunos, cimentado en el daño que se causa a otros, realmente un progreso legítimo en un Estado Social de Derecho?

¿Es el progreso de las mayorías, el factor suficientemente legitimante del daño a causar?

¿Debe el progreso económico apoyarse en el daño evitable de una minoría o un individuo?

La interpretación materialista y sus desviaciones economicistas, poco ayudan para responder a esos y otros interrogantes análogos.

Sigue siendo un tema pendiente para el materialismo histórico el del progreso y sus ambigüedades, que fueron expresadas por Marx y Engels en materia de colonialismo y revolución en las sociedades precapitalistas. Vinculado con la cuestión nacional, se potencia con sus aristas las dificultades que plantea.

La relatividad del progreso, está profundamente vinculada con la temporalidad de su naturaleza.

Lo progresista de hoy, puede ser considerado conservadorismo mañana, en términos de intentos de recuperar el pasado y sus logros.

Los logros del progreso capitalista, son puestos en duda y revisión por la cuestión social y sobre ella el socialismo construye el rescate del ideal del progreso, sobre el que el liberalismo creara su descreimiento.

Ese descreimiento sobre el que Oswald Spengler, construyera su teoría decadentista.

Es el socialismo el que pone sobre las espaldas del movimiento obrero la tarea de construir la historia, demoliendo al capitalismo, para expresar en la sociedad socialista la formulación del progreso de la humanidad.

El desafío lo supera, a las hora de las realizaciones concretas. El muro de Berlín se derrumba, carcomido por el progreso prometido y no alcanzado.

Desmentidas en los hechos. Las sociales democracias reformistas, extorsionadas por las crisis económicas cada vez más periódicas, hacen retroceder a los Estados de bienestar contruidos a partir de sus principios y gobiernan con las crudas políticas de neo-liberalismo, púdica forma de mal disimular a la restauración conservadora de la escuela de Chicago.

Desde entonces, resulta obvio para muchos, que la ideología del progreso primero cambia de metas, y luego pierde el destino.

Pero aún esta sociedad descreída, debe encontrar su progreso y hacerlo en términos de racionalidad, al punto de que el quehacer de la humanidad deje de ser caótico y aterradorante.

La conceptualización del llamado principio de progresividad, trae el peligro de constituirlo en una identidad abstracta, independizada de su dinámica función temporal.

Esa estructura temporal del concepto, está reñida con su positivización identitaria, en la medida en que esa identidad sirva para transformarlo en un fetiche.

John Holloway ha teorizado a partir de Marx sobre la fetichización y la función que ella cumple con referencia al poder-sobre, en oposición al poder-hacer.[4]

El principio de progresividad, retomando sus doctrinas dialécticamente y aplicándolas en relación al rol del derecho, permite romper con el fetiche del progreso, que sirvió fundamentalmente para constituir una sociedad y en un Estado al servicio del capitalismo y a su medida.

La tensión estará entre la adjudicación del principio de progresividad de una función fetiche, propia del poder-sobre, con su sentido conservador de la injusticia social sosteniente de un régimen social injusto y la función liberadora, desafiante del orden establecido.

Para el derecho social, el peligro de caer en el fetiche es su máximo desafío. La objetivación de lo hecho se enfrenta con la función de construir un derecho para el hacer.

Con referencia a la cuestión social, la historia del derecho, ha terminado por ser hegemonizada por el fetiche del derecho de propiedad en su versión de la era de la modernidad

y la economía capitalista, que construyó el derecho positivo del presente.

Ese derecho positivo hecho, incluso el constitucional básico del individualismo, ha sido la construcción jurídica del respeto al trabajo mercancía, con su postergación del hombre y su cosificación economicista, esencial para sostener la dominación de la economía por un sistema abstracto e irracional que ha transformado al capital como un poder superior a los Estados. Estados que primero sirvieron para la acumulación interna y ahora sirven obedientemente al capital constituido como fuerza financiera internacional globalizada.

Como lo supo destacar Holloway, la fetichización sirvió para separar lo hecho del hacer.[5]

El pensador irlandés, destaca la importancia de la diferenciación entre el poder hacer y el poder sobre, (también de lo hecho con el hacer). Y lo funcional que resulta al poder sobre la relación objetivante del concepto trabajador, al que por esa vía se lo deshumaniza, por un lado y por el otro la relación subjetivante de la mercancía (lo hecho), que mediante la fetichización es transformada en un sujeto.

Es así que el poder existente se funda en transformar las relaciones entre personas, en relaciones entre cosas.

Y el fetichismo cumple su función de separar el hacer de lo hecho. La conducta trabajo (hacer) de la mercadería, (lo hecho).

La fractura del hacer implícita en la fetichización es significativa en cuanto a la fundamentación del derecho positivo y sirve a la reificación de sociedad.

Los principios generales del derecho tienen la función de desarticular los fetiches, por responde a valores auténticos de la civilización.

2.- EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

La tarea más trascendente de la ciencia jurídica, es establecer cuales son esos principios generales que gobiernan al sistema normativo, ya que ellos son normas de normas.

Cada vez que alcanza la conceptualización de un nuevo principio general o de una regla general de derecho instrumental de uno de esos principios, todo el orden jurídico en conjunto sufre transformaciones.

Así pasó cuando la doctrina del riesgo profesional, consagró el principio de indemnidad de los trabajadores y a su conjuero, se produjo a fines del siglo XIX la transformación más profunda que se dio en la teoría general de la responsabilidad, lo que dio lugar al nacimiento de derecho social.

En ese relevamiento de valores fundamentales, la C.S.J.N. en septiembre del 2004, dio un paso singular, con las sentencias dictadas en “Castillo c. Cerámica Alberdi S.A.”[6], “Vizzoti, Carlos A. c. AMSA S.A. s. despido”, sentencia del 14 de septiembre del 2004 y “Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, del 21 de septiembre del 2004, tuvieron la valentía de actualizar un doctrina vetusta y arcaica en materia de aplicación de los derechos humanos y sociales. Ellas pusieron fin a una etapa y dieron nacimiento a otra. Desde entonces, en innumerables fallos de la propia Corte y los tribunales de todo el país, se afirma un proceso en el que la

vinculación de los derechos humanos y sociales se afirmó para bien del Estado de Derecho.

La Corte influyendo y la jurisprudencia del país que influyera, superó un pasado que sostenía un orden público afirmado en el más crudo economicismo.

En los votos de los ministros de la Corte Enrique S. Petracchi y Raúl E. Zaffaroni, en la sentencia dictada en la causa “Aquino”, se fundó el decisorio en el agravio el principio de progresividad.

En este fallo, la Corte asumió que este llamado principio progresividad[7], tiene raigambre constitucional en el art. 14 bis y en una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Sociales que nos rigen. Además se señaló en el fallo el antecedente propio del derecho comparado, de las resoluciones de Tribunales como la Corte de Arbitraje Belga y el Tribunal Constitucional de Portugal y el Consejo Constitucional francés.

Podría haber citado la Corte en materia de derecho comparado, la reforma de la Constitución de Venezuela que positivizó al principio de progresividad en materia de derechos humanos (en su art. 19) y de derechos del trabajo (en su art. 89) o en el derecho interno, al art. 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que a partir de 1994, consagró ese principio en forma explícita o la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, de la que somos Estado miembro y obligado por ella.

Sin embargo nos resulta lo más significativo del decisorio la relectura de nuestro artículo 14 bis, comenzando por la indagación sobre la voluntad de los constituyentes. Recordando las palabras del miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957,

sobre el destino que se le deparaba al proyectado art. 14 bis, en estos términos: “Sostuvo el convencional Lavalle, con cita de Piero Calamandrei, que "un gobierno que quisiera substraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante", aun cuando ello "podrá desagradar a alguno que querría permanecer firme" (Diario de sesiones..., cit., t. II, pág. 1060)”.

En consecuencia y a partir de esos valores, es que el artículo 14 bis ordena en materia laboral, dictar leyes para asegurar derechos a los trabajadores y desactiva normas que fueron dictadas para desasegurarlos.

Asumió en definitiva el más Alto Tribunal, implícitamente, que por medio del principio de progresividad opera el derecho del trabajo a partir del reconocimiento del estado de necesidad de amplios sectores de la clase trabajadora y cumple la función de reparar racionalmente la des posesión implícita en la relación de trabajo del orden económico capitalista. Relación de subordinación que legitima la apropiación por el empleador de esa fuerza de trabajo y las ganancias que genere, ajenizando al productor del trabajo de los riesgos que asume quién lo explota en su beneficio.[8]

Este principio funciona como una válvula dentro del sistema, que no permite que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias logrados.

Impide el retroceso a condiciones propias de períodos históricos que registran un mayor grado de des posesión legitimada.

Se expresa articuladamente para cumplir la función protectoria con el principio de la irrenunciabilidad y las reglas de la norma

más favorable y de la condición más beneficiosa. En esencia, limita la cláusula del progreso, a partir del deber de no dañar, subordinando lo económico a la defensa de derechos humanos fundamentales.

Debe también destacarse que en el fallo “Aquino”, la distancia que existe entre el derecho del trabajo y el derecho al trabajo, comenzó a ser recorrida conceptualmente. Y se eligió la última preceptiva como destino, meta y contenido del concepto fundante del decisorio. Es el derecho al trabajo un punto debatido y a agotar en esta época de la post modernidad, que cobra especial relevancia.

3.- DECLARACIONES DE LA ABOGACÍA ORGANIZADA QUE INCURSIONAN EN EL TEMA.

La Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, el día 7 de diciembre del 2007, dio a conocer un documento que se relaciona con lo que hemos apuntado anteriormente. Se trata de llamada “Carta de Cochabamba: Las relaciones laborales en el Siglo XXI”.

La Declaración, resultado de la asamblea ordinaria celebrada en esa oportunidad en la ciudad de Cochabamba, implicó una toma de posición y compromiso para los abogados laboristas de latinoamérica y las organizaciones gremiales que los representan y se suman a la entidad internacional.

En ese documento, en aras de la justicia social, se formuló un duro enjuiciamiento del paradigma neoliberal, que tuviera particular significación en las políticas gubernamentales de las últimas décadas del siglo XX.

Desde un punto de vista teórico y en lo que al derecho del trabajo se refiere, el documento lleva al plano doctrinario internacional la defensa del llamado principio de progresividad

en relación vincular y paritaria con el principio protectorio, como los instrumentos del saber jurídico que resultan útiles a la impugnación crítica de las políticas regresivas de la desregulación desprotectoria.

Esto de por sí consiste en un avance en la conceptualización de una regla general de derecho, instrumental, con rango constitucional para los Estados Sociales de Derecho afirmados en el garantismo, que se constituye en la herramienta teórica necesaria para desactivar las normas, que a partir de las políticas de extorsión invocando la crisis, sirvieron para burlar los derechos sociales y humanos fundamentales, ahondando la explotación de los trabajadores.

En este sentido, la Carta de Cochabamba corrió en paralelo con la Declaración de la XV Conferencia Nacional de Abogados, convocada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, llevada a cabo los días 20 y 21 de septiembre del 2007 en la ciudad de Salta.

La Comisión N° Uno de dicha Conferencia, en sus conclusiones, con respecto al principio de progresividad, precisó:

“En el análisis de la cuestión social en relación al principio de progresividad hubo coincidencia en que es una norma constitucional propia de los Estados de derecho social, que instrumenta el garantismo protectorio de los derechos humanos y sociales de los trabajadores, que constituye un impedimento para que los poderes públicos y los particulares violen las reglas generales del derecho del trabajo de respeto a la condición más beneficiosa y de la norma más favorable. Impide que a mérito de la invocación del progreso y el orden público económico se sancionen normas o ejerzan actos que afecten el principio de indemnidad del trabajador.

“El acogimiento que llevó a cabo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos fallos desde el mes de septiembre del 2004, ha permitido un avance notable y progresista de la jurisprudencia argentina que debe ser mantenido y profundizado. Este principio tiene raigambre constitucional y consagra los valores mas caros del Estado social de derecho”. [9]

Ambos documentos avanzan en la aceptación doctrinaria y teórica del instrumento jurídico que recepta la evolución más avanzada del derecho social como reacción del mismo ante los ataques que éste viene sufriendo. Otorga a esta rama del derecho la función que le corresponde a partir del desarrollo del derecho constitucional, el derecho internacional de gentes y la plena afirmación de los derechos humanos y sociales.

La carta de Cochabamba también se expide sobre la necesaria democratización de la empresa y las relaciones de trabajo que en su seno se dan, afirmando en esa organización instrumental de medio personales, materiales e inmateriales, la función social que le corresponde.

Concordantemente, realiza el papel que le corresponde al trabajador en la misma y el valor que tiene en ese sentido el principio de estabilidad, desprendiendo en consecuencia, el derecho a la nulificación del despido como acto ilícito.

Señala que la estabilidad, en la hora, se constituye una exigencia de la condición humana y se fortalece como derecho humano, formando parte por lo tanto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pone además de relieve, que la razón de ser de la responsabilidad solidaria en los créditos laborales, alcanza a todos los que se benefician, apropiando la fuerza de trabajo

enajenada. Se toma así posición en torno a la tercerización de la empresa en relación con el complejo tema de la solidaridad laboral, ya no con referencia al fraude y su persecución, sino en función de la equitativa noción de la responsabilidad social que deriva aún en el obrar lícito, de los actos que benefician, colocando a la víctima, en su condición de tal y como trabajador dependiente, en la condición de sujeto protegido del orden jurídico.

En el plano del derecho colectivo del trabajo, la Carta aboga por la libertad y democracia sindical, proponiendo la desactivación de las formas de autoritarismo que también se dan en las asociaciones intermedias y los sindicatos. Destaca la necesaria distancia que deben guardar las asociaciones sindicales de los gobiernos, en beneficio de una autonomía que les permita no constituirse en correas de transmisión de éstos y las políticas de los sectores dominantes. Y también sale al cruce de las formas de menoscabar y perseguir el derecho de huelga, por gobiernos de la región que lo violentan.

En la crítica cuestión de la seguridad social, la Carta reivindica el carácter público de la misma y la necesaria gestión del Estado, como obligación indelegable, lo que coincide de pleno con el programa de nuestro artículo 14 bis y confronta con los regímenes de privatización, que tanto ponen en peligro al sistema, en función de construir artificialmente un negocio financiero lucrativo, delegado parasitariamente a las aseguradoras (se llamen Aseguradoras de Riesgos del Trabajo o Aseguradoras de Fondos Previsionales, en nuestro país, y con diversos nombres e igual naturaleza, en otros países de la región).

El documento terminó vinculando al derecho constitucional latinoamericano, que fuera iniciante del

constitucionalismo social, con el derecho internacional de los derechos humanos y sociales. Sobre esa consideración enaltecedora de esos derechos fundamentales, se expidieron las dos últimas Conferencias Nacionales de Abogados convocadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

En las dos últimas Conferencias Nacionales de Abogados convocadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, celebradas en Salta y en San Isidro y en el “II Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad”, convocado por el Instituto de Estudios Legislativos (IDEL) de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) y el Colegio de Abogados de San Nicolás y llevado a cabo entre los actos que celebraron el 90º aniversario de dicha Federación, celebrado 29 y 30 de septiembre del 2011, en la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, Provincia de Buenos Aires, hemos presentado ponencias y llevado a cabo relatos en los que procuramos esclarecer el rol del principio de indemnidad en cuanto al derecho de daños y en especial el derecho de daños laborales y la vinculación que mantiene el mismo con la regla instrumental general de derecho llamada por la doctrina principio de progresividad. Continuaremos en esta oportunidad lo emprendido, que fuera mantenido por el IDEL (Instituto de Estudios Legislativos), que orgánicamente está al servicio de esa entidad gremial de la abogacía, a la que representa con respeto del principio federativo. Continuamos esa tarea mantenida sin interrupciones.

La función creadora de derecho, de los principios generales, es reconocida en todo el derecho, pero en el derecho social, se ve considerablemente ampliada.

En el derecho del trabajo se terminan aplicando principios generales del derecho, y principios generales del derecho del trabajo, con capacidad de suplir a los primeros y de subordinar el derecho común a los fines especiales del nuevo derecho.[10]

Esto sucede, en buena medida, por ser esa rama jurídica nueva y por tratarse de la superación dialéctica del derecho del siglo XIX.

La disciplina goza de una poderosa fuerza expansiva, que la caracteriza. Su desarrollo, en gran medida, se funda en los principios generales, que cobran vigor inusual y le dan un perfil propio, diferenciado.

Perfil que logra, cuando el contrato de trabajo es visualizado como un acuerdo de voluntades, que se asienta sobre una fuerte estructura reglada de antemano. Estructura básica, determinada por medio de normas de derecho positivo que respondieran a otras fuentes extrañas a la convencional individual. Al punto de que la jurisprudencia tiene establecido: “En materia laboral no rige el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes”[11].

En ese contrato de reciente gestación, fuente de la economía moderna, para la técnica jurídica, la relación entre la estructura básica del contrato, dada por las normas de orden público de antemano y el espacio ocupado por la autonomía de la voluntad para normar, repite un proceso muy trillado. Ya que casi todos los contratos se asientan sobre normas de orden público básicas que los modelan.[12]

Lo novedoso está en el contenido en sí de la estructura básica, que también era de orden público; pero por ser laboral y tener un sentido determinado protectorio, adoptaría las formas del llamado orden público laboral. Dada esencialmente por los

principios generales de la materia, y las disposiciones particulares regulativas de los respectivos institutos, entre los cuales y como una argamasa del edificio, estarían dándoles sistematicidad esos principios.

De esta forma, los principios generales cumplieron su principal misión:

- a) Como interpretadores del derecho común, ajustándolo a sus fines;
- b) Como orientadores y programadores del quehacer del legislador, limitando su discrecionalidad;
- c) Como reguladores de la relación entre las distintas fuentes, resolviendo los problemas de pluridimensión normativa de conductas;
- d) Regulando las lagunas del derecho.

En buena medida, los principios fueron los que otorgaron las características especiales de la materia. Y en esto también puede visualizar el proceso de gestación de todo el derecho, que evoluciona a partir de ramas jurídicas. Las que en su articulación, construyen principios generales que responden a sus notas de especialidad..[13]

En ese sentido, los principios generales en el derecho del derecho social, tienen por función esencial, la de constituir un patrimonio indisponible de derechos, para quienes integran una clase social (la de los trabajadores bajo relación de dependencia).

Indisponibilidad que afecta, esencialmente, el poder de contratación y apropiación del trabajo libre que tienen los empleadores; pero que también alcanza a los trabajadores y sus asociaciones, nulificando las renunciaciones que afecten a los

derechos alcanzados por los principios. En cuanto las renunciaciones coloquen a los trabajadores en peor condición de la que se encuentran.

Constituyen, por lo tanto, la protección de un estado, sobre el que se puede negociar para mejorar la condición, pero no para ahondar la desprotección que se reconoce existe en la sociedad actual.

Siendo directivas sociales amplias, la intensidad de su imperio no admite excepciones, más que en raras oportunidades.

Instrumentos de protección de un estado (como patrimonio constituido de derechos adquiridos y en expectativa, incluso creditorios por prestaciones condicionales a cumplir), son reglas que no permiten la negociabilidad del mismo "in peius", por vía individual o por contratos colectivos.[14]

Determina la existencia de un orden progresivo y acumulativo de derechos, con referencia a un tiempo determinado.

La negociabilidad individual y colectiva, sólo es admitida en términos de futuro, para mejorar la condición y el patrimonio individual y colectivo de los trabajadores.[15]

Esta conceptualización teórica útil para determinar los contenidos de los principios generales del derecho social, recorriendo históricamente el viaje que pasa desde el principio fundacional, (el de indemnidad del trabajador), hasta el llamado principio de progresividad, quedó precisada en el Congreso de San Nicolás ya citado, en estas conclusiones que se proponen a esta Conferencia, profundizar y de resultar del debate sostenibles hacerlas suyas:

Ese Congreso en su sesión plenaria final, aprobó las siguientes conclusiones, que considero válidas pese al tiempo

transcurrido, que deben ser actualizadas, en relación a la ley 26.773,

:

Tema I: Los principios generales del derecho del trabajo.

1. Los principios generales del Derecho del Trabajo son directrices políticas que suponen una preferencia axiológica y poseen una dimensión valorativa acentuada, cumpliendo un rol fundamental para asegurar la autonomía de la disciplina.

2. Los principios generales del Derecho del Trabajo tienen carácter normativo y su imperatividad no depende de lo que establezcan las reglas de derecho positivo. Por el contrario, al constituir el armazón de la disciplina, los principios pueden ser utilizados por los jueces para desactivar aquellas reglas de derecho positivo que contradigan la finalidad protectoria del Derecho del Trabajo.

3. El principio de estabilidad y la garantía de protección contra el despido arbitrario se vinculan con el derecho humano al trabajo, exigiendo la causalidad del despido como imperativo constitucional y determinando el carácter ilícito del despido injustificado. La reparación adecuada contra el despido injustificado debe tender progresivamente al establecimiento de un sistema que recepte la reparación in natura del daño, lo que debe traducirse en la reinstalación del trabajador despedido en su puesto de trabajo cuando éste lo solicita

4. Si bien el artículo 10 del Convenio 158 de la O.I.T. -recogido en la Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- establece que en caso de que la normativa interna no prevea la nulidad del despido y la readmisión, los jueces tienen la posibilidad de ordenar el pago de una reparación adecuada, en el derecho argentino

corresponde -por imperativo de la regla de la norma más favorable (art 9, L.C.T.)- aplicar el art 7 inc. d) del Protocolo de San Salvador y la Observación General mencionada, que le otorgan al trabajador la opción entre la reinstalación y la indemnización.

5. Los arts. 1 de la ley 23.592 y 47 de la ley 23.551 habilitan a los jueces a declarar la nulidad de todos los despidos antisindicales.

6 Es necesario indagar sobre dos cuestiones que atañen a la prescripción de las acciones por créditos laborales: el plazo bianual establecido en el artículo 256 LCT contrapuesto al que fija el artículo 4023 del Código Civil; y el punto de partida para su cómputo. Se afecta el principio protectorio, la igualdad y la irrenunciabilidad.

7 En materia de prueba rige imperativamente, tributario del principio in dubio pro-operario, la reducción de la carga probatoria que pesa sobre el trabajador. Generada la duda razonable sobre la ocurrencia de los hechos, y en virtud de lo normado por los artículos 9 LCT –y como sucede con el artículo 39 apartado 3º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- deben considerarse probadas las afirmaciones fácticas del trabajador.

Tema II: : La Ley de Riesgos del Trabajo.

8 La responsabilidad del empleador por infortunios laborales es contractual, y sobre él pesa una obligación de seguridad, de resultado, que se traduce en un factor objetivo de atribución de responsabilidad. Se trata del cabal respeto del derecho de indemnidad.

9 La deuda indemnizatoria por infortunio del trabajo es una deuda de valor y como tal no se encuentra alcanzada por la ley

23.928. El daño debe ser estimado a la época de la sentencia y ponderando el lucro cesante futuro.

10 Sin perjuicio de ello, la desactualización al momento del pago del ingreso base previsto en el art. 12 LRT puede ser corregida mediante control de constitucionalidad, y con sustento en la doctrina sentada por la CSJN en el caso “Ascua c/Somisa” (10-8-2010)

11 La tasa de interés aplicable a las indemnizaciones por infortunios del trabajo en accidentes por reparación integral debe ser al menos equivalente a la que reconoce la Res. 414/99 SRT para las acciones enmarcadas en la Ley 24.557

12 La correcta aplicación del principio de progresividad y de la regla de la aplicación inmediata de la nueva ley laboral mas favorable autoriza a sostener que las mejoras indemnizatorias implementadas por el decreto 1694/09 son aplicables a los accidentes y enfermedades del trabajo ocurridas con anterioridad a su vigencia y que se encuentran pendientes de pago.

Tema III. Libertad sindical.

13 Resulta necesario trasponer los principios de la libertad sindical establecidos por el Convenio 87 OIT y los respectivos criterios de sus órganos de control receptados por la CSJN en los casos “A.T.E.” y “Rossi” en una norma legal reglamentaria que los asegure y respete.

14 El concepto de libertad sindical en la interpretación de la CSJN a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Baena” y “Huilca Tecse” importa asegurar la doble dimensión -individual y colectiva- y en especial garantizar los medios suficientes y necesarios para desarrollar la libertad sindical.

15 Entre los principios normativos previstos en nuestro ordenamiento, dentro del bloque de constitucionalidad federal se encuentra el de la prohibición de discriminación de cualquier tipo, incluido el despido por causa de actividad sindical, lo que determina la nulidad de dicho acto discriminatorio y las respectivas condiciones para su reinstalación (restitutio in integrum)

16 La crisis del modelo sindical argentino se hace visible cuando se contrasta con la realidad del sistema productivo actual y la cantidad de organizaciones simplemente inscriptas y en trámite de inscripción que dan cuenta de ello. Ello exige en consecuencia una adaptación a las nuevas realidades organizativas adoptadas en los últimos años en el movimiento obrero.

17 El modelo sindical debe ser definido por los trabajadores, rescatando la figura del representante sindical a fin de lograr una defensa genuina de los intereses de los trabajadores, especialmente: estabilidad laboral, libertad, democracia sindical y derecho de huelga.

5.- LAS CONCLUSIONES DE LA XVII CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS CONVOCADA POR F.A.C.A.

En lo atinente al tema que venimos desarrollando la Comisión Nº 2 (de Derechos Humanos y Sociales), de la XVII Conferencia Nacional de Abogados que se llevó a cabo en el mes de agosto último, en la ciudad de Posadas, provincia de Misiones, aprobó las siguientes conclusiones:

1. Los créditos laborales, y en general los de carácter alimentario, son deudas de valor. No se hallan sujetos a las reglas del nominalismo y no deben sufrir los efectos de la depreciación monetaria.

2. En materia de daños laborales el ajuste debe operar sobre la totalidad del crédito, de lo contrario la metodología legal deviene inconstitucional. En los daños sufridos in itinere, el trabajador se encuentra a disposición del empleador a los fines de la imputación de riesgos. La opción excluyente (art. 4 Ley 26.773) es inconstitucional.

3. La intervención de la justicia especializada del trabajo para dirimir todos los conflictos laborales, aun fundados en el derecho común, es un derecho alcanzado y que permite operativizar el mandato constitucional de protección especial. La Ley 26.773 afecta el ejercicio de la abogacía agravando la remuneración de los profesionales como modo de desalentar el acceso a la justicia.

4. Todos los conflictos relativos a los derechos sociales requieren la intervención de una justicia especializada. Se exhorta a la creación de los juzgados necesarios para atender a la demanda de tales conflictos y la efectiva designación de los jueces que cubran los cargos vacantes.

5. La obligación de otorgar tutela judicial efectiva se exacerba en el marco de los derechos sociales. A tal fin se impone la existencia de un proceso donde rijan realmente la oralidad, la inmediación, la celeridad, la concentración y carga dinámica de la prueba, el impulso oficioso en todas sus etapas y la gratuidad. En función de todo ello, es el campo propicio para la implementación de la tecnología y la informatización del proceso, como forma idónea de profundizar la vigencia de tales principios. Se impone la implementación del proceso monitorio. El proceso en las cuestiones sociales debe ser breve y expeditivo.

6. Las normas procesales deben adecuarse a la realidad y sus adelantos tecnológicos, previendo la posibilidad de

producir la prueba obtenida a través de soportes electrónicos, informáticos y similares.

7. En materia de créditos alimentarios la tasa de interés debe ser acorde a tal naturaleza, y superar el costo que, presumiblemente, importe proveerse los recursos para alimentarse. La Ley 23928 no impide el ajuste por vía indirecta de intereses. La tasa de interés debe desalentar la litigiosidad y no fomentarla. El Código Civil habilita la imposición de intereses sancionatorios para adunar a los resarcitorios. El Código Civil también habilita el reclamo de daños adicionales por indisponibilidad del capital por encima del piso presumido de daño que implica el interés.

8. En materia de derechos sociales rige plenamente el principio de progresividad. En la protección de los derechos humanos debe avanzarse y no se puede retrogradar.

9. La tecnología debe estar al servicio de los valores constitucionales.

10. La legislación nacional y provincial en materia de derecho indígena debe reformarse a fin de adecuarse a los nuevos paradigmas de multiculturalidad y pluralidad jurídica, establecidos por la Reforma Constitucional de 1994 y por los Documentos Internacionales que rigen la materia (Convenio 169 OIT y Declaración Universal de Pueblos Indígenas de la ONU)

11. La jurisprudencia argentina debe receptar las nuevas categorías y estándares internacionales referidos a los derechos de los pueblos indígenas como así también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fin de cumplir con el test de convencionalidad.

12. Las universidades y colegios de abogados deben proveer espacios académicos para la capacitación en materia de derechos sociales y humanos y en especial, la difusión del derecho de los pueblos indígenas.

13. Se propone adoptar las medidas necesarias para concientizar e informar sobre la Convención de las Personas con Discapacidad, tendiendo a una verdadera inclusión y a la equiparación de oportunidades para los colegas con discapacidad y para todo el colectivo que la padece.

14. El Estado debe integrar a su agenda la variable ambiental. Toda acción de desarrollo económico debe ser sostenible y sustentable con una visión biocéntrica. Debe fomentarse la responsabilidad social empresaria.

15. El Estado debe revertir el alcance limitado que actualmente tiene el acceso a la justicia, especialmente para las personas en situación de vulnerabilidad. Se exhorta especialmente a dar respuesta en tiempo y forma a las causas promovidas en el ámbito previsional, cuya extrema lentitud violenta el derecho a la vida de los titulares de los derechos.

16. En relación a los derechos de la niñez es necesaria la aplicación integral y efectiva de la Ley de Protección de los Derechos del niño 26.061. Debe designarse al defensor nacional del niño, obligación pendiente desde hace catorce años. Es imperiosa la designación del Defensor del Pueblo de la Nación sin más dilación. Es necesario reglamentar la figura del abogado del niño.

17. 17. Se propone la elaboración e implementación de un plan estratégico global que aborde desde una perspectiva de género la violación de los derechos humanos producida como

consecuencia de concepciones patriarcales que naturalizan la violencia contra las mujeres, los niños y las niñas.

18. Debe sancionarse una ley de información pública adecuada a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Posadas, 15 de agosto del 2014.

[1] Este artículo se basa en la Ponencia presentada y defendida por el autor en XVII Conferencia Nacional de Abogados “Tecnología Justicia y Derecho”, que se celebró Posadas, Misiones, los días 13, 14 y 15 de agosto del 2014, convocada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (F.A.C.A.). También se reseña las conclusiones de la Comisión II de esa Conferencia, presidida por el doctor Juan J. Formaro. El autor en su calidad de Presidente del Instituto de Estudios Legislativos de la F.A.C.A., fue nombrado presidente del Comité Académico encargado de organizar el evento. Ver del autor sobre el tema abordado: El llamado principio de progresividad en relación con la cláusula del progreso. Publicado en el Tomo de Ponencias de la XV Conferencia Nacional de Abogados. La abogacía rumbo al 2010: Balance al siglo XX. Perspectivas del XXI. En homenaje al Dr. Guillermo Oscar Nano. Organizado por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y Colegio de Abogados y Procuradores de Salta, celebrado los días 20 y 21 de septiembre de 2007 en la ciudad de Salta del Valle de Lerma. También en la revista Derecho del Trabajo Online del 23 de enero de 2008. La relación dialéctica entre la cláusula del progreso y el llamado principio de progresividad, en la Revista “La Causa Laboral” de la Asociación de Abogados Laboralistas, octubre de 2007, año VII, n° 30, p. 16. 196.- Las

incoherencias de la Corte en torno al principio de progresividad y la aplicación inmediata de la ley laboral más benigna, Doctrina Laboral Errepar, No. 313 septiembre del 2011, p. 935.

[2] Conf,: C.S.J.N., "Fallos", 30:415.

[3] El interregno de la Constitución de 1949, que tuvo vigencia hasta el golpe militar de 1955, no obsta a las consideraciones que aquí se practican, pero merecen un análisis por separado, que por ahora postergamos.

[4] Ver: John Holloway, en Cambiar el mundo sin tomar el poder. Universidad Autónoma de México, Argentina, tercera edición, 2005.

[5] La fractura del hacer es significativa en cuanto a la fundamentación del derecho propia de positivismo, tempranamente cuestionado por Carlos Cossio con su teoría egológica del derecho, que asume a la norma como conducta humana.

[6] Sentencia de la C.S.J.N. del 7 de septiembre del 2004, publicada con nota del autor de este artículo, titulada "El acceso a la jurisdicción en las acciones por infortunios laborales ante el juez natural", en el diario La Ley del 28 de septiembre del 2004, p. 3 y ss

[7] La Corte lo categoriza como un principio general del derecho. Por nuestra parte advertimos que se trata de una regla de derecho que limita, ordena y sistematiza al principio del progreso.

[8] Ver: Del autor de este artículo "Reforma Laboral. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis", La Ley, Buenos Aires, 2001. Capítulo 20: "El principio de progresividad y la temporalidad del derecho del trabajo" y

Capítulo 21: “La positivización y constitucionalización del principio de progresividad”.

[9] La Comisión N° Uno abordó el siguiente temario: “Derechos, garantías y deberes constitucionales y ciudadanos. Sistema constitucional. Derecho e investigación. Medio ambiente, bioética, cuestión social, derechos sociales y seguridad social. Libertad de expresión y prensa. Economía y derecho- Derecho privado: libertad contractual. Derecho penal y el nuevo siglo. Deuda pública. Responsabilidad pública. Derechos humanos. Prospectiva para el siglo XXI”. El autor de esta nota fue designado presidente de dicha comisión, actuando como coordinador académico de la misma el doctor Héctor Oscar Méndez y el doctor Sebastián Lloret y como secretarías las doctoras Mónica Palomino Rocha, María Magdalena Gálvez y Elizabeth Safar. El debate sobre el principio de progresividad fue abordado a partir de la ponencia oficial presentada por el presidente de la comisión, titulada “El llamado principio de progresividad en relación con la cláusula del progreso”, publicada en el libro de ponencias de esa Conferencia.

[10] La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostuvo: “La tipicidad y autonomía del derecho laboral hace funcionar los principios de éste aun en contra de cualquier norma de derecho común, comercial o civil, en definitiva, el derecho común es meramente supletorio, y no denominador del derecho del Trabajo”. SCJBA., 3/4/40, La Ley, t.156 Pág. 261.

[11] Ver SCJBA, 18/6/74, “Siam SA”, Diario J.J., 1974, pag. 309.

[12] Rafael Bielsa, dice al respecto: "El contrato de trabajo debe tener un régimen adecuado, pero dentro de los principios

que definen la esencia de toda relación jurídica que nace por mutuo consentimiento, poco importa que la estructura del contrato esté reglada de antemano, eso pasa con muchos contratos, en la época actual". La legislación del trabajo y los principios generales del derecho, en revista Labor, La Plata, 1943, año I, n° 2.

[13] Américo Plá Rodríguez, los definía así: "Líneas directrices que informan e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover o encauzar la aprobación de normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos". Ver: Américo Plá Rodríguez, en Los principios generales del derecho del trabajo, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág 9.

[14] Ver: Paul Durand y R. Jaussaud: Traité de droit du travail, París, 1947, tomo. I, pág. 248.

[15] Camerlynck y Lyon Caen, sostienen: "El derecho del trabajo se presenta como una serie de prescripciones de carácter imperativo, marcadas con el signo del orden público social, constituyendo en provecho de los trabajadores un mínimo intangible al cual la negociación puede agregar pero no retacear o achicar". Droit du travail, París, 1972, pág. 33. Conf.: Américo Plá Rodríguez, Los principios generales del derecho del trabajo, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 79.