

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO LABORAL.-

Javier Spaventa

SUMARIO: 1.- INTRODUCCION / 2.- LAS DISPUTAS SOBRE LA INTERPRETACION Y LA APLICACIÓN / 3.- SOBRE LA INTERPRETACION DEL DERECHO LABORAL SEGÚN LA CONSTITUCION Y EL DERECHO INTERNACIONAL: 3.1.- Una doctrina de la Corte Suprema (sobre la interpretación) / 4.- LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN CON FUENTE EN EL DERECHO CIVIL O COMERCIAL: 4.1.- Las normas de interpretación del contrato en el CCyC y la interpretación del contrato de trabajo / 5.- LA INTERPRETACIÓN EN LA LCT / 6.- SOBRE LAS REGLAS DE INTERPRETACION (en materia de derecho laboral): 6.1.- Crítica general a las técnicas de interpretación. 6.2.- Críticas en particular. 6.3.- Críticas a las máximas / 7.- LA APLICACIÓN DEL DERECHO LABORAL: 7.1.- La norma aplicable. 7.2.- La aplicación concurrente de normas de distintas fuentes. 7.3.- La ley aplicable en atención al lugar de la celebración o de la ejecución del contrato de trabajo. 7.4.- La facultad de conocer y decidir la causa. 7.5.- La argumentación y la doctrina de la Corte Suprema / 8.- CONCLUSION.-

“Pero la más aplaudida de las genialidades administrativas del nuevo primer ministro y su grupo de acción fue la de modificar, con la simple adición de términos o expresiones nuevas, leyes ya existentes, de modo que al instante quedaban nulas y sin efecto. Por ejemplo: si la ley obligaba a pagar un anticipo a cada trabajador empleado, a la expresión <debe pagar> se le añadía <a su elección>. Veamos la fórmula al completo: <Él deberá, SI LO CONSIDERA OPORTUNO, pagar una cierta cantidad por adelantado>.” Darío Fo, Hay un rey loco en Dinamarca.¹

1.- INTRODUCCION.- Un pequeño estudio sobre la interpretación y aplicación del derecho laboral. ¿Para qué?

Primero para realizar una fuerte crítica a la doctrina dominante. Tanto a la dogmática como a la jurisprudencial. Hay que criticar a las argumentaciones contrarias a los derechos e intereses de los trabajadores y de las clases postergadas. El esfuerzo que realizan algunas personas para defender la explotación, el abuso, el empobrecimiento, el mantenimiento del estado de miseria, es absolutamente repudiable, despreciable o deleznable. Sólo se inspira en un espíritu libertino, perverso, que se deleita o complace con la propia argumentación contra el pobre, o con la argucia, o el sofisma, o las falsas razones que usa para rechazar el reclamo del trabajador, o que tiene su causa o razón de ser en la ignorancia o en el temor jerárquico del burócrata insensible y egoísta que sólo atiende a la conservación de su puesto o su carrera profesional.

¹ Ver Darío Fo, Hay un rey loco en Dinamarca, Siruela, Madrid, 2016, pág. 116.-

Segundo para fijar una doctrina sobre la interpretación y aplicación del derecho laboral que sea favorable a la persona que tiene que trabajar para vivir (aunque no lo pueda hacer). Ello incluye tanto a los trabajadores dependientes como a los autónomos. Así nos referimos a la inmensa mayoría de los seres humanos.

Es moralmente aceptable, políticamente correcto, plausible, razonable, de sentido común sostener que el ser humano no trabaja por gusto ni por placer (ni para dignificarse ni humanizarse) sino por necesidad o para obtener los recursos para satisfacer sus requerimientos de vida y de progreso; que trabaja para ganar dinero y así poder sostener y mejorar su vida y la de su familia; que requiere y quiere descansar no sólo para reponer su capacidad de trabajo, sino también para contar con un tiempo libre de obligaciones laborales durante el cual pueda desarrollar otras actividades; que la persona necesita contar con seguros especiales ante la pérdida o disminución de su capacidad de trabajo (causada por eventos tales como las enfermedades, los accidentes, la vejez, o la procreación); que la persona que trabaja requiere de derechos sustanciales y formales que la protejan de las arbitrariedades o abusos de los gobiernos y de la explotación o el aprovechamiento de los poderosos, ya sea que la persona trabaje en forma dependiente o independiente.²

Tercero para insistir que la cuestión central al conocer y decidir una causa donde se formulan reclamos de un trabajador o están en juego los derechos de un trabajador, es resolver el siguiente problema: ¿cuál es la decisión que se debe adoptar para asegurar los derechos del trabajador o para promover su progreso, conforme a los hechos alegados y probados en la causa?

Aquí no se trata de caer en abstracciones, en generalidades, en invocar supuestos valores, supuestas razones, o argumentos especiosos o sólo aparentes, para suprimir o limitar los derechos del trabajador o para legitimar el aprovechamiento de sus necesidades o de su ignorancia. La cuestión básica y sencilla es la siguiente: ¿cuál es la sentencia que se debe dictar para proteger al trabajo en esta causa?

Escribo este pequeño estudio, durante marzo y abril de 2020 en plena pandemia del coronavirus y aprovechando la cuarentena en la que nos ha encerrado el gobierno, que me impide el ejercicio pleno de la abogacía. En una sociedad dividida en clases, con diferentes niveles de poder y riqueza, los pobres, marginados y excluidos de los beneficios de la buena vida, son los más perjudicados por la propagación del virus y por las acciones del gobierno para contener o revertir su difusión. Los resultados

² La doctrina que aquí exponemos sobre la interpretación y aplicación del derecho laboral es similar a la que corresponde formular sobre la interpretación y aplicación del derecho en materia de contratos de adhesión y de consumo, ya que son semejantes las situaciones de las personas que trabajan (o que tienen que hacerlo y no pueden), y de las personas que adhieren a un contrato o que consumen bienes y servicios.-

de la pandemia, más las acciones del gobierno, será una sociedad con menos libertad e igualdad, una sociedad con un poder político más autoritario, con una elite económica más concentrada, una clase media reducida y una clase baja más empobrecida.

Hay que tratar que estas consecuencias no se produzcan o que producidas se puedan revertir con otras políticas alternativas. Un estudio como el presente puede ser útil a dichos efectos, aunque sus consideraciones son generales y no están limitadas o circunscriptas a las circunstancias de la pandemia (o las acciones lesivas del gobierno para hacerle frente).

Escribo este pequeño estudio como una contribución al mejoramiento de las clases postergadas.

Las consideraciones que aquí formulo pueden estar equivocadas. Pero los errores en que incurra no se pueden ni deben usar para beneficio del gobierno y de los ricos, ni para desconocer ni menoscabar los derechos e intereses de los pobres en general.

2.- LAS DISPUTAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN.- Por interpretación se entiende a la acción y al efecto de interpretar, o se comprende tanto a la actividad de interpretar como al resultado de esa actividad.

En las actividades vinculadas al derecho, en principio o mayoritariamente, se interpretan textos, enunciados u oraciones escritas. En general el derecho es expresado o dado a conocer (o promulgado) en oraciones escritas o por medio de palabras integradas en enunciados o que forman oraciones escritas.

¿Qué es interpretar? Por interpretar se puede entender a la acción de indagar, estudiar, analizar, describir, o descubrir el significado o sentido de un texto. Como hay palabras ambiguas o imprecisas; como hay diferentes grupos sociales con intereses contrapuestos o en conflicto; como los textos a interpretar tienen origen en distintas épocas; como hay un variado número de autoridades y de intérpretes, un texto puede tener varios significados. Se trata de los significados posibles del texto o de las oraciones que son objeto de la interpretación.³

³ Kelsen (en La teoría pura del derecho, UNAM, México, 1979) sostiene que “Si por “interpretación” se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dentro de ese marco.” (pág. 351) Kelsen insiste: “La interpretación jurídico – científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica.” (pág. 356) Y agrega que “La interpretación científico – jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el

La interpretación (en cuanto es acción de indagar o descubrir el significado de un texto) es una actividad de conocimiento. En este caso, los enunciados que dan cuenta de las interpretaciones que posee o recibe el texto bajo examen, son susceptibles de ser calificados de verdaderos o falsos conforme se correspondan o no con los actos o hechos que describen.

También por interpretar se puede entender a la acción de atribuir un significado o sentido al texto. Esta atribución de un significado se puede realizar dentro de un marco establecido por los significados posibles del texto. Así se elige un sentido de los significados posibles que presenta el texto. En este caso la interpretación no es una actividad de conocimiento, sino un acto de voluntad, una decisión política.⁴

En este caso los enunciados que dan cuenta de las atribuciones de sentido, no son ni verdaderos ni falsos. Mientras que el texto interpretado (al que se le atribuyó un sentido o significado) puede ser verdadero o falso (si por ejemplo se trata de una descripción) como no (por ejemplo: si se trata de una norma).

En los grupos sociales que llevan a cabo actividades vinculadas al derecho, por interpretación también se entiende a la actividad de crear una norma por parte del jurista o del juez. Se crea una norma para regular un caso que se considera que no está previsto por el derecho (para llenar una laguna) o que recibe una solución disvaliosa o inaceptable.

La interpretación (en cuanto es una acción de crear una norma) no es una actividad cognitiva sino de propuesta política, o una acción de voluntad o decisión.⁵

sentido “correcto”. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisdicción tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica.” (pág. 356). Sobre esta base (que distingue claramente al conocimiento, de la política, o a la actividad de conocer de la actividad de proponer determinadas acciones o determinados planes de acción), aquí vamos a realizar una interpretación política del derecho laboral, o vamos a formular una doctrina normativa para regular la interpretación del derecho laboral.-

⁴ Kelsen (en Teoría pura del derecho) sostiene que “La pregunta de cuál sea la posibilidad “correcta”, en el marco del derecho aplicable, no es – según los supuestos previos- ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica – jurídica, sino que es un problema político.” (pág. 353). Es claro que se puede atribuir al texto un significado por fuera del marco de los sentidos posibles, pero ello al ir quizás más allá de los usos comunes de las palabras, dificulte o imposibilite la comunicación o controvierta sus condiciones de posibilidad.-

⁵ Además, por interpretar también se considera al conocimiento de un caso (o de los caracteres de una acción o de un hecho) y a la acción de subsumir un caso en los presupuestos de hecho de la norma. Así si bien

El resultado de la acción de interpretar (en cualquiera de los tres sentidos señalados) es una norma o un enunciado que se integra a una norma y que tiene por objeto regular la conducta humana, o establecer para una clase de acciones (o para una acción determinada) que está prohibida, o permitida o que es obligatoria.

¿Qué es interpretar? Descubrir o indagar el significado de un texto. Atribuir un significado a un texto a partir de sus sentidos posibles. Y también crear una norma para regular un caso (o clase de casos) no previsto o que previsto se considera que recibe una regulación disvaliosa (para el intérprete o el grupo social al que pertenece o representa).

¿Qué se interpreta? Mayoritariamente: textos; enunciados u oraciones escritas. Y el resultado de la interpretación son normas.

¿Quién interpreta? Si bien en principio cualquier persona puede interpretar, en los grupos sociales más relacionados con el derecho (o que ejercen actividades vinculadas con el derecho), son más atendidas las interpretaciones de los juristas (o profesores de la facultad) y de los jueces. En el ejercicio de la abogacía también se consideran a las interpretaciones de otros abogados o hasta inclusive del cliente. Cuando el que interpreta es la autoridad normativa (el legislador) la interpretación se considera auténtica. Así también el que interpreta puede ser quien ha dictado o sancionado el texto (o la ley, en términos generales).

Cabe preguntar para qué se interpreta. Algunas posibles respuestas son las siguientes. Se interpreta para conocer el derecho positivo, o el derecho válido, o vigente o en uso en una sociedad. Se interpreta para facilitar su uso a los integrantes de la sociedad, ya sea que ejercen o no el gobierno. Los jueces (o quienes ejercen atribuciones jurisdiccionales) interpretan para conocer y decidir la causa.

¿Cuándo se interpreta? Cuando se pretende conocer el derecho válido, vigente o en uso en una sociedad. También cuando ante determinadas acciones que se pretenden ejecutar o que ya se han llevado a cabo, se requiere saber si están prohibidas, permitidas o son obligatorias, o si se puede sostener, o justificar (o argumentar) que (conforme al derecho) son acciones prohibidas, permitidas u obligatorias. Quienes ejercen atribuciones públicas (o de gobierno), interpretan en el cumplimiento de sus facultades.

¿Cómo se interpreta? La interpretación como una actividad cognitiva se ejecuta investigando y exponiendo los posibles significados de los textos conforme a las reglas de la gramática y la semántica en uso en la sociedad bajo estudio, o según son comprendidos por los diferentes

la subsunción es una actividad diferente de la acción de interpretar, se la entiende como una parte integrante de la misma.-

grupos sociales o por quienes ejercen atribuciones de gobierno. En este caso se interpreta (o se trata de interpretar) siguiendo el método científico.

Cuando la interpretación es una actividad política o de decidir o elegir o atribuir un significado al texto o de crear una norma, destaco que se trata de una actividad reglada o regulada.

Se trata de una actividad que se lleva a cabo desde una concepción normativa; desde una concepción del mundo (o desde una cosmovisión), o desde una concepción sobre cómo deben ser las cosas, sobre cómo se debe vivir o actuar en la vida (o conducirse en la vida). Se realiza desde una concepción del ser humano y de sus acciones sociales y políticas.

Se interpreta desde determinados valores que se pretenden defender o imponer, con sustento en creencias, ideas, razones, inclinaciones, motivos, sentimientos, afectos, más o menos analizados, criticados, sopesados, ponderados o justificados.

Aquí la interpretación aparece como un instrumento o un medio para la lucha por la vida. Hay grupos sociales en lucha por el poder y las riquezas. Hay luchas sociales entre la clase de los ricos, la clase media y la clase de los pobres. La cuestión social versa sobre este conflicto por el poder y la riqueza, y sobre los medios más adecuados o idóneos para resolverlo. Están los partidarios de los poderosos y ricos, y los partidarios de los que sólo cuentan con su capacidad de trabajo para obtener los bienes necesarios para vivir. Así están los partidarios de los capitalistas y de los trabajadores, de las patronales o grandes empresas y de las personas que trabajan. Como parte del conflicto (de la cuestión social, de la lucha por la vida) habrá interpretaciones favorables a las patronales y otras interpretaciones favorables a los trabajadores. También estarán los falsos tribunos con sus supuestas interpretaciones a favor de los pobres y que sólo con ellas sostienen los intereses de los explotadores.

La cuestión social, la disputa sobre las interpretaciones, la cuestión jurídica o la cuestión sobre los derechos que les corresponden a unos y a otros y que debemos solventar todos o sobre los derechos que les corresponden a unos contra otros, no se resuelve solamente a partir de una investigación del derecho vigente, o a partir solo del estudio de la moral ideal o exclusivamente del ejercicio deductivo de principios morales (o de actuación política) a partir de supuestos hipotéticos, sino que se decide, en primer lugar, por el predominio político, social o económico de quienes afirman una doctrina por sobre quienes sostienen otra.

El derecho es una técnica para la constitución, el ejercicio y el mantenimiento del poder político y social, y para la producción y distribución de la riqueza. La interpretación y aplicación del derecho (como la interpretación y aplicación del derecho laboral) es una parte integrante de esa técnica social. Las disputas sobre las interpretaciones y aplicaciones del derecho, son discusiones sobre el acceso, el control o el

ejercicio del poder y sobre la producción y distribución de la riqueza (o de los bienes materiales y simbólicos).⁶

Que la actividad de interpretar sea una actividad de atribuir un sentido o significado a un texto o de crear una norma para un caso; y que dicha actividad sea (en definitiva) un acto de voluntad; no significa que la acción de interpretar no esté sometida a reglas o normas técnicas, jurídicas y morales. Que la interpretación sea un acto de voluntad no quiere decir que se trate de un acto arbitrario, injustificado ni delirante (o alocado). Por lo menos la interpretación jurídica del derecho laboral (que es la que aquí nos interesa) es un acto reglado o regulado.

Por ello cabe indagar sobre cuáles son los principios, las reglas o las normas que regulan a la interpretación del derecho laboral. Aquí trataremos de mostrar esos principios o normas que la regulan.

En las cuestiones relativas a la libertad y a la igualdad, el problema no son las leyes internacionales o nacionales, ni los métodos de interpretación, ni (en definitiva) todos los recursos de técnica jurídica con los que ya contamos desde hace muchos años (y hasta siglos), sino las oligarquías explotadoras de los pueblos y sus representantes y servidores (entre los que se encuentran los juristas de estado).⁷

3.- SOBRE LA INTERPRETACION DEL DERECHO LABORAL SEGÚN LA CONSTITUCION Y EL DERECHO INTERNACIONAL.-

¿Cuáles son las reglas de interpretación de los derechos sociales que están reconocidas (o establecidas) en la CN y en los tratados enumerados en su art. 75.22? Aquí intentaremos mostrar esas normas.

Si partimos de la idea que en el preámbulo de la CN se establecen o fijan objetivos de la unión política, podemos sostener que la interpretación (en cuanto actividad) es un medio o un instrumento para alcanzar esos fines sociales o políticos del pacto. De esos fines aquí destaco: “afianzar

⁶ El derecho en su versión oficial o dominante (tanto el objetivo como la ciencia jurídica o dogmática) es una técnica social o un instrumento para producir, reproducir y legitimar la explotación. En contraposición a estos usos del derecho, esta técnica social también puede ser, como mínimo, un instrumento atenuador (o morigerador) de la explotación (uso éste que, en general, funciona como legitimador de la opresión o como freno o aletargamiento del cambio estructural) o, como máximo, un instrumento para liberar al grupo social, a la persona humana, de la explotación.-

⁷ Los juristas de estado son aquellos juristas que piensan el derecho desde los intereses del gobierno y de los ricos, para favorecer su dominación política y social, en contraposición a los juristas del pueblo que adoptan el punto de vista del pobre (o del explotado), del necesitado o de la persona que trabaja, para su defensa y promoción a mejores niveles de desarrollo. El jurista de estado construye una doctrina ex principi, mientras que el jurista del pueblo edifica o elabora una doctrina ex populi.-

la justicia”, “consolidar la paz interior”, “promover el bienestar general” y “asegurar los beneficios de la libertad”. La interpretación está en función de esos fines o es una técnica jurídica para acceder a esos fines o para obtenerlos. Así se trata de realizar la acción de atribuir sentido al texto jurídico de forma tal que el resultado de esa acción sea una interpretación que esté acorde con los objetivos constitucionales y, además, que contribuya a crear un estado de cosas, una situación política y social que sea de aproximación a los fines establecidos por la ley suprema.

De la misma manera podemos sostener que si en el art. 14 de la CN (al igual que en el art. 20 de la ley suprema) se reconocen derechos a favor del habitante del país, la acción de interpretar debe ser un instrumento para el pleno goce y ejercicio de esos derechos. Cuando la CN reconoce determinados derechos humanos, se inscribe en la tradición del pensamiento político moderno, y fija las reglas de la interpretación: la actividad hermenéutica debe coadyuvar, contribuir, a la realización de una sociedad donde imperen plenamente, en serio, esos derechos, y no ser el instrumento o la técnica jurídica para la supresión o limitación de esos mismos derechos humanos. La interpretación del derecho (y, en especial del derecho laboral) es así una actividad de identificación o creación de normas, en cuanto son medios o instrumentos para la construcción de un mundo mejor.

Claro está que lo dicho se hace extensivo a la interpretación de los derechos sociales a partir de los reconocimientos realizados en el art. 14 bis de la CN, máxime que en dicho texto se manda asegurar los derechos del trabajador (en concordancia con los fines dispuestos en el preámbulo de “promover el bienestar general” y de “asegurar los beneficios de la libertad”). La interpretación de los derechos sociales reconocidos en el art. 14 bis de la CN debe ser realizada para asegurarlos y no para desasegurarlos. Se trata, en especial por el texto expreso del mismo art. 14 bis, de una interpretación aseguradora.

Aquí debemos insistir en los dos principios centrales, básicos, del gobierno moderno o acorde al constitucionalismo contemporáneo, a saber: el principio del aseguramiento de los derechos (o prohibición de regresividad o retrogradación) y el principio de la progresividad social e individual. Son dos principios diferentes entre sí. También son principios distintos al viejo y caduco principio protectorio (que otorga protección a cambio de obediencia). El principio de la progresividad no es (ni puede ser) un nuevo nombre para el poco beneficioso principio protectorio de la doctrina laboralista estándar.⁸

⁸ Kant (en *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Gredos, Madrid) dice: “A decir verdad, la humanidad podría subsistir si nadie contribuyese a la felicidad ajena con el propósito parejo de no sustraerle nada; pero esto supone únicamente una coincidencia negativa y no positiva con la humanidad como fin en sí mismo, si cada cual no se esforzase también tanto como pueda por promover los fines ajenos. Pues los fines del sujeto que es fin en sí mismo tienen que ser también mis

El desarrollo social se piensa (y se establece en la doctrina política moderna) por niveles alcanzados, por grados logrados de adelantamiento o progreso social o individual. El gobierno debe asegurar los derechos humanos (principio del aseguramiento o prohibición de la regresividad). Así el gobierno no tiene atribuciones para retrogradar el nivel de desarrollo alcanzado cualquiera sea el mismo. Tiene prohibida la regresividad. El gobierno no tiene facultades para dañar, o para matar y empobrecer a la población. Además el gobierno debe, a partir del grado obtenido, coadyuvar al progreso social e individual (principio de la progresividad, o que establece para el gobierno la obligación de procurar avanzar de un nivel de desarrollo a otro grado superior).⁹

La interpretación del régimen de los derechos humanos (todos en su conjunto y, en especial, de los derechos sociales y del derecho laboral) debe ser realizada acorde estos dos principios básicos del gobierno

finés en la medida de lo posible, si aquella representación debe surtir en mi todo su efecto.” (pág. 76).- El principio protectorio de la doctrina iuslaboralista estándar es de tipo paternalista, es un instrumento de la dominación o del control social (junto a la política de paz social o de conciliación clasista). Ambas técnicas, en gran medida, operan como un reforzamiento del sistema de explotación. Nunca hay que perder de vista a los principios generales o constitucionales que establecen o determinan la política social que deben seguir los tres poderes del gobierno, y que también informan la doctrina de la interpretación del derecho laboral. Siempre hay que insistir en este punto. Hay que desmontar la doctrina iuslaboralista dominante a través de la exposición de la doctrina política moderna, del régimen de los derechos humanos; también de la crítica histórica que nos muestra las influencias fascistas que confluyeron a la formación del derecho del trabajo en Argentina luego (en gran medida) del golpe militar del 4 de junio de 1943 y el advenimiento del peronismo; y además de la crítica conceptual (y consecuencialista o teleológica) que, por su parte, nos muestra o devela el ocultamiento que ejerce de la explotación capitalista al mismo tiempo que nos permite exhibir la incompatibilidad que mantiene con el régimen de los derechos humanos y la forma de gobierno reconocidos en la Constitución. Por otro lado (y además) la teoría crítica (en Argentina, por lo menos) es sólo una versión del peronismo en la ciencia jurídica. Sus principales cultores son peronistas y profesores universitarios, o jueces o empleados gubernamentales. Así no son críticos sino sólo integrantes de las oficinas del gobierno (o del Estado, con mayúscula como ellos mismos consideran), o juristas de estado, y, en definitiva, sostenedores “por izquierda” (una supuesta izquierda que tampoco es ni popular, ni nacional ni democrática) del orden de dominación o de explotación del capitalismo. Una de las funciones básicas de la auténtica teoría crítica (heredera de la modernidad, de la Ilustración) es desenmascarar a la falsa doctrina y mostrar su utilización para legitimar al orden.-

⁹ Ver Javier Spaventa, *Constitución y Trabajo*, Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2008, párrafos 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4.-

moderno. La interpretación de los derechos sociales debe ser realizada para asegurarlos (o sea: para mantener el nivel de desarrollo, y no retroceder o retrogradar al mismo) y para favorecer el avance, el adelantamiento de las clases postergadas y así fomentar un estado social donde cada persona sea más igualitariamente libre o pueda vivir con una mayor libertad en igualdad.

Consideremos al art. 28 de la CN (o al art. 99.2 de la ley suprema). El art. 28 dispone que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Sobre la base de estos artículos, la interpretación no puede ser un medio para la alteración de los principios, las garantías y los derechos reconocidos en la CN. Aquí se fija un piso mínimo, un nivel de desarrollo irretrogradable, irreversible, que el gobierno (o los tres poderes del gobierno) no puede revertir, o del cual no puede retroceder (en cumplimiento al deber de aseguramiento o la prohibición de regresividad). El art. 28 CN coincide plenamente con el afianzamiento de la justicia y el aseguramiento de los beneficios de la libertad (de los derechos humanos para todos) que fija como objetivos de la unión el preámbulo de la ley suprema.

La interpretación debe ser comprendida como un actividad para “Proveer lo conducente al desarrollo humano” (art. 75.19, CN), o como una “medida de acción positiva” (art. 75.23, CN) de parte del intérprete al servicio del pueblo soberano para la expansión de sus derechos (“que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”, art. 33 CN). Hay otros derechos mejores, de un nivel superior al grado ya alcanzado, que el interprete (de ser necesario) debe crear para el caso concreto (para la causa que se debe conocer y decidir: art. 116 CN), también con sustento en el art. 33 CN cuando dispone: “La declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.” Así entonces ni en la CN (ni mucho menos en la legislación o el derecho positivo entendido como el derecho del legislador o del Congreso Nacional) se encuentran todos los derechos humanos o los derechos sociales, sino que hay otros que tienen su origen, su fuente, o su sustento o justificación en la doctrina de la república democrática o “del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (en los términos del art. 33 de la ley suprema, y en concordancia con el art. 1º, donde se adopta para el gobierno la forma representativa republicana federal).

La república democrática es la forma de gobierno que corresponde a los derechos humanos. Para que haya una constitución deben estar garantizados los derechos humanos (del hombre y del ciudadano, conforme a los principios de 1789) y debe haber separación de los poderes (conforme lo establece el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa). Esta

es la doctrina política moderna que no hay que perder de vista, la de la república democrática.

Los derechos humanos no son de origen o fuente gubernamental o estatal. Son anteriores y superiores al gobierno. Son un límite al gobierno. No son derechos gubernamentales. Son derechos independientes del gobierno. Los derechos humanos operan como un límite al derecho de constituir un gobierno o al derecho de contratar una constitución; o sea: son un límite al poder constituyente (que no es una dictadura soberana como sostenía, equivocada y maliciosamente, Carl Schmitt¹⁰).

Una doctrina que afirme en serio a los derechos humanos o, mejor dicho, la doctrina de los derechos humanos es una reafirmación del individualismo, en cuanto doctrina que, como mínimo, entiende que la sociedad es un grupo de individuos y no que los individuos son órganos (partes o células) de una entidad superior.

El gobierno, en el mejor de los casos para el estatismo (o la doctrina estatista), no es más que un mal necesario. El gobierno es, prima facie, ilegal o ilegítimo y sólo adquiere legitimidad en la medida que cumple con el régimen de los derechos humanos. No hay la más mínima presunción de legitimidad de los actos de gobierno. En esta concepción el gobierno es sólo un medio para el aseguramiento de los derechos y el progreso de la persona, y nunca un fin en sí mismo.¹¹

¹⁰ En Carl Schmitt, *La Dictadura*, Desde los comienzos del pensamiento de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria, Revista de Occidente, Madrid, 1968.-

¹¹ La persona es un fin en sí mismo. Kant dice: “Yo sostengo lo siguiente: el hombre y en general todo ser racional existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin.” (en *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Gredos, Madrid, pág. 74, traducción de Roberto Rodríguez Aramayo).- El hombre es un fin en sí mismo. El reino de los fines es un reino de hombres o de personas libres, autónomas, o sometidas a su “propia” y “universal legislación”. Dice Kant: “El concepto de cada ser racional que ha de estar considerado como legislando universalmente a través de todas las máximas de su voluntad, para enjuiciarse a sí mismo y a sus acciones desde ese punto de vista, conduce a un concepto inherente al mismo y muy fructífero: el de un reino de los fines. Entiendo por reino la conjunción sistemática de distintos seres racionales gracias a leyes comunes.” (pág. 79). Marx (en *El Capital*, Tº III, FCE, México, 1987, pág. 759) expresa: “el reino de la libertad sólo empieza allí donde termina el trabajo impuesto por la necesidad y por la coacción de los fines externos; queda, pues, conforme a la naturaleza de la cosa, más allá de la órbita de la verdadera producción material.” Y agrega: “Al otro lado de las fronteras (del reino de la necesidad) comienza el despliegue de las fuerzas humanas que se

Una regla básica de comprensión del gobierno, desde la doctrina democrática y su régimen de derechos humanos, es presumir su ilegitimidad. Para comprender el actuar del gobierno, el ejercicio del poder público, hay que presuponer que, prima facie, es ilegítimo.

A partir de este punto de vista básico es que se debe comenzar toda interpretación de cualquier actuación gubernamental que se exprese en la ley, en el decreto (o reglamento o instrucción), en la sentencia o en el acto administrativo.

Lo primero que hay que hacer es poner en duda la legitimidad del gobierno y recordar las condiciones para que su actuar sea aceptable para la doctrina democrática y los derechos humanos.

De esta manera se ejercita una crítica al actuar gubernamental: se lo evalúa desde la doctrina de la república democrática y se abre la posibilidad cierta para la interpretación de los textos en la forma más favorable al trabajador.

En los tratados enumerados (en el art. 75.22, CN) se establecen ciertas normas básicas para la interpretación de los derechos humanos, de las que no debemos prescindir. En los considerandos de la DA encontramos principios que pueden informar a la interpretación como una “guía principalísima del derecho americano en evolución” (principio de la progresividad) a partir del fortalecimiento del “sistema inicial de protección” integrado por los derechos reconocidos en la misma DA y en los derechos internos de los países contratantes (que marca el nivel de desarrollo mínimo que se debe asegurar o del cual está prohibido retroceder o que no se debe retrogradar).

Hay que practicar una interpretación para realizar “la aspiración más elevada del hombre” cual es “el advenimiento de un mundo en que los seres humanos” estén liberados del temor (o de la tiranía política) y de la miseria (o de la tiranía social y económica) y así disfruten del pleno goce y ejercicio de los derechos humanos y puedan desarrollar sus planes de vida (acorde al preámbulo de la DU, o a los considerandos del PIDESYC).

En la misma DU, la Asamblea General proclama que la Declaración Universal “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por

considera como fin en sí, el verdadero reino de la libertad, que sin embargo sólo puede florecer tomando como base aquel reino de la necesidad. La condición fundamental para ello es la reducción de la jornada de trabajo.” (o sea: del derecho laboral en un sentido progresista y no como técnica de la dominación burocrática o legal operativa a la acumulación capitalista).-

medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.”

La DU es un “ideal común”. A partir de los principios o normas de la DU se puede construir un mundo ideal, una sociedad perfecta, una utopía, que opera como una idea reguladora, que inspira la conducta de las personas para promover, por medio de la enseñanza y la educación (donde queda integrada también la interpretación de los derechos sociales o del derecho laboral, como una de las actividades del jurista) el reconocimiento, el cumplimiento y la aplicación de los derechos humanos.¹²

Así la DU aparece como un nivel mínimo de derechos que se deben asegurar y como un ideal normativo que se debe alcanzar, y que como tal guía o regula (entre otras actividades) a la interpretación y aplicación del derecho (y, en el caso, del derecho laboral) para avanzar hacia el bienestar general y, en definitiva, la liberación del temor y de la miseria.

Se trata de ejercer una interpretación que consolide el régimen de derechos humanos y sea coadyuvante del derecho social y sus fines (preámbulo de la CA). Hay un ideal, es el ideal del ser humano libre, porque está exento del temor y la miseria. Y para alcanzar, para avanzar hacia ese ideal, hacia ese reino de libertad, hay que crear, construir, edificar, elaborar, “la condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos sociales y políticos”. De modo tal que la interpretación y aplicación del derecho laboral (o del derecho social) deben ser un medio, un instrumento, una técnica jurídica (o de la ciencia jurídica) para crear las condiciones que hacen posible el adelantamiento hacia la liberación del temor y la miseria.

La interpretación discriminatoria o desigualitaria está prohibida. La interpretación no puede ser una vía para la diferenciación discriminatoria, ni para imponer un trato desigual. Esto es muy importante señalarlo ya que por la vía de las distinciones conceptuales, por la vía de la búsqueda de caracteres diferenciadores, buscando las diferencias irrelevantes más que las semejantes o analogías relevantes, es que se impone un trato desigual o se mantienen las jerarquías sociales que se procuran eliminar con el régimen de los derechos humanos. Así que la interpretación debe ser igualadora (y no discriminatoria) conforme surge de lo establecido (por ejemplo) en el art. 2 DA, art. 2 DU, art. 1 CA, art. 2.2 PIDESYC, arts. 2.1 y 26 PIDECCYP.

¹² Sobre el uso regulador de las ideas ver Kant, *Critica de la razón pura*, *Dialéctica trascendental*, Apéndice a la *Dialéctica trascendental*: El uso regulador de las ideas de la razón pura.-

La actividad de interpretar debe ser comprendida como el ejercicio de la libertad de conciencia, de pensamiento, de opinión o de expresión (conforme se reconocen en los arts. 4 DA; 18, 19 DU; 12, 13 CA; 18, 19 PIDECCY; entre otros). No debe haber un monopolio oficial, gubernamental o estatal, ni paraestatal, ni parajudicial de las interpretaciones (como el que ejercen o pretenden ejercer ciertos juristas, algunos profesores de la facultad, o hasta inclusive algunas asociaciones de derecho o colegios de abogados que operan como caja de resonancia, amplificadores o difusores de la doctrina iuslaboralista dominante). No es este el régimen (ni el proyecto político) constitucional ni del régimen de los derechos humanos donde se integra la interpretación al debate público como un medio para la evaluación de las políticas sociales.

En algunos de los tratados enumerados encontramos normas especiales o específicas de interpretación de los derechos humanos. En términos generales son normas que impiden o restringen las supresiones o limitaciones a los derechos individuales y sociales (a las que son absolutamente afectos los gobiernos) y promueven la expansión de las libertades (que las autoridades políticas no procuran favorecer). Veamos algunas de esas normas.

En el art. 30 de la DU se dispone que “Nada de la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.”

Hay aquí claramente establecido un freno, un tope, un impedimento a la regresividad jurídica (o, en términos de política, al empobrecimiento). La DU aparece como un piso mínimo, como un nivel que no se puede retrogradar y del cual sólo se puede avanzar hacia mejor.

Una norma análoga se encuentra en el art. 29 de la CA donde (en términos generales) se prohíbe toda interpretación de la convención para limitar derechos reconocidos en la misma convención o derechos reconocidos por el gobierno miembro en su derecho interno o en el derecho de otros estados, o establecidos en otros tratados, pactos, convenciones o declaraciones que haya celebrado o en la DA (ver así los incisos a, b y d del art. 29).

Así aparece el límite inferior, el nivel de desarrollo alcanzado irreversible, irretrogradable, del cual está prohibida toda regresividad. Pero también surge de este art. 29 de la CA el principio de la progresividad social e individual, cuando en el inciso c se establece que ninguna disposición de la CA “puede ser interpretada en el sentido de... c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Hay otros derechos por sobre el límite inferior, mayores y mejores, que pertenecen a un nivel superior de adelantamiento social e individual, con

origen, fuente o sustento en el ser humano y en la república democrática.¹³

Disposiciones semejantes se encuentran en el art. 5 del PIDESYC, y en el art. 5 del PIDEYCYP. En estos textos aparece el deber de asegurar los derechos (o la prohibición de regresividad), que marca el nivel mínimo de irreversibilidad, a partir del cual debe partir cualquier política social en dirección de adelantamiento, en un orden social progresista.

El grado mínimo irreversible, el nivel mínimo de aseguramiento, el piso irretrogradable, queda claramente establecido y reforzado cuando en el art. 25 del PIDESYC se dispone que “Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.” Agreguemos además que se trata de una norma que impone un límite al imperialismo, al colonialismo, y a la conquista.

Es similar (a los arts. 5 del PIDESYC o del PIDEYCYP) la norma que se encuentra en el art. 24 del PIDESYC cuando establece que “Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuando a las materias a que se refiere el presente Pacto.”

El Pacto no debe “interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”. Así marca un nivel desde el que no se puede retroceder. Es un nivel del cual sólo se puede avanzar. En la Carta de las Naciones Unidas se indica que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos “a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”.¹⁴ Así la actividad de interpretar queda directamente regulada por el principio de progresividad: debe estar conforme con la promoción del progreso social, de la elevación del nivel de vida y de la ampliación de la libertad.

En este mismo art. 24 se dispone que tampoco las cláusulas del Pacto se pueden interpretar en menoscabo de las normas de las constituciones de los organismos especializados de las Naciones Unidas. Entre esos

¹³ No hay que prescindir de las normas de interpretación establecidas en el derecho americano “en evolución”, en el derecho internacional, y reconocidas por la CIDH; que son normas obligatorias erga omnes y de aplicación automática; tales como el principio de la norma más favorable (o de que la interpretación “debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar”, como dice la CIDH en su OC – 17/2002, párr. 21); que está reconocido en la CA (art. 29), en el PIDESC (arts. 5 y 24) y en el PIDCP (arts. 5 y 46).-

¹⁴ Ver el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas del 26-junio-1945 en San Francisco.-

organismos especializados se encuentra (para el caso que nos ocupa de los derechos sociales) la OIT, con sus convenios y recomendaciones.

Así resulta que no hay que prescindir de la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944. De ella surge la interpretación como una política para favorecer, y no para entorpecer, el logro de las condiciones en las cuales cada persona pueda perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual, en libertad y dignidad, con seguridad económica e igualdad de oportunidades (arts. 2.a, 2.b y 2.c). No hay que entorpecer sino favorecer. Hay que asegurar y progresar. Este es el mandato central, primordial, absoluto, categórico de la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944.

Conforme a los tratados internacionales (o enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema) la interpretación debe ser una interpretación progresista, una interpretación de avance y no de retroceso. Por ejemplo, en el art. 23 CEDISMU se dispone que “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte” del derecho interno del país o de otros documentos internacional vigentes en ese mismo país; en el art. 41 CNiño se encuentra una norma en el mismo sentido; y en el art. 16.2 CCTortura se encuentra una norma similar. Se trata de una interpretación progresista y no regresiva. La interpretación es para favorecer una mayor libertad e igualdad y no para suprimir o limitar la existente, ni para mantener el estado actual que es sólo un nivel de arranque y no un grado para ser consolidado.

La interpretación progresista es una interpretación mínima y precaria. ¿Qué quiere decir que sea mínima y precaria? Se trata de una interpretación mínima y precaria no porque procure un nivel bajo y revocable de protección o de desarrollo sino porque siempre es susceptible de ser superada, mejorada, puesta en duda para avanzar a otro grado de adelantamiento. Por ejemplo: en el art. 1.2 de la CCTortura se establece: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.” Es que siempre es posible una nueva interpretación de “mayor alcance”. Y mostrar estas interpretaciones de “mayor alcance” es una labor que se inscribe en el proyecto político de la modernidad, y hace al deber de todo jurista imbuido en el mismo o a toda persona que haga un uso crítico de la razón.

3.1.- Una doctrina de la Corte Suprema (sobre la interpretación).-

La doctrina de la Corte Suprema está llena de fallos en múltiples sentidos que muestran un actuar errático, confuso, acomodaticio, carente de principios y que, en definitiva y al igual que el de los otros poderes del gobierno, ha resultado dañino para los habitantes del país. Hay muchas doctrinas contrapuestas enmarcadas, claro está, en una concepción restrictiva o limitativa de los derechos civiles o las libertades públicas.

Aquí voy a señalar algunos principios que regulan (o pueden regular) la interpretación de los derechos sociales o que se deben seguir para ejecutar esa actividad, conforme a algunos fallos de la Corte Suprema, sin perjuicio que no integren una doctrina permanente ni mayoritaria del tribunal, pero que, en gran medida, están acorde al régimen de los derechos humanos.¹⁵

Los derechos reconocidos en la CN son operativos y el mandato de asegurarlos o protegerlos del art. 14 bis se dirige a los tres poderes del gobierno (caso VIZZOTI, consid. 8º, CS, 14-9-2004, en LL, suplemento especial del 17-9-2004).

El trabajador “es sujeto de preferente tutela” (caso VIZZOTI, consid. 9); o de preferente atención no sólo impuesta por el art. 14 bis CN sino también por el derecho internacional de los derechos humanos (consid. 10º en VIZZOTI).

Y “equitativo” significa “justo en el caso concreto” (caso VIZZOTI, consid. 9º).

Hay que estar al “ritmo universal de la justicia” (Fallos 181:209, 213/214, como se recuerda en el consid. 9º de VIZZOTI). Aquí agrego en el mismo sentido que se trata de cumplir con el “derecho americano en evolución” (preámbulo de la DA). El “derecho americano en evolución” progresa, avanza, se adelanta en el sentido de un mayor reconocimiento y aseguramiento de los derechos favorables a la persona humana.

Para la Corte la CN exige un “sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador”; “el hombre no debe ser objeto de mercado alguno” (consid. 11 de VIZZOTI); y su trabajo “no constituye una mercancía” (Fallos 290:116, 118, consid. 4º, como se recuerda en VIZZOTI consid. 11). En el mismo sentido se pronuncia en los considerandos 7, 8 y 9 del caso AQUINO (CS, 21-9-20094, en LL, suplemento especial del 27-9-2004).

A ello se agrega que la Corte reafirma los principios de la progresividad y de la prohibición de regresividad en el considerando 10º de AQUINO. Las políticas “regresivas” son incompatibles con las CN y los tratados enumerados en el art. 75.22 de la CN. La política constitucional es hacia delante (ver el consid. 10º de AQUINO). Aquí agrego, como la historia universal es hacia mejor (pensemos en Kant).¹⁶

La Corte insiste en la dignidad de la persona y del trabajador, como fuente de los derechos humanos (consid. 11 en AQUINO); al mismo

¹⁵ Aquí reitero (con algunos cambios para la ocasión) la exposición de la doctrina de la CS que realicé en algunos de mis escritos como abogado.-

¹⁶ Ver Kant, Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor (1798), en Kant, Filosofía de la historia, FCE, México, 1994, pág. 95 y ss (traducción de Eugenio Imaz).-

tiempo que recuerda su doctrina ya expuesta en el caso BERCAITZ, sobre el reconocimiento de la justicia social en el preámbulo de la CN cuando establece como uno de los objetivos de la asamblea constituyente el de “promover el bienestar general”, y sobre que la justicia social es la más alta expresión de la justicia y tiene por finalidad que todos los miembros de la sociedad participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización, para que la persona se DESARROLLE conforme a su dignidad (Fallos 293:26, 27, consid. 3º; y AQUINO, consid. 11º).

La persona tiene derecho a desarrollarse (ver la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, que también cita la Corte en el consid. 12 de AQUINO), y al igual que el “derecho americano” están en evolución hacia mejor.

La justicia social es norma constitucional (art. 75.19, CN, ampliado).

Y sobre todos estos principios insiste la Corte en MADORRAN (CS, 3-5-2007, en DT, 2007-A, 556), donde en el consid. 5º se vuelve sobre el caso BERCAITZ, donde había señalado que “tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia sociales. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad (Fallos 289:430, 436; asimismo: Fallos 293:26, 27, considerando 3º).

¿Cómo hay que interpretar las normas? A favor de la persona; a favor de la justicia social.

Esta doctrina de la Corte resulta coincidente con el derecho al “desarrollo humano, al progreso económico con justicia social” (art. 75.19, CN); al “derecho americano en evolución”; y al derecho de propiedad reconocido en la DA (art. XXIII), donde claramente se pone al mismo en relación a la satisfacción de las necesidades (“Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”).

Además en MADORRAN la Corte subraya el principio de la progresividad y el principio pro homine, que “determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana” (consid. 8º). Y la Corte insiste contra toda “exégesis restrictiva de los derechos sociales”, en modo “concordante con la doctrina universal” del “principio de favorabilidad” (consid. 8º, en igual sentido que en BERCAITZ). A estos tres principios (la progresividad, el pro homine y la favorabilidad) se suma el principio de la plena reparación (restituto in integrum) del art. 19 de la CN (consid. 8 de MADORRAN).

4.- LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN CON FUENTE EN EL DERECHO CIVIL O COMERCIAL.- Hay que tener una visión integradora entre las fuentes del derecho sólo y exclusivamente para ampliar los derechos humanos, o para asegurar el nivel de desarrollo (impidiendo la retrogradación o la pérdida de derechos o, en otras palabras, el empobrecimiento) y favorecer la expansión o el adelantamiento, o el progreso o la mejora continua en libertad e igualdad.

Las diferentes fuentes del derecho no son compartimentos estancos o fuentes incomunicadas entre sí, aisladas, separadas, encerradas en sí mismas. Que se clasifiquen los textos legales o las normas por su origen o por su materia, poniendo las del mismo origen o materia en el mismo grupo (en la misma especialidad), no es un impedimento para que las normas de un grupo (de una materia, de una especialidad o de un derecho como el civil o el laboral) sean usadas junto con otras normas de otra clase, máxime cuando con esa utilización se expanden los derechos humanos o los derechos sociales y se favorece la causa de la libertad y de la igualdad.

No hay que incurrir en una especialización excluyente y regresiva pero tampoco en una integración que retrotraiga los mejores derechos sociales por la aplicación de normas civiles o comerciales o de otra especialidad. Se impone así una integración progresista que tome las mejores normas con prescindencia de su origen para la construcción acumulativa de las razones (o argumentos), de los derechos o de las soluciones que requieren los trabajadores y las clases postergadas.¹⁷

El derecho del trabajo, en cuanto norma especial, sólo se justifica en la medida que viene a mejorar los derechos reconocidos en el derecho común (como el civil y comercial), y resulta inconstitucional (o inaplicable) si, por el contrario, modifica in peius (del trabajador) al derecho civil, ya que, de proceder de esta manera, viene a desasegurar los derechos ya asegurados y, en consecuencia, a violar directamente el mandato del art. 14 bis de la CN (ampliado por los tratados enumerados).

No perdamos de vista las reglas de interpretación contenidas en el derecho civil o comercial para insistir en las ideas que aquí defendemos. Para mostrar el deber de asegurar. Para exponer el principio de la progresividad. Para exhibir a la integración acumulativa.

El nuevo Código Civil y Comercial de 2015 establece ciertas reglas de interpretación. Aquí voy a mostrar algunas de ellas y su entendimiento en la materia de los derechos sociales o del derecho laboral.

¹⁷ Así el derecho legislado (como mínimo) aparece o puede ser entendido como una serie, un ordenamiento o un repertorio ordenado de razones, o de argumentos para ser usados en la fundamentación o justificación de las acciones ejecutadas o que se pretenden ejecutar, para la construcción de un mundo mejor.-

En el art. 2º del Código Civil (2015) se dispone que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.” Lleva por título “Interpretación”.

El art. 2º del Código Civil (2015) es una formulación de algunas reglas de interpretación que no quedan supeditadas ni a la duda ni a la ausencia de regulación (o existencia de lagunas). Se trata de una norma categórica o que bajo ninguna razón admite excepciones para desasegurar los derechos del trabajador.

Así en el art. 2º del Código Civil se brindan criterios de interpretación que son superadores a los establecidos en los arts. 9 y 11 de la LCT. ¿Por qué sostenemos esta opinión? Porque para la doctrina iuslaboralista estándar o dominante, en el art. 9 LCT se supedita (erróneamente o en forma contraria al texto expreso de la CN y de los tratados enumerados) la aplicación del principio de la norma más favorable al caso de duda. Mientras que en el art. 11 LCT la aplicación de los principios de la justicia social, o de los generales del derecho del trabajo, queda condicionada para el caso de laguna (o de inexistencia de una solución en las normas que rigen el contrato de trabajo o las leyes análogas).

Estos condicionamientos que se encontrarían en los arts. 9 y 11 LCT no se hallan en el art. 2º del Código Civil (2015).

El primer criterio de interpretación de la ley en materia de derechos sociales son las palabras de la ley y su finalidad protectora (conforme se manda en el art. 14 bis CN). Aquí no hay que soslayar al art. 1º del Código Civil (2015) cuando establece, bajo el título “Fuentes y aplicación”, que “los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma.” Así, a partir de las palabras de la ley se obtiene un primer sentido, básico, precario, de mínima orientación o de inicio de la interpretación que se debe completar con la finalidad de la ley que debe, en definitiva, estar inspirada (o determinada) por el sistema de los derechos humanos.

Así, entonces, quedan en primer plano el deber de aseguramiento y el principio de la progresividad, consagrados expresamente en las normas inferiores que se han dictado en consecuencia de la Constitución Nacional (art. 31), como los arts. 1 y 2 del Código Civil (2015) cuando (tanto para la aplicación como para la interpretación) reenvían a la ley suprema y a los tratados de derechos humanos, donde aquellos principios encuentran sobrado sustento.

No hay que perder de vista el fin (o la finalidad) de la interpretación, conforme se manda o establece en la CN y en el derecho internacional. ¿Para qué interpretamos? ¿Para favorecer a las patronales o para

favorecer a los trabajadores? Estos interrogantes tienen una respuesta insoslayable en la doctrina de los derechos humanos o en la doctrina de la república democrática, que, en definitiva, conminan a la interpretación del derecho a ser una técnica para el progreso individual y social y no para brindar argumentos contra el pobre, el necesitado o a favor de la explotación, el abuso o el enriquecimiento ilícito.

Sólo tener en cuenta las palabras de la ley, del texto jurídico, para comprenderlo, entenderlo, o atribuirle su sentido o significado, puede tener por consecuencia que se llegue a un significado que sea opuesto al deber de asegurar los derechos del trabajador (que manda el art. 14 bis de la CN). De aquí que las palabras no son el único método (o instrumento) para llevar a cabo la interpretación.

La enumeración que se encuentra en el art. 2 del Código Civil (2015) no indica un orden de prelación entre los métodos o criterios de interpretación, en el sentido que el anterior excluye al posterior o en el sentido que hay que recurrir al criterio posterior cuando no se obtuvo un resultado con el procedimiento anterior. La enumeración del art. 2 del Código Civil (2015) indica a todos los criterios que se deben considerar para llegar al entendimiento del texto jurídico.

Se comienza por las palabras (o por los signos o símbolos que, previamente, se han considerado que son jurídicos o que son fuentes o formulaciones de normas jurídicas), porque de no ser así todo análisis, conocimiento, investigación, comunicación (o diálogo) sería imposible. Pero el comienzo por las palabras debe ir acompañado, como mínimo, por las finalidades de la ley (conforme a lo establecido en los arts. 1º y 2º del Código Civil).

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial del 2015 se dice que con la inclusión de las finalidades “se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.”

No es atendible esta explicación que se da en los Fundamentos. ¿Por qué? Porque no se trata de considerar la intención originaria, ni “las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación” ni ambas a la vez, sino de advertir que la finalidad primordial que tiene un gobierno es el aseguramiento de los derechos humanos y coadyuvar al progreso social e individual.

Chaim Perelman defiende una doctrina similar a la expuesta en los Fundamentos. Para Chaim Perelman más que indagar o recurrir a la voluntad o a la intención del legislador histórico u original, hay que estar a la voluntad del legislador actual, porque de esta forma “se afirma una hipótesis cuya veracidad puede ser contrastada, pues, en caso de desacuerdo, con el juez, el legislador actual está en condiciones de pronunciarse y de votar una ley interpretativa.” Ahora bien: la suerte de los

trabajadores no puede quedar en manos ni del juez, ni del legislador actual, ya que ambos pueden sostener soluciones desfavorables a los trabajadores. Más precisamente: una solución o una interpretación no se puede sostener apelando a la voluntad del legislador actual si no es favorable a los derechos del trabajador. Aquí no vale afirmar una interpretación contraria a los intereses y derechos del trabajador, con sustento en que se trata de la voluntad del legislador actual y éste no se pronuncia en contra de la intención que se le atribuye desde el poder judicial. Este tipo de argumentaciones no tiene valor en materia de derechos humanos (y, en especial, en materia de derechos sociales), ya que autoriza la regresividad (o hace posible el empobrecimiento social e individual) cuando categóricamente está prohibido.¹⁸

Manda también el art. 2º del Código Civil (2015) que la ley sea interpretada teniendo en cuenta las leyes análogas.

En los Fundamentos del Código Civil y Comercial se expresa: “Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos.” Parecería que, al momento de interpretar la ley, hay que tomar en cuenta también el sentido de otras leyes que son análogas. De acuerdo a los Fundamentos, la ley análoga sería un criterio de interpretación y no una fuente de donde surgiría el derecho. Así, siempre de acuerdo al texto del art. 2º y los Fundamentos, se trataría de una regla de interpretación: hay que tomar el sentido de las leyes análogas para interpretar el texto jurídico bajo examen.

Que en los Fundamentos del Código se diga que las leyes análogas son criterios de interpretación cuando tradicionalmente han sido tratadas como fuentes del derecho, no impide que la ley análoga sea considerada la ley aplicable al caso en los términos del art. 1º del mismo Código cuando dispone que “los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables”, siempre que la ley análoga sea la ley más favorable al trabajador.

Dicho esto, observo que puede ser difícil tomar en cuenta el sentido de las leyes análogas para interpretar un texto jurídico, ya que (en principio) la consideración sobre que dos leyes son análogas es el resultado de una interpretación. Es bajo una determinada interpretación de los textos, que se sostiene que las normas que expresan son análogas.

En general se considera que la analogía (y no las leyes análogas, como se escribe en el art. 2º) es una regla de interpretación del texto o un método o técnica de interpretación. Se trata de un argumento que sostiene que un caso es similar a la clase de casos contemplada como presupuesto de hecho en una norma, y de esa manera dar por justificada la aplicación de la norma (o su solución) al caso análogo. Se considera

¹⁸ Ver de Chaim Perelman, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica* (Editorial Civitas, Madrid, 1988, párrafo 79).-

que dos casos son similares o semejantes y que por ello merecen la solución prevista por la ley para uno de ellos.¹⁹

Si de lo que se trata es de establecer similitudes, semejanzas, la cuestión que nos debemos plantear es para qué se buscan los parecidos. ¿Para asegurar los derechos o para desasegararlos? ¿Para favorecer al trabajador o para perjudicarlo? ¿Para decidir su reclamo a favor o para rechazarlo? Así entonces distinguimos entre la analogía progresista y la analogía regresiva.

La analogía progresista es la que tiene por objeto o por resultado el aseguramiento de los derechos o el adelantamiento de un nivel de desarrollo a otro superior. Mientras que la analogía regresiva es la que se formula para suprimir o limitar los derechos o intereses del trabajador. Son distinciones básicas que no debemos perder de vista.

La distinción entre la analogía regresiva y la analogía progresista se puede ilustrar con el texto del art. 16 de la LCT y su interpretación por la doctrina nacional. En el art. 16 LCT se expresa: “Aplicación analógica de las convenciones colectivas de trabajo. Su exclusión. Las convenciones colectivas de trabajo no son susceptibles de aplicación extensiva o analógica, pero podrán ser tenidas en consideración para la resolución de casos concretos, según la profesionalidad del trabajador.”

Para la doctrina dominante el art. 16 LCT prohíbe la aplicación extensiva o analógica de los convenios colectivos. Así lo considera porque entiende a la sociedad integrada por ramas de producción donde en cada una rige un solo convenio colectivo. Se trata de una típica concepción corporativista (y, para el caso argentino, de inspiración fascista).

Ahora bien, ¿cómo hay que comprender al texto del art. 16 LCT? O ¿cuál es el significado que se le debe atribuir al texto del art. 16 LCT según el régimen de los derechos humanos y la república democrática? De la siguiente manera, a saber: que el art. 16 LCT sólo prohíbe la aplicación extensiva o analógica de los convenios colectivos para desasegarar los derechos del trabajador, pero no para asegurarlos o favorecer a su adelantamiento. Así prohíbe la analogía regresiva, pero permite la analogía progresista.²⁰

Digamos que en el art. 2º del Código Civil (2015) se enumeran algunos criterios de interpretación. Se trata de una enumeración. No se trata de un orden de prelación. Subrayo este punto porque otro criterio a tener en

¹⁹ Ver, por ejemplo, Riccardo Guastini, Interpretar y argumentar, Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid, 2014, págs. 270 a 275.-

²⁰ Desarrollo estas cuestiones en Javier Spaventa Sobre el convenio colectivo aplicable, Buenos Aires, abril de 2013; y en Discusión sobre el corporativismo y el convenio colectivo aplicable, Buenos Aires, febrero de 2015.-

cuenta son “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos”. Este criterio es el central, básico o fundamental de todo el texto del art. 2 del Código Civil (2015). Aquí entra en juego todo el sistema constitucional moderno con su régimen de derechos humanos. No se puede (está prohibido) interpretar al margen de la CN y de los derechos humanos. Por ello es que aquí insistimos tanto en los principios de aseguramiento y de progresividad. Estas son las finalidades que deben tener las leyes o los actos del gobierno (o de su poder ejecutivo, legislativo y judicial): asegurar los derechos y coadyuvar al progreso.

En los Fundamentos se dice: “Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo.”

A ello se suman los principios y los valores jurídicos, que manda también considerar el art. 2º del Código Civil (2015). Estos principios y valores jurídicos no pueden ser sólo los que surgen del derecho gubernamental o del derecho que tiene su origen en los actos del gobierno. No pueden ser sólo los principios implícitos en el derecho gubernamental; ni los principios que se inducen del derecho del gobierno o que sólo están reconocidos en el mismo. Estos principios y valores jurídicos deben ser los principios del gobierno conforme a la doctrina constitucional moderna, y que tienen expresión en la Declaración de Independencia de USA, en la Declaración de Derechos de Virginia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789 y que van a ser otra vez formulados en la Declaración Universal de las Naciones Unidas en 1949.²¹

¿Qué hay que entender por la coherencia con el ordenamiento, a la que se alude también en el art. 2º? El ordenamiento es la constitución y los tratados en ella enumerados y las leyes que en su consecuencia se dictan. Así se establece en el art. 31 de la CN que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”. Aquí está el ordenamiento con el que se debe ser coherente al interpretar una ley. El orden jurídico está establecido por el régimen de los derechos humanos o la doctrina de la república democrática. Que la interpretación sea coherente con ese orden jurídico, es claro que significa

²¹ Ver de Mary Ann Glendon, Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos, FCE, México, 2011. Aquí se destaca la labor de Eleanor Rossevelt, de Rene Cassin y de Charles Maly en la sanción de la DU (con la fuerte oposición de los comunistas rusos partidarios de dictaduras, tiranías o del despotismo o regímenes totalitarios).-

que se trata de identificar normas a favor de la libertad y la igualdad, o a favor de una mayor libertad e igualdad, y nunca para dañar al necesitado, al pobre, al desocupado, o al trabajador. Así resulta que la apelación a la coherencia con el ordenamiento, no es (o no debe ser) un argumento para desconocer los derechos del trabajador, para rechazar sus reclamos, ni para favorecer a las patronales.

4.1.- Las normas de interpretación del contrato en el CCyC y la interpretación del contrato de trabajo.- Una fuente básica del derecho del trabajo es el contrato de trabajo. Otra fuente es el convenio colectivo de trabajo. El derecho laboral tiene un carácter contractualista que debemos contemplar a los efectos de su interpretación. Veamos esta cuestión conforme a las normas de interpretación de los contratos que se encuentran en los arts. 1061 a 1068 del Código Civil y Comercial (2015).

Subrayo que los conceptos, criterios o reglas de interpretación que se establecen en los arts. 1061 a 1068 del Código Civil (2015) sólo se deben usar para favorecer al trabajador y no para desconocer sus derechos o rechazar sus reclamos.

Entre esos criterios incluyo a la intención común de las partes y al principio de la buena fe (art. 1061); a la interpretación restrictiva y a la literalidad de los términos (art. 1062); al significado común o específico de las palabras, a los usos y costumbres y a las conductas, signos y expresiones no verbales (art. 1063); la interpretación contextual (art. 1064); a las circunstancias de su celebración, a las negociaciones preliminares, a la conducta de las partes y a la naturaleza y finalidad del contrato (art. 1065); al principio de conservación (art. 1066); a la protección de la confianza, o al principio de no contradicción con una conducta previa (art. 1067); o al ajuste equitativo de los intereses de las partes (art. 1068).

Todos estos conceptos o principios no son reglas de interpretación o argumentos contra los derechos, intereses o reclamos del trabajador. Adviértase en este sentido que en el art. 1062 se excluye a la interpretación restrictiva de las obligaciones del predisponente en los contratos de adhesión o del proveedor en los contratos de consumo. ¿Cuál es la razón de ello? Proteger a la parte más débil del contrato, al que adhiere y al consumidor. Así entonces de la misma manera se debe considerar para el contrato de trabajo (y para el convenio colectivo de trabajo): todas esos criterios o reglas no son razones para argumentar contra la parte más débil del contrato sino, sólo y exclusivamente, para fortalecerlo. Es así de sencillo.

5.- LA INTERPRETACIÓN EN LA LCT.- En principio la interpretación y aplicación del derecho laboral están reguladas por los arts. 9 y 11 de la LCT.

El art. 9 de la LCT lleva por título “El principio de la norma más favorable para el trabajador” y dispone: “En caso de duda sobre la

aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o 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.”

El art. 11 de la LCT lleva por título “Principios de interpretación y aplicación de la ley” y dispone: “Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.”

Los casos que se regulan son la duda (en el art. 9) y la irresolución (art. 11 LCT).

La duda puede recaer sobre la interpretación o el alcance de la ley (art. 9). Quizás la idea del alcance de la ley queda incluida en el concepto de la interpretación de la ley. De ser así bastaría sólo con considerar el caso de la duda cuando recae sobre la interpretación de la ley. Así se duda sobre el significado que se le debe atribuir al texto legal, lo que quiere decir que se duda sobre los casos que regula; sobre las acciones que permite, obliga o prohíbe realizar; sobre las personas que son titulares de los derechos y obligaciones; sobre las circunstancias de tiempo y lugar en que se deben dar tanto los presupuestos de la norma como las acciones permitidas, obligatorias o prohibidas; y también sobre los ámbitos espaciales y temporales de validez o vigencia de la misma ley. En cualquier caso, cuando hay duda se debe decidir a favor del sentido más favorable al trabajador.

También la duda puede recaer sobre la apreciación de la prueba en los casos concretos, o sobre el significado o alcance de la prueba, o sobre los hechos que se deben considerar demostrados con las pruebas producidas en la causa. En este caso también se debe elegir el sentido más favorable al trabajador (art. 9 LCT, segundo párrafo).

En derecho del trabajo hay normas de fuentes distintas. Hay normas de fuente legal, hay normas de fuente en los convenios colectivos de trabajo y hay normas de origen en el mismo contrato de trabajo individual. Supongamos que no hay duda sobre la interpretación o el alcance que se le debe dar al texto de estas fuentes, o al texto legal, convencional o contractual. Sobre esta base, la duda puede recaer sobre cuál es la norma o el conjunto de normas que se debe aplicar. Al respecto el art. 9 LCT dispone (en su primer párrafo) que “En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo.”

Del conjunto de las normas legales o convencionales, para cada una de las instituciones del derecho del trabajo, si hay duda sobre cuál se debe

aplicar, debe prevalecer (según se necesite para conocer y decidir la causa, art. 116 CN) la norma más favorable o el conjunto de normas más favorable.

El conjunto de normas más favorable (para cada institución del derecho laboral) es la clase integrada por cada una de las normas (legales o convencionales) que son más favorables.²²

En el art. 11 se regula la irresolución de un caso por las normas que regulan el contrato de trabajo y por las leyes análogas. La irresolución (o la imposibilidad de resolver el caso o de aplicar la ley) puede estar dada por la ausencia de solución o por la existencia de soluciones contradictorias. Las normas que regulan el contrato de trabajo y las leyes análogas no contienen una solución para la cuestión a resolver o para la causa a decidir, o también puede ser que contengan normas contradictorias que llevan a la irresolución (o que la impiden). En este caso de la irresolución, la cuestión se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.

¿Cuáles son los principios de la justicia social, o los generales del derecho del trabajo? O ¿qué es la equidad o la buena fe? Cualesquiera sean las respuestas que se den a estas preguntas, hay que subrayar que los principios de la justicia social, o los principios generales del derecho del trabajo, o la equidad, o la buena fe, no son razones para argumentar contra los derechos e intereses de los trabajadores o para, al conocer y decidir una causa (art. 116 CN), rechazar los reclamos del trabajador, conforme al régimen de los derechos humanos y la doctrina de la república democrática. Esta es la cuestión fundamental.

Sobre los principios de la justicia social, sobre el concepto de la justicia social, se han dado respuestas que van desde la negación misma de la noción, o sobre su carencia de sentido o significado, o sobre la imposibilidad de justificar o dar razón sobre su contenido o alcance, hasta diversas versiones de la idea, desde las más desigualitarias hasta las más igualitarias, o desde las más compatibles con el capitalismo hasta la más incompatibles con el capitalismo. Ahora bien: cualquiera sea el concepto que se elija, es claro que el mismo no puede ser una razón para, integrando una argumentación, justificar, fundamentar, sostener o apoyar una decisión adversa a los reclamos de un trabajador en una causa donde se han puesto en juego sus derechos e intereses.

²² Para la cuestión de los métodos de comparación entre normas del derecho laboral hago una crítica a la doctrina dominante en Javier Spaventa, *Constitución y Trabajo*, Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2008, párrafo 2.4, Órdenes jerárquicos y de prelación de las normas.- Ver también de Javier Spaventa, *Apuntes sobre Derechos Sociales*, Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2012, párrafo 6.26, El principio de la norma más favorable al trabajador y los métodos de comparación.-

La misma conclusión se impone con respecto a la equidad y la buena fe. Puede haber una variedad de diferentes concepciones acerca de la equidad y de la buena fe, o sobre qué se entiende o se deben entender por equidad o por buena fe. Pero claro está que cualquiera que se adopte (por cualquier creencia o razón que sea), no puede ser un argumento para, integrando un razonamiento, rechazar la demanda obrera.

¿Por qué? Por el régimen de los derechos humanos, por la doctrina de la república democrática, por el deber de asegurar los derechos del trabajador (o prohibición de regresividad) y por el principio de la progresividad social e individual, reconocidos en la CN y en los tratados enumerados en el art. 75.22 de la misma ley suprema. A lo que se agrega que en la misma exposición de motivos de la Ley 20744 el legislador deja constancia que “el primer y central principio está dado por la trasmisión a la ley de la idea de justicia social”²³. De modo tal que todo el derecho laboral debe ser entendido, comprendido, o significado, desde esta perspectiva de favorabilidad al débil sobre el poderoso, al trabajador sobre el patrón. Se trata del punto de vista político, o moral (o de derecho natural para usar una vieja expresión de la filosofía práctica moderna) ineludible, insoslayable, que nos conmina a la defensa de la persona humana para que se libere del temor y la miseria.

6.- SOBRE LAS REGLAS DE INTERPRETACION (en materia de derecho laboral).- Hay que analizar las reglas, métodos, técnicas, o argumentos de la interpretación jurídica, o que usan los jueces o los juristas (o quienes interpretan el derecho), en relación al derecho laboral o que se usan en la interpretación y aplicación del derecho laboral para conocer y decidir una causa donde un trabajador (o un grupo de trabajadores) formula reclamos vinculados o relacionados con sus labores.

La cuestión a tratar y resolver es si las reglas o técnicas de interpretación se deben usar para la interpretación o la aplicación del derecho laboral (y, en especial, para conocer y decidir una causa laboral) y bajo qué condiciones serían utilizables.

En La Lógica Jurídica y La Nueva Retórica Chaim Perelman reseña trece argumentos recopilados por Giovanni Tarello (uno de los fundadores de la escuela genovesa o del realismo genovés), de un artículo sobre la argumentación jurídica de 1971. Ellos son el argumento a contrario, el argumento a simili o argumento analógico, el argumento a fortiori, el argumento a completudine, el argumento a coherentia, el argumento psicológico, el argumento histórico, el argumento apagógico, el argumento teleológico, el argumento económico, el argumento ab exemplo, el argumento sistemático y el argumento naturalista.²⁴

²³ Ver Senado de la Nación, Contrato de Trabajo, Buenos Aires, 1974, pág. 40.-

²⁴ Ver Chaim Perelman, La Lógica Jurídica y La Nueva Retórica, párrafo 33.-

En La Interpretación de la Ley (de 1980) Giovanni Tarello agrega, a esos trece argumentos, dos más para su estudio, a saber: el argumento equitativo y el argumento a partir de principios generales.²⁵

Riccardo Guastini (discípulo de Tarello) en Interpretar y Argumentar, al ocuparse de “la argumentación de las decisiones interpretativas”, estudia el significado común de las palabras, el argumento a contrario y la interpretación no extensiva, la intención del legislador, la analogía y la interpretación extensiva, el argumento a fortiori, la disociación y la interpretación restrictiva, la interpretación sistemática, la interpretación conforme y el argumento de la razonabilidad.²⁶

6.1.- Crítica general a las técnicas de interpretación.- Son las siguientes, a saber:

Primero. Las reglas o técnicas de interpretación o de aplicación de la ley (como las señaladas), no son argumentaciones justificadas o formas de razonar justificadas.

Kelsen considera que “desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con cuyo fundamento puede preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable. No existe genéricamente ningún método –caracterizable jurídico positivamente- según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el “correcto””. Y agrega que “Todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto.”²⁷

Chaim Perelman, en comentario a Aristóteles o con apoyo en sus estudios sobre la retórica, sostiene que “la estructura de la argumentación que sirve de fundamento a una decisión parece muy diferente de la de un silogismo por medio del cual se pasa de unas premisas a una conclusión. Mientras que, en el silogismo, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión. Este paso no puede ser en modo alguno necesario, pues, si lo fuera, no nos encontraríamos en modo alguno ante una decisión, que

²⁵ Ver Giovanni Tarello, La interpretación de la ley, Palestra, Lima, 2015, el capítulo VIII.-

²⁶ Ver Riccardo Guastini, Interpretar y argumentar, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, tercera parte, capítulo cuarto.- Ver también de Enrique Zuleta Puceiro, Interpretación de la Ley. Casos y Materiales para su estudio, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, donde presenta argumentos lingüísticos, históricos, sistémicos, teleológicos / evaluativos, transcategorico de la intención del legislador, y retóricos; y máximas o principios de la doctrina judicial y directivas de la interpretación operativa, constitutivas y metodológicas.-

²⁷ Ver de Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, pág. 352.-

supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o de no tomar ninguna decisión.”²⁸

Las ideas de Aristóteles donde busca apoyo Perelman podrían estar expresadas en pasajes como el siguiente, a saber: “Cabe hacer razonamientos y deducir en cuestiones que ya están establecidas de antemano por medio de razonamientos o que, aunque no lo estén, requieren el razonamiento porque no son admitidas por la mayoría. Pero es forzoso que de ellas las primeras no sean fáciles de seguir por su prolijidad (pues se supone que el juez es un hombre sencillo) y las otras no sean convincentes porque no se derivan de premisas aceptadas y admitidas por la mayoría, de suerte que es forzoso que el entimema y el ejemplo se apliquen a asuntos que en la mayoría de los casos pueden ser de otra forma, que el ejemplo sea un razonamiento inductivo, y el entimema, un razonamiento, si bien basado en pocas premisas, casi siempre menos que las de la primera figura del razonamiento.”²⁹

Pierluigi Chiassoni (otro integrante de la escuela genovesa) sostiene que “En la cultura jurídica occidental, las (buenas) razones que pueden ser –y de hecho son- adoptadas en el ámbito de actividades de interpretación textual o metatextual son razones retóricas: pertenecen al

²⁸ Ver Chaim Perelman, *La Lógica Jurídica y La Nueva Retórica*, párrafo 2.- Ver también en el mismo sentido de Chaim Perelman, *El imperio retórico. Retórica y Argumentación*, Editorial Norma, Bogotá, 1997, capítulo I, donde (entre otras cosas y también con sustento en Aristóteles) distingue entre los razonamientos analíticos y los razonamientos dialécticos (o entre la lógica formal o matemática y la retórica). Allí Perelman (por ejemplo) afirma que “los razonamientos analíticos son demostrativos e impersonales. Pero esto no sucede con los razonamientos dialécticos. Un razonamiento es dialéctico –nos dice Aristóteles- si sus premisas están constituidas por opiniones generalmente aceptadas; él define así las opiniones aceptadas por todos, por la mayor parte o por los filósofos; es decir, por todos, por la mayoría o por los más notables e ilustres entre ellos.” (pág. 20).

²⁹ Aristóteles, *Retórica*, Libro I, capítulo 2, 1357^a, traducción de Alonso Bernabé, Alianza, Madrid, 2010, págs. 57-58.- Otra traducción es la que realiza Quintín Racionero para la edición de Gredos (Barcelona, 2007): “Por lo demás, es desde luego posible concluir silogismos y proceder por deducción en aquellas cuestiones que, o bien han sido ya antes establecidas a partir de silogismos, o bien no proceden de silogismos pero requieren de ellos por no ser de opinión común; pero, a propósito de estos razonamientos, resulta forzoso que el uno no pueda seguirse bien a causa de su longitud (pues se supone que el que juzga es un hombre sencillo) y el otro no sea convincente por no proceder de premisas ya reconocidas o plausibles, de modo que es necesario que el entimema y el ejemplo versen sobre aquellas cosas que a menudo pueden ser de otra manera y que, por su parte, el ejemplo sea una inducción y el entimema un silogismo, y <todo ello> a partir de pocas premisas, incluso menos de las que consta el silogismo de la primera figura.” (págs. 44-45).-

ámbito del razonamiento práctico y persuasivo (no demostrativo, no lógico, a partir de premisas opinables), y están constituidas normalmente por lo que se puede llamar “argumentos interpretativos”.³⁰

Chiassaoni, al terminar su estudio, concluye: “los códigos interpretativos oficiales son conjuntos típicamente indeterminados, desordenados y lagunosos de directivas indeterminadas. Esto deja un espacio en el que se enfrentan las diversas ideologías de la interpretación jurídica elaboradas por los operadores, sobre todo juristas y jueces. Las ideologías se concretan a su vez en propuestas, a menudo incompatibles, acerca de la forma institucionalmente correcta de identificar y ordenar las directivas interpretativas, reducir su indeterminación e integrar las lagunas metodológicas. Estas propuestas se proyectan sobre los materiales jurídicos positivos (en forma, por ejemplo de la <correcta reconstrucción de los principios positivos sobre interpretación constitucional>) y se encuentran y reflejan en las sentencias judiciales y escritos doctrinales.”³¹

En gran medida, todo esto de las directivas, de las reglas, de los argumentos interpretativos, de los métodos de interpretación, más allá de la clasificación y análisis de cada uno (que es una actividad cognoscitiva del instrumento en uso, que puede ser fructífera en sí misma) es, sólo y exclusivamente, mera retórica (o discurso persuasivo o de persuasión) que opera como una tapadera de los reales intereses en juego que llevan (en definitiva) a sostener una interpretación contra otra y que (además) obstruye el análisis y la evaluación de los medios (políticos y sociales)

³⁰ Ver Pierluigi Chiassoni, Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, pág. 72.- En la pág. 76 dice: “No existen interpretaciones objetivamente correctas (correctas independientemente de los juicios de valor subjetivos de los intérpretes). Por ello, el formalismo interpretativo, si se concibe como una auténtica teoría (o conjunto de teorías) de la interpretación en el derecho, sostiene una falsedad.” Antes Chiassoni señaló: “los diversos factores arriba enumerados (<sintácticos>, <semánticos> y <pragmáticos>: en el léxico de los filósofos del lenguaje) adquieren relevancia, en la determinación del significado de las disposiciones, por la vía de específicos <cánones>, <métodos>, <directivas>, <reglas>, <técnicas> o <argumentos> interpretativos, cuya utilización y peso relativo dependen a su vez, en última instancia, de la adhesión de los intérpretes a ideologías (concepciones ético-normativas) concernientes al derecho en general y/o a concretas formas de organización iuspolítica, así como a doctrinas de la función del juez-intérprete y del jurista-intérprete.” (pág. 67).-

³¹ Pierluigi Chiassoni, Técnicas de interpretación jurídica, pág. 347.- Para que una interpretación del derecho sea jurídicamente correcta (o para que se pueda afirmar o predicar la corrección jurídica de una interpretación) se requiere una norma o una serie de normas (morales, jurídicas, o técnicas) como parámetro, modelo o definición de lo correcto o incorrecto. Ese parámetro o modelo no se obtiene con los métodos de interpretación (o las técnicas, reglas o argumentos de interpretación), que son falaces, o injustificados.-

más adecuados o idóneos para liberar a las personas del temor y la miseria.

Aquí no hacemos una evaluación de la retórica ni del uso en general de las reglas, técnicas o argumentos de interpretación jurídica, sino que, sólo y exclusivamente, observamos que, en la medida que esos argumentos no son demostrativos o no son razonamientos justificados, no deben ser usados para, en una causa, decidir contra la demanda del trabajador o para suprimir o desconocer sus derechos e intereses. Esto es básico, máxime que está en juego la libertad y la igualdad, o las condiciones que hacen posible un mundo donde estemos liberados del temor y de la miseria.

Segundo. Las reglas, técnicas o métodos de interpretación en uso por los juristas y jueces, no fueron creadas o elaboradas teniendo en cuenta el conflicto de clases en el capitalismo, las condiciones de trabajo, la desocupación, y el requerimiento político y moral de la mejora material y espiritual de las clases postergadas. Así resulta que (prima facie) los argumentos interpretativos son ajenos a la cuestión social y no han sido pensados como instrumentos o medios de una técnica social para el aseguramiento de los derechos y la promoción del progreso social e individual. Tan es así que con ellos se sostienen decisiones adversas a los derechos e intereses de los trabajadores o políticas de empobrecimiento general. Ello justifica desalentar su utilización.

Tercero. Las reglas, técnicas o métodos de interpretación son controvertibles o refutables desde el punto de vista de los derechos humanos.³² Ninguno de los argumentos interpretativos soporta la prueba sustancial que impone el deber del aseguramiento y el principio de la progresividad. Pueden sostener cualquier resultado. Y ello ¿por qué? Porque son meros recursos retóricos, afirmaciones especiosas que, en el mejor de los casos, tienen un efecto persuasivo. Pero claro está que ni persuaden, ni sostienen la decisión que se adopta, ni soportan la prueba sustancial.

Ninguna de las reglas de la hermenéutica jurídica, en sí misma, es un principio que asegure los derechos del trabajador o que brinde una interpretación pro operario. Ninguna de estas reglas o métodos lleva necesariamente a una interpretación pro obrera. Cualquiera de estas reglas es refutable o controvertible con solo preguntar: ¿pero realmente asegura los derechos del trabajador?

³² Riccardo Guastini (en Interpretar y Argumentar) en crítica a la doctrina de R. Alexy sobre las reglas o directivas de interpretación, sostiene que “son <derrotables>, es decir, sujetas a excepciones implícitas no especificadas ni especificables” (pág. 262, nota 3).- Aquí observo que las reglas de interpretación también son controvertibles o refutables con excepciones provenientes del régimen de los derechos humanos o la doctrina de la república democrática, y que dichas excepciones son específicas en la medida que dicho régimen integra el orden jurídico.-

Aquí no hay que perder de vista que, cuando se conoce y decide una causa donde están en juego los derechos e intereses de un trabajador, hay que indagar (como mínimo) sobre cuál es la resolución que se debe adoptar para asegurar sus derechos y coadyuvar a su progreso, o cuál es la sentencia que se debe dictar para obrar conforme al ideal de un mundo donde estemos liberados del temor y de la miseria, o cuál es el fallo que se debe tomar para acercarnos a ese mundo ideal que nos conmina al mejoramiento, al adelantamiento, al avance continuo en un orden social progresivo.

6.2.- Críticas en particular.- Muestro algunas. Son las siguientes, a saber:

6.2.1.- Supongamos que se afirme (o que se postule) que hay que estar al significado literal de las palabras de la ley, y que éste sería el sentido más evidente al entendimiento común; o que la ley debe ser interpretada según su letra, o que debe interpretarse conforme al sentido propio las palabras, o sin violentar su significado específico.

Pues bien, ante ello cabe preguntar si estar al significado literal o interpretar a la ley según su letra, asegura los derechos del trabajador, porque si los desasegura, es claro que debemos prescindir del texto de la ley (o de la fuente legislativa del derecho) para construir otra norma con origen (o sustento) en otra fuente.

Es claro que para realizar esta operación en una decisión judicial o administrativa, la misma debe ser objeto de debate en atención al principio del debido proceso y el derecho de defensa en juicio (arts. 14, 17, 18, CN, ampliados por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema).

Es que no hay que confundir a la interpretación (o a la acción de interpretar) con el ejercicio de la atribución de conocer y decidir una causa (art. 116, CN). Aquí, en principio, estoy analizando (o criticando) ciertas afirmaciones muy comunes sobre la interpretación (o sobre cómo se debe llevar a cabo una interpretación) que fácilmente se pueden encontrar en los libros de doctrina jurídica, en los estudios de teoría general del derecho, en las sentencias de los jueces o en los fallos de la Corte Suprema.³³

Si se trata de estudiar la atribución de conocer y decidir una causa (y, más precisamente, de identificar a las normas que la regulan) desde ya señalo que no basta con afirmar que aquella facultad debe sólo y exclusivamente asegurar los derechos del trabajador.

³³ Una recopilación de repertorios de fallos de la Corte Suprema sobre la interpretación se presente en la tercera parte de Enrique Zuleta Puceiro, Interpretación de la Ley. Casos y Materiales para su Estudio, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, págs. 97 a 158.-

Sostener tal doctrina, no cabe duda, que es errado, ya que la atribución de conocer y decidir una causa se rige también por otras normas o principios tales como el principio del debido proceso (rule of law) y el derecho de defensa en juicio.

Es en este marco (muy básico) que se debe cumplir con el mandato de asegurar los derechos del trabajador. Hay que afirmar que el tribunal tiene el deber principal (como uno de los poderes del gobierno) de asegurar los derechos del trabajador y coadyuvar a su progreso individual, pero que dicho fin lo debe cumplir (al conocer y decidir una causa) dentro del marco regulatorio que fija el principio del debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

De modo tal que la decisión (en el caso, el fallo judicial o la resolución administrativa) no puede contener sorpresas interpretativas o, más precisamente, venir a identificar normas que, además de no integrar el consenso general, tampoco fueron objeto de una discusión sobre su existencia, justificación y aplicabilidad al caso debatido en el pleito, entre las partes del mismo.

Así entonces hay que abrir el debate, la discusión, poner la pregunta o la cuestión a consideración de las partes del proceso (incluidos los terceros citados y los fiscales) sobre los posibles sentidos del texto legal bajo examen.

6.2.2.- ¿Para qué se va a considerar el contexto general en que se dictó la ley o en el cual se debe aplicar la misma, si con ello se desaseguran los derechos del trabajador? O ¿para qué se va a indagar el verdadero sentido de una ley por medio del examen de la voluntad del legislador, o de su conexión con las demás fuentes o textos, si con todo ello se desaseguran los derechos del obrero? ¿Es que acaso el gobierno tiene por atribución empobrecer a la población o dañar al trabajador que reclama por el pago de sus salarios e indemnizaciones?

6.2.3.- Tampoco hay que estar a la finalidad perseguida por el legislador, ni a la "ratio legis" ni al espíritu de la norma o del derecho, si con esa postura se suprimen o limitan los derechos sociales o del trabajador en el pleito.

Así no se trata de sostener, sin más, que el fin principal del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador. Es que debemos exigirle al legislador el cumplimiento de algunos requisitos insoslayables, tales como que su origen sea fruto de comicios libres, secretos, universales (o igualitarios) y que el ejercicio de sus atribuciones sea acorde al régimen de los derechos humanos. El gobierno debe ostentar tanto legitimidad de origen como legitimidad de ejercicio.

De modo tal que el fin primordial del intérprete no es atender a la voluntad del legislador, sino contribuir al pleno goce y ejercicio del

régimen de los derechos humanos, identificando normas acordes con las libertades personales y sociales y colaborando de este modo a la construcción y mantenimiento de un régimen jurídico que libere a la persona humana de la miseria y el temor conforme se manda en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

6.2.4.- Está claro que se puede suponer (o hasta afirmar categóricamente) que el legislador es inconsecuente, imprevisible, autocontradictorio, impreciso, ambiguo, repetitivo o que omita regular ciertas cuestiones o casos, si con ello se aseguran o amplían los derechos de los pobres o se coadyuva a un incremento de la libertad y de la igualdad.

6.2.5.- No hay tal cosa como un significado jurídico profundo ni otras entidades de tal tipo o misteriosas. Así resulta que la interpretación no se debe ajustar al significado jurídico profundo si con ello se rechaza el reclamo obrero. La cuestión es más sencilla. Se trata de no recurrir a recursos retóricos y de hacer cumplir un régimen de derecho que sea compatible (como mínimo) con la Declaración Universal de Derechos Humanos para así favorecer al progreso individual y social en libertad e igualdad.

Por ejemplo, ¿qué sentido tiene sostener que los magistrados son servidores del derecho para la realización de la justicia? No tiene ningún sentido más que distraer la atención que se le debe prestar a la cuestión central que consiste en construir para el caso concreto una serie de argumentos (normativos y fácticos) que justifiquen la decisión favorable al trabajador, distracción que se ejecuta con meros recursos retóricos o adornos verbales para sólo reforzar resoluciones que se evaden de brindar las protecciones debidas a los pobres.

Para brindar las protecciones debidas a los pobres, hay que interpretar la ley en el sentido de la libertad, de la igualdad y la fraternidad (la tricolor de la Revolución Francesa de 1789), para incrementar la igualdad (real o en los hechos) en libertad o para que rija la libertad en igualdad, para que todos los seres humanos tengan satisfechas sus necesidades básicas y de desarrollo y así puedan desenvolver sus planes de vida. Esta es la doctrina política moderna de la que se apartan quienes son partidarios de las tiranías, las dictaduras y las demagogias y de la explotación de las mayorías populares.

6.2.6.- ¿Acaso es correcta la doctrina que afirma que la ley debe ser interpretada (y también aplicada) en el sentido en que la interpreta (y manda aplicar) el legislador, sin sustituirlo? Pienso que no es correcta esta doctrina.

El error de esta doctrina consiste en dar por cierto que el legislador obra conforme a la Constitución Nacional (y a los tratados enumerados en su art. 75.22) y ello no es necesariamente así. Desde el punto de vista de la democracia y el régimen de los derechos humanos, del pensamiento

político moderno, es más que claro que no debemos suponer (o presuponer ni tampoco presumir) la legitimidad ni la legalidad del gobierno. La presunción es a favor de la persona humana, que es titular de los derechos humanos, que es inocente.

Por ello, se impone siempre partir (para su correcta evaluación) de la ilegitimidad e ilegalidad del actuar de los magistrados (de todos los poderes de la república), de manera tal que sólo se les deba obediencia cuando cumplen con sus estrictas obligaciones de respetar las libertades personales y sociales, y, en una causa laboral aseguran los derechos del trabajador o dan razones fundadas (serias o cabales) de los motivos por los cuales corresponde el rechazo de su demanda.

6.2.7.- ¿Cuál debe ser la primera regla de interpretación de las leyes? No creo que la primera regla de interpretación de las leyes sea darle pleno efecto a la intención del legislador y que para ello se deba recurrir a las palabras de la ley comprendiéndolas en el sentido más obvio del entendimiento común, o con los significados que habitualmente se les atribuye en la comunidad.

A mi entender si se trata de realizar una interpretación jurídica de la ley o de cualquier fuente inferior a la Constitución Nacional (una hermenéutica del derecho, o sea: una identificación de normas a partir de otras normas o reglas de interpretación y de textos o acciones que previamente se deben considerar como fuentes del derecho), entonces la primera regla para identificar normas jurídicas a partir de fuentes inferiores a la Constitución Nacional, es adecuar esa acción a los derechos individuales y sociales reconocidos en la ley suprema, de modo tal que (como mínimo) no se identifiquen normas que sean incompatibles con el régimen de los derechos humanos.

6.2.8.- También es errado sostener (sin más) que la interpretación de las leyes debe practicarse siempre computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto.

¿Por qué está equivocada esta doctrina? Porque, primero la armonización de toda fuente inferior a la Constitución Nacional debe ser con esta ley suprema y no con las otras fuentes inferiores.

Cuando se identifica una norma de fuente inferior a la Constitución Nacional, esta norma debe ser compatible con la Constitución Nacional. De no ser así es inválida.

Pero además, tampoco la norma puede retrogradar el nivel de desarrollo alcanzado por el régimen de derecho inferior a la Constitución Nacional. De ser así la norma regresiva es inválida.

Luego de ello es claro que se puede sostener que las normas que se identifiquen sean también armónicas entre sí, salvo (claro está) que ello sea, como parte de un razonamiento, un argumento para rechazar una demanda obrera o para desconocer o menoscabar sus derechos.

6.2.9.- Tampoco creo que se pueda afirmar sin más (o en términos generales, o muy imprecisos) que el espíritu que nutre a la ley se ha de determinar en procura de una aplicación racional, si ello tiene por objeto o por consecuencia rechazar la demanda del trabajador.

Digo (en términos generales) que no hay concepto alguno de racionalidad que justifique suprimir o limitar los derechos del trabajador. ¿Por qué? Porque la noción de la racionalidad de la ley, o la racionalidad del derecho o en el derecho, o la racionalidad en general, queda expuesta por el régimen de los derechos humanos y la república democrática. La racionalidad de la ley (o del derecho o en el derecho) queda definida por ese orden humanitario general, que opera como un marco de fines y medios para la persona, dentro del cual pueda desarrollar sus planes de vida.

Para el caso hay que cumplir con el art. 14 bis de la CN que manda asegurar los derechos del trabajador, de modo tal que hay que identificar normas que (como mínimo) aseguren los derechos del trabajador o, en otras palabras, no retrocedan del grado de desarrollo alcanzado o no retrotraigan el nivel de desenvolvimiento individual o social logrado (en cumplimiento a la prohibición de regresividad).

6.2.10.- Quizás sea muy poco (o muy impreciso) decir que la hermenéutica de la Constitución Nacional no debe realizarse jamás de modo tal que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados para que se destruyan recíprocamente, sino que se deben armonizar dentro del espíritu que les dio vida: cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de todas sus disposiciones, de modo de respetar su unidad lógica y sistemática.

No se trata de un argumento contra el reclamo obrero. La Constitución Nacional no da sustento al rechazo de la demanda de un trabajador.

La armonía consiste en un orden social progresivo, en un orden de niveles ascendentes, donde está prohibido retroceder, donde sólo se debe avanzar hacia mejor, a partir de la satisfacción de las necesidades básicas de la persona humana, por medio del ejercicio de su propia autonomía o de su propia o particular búsqueda de la felicidad con exclusión de todo daño a otra persona.

6.2.11.- ¿Qué quiere decir interpretar una ley históricamente? Puede querer decir que se debe buscar su sentido originario o que su significado o sentido verdadero se encuentra en sus orígenes. Para mí una doctrina de este tipo es insostenible porque, básicamente, de lo que se trata es de determinar un significado de la ley que sea compatible (como mínimo) con

el régimen de los derechos humanos. De la misma manera tampoco se trata de interpretar la ley a la luz de las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad ya que así sostenerlo puede ser solo un recurso retórico para tratar de justificar (o hacer presentable) cualquier política y no necesariamente una acción gubernamental compatible con los derechos individuales y sociales.

6.2.12.- Si bien puede ser cierto que los antecedentes parlamentarios y la exposición de motivos que antecede muchas veces a un texto jurídico, pueden ser medios para describir la intención del legislador, también es cierto que la regla básica a respetar cuando se trata de llevar a cabo una interpretación jurídica en una república democrática (y no cuando se trata de un estudio de historia legislativa), consiste en que se debe identificar la norma más favorable al trabajador, o la norma que no desasegure sus derechos y que coadyuve a su progreso.

6.2.13.- La ley debe interpretarse de la manera que mejor se compadezca con los principios y garantías constitucionales, para lo cual se puede (de ser necesario) prescindir del contexto general, ya que la Constitución Nacional es la ley suprema en la medida que, a través de ella, se crea el gobierno y se reconocen los derechos humanos.

6.2.14.- Los derechos reconocidos en la Constitución Nacional no se pueden entender en un sentido programático: es errado sostener que los derechos reconocidos en la Constitución Nacional se encuentran sometidos a las leyes que reglamentan su ejercicio y que no resultan ilegalmente afectados por la imposición de condiciones que guardan una adecuada proporción con la necesidad de salvaguardar otros intereses.

La doctrina de la norma programática es una doctrina estatista, progubernamental que tiene por consecuencia favorecer el accionar arbitrario de los funcionarios o magistrados públicos y de sus jefes o mandantes: los ricos y poderosos que se valen de las oficinas públicas (y sus empleados y funcionarios) para favorecer la reproducción de la explotación económica sobre la mayoría de la población.

Contra esta doctrina cabe observar, primero, que los derechos reconocidos en la Constitución Nacional son operativos y no meros programas de acción gubernamental. Segundo, que esos derechos no pueden estar condicionados a la reglamentación del gobierno, porque tienen por función (básica o primordial) limitar al gobierno o regular su actuación en defensa de la persona humana (conf. arts. 28 y 31 CN). Tercero: resulta muy impreciso invocar "otros intereses" para condicionar o limitar a los derechos personales, individuales o sociales, reconocidos en la Constitución Nacional. No puede haber "otros intereses" distintos a los que encuentran amparo en los derechos reconocidos en la Constitución Nacional.

6.2.15.- No es una regla hermenéutica la que afirma que no se debe trabar el oficial y justo desempeño de los poderes públicos para el

cumplimiento de sus fines, del modo más beneficioso para la comunidad y los individuos que la forman.

Primero se trata de una regla muy imprecisa para, sobre ella, justificar el rechazo de la demanda de un trabajador. Segundo la eficacia y el justo desempeño de los poderes públicos puede claramente encaminarse al logro de fines tiránicos y de empobrecimiento social e individual, que habilitan la resistencia. Tercero la regla hermenéutica debe procurar (o tener por objeto o por resultado) la identificación de la mejor norma posible a favor del trabajador.

6.2.16.- Para interpretar el texto de una ley, de un decreto, resolución (y hasta incluso de un acto administrativo), es claro que se puede recurrir a los motivos que inspiraron la sanción de la ley, o a la finalidad que tuvo en miras alcanzar el legislador con su dictado, o a la “ratio legis”, que (en general) se expresan en la exposición de motivos que antecede al articulado de la ley, en la medida que coinciden con el régimen de derechos humanos y sean adecuados para asegurarlos y ampliarlos y no para suprimirlos y restringirlos.

Sobre esta base (o sea: que la “ratio legis” coincide con los derechos humanos) se puede cuestionar la racionalidad de la ley sosteniendo que no establece los medios adecuados para alcanzar los fines que se procuran con su dictado y, a partir de ello, disponer de otros medios que, estando acordes con los derechos humanos, sean medios idóneos para alcanzar los fines pretendidos (o para lograr el estado de ideal postulado).

6.2.17.- En materia de interpretación de la ley (y, en especial, de la ley social con su clara impronta igualitaria), la primera regla (a la que debe estar obligado el intérprete y los jueces) no es estar sujeto al texto de la ley sino al régimen de derechos humanos y a la democracia, para de esta forma argumentar a favor de la libertad y la igualdad y no a favor del temor (o del autoritarismo) y de la miseria (o de las políticas de empobrecimiento).

6.2.18.- Más que una hermenéutica jurídica (o de las reglas, o de las técnicas, o de los métodos de interpretación de la ciencia jurídica o de la dogmática ajenas por completo a la cuestión social), lo que necesitamos son de administraciones, congresistas y jueces identificados con el régimen de los derechos humanos y la república democrática, dispuestos y en condiciones (técnicas y morales) para favorecer la causa del ser humano, terminar con la pobreza y alcanzar un nivel de desarrollo donde todas las personas tengan satisfechas sus necesidades de vida de forma tal que puedan cumplir con sus planes de avance o adelantamiento hacia grados de una mayor libertad e igualdad para todos.

6.2.19.- Cuando decimos que una regla básica de la interpretación jurídica es identificar, a partir del texto o de las conductas (usos y costumbres) jurídicas, la mejor norma posible a favor del trabajador, estamos atendiendo a los resultados o a las consecuencias que se

derivan de cada criterio interpretativo y al contexto social en que se debe aplicar la norma para incrementar un estado mayor de libertad e igualdad.

Quizás diría que siempre hay que estar a los resultados o consecuencias de la interpretación o aplicación de la ley, ya que el análisis de aquéllos es lo que permite en definitiva saber si se cumple o no con la prohibición de regresividad y el principio de la progresividad social e individual.

6.3.- Crítica a las máximas.- Chaim Perelman (en *La Lógica Jurídica y La Nueva Retórica*) analiza el tema de las máximas, adagios, brocardos, proverbios, o tópicos jurídicos (o lugares comunes jurídicos), o aforismos, y sostiene que “Aunque diferentes por naturaleza de los principios generales del derecho, las máximas representan puntos de vista que la tradición jurídica ha tenido siempre en cuenta y que proporcionan argumentos que la nueva metodología no puede descuidar si quiere conciliar la fidelidad al sistema con el carácter razonable y aceptable de la decisión.”³⁴

Desde el punto de vista defendido en este estudio, las máximas merecen las mismas observaciones ya formuladas contra las reglas, técnicas o métodos de interpretación.

Aquí agrego una consideración general sobre las reglas o técnicas y las máximas, adagios o tópicos jurídicos. La antigüedad que muchas de ellas tienen, que algunas de ellas provengan del derecho romano (o se encuentren recopiladas en el *Digesto*), no es una razón que justifique el uso de las mismas. Aquí debemos observar que la utilización de esos argumentos en tan variados tiempos y circunstancias y para fines tan diversos, sólo nos muestra que perduran las condiciones que las hacen posibles, a saber: la necesidad que tienen los gobiernos de revestir sus decisiones (injustificadas en la mayoría de los casos) con argumentos retóricos para persuadir a las multitudes (o al vulgo).

7.- LA APLICACIÓN DEL DERECHO LABORAL.- Una vez que se ha interpretado un texto se posee una norma. El texto interpretado es una norma (en este contexto de la interpretación jurídica y en términos muy generales). La aplicación de una norma es la acción y el efecto de aplicar la norma. Decimos que una norma se aplica cuando se usa: aplicar una norma es usar una norma, o emplear una norma.

³⁴ Ver Chaim Perelman, *La Lógica Jurídica y La Nueva Retórica*, pág. 118.- Y sobre las máximas, los párrafos 46 a 48 inclusive.- Ver también de Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Arayú, Buenos Aires, 1954, T^o III, su Apéndice sobre Principios, Máximas, Axiomas, Refranes, Sentencias, Reglas, Pensamientos y Aforismos Jurídicos.- Ver también de Jaime M- Mans Puigarnau, *Los Principios Generales del Derecho, Repertorio de Reglas, Máximas y Aforismos Jurídicos*, Bosch Casa Editorial SA, Barcelona, 1979.-

7.1.- La norma aplicable.- Hay que analizar cuáles son los principios o reglas que rigen al uso de las normas, o a la acción de aplicar una norma (o un conjunto de normas). También hay que analizar cuáles son los principios o reglas que rigen la aplicabilidad de una norma o, en otras palabras, que determinan cuál es la norma aplicable o, más precisamente, cuál es la norma que se debe aplicar.

Hay que distinguir los principios o reglas que regulan a la acción de aplicar (o usar) una norma (o un conjunto de normas), de los principios o reglas que definen o establecen cuál es la norma aplicable. Los principios o reglas que definen o establecen cuál es la norma aplicable, son algunos de los principios o reglas que regulan a la acción de aplicar (o usar) una norma (o un conjunto de normas). Pero, claro está, que no son los únicos. Hay otros más.

La norma (o el conjunto de normas) es usado por los habitantes de la Nación (sean nacionales o extranjeros) y por los poderes del gobierno. Analizar para el caso de los habitantes cuáles son los principios o reglas que rigen el uso de una norma de derecho laboral es, en gran medida, el estudio de los derechos de trabajar y ejercer toda industria lícita y de comerciar, y la libertad de contratación, del art. 14 de la CN y de los derechos sociales reconocidos en el art. 14 bis de la misma ley suprema.

Analizar para el caso de los poderes del gobierno cuáles son los principios o reglas que rigen a la aplicación o al uso de una norma (o conjunto de normas) es, en gran medida, analizar las atribuciones o facultades establecidas para cada uno de esos poderes (en la CN y las leyes inferiores).

Analizar cuál es o cuáles son las normas aplicables (o que se deben aplicar) es (en gran medida) un estudio sobre la evaluación de los requisitos de validez (o que determinan si la norma debe pertenecer o no al sistema jurídico); y sobre los ámbitos personales, temporales y espaciales de vigencia de la norma, o a quién se aplica, durante qué tiempo y en qué lugar; o acerca si la norma es constitucional o si existe fraude a la ley para desplazar otra ley (que sería la ley aplicable).

Como puede observarse el tema es muy amplio. Aquí no abordaremos el estudio de todas estas cuestiones. En este trabajo prestaremos más atención a la actividad jurisdiccional o a la facultad de conocer y decidir la causa (art. 116, CN).³⁵

³⁵ El PEN, en la medida que tiene atribuciones para reglamentar las leyes y dictar las instrucciones para la administración del gobierno (arts. 99.1 y 99.2 de la CN), debe guiar el ejercicio de esas facultades de modo de no suprimir o limitar (como mínimo) el régimen de los derechos humanos y la forma democrática del gobierno y, en especial, de no menoscabar los derechos del trabajador reconocidos en las leyes. Es una muy común y pésima práctica de gobierno (en materia de derecho laboral en nuestro país) que el PEN restrinja (casi hasta anularlos) los derechos de los

En materia de derecho laboral rige el principio de la norma más favorable al trabajador. De no ser así se viola la prohibición de regresividad, se desaseguran los derechos del trabajador y se impone un orden social descendente o de empobrecimiento. ¿Cuál es la ley aplicable? En principio (o en términos muy generales), la ley aplicable es la mejor norma del conjunto de normas válidas (prima facie) aplicables.

La ley aplicable a un caso, o para resolver una causa laboral, supone al conjunto de las normas (prima facie) aplicables. El conjunto de las normas (prima facie) aplicables está formado por las normas de diferentes fuentes que rigen a la relación de trabajo, tales como la ley, el contrato colectivo o el contrato individual.

Del conjunto de las normas (prima facie) aplicables, se debe aplicar o usar la norma más favorable al trabajador, en cumplimiento a la prohibición de regresividad y al principio de la progresividad.

En derecho laboral determinar la norma (o el conjunto de normas) aplicable a un caso, es identificar a la norma más favorable al trabajador, o, en otros términos, la norma más favorable al trabajador es la norma

trabajadores reconocidos en la legislación, por medio de sus instrucciones o reglamentos. ¿Qué debe hacer el PEN? Debe guiar su facultad instructoria o reglamentaria por el deber de asegurar los derechos del trabajador y el principio de progresividad. De modo tal que debe reglamentar para asegurar (o para reforzar que no se retrotraigan los derechos reconocidos en la legislación) y además debe con sus instrucciones coadyuvar al progreso. Similares consideraciones se deben realizar con relación al PLN, cuando sanciona una ley. Cuando el PLN sanciona una ley, debe considerar que hay un nivel de desarrollo alcanzado IRRETROGRADABLE (o irreversible). Dicho nivel está definido (o establecido) por la norma más favorable ya sea de fuente legal, convencional o contractual, o reglamentaria. De modo tal que una ley no puede derogar los mejores derechos establecidos en una ley, o en un decreto o en un convenio o en un contrato de trabajo anterior. Tampoco un convenio colectivo puede dejar sin efectos los mejores derechos establecidos en un convenio colectivo o en un contrato de trabajo anterior. Así no imperan las reglas de la *lex superior*, ni la *lex posterior*, ni la *lex specialis* para considerar derogadas las leyes inferiores, las leyes anteriores o las leyes generales si con ello se suprimen o limitan los mejores derechos del trabajador. En otras palabras, para ordenar las fuentes del derecho laboral no rigen las reglas de la *lex superior*, la *lex posterior* y la *lex specialis*, sin atender a si aseguran los mejores derechos del trabajador. Así es como se impone un orden social progresivo, como manda la Constitución Nacional y el derecho internacional.- Sobre el orden social progresivo, ver de Javier Spaventa, Constitución y Trabajo, Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2008, párrafo 2.3; ver también mis Apuntes sobre Derechos Sociales, Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2012, párrafo 6.12.-

aplicable al caso. No hay otra norma (o conjunto de normas) aplicable que no sea la más favorable al trabajador. Es así de básico y sencillo.

El orden de prelación de las normas es el ordenamiento de las normas válidas (o de las normas que pertenecen al sistema jurídico o al derecho), atendiendo a la relación de antelación o preferencia de uso (o empleo) que las normas guardan entre sí. Decimos que una norma tiene preferencia sobre otra norma, cuando desplaza a esta última norma en la aplicación o uso: la norma que tiene preferencia sobre otra, es una norma que tiene antelación sobre la otra norma. En definitiva, es la norma que se debe aplicar.

Y ¿cuál es la norma que se debe aplicar? En derecho laboral (como mínimo) una norma tiene preferencia sobre otra (o posee antelación sobre otra) cuando reconoce mejores derechos a favor del trabajador. Una norma reconoce mejores derechos cuando otorga al trabajador más poder o más riquezas que otra norma válida. La norma mejor es la norma más favorable al trabajador; es la norma que prevalece sobre cualquier otra; y, en definitiva, es la norma que se debe aplicar o que se debe usar.

7.2.- La aplicación concurrente de normas de distintas fuentes.- El art. 14 bis de la CN comienza de la siguiente manera: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...” los derechos que en ese mismo texto se enumeran.

Se trata del “trabajo en sus diversas formas”. El art. 14 bis no alude al trabajo dependiente o a los servicios que se prestan en plena relación de dependencia laboral, sino al “trabajo en sus diversas formas”, lo que incluye también al trabajo autónomo o a la prestación de servicios.

En el derecho internacional humanitario (o en los tratados enumerados en el art. 75.22 de la CN) tampoco se hacen diferencias entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo, al momento de reconocer derechos sociales o económicos a la persona humana cuando trabaja. Así por ejemplo resulta de la DA (arts. XIV, XV y XVI), de la DU (art. 23), de la CA (art. 26 y Protocolo de San Salvador, arts. 6, 7 y 8 como mínimo), de la PIDESYC (arts. 6, 7 y 8 como mínimo).

¿Cuáles son las consecuencias de ello? Algunas son las siguientes. Primero, que no hay que negar la aplicación del derecho común (como el civil y comercial) al trabajador dependiente, cuando posee mejores beneficios que el derecho del trabajo (ya estén reconocidos en la ley de contrato de trabajo, en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo individual). Segundo, que tampoco hay que negar la aplicación del derecho del trabajo al trabajador independiente, cuando posee mejores beneficios que el derecho común (ya estén establecidos en el código civil o en el contrato individual). De las normas que regulan al trabajo (en cualquiera de sus formas) prevalece la norma más favorable al trabajador.

Así resulta que el derecho laboral es el derecho de la persona que trabaja.³⁶

No hay un monopolio de la especialización que excluya a favor del trabajador dependiente toda mejor norma de fuente en el derecho común, de la misma manera que no hay para el trabajador autónomo una regulación de sus servicios con normas exclusivas de fuente en el derecho civil que desplace toda otra norma más favorable de otra fuente (como puede ser la ley de contrato de trabajo). No hay que ver a las materias de la facultad (al derecho civil, al derecho comercial, al derecho del trabajo, para el caso o como ejemplo) o a los códigos de textos legales o a las leyes como compartimentos estancos, autónomos o excluyentes de toda otra fuente de regulación en sus ámbitos propios, ya que no poseen ámbitos propios de validez o vigencia cuando se trata de favorecer al trabajador dependiente o autónomo ante los abusos del gobierno o del poderoso.

En especial el monopolio de la especialización no debe afectar al trabajador dependiente. No hay tal monopolio como un argumento para rechazar los reclamos del trabajador que tienen sustento en los mejores derechos reconocidos en fuentes distintas al régimen de contrato de trabajo o en un convenio colectivo.

Si el derecho del trabajo tiene algún sentido, en cuanto es una regulación especial del trabajo en el mundo moderno y, en particular, en la sociedad industrial (y también en la llamada sociedad postindustrial, donde predominan los sectores comerciales o de servicios en la composición del producto nacional), es que reconoce a favor del trabajador mejores derechos que los establecidos en el derecho común (civil o comercial). Se trata, en este sentido, de un derecho de avance (o de un derecho de avanzada: una vanguardia) con respecto al nivel alcanzado con el derecho civil, para superar la situación de explotación que padece el obrero en el capitalismo.

Ahora bien, si el derecho del trabajo (o algunas de sus fuentes o normas) no cumple con esta función de adelantamiento, de progresividad, sino que, por el contrario, viene a modificar in peius los mejores derechos ya reconocidos a favor del trabajador (en el derecho común), entonces el derecho del trabajo (o sus normas en cuestión) no debe ser aplicado ya que está desplazado por la norma más favorable del derecho común que es la norma aplicable (o la norma que se debe aplicar).

³⁶ Ver Javier Spaventa, *Derechos Humanos, Contrato de Trabajo, Locación de Servicios Y Protección al Trabajo* (Anotaciones a partir de la doctrina de la Corte Suprema), Buenos Aires, 2019.- Ver también de Javier Spaventa, *La protección al trabajo en sus diversas formas. Anotaciones sobre cómo se deben conocer y decidir todas las causas laborales, a partir de una crítica al fallo de la CNAT, Sala 9, in re ROJAS y otros c/ RAPPI*, Buenos Aires, 2019.-

Si la integración normativa (o acumulación de normas) para la formación de una nueva norma o un nuevo sistema de normas, es posible (en el sentido que el nuevo texto obtenido, como fruto de la acumulación, es una norma más favorable al trabajador), entonces es un deber ejecutar la integración normativa en cumplimiento al principio de la progresividad social.

La acumulación progresiva de normas (o la integración progresiva), en contraposición a la regresiva, no tiene sólo sustento en la prohibición de retrogradar el nivel de desarrollo alcanzado y en el principio de la progresividad, sino también en el texto del art. 75.22 CN cuando dispone (con relación a los tratados que allí se enumeran) que “no derogan ningún artículo de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.”

De este texto resulta que los derechos reconocidos en la primera parte de la CN, a favor de la persona contra los ataques del gobierno y los poderosos, deben ser sólo ampliados por los derechos reconocidos en los tratados que (en ese mismo artículo) se enumeran. Así con los textos de los tratados enumerados solo se pueden ampliar, mejorar, incrementar los derechos reconocidos en la primera parte de la CN.

Este método de la acumulación expuesto (u ordenado) en el art. 75.22 de la CN, es el que se debe utilizar para justificar (como un argumento más) la integración progresista (y no regresiva) de toda fuente especial de derecho social, con toda otra fuente de derecho común, para así ampliar los derechos sociales con los derechos civiles y favorecer la realización de una sociedad libre e igualitaria.

Además aquí sostengo que este procedimiento de ampliación (o de incremento, integración o acumulación progresista) por medio del texto de la CN y sus tratados enumerados, debe operar sobre los derechos sociales reconocidos en toda fuente inferior a la ley suprema.

El art. 1º de la LCT establece: “Fuentes de regulación.- El contrato de trabajo y la relación de trabajo se rigen: a) por esta ley; b) por las leyes y estatutos profesionales; c) por las convencionales colectivas o laudos con fuerza de tales; d) por la voluntad de las partes; e) por los usos y costumbres.”

El art. 1º de la LCT no establece el monopolio de la especialización iuslaboralista, de modo tal que sólo se deba aplicar la legislación laboral para regir el trabajo dependiente con exclusión de toda otra norma más favorable de fuente en el derecho común. No dispone tal cosa el art. 1º de la LCT.

El art. 1º de la LCT debe ser entendido en el sentido que las fuentes de regulación que en él mismo se mencionan, rigen el contrato de trabajo siempre y cuando no exista otra fuente que (en forma individual o autónoma, o en forma conjunta a la fuente laboralista) expresa una norma

más favorable a la persona que trabaja. Así la norma de fuente en el derecho común que sea más favorable al trabajador desplaza, sin lugar a dudas, a la norma de fuente en el derecho laboral. También la norma o conjunto de normas que surja de la integración de la norma de derecho laboral con la norma de derecho común, y que es más favorable al trabajador, tiene su preferencia de uso sobre la norma de fuente laboral. Es que, por el deber de asegurar los derechos del trabajador y el principio de la progresividad, se impone la integración de normas de fuentes diversas para la construcción de una norma o conjunto de normas más favorables. Se trata de una integración progresiva de normas en contraposición a una ausencia de integración o a una integración regresiva o en perjuicio del obrero. De esta integración progresista (de esta acumulación de normas) surge la norma aplicable (o la norma que se debe usar).

Esta misma conclusión se impone para usar las normas más favorables con fuente en la LCT para reglar los servicios del trabajador autónomo o independiente, si atendemos a que, en el texto expreso del art. 1º de la LCT, se establece que la “relación de trabajo” está regida por la misma LCT, o por los estatutos profesionales, o por las convenciones colectivas, o por la voluntad de las partes o por los usos y costumbres. No hay ninguna razón para entender a las palabras “relación de trabajo” en el sentido excluyente de relación de trabajo dependiente o de relación de dependencia laboral, que impida usar las mejores normas de la LCT en beneficio del prestador de servicios o del trabajador autónomo.

Lo expuesto también encuentra sustento en el texto del art. 2º de la LCT, donde se establece su ámbito de aplicación, cuando lo entendemos o comprendemos desde una visión constitucional, o desde el punto de vista de los derechos humanos y la república democrática. En el primer párrafo del art. 2º de la LCT se expresa: “Ámbito de aplicación.- En los casos de actividades regladas por estatutos o regímenes particulares, leyes generales y/o especiales, las disposiciones de esta ley serán aplicables cuando contemplen situaciones no previstas en aquéllas o consagren beneficios superiores a los establecidos por los mismos, considerándose en particular cada instituto del derecho del trabajo.”

Con las palabras “estatutos o regímenes especiales, leyes generales y/o especiales” también se alude al contrato de locación de servicios, de modo tal que las normas de la LCT “serán aplicables cuando contemplen situaciones no previstas en aquéllas o consagren beneficios superiores a los establecidos por los mismos” para cada instituto del derecho del trabajo (o para cada derecho u obligación contractual de las partes del contrato), quedando (como se dispone en el párrafo segundo del mismo art. 2º de la LCT) condicionado el uso de la ley a que “resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta.”

7.3.- La ley aplicable en atención al lugar de la celebración o de la ejecución del contrato de trabajo.- Analicemos cuál debe ser la ley

aplicable tomando en consideración al lugar de la celebración y de la ejecución del contrato de trabajo. Espero que el resultado sea una alternativa superadora a la doctrina iuslaboralista dominante.³⁷

En principio, al combinar la celebración y la ejecución del contrato, en la nación o en el extranjero, se presentan cuatro casos, a saber:

Lugar de celebración	Lugar de ejecución	Ley aplicable
1.- Argentina	Argentina	
2.- Argentina	Extranjero	
3.- Extranjero	Argentina	
4.- Extranjero	Extranjero	

A estos cuatro primeros casos, vamos a agregar otros doce que se forman cuando consideramos también las siguientes circunstancias: ejecución en varios países; ejecución en buques y aeronaves; y la no ejecución en el país que se debió ejecutar, o sea: el contrato se celebró pero no se ejecutó. (En el gráfico la ausencia de ejecución la señalamos con un guion: "-").

Lugar de celebración	Lugar de ejecución	Ley aplicable
1.- Argentina	Argentina	Leg. Argentina: art. 3
2.- Argentina	-Argentina	Leg. Argentina: art 24
3.- Argentina	Extranjero	
4.- Argentina	-Extranjero	
5.- Argentina	Varios países	
6.- Argentina	-varios países	
7.- Argentina	Buques / aeronaves	
8.- Argentina	-Buques / aeronaves	
9.- Extranjero	Argentina	Leg. Argentina: art. 3
10.- Extranjero	-Argentina	
11.- Extranjero	Extranjero	
12.- Extranjero	-Extranjero	
13.- Extranjero	Varios países	
14.- Extranjero	-varios países	
15.- Extranjero	Buques / aeronaves	

³⁷ La doctrina iuslaboralista argentina ostenta un alejamiento típico de los principios básico de la CN. La doctrina iuslaboralista argentina no ha sido elaborada de acuerdo con la Constitución y el régimen de los derechos humanos (o de acuerdo a la doctrina política moderna). Ha visto en la CN (y su régimen de libertad e igualdad) un obstáculo o un dato superfluo para su práctica y desarrollo. La doctrina iuslaboralista argentina (en general) encontró su inspiración en la doctrina italiana fascista o filofascista, o en los españoles franquistas de los años cincuenta o sesenta del siglo XX, o en los colaboracionistas franceses partidarios de Vichy, o en el corporativismo de Oliveira Salazar.- Ver sobre las fuentes fascistas del derecho colectivo argentino, de Javier Spaventa, La ley Rocco y el unicato sindical en la Argentina, Buenos Aires, 2017.-

16.- Extranjero	-Buques / aeronaves	
-----------------	---------------------	--

En el art. 3º de la LCT se dispone: “Ley aplicable.- Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él; en cuanto se ejecute en su territorio.”³⁸

En principio, de acuerdo al texto del art. 3º si el contrato se celebra en el país y se ejecuta en el país (caso 1), se rige por la LCT. También si el contrato se celebra en el extranjero y se ejecuta en el país (caso 9), se rige por la LCT.

Ante estos casos y soluciones se plantean varios problemas. En adelante trataré de ocuparme de algunos. Veamos.

Caso (1). No diría que en el art. 3º de la LCT se consagra el principio de territorialidad. Agrego, además, que el principio de territorialidad no necesariamente (o por sí sólo) manda aplicar la norma más favorable al trabajador. El principio de territorialidad no es, en sí mismo, un principio de aseguramiento de los derechos humanos (o de los derechos sociales). De modo tal que este principio debe ser relativizado, condicionado por el principio del aseguramiento y el de la progresividad, de modo que solo valga en la medida que la ley del territorio asegure los derechos sociales y coadyuve al progreso social e individual. De no ser así la ley del territorio en los términos del art. 3º LCT, no “regirá todo lo relativo...”.

Es que el art. 3º LCT, como toda la legislación laboral, debe ser integrada o ampliada a partir de la CN, sus tratados enumerados en el art. 75.22 y los tratados no enumerados y los COIT (art. 75.22 de la ley suprema), para así cumplir cabalmente con el deber de asegurar los derechos del trabajador (art. 14 bis, CN).

La LCT no rige “todo lo relativo...” cuando hay otra norma de origen extranjero o de fuente internacional, relacionada con el caso en forma relevante y que sea más favorable al trabajador. Aquí (y como en todos los casos), no cabe duda, que rige la norma más favorable.

Así resulta que la ley del lugar de celebración desplaza a la ley del lugar de ejecución, si es un régimen más favorable al trabajador, de la

³⁸ El art. 3º de la LCT 20744 en su redacción original establece: “Ley aplicable.- Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derecho y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se ejecute en su territorio, cualquiera sea la nacionalidad de las partes. La ley extranjera podrá ser aplicada aun de oficio por los jueces, en la medida que resulte más favorable al trabajador. Los contratos de trabajo celebrados en el país para ser cumplidos en el extranjero, cualquiera sea la nacionalidad de los contratantes, se regirán por las leyes del país en que se cumplan, salvo lo que resulte por aplicación del régimen más favorable al trabajador.”.-

misma manera que la ley del lugar de ejecución se impone sobre la ley del lugar de celebración cuando establece un régimen más favorable. Es que en materia de derechos humanos en general y de derechos sociales en particular, rige absolutamente (o en forma incondicionada) el deber de asegurar los derechos de la persona o del trabajador (en especial), de modo que se debe aplicar (o usar) la norma más favorable al dependiente o a favor de quien se encuentra en situación más desventajosa.

Caso (2), en principio, tiene solución en el art. 24 de la LCT.³⁹

Caso (3). ¿Cuál es la ley aplicable al contrato celebrado en la Argentina y ejecutado en el extranjero (caso 3)? Aquí está claro que para resolver este problema no hay que recurrir sin más al Código Civil y Comercial para aplicar la ley del lugar de cumplimiento (o la ley loci executionis, como se dispone en el art. 2562 del CCyC), sin atender a si la ley del lugar de ejecución es la norma más favorable al trabajador. Esto es básico. En definitiva, aquí también la solución viene de la mano del deber de aseguramiento y del principio de la progresividad y, en consecuencia, de la norma más favorable.

El cuarto caso (4): se celebra en Argentina para ser ejecutado en el extranjero pero no tiene principio de ejecución. ¿Cuál es la ley aplicable? ¿Es aplicable la ley argentina por ser la ley del lugar de celebración? ¿Es aplicable la ley extranjera por ser la ley del lugar donde se iba a ejecutar? O ¿hay que aplicar la legislación del país que resulte más favorable al trabajador? Hay que aplicar la legislación del país que resulte más favorable al trabajador.

Esta solución tiene sustento (como ya he señalado en este escrito) en la CN y en los tratados enumerados (en el art. 75.22 de la ley suprema). Pero además encuentra fundamento también en el Código Civil y Comercial, cuando en su art. 2594 dispone que “Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.” Aquí subrayo que entre los tratados y las convenciones (a las que alude el art. 2594) se encuentran los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema, que reconocen expresamente la prohibición de regresividad y el principio de

³⁹ El art. 24 LCT dispone: “Efectos del contrato de trabajo sin relación de trabajo.- Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común, salvo lo que expresamente se dispusiera en esta ley. Dicho incumplimiento dará lugar a una indemnización que no podrá ser inferior al importe de un (1) mes de la remuneración que se hubiere convenido, o la que resulte de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente.”

progresividad y que, por consiguiente, manda aplicar la norma más favorable al trabajador.

A ello agrego lo establecido en el art. 2653 (que establece una “cláusula de excepción”) cuando dispone que “Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.” Así resulta que el juez puede disponer “la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos”, claro está, siempre y cuando dicho derecho manda aplicar la norma más favorable al trabajador.

El caso quinto (5). ¿Cuál es la ley aplicable al contrato celebrado en la Argentina y que se ejecuta en varios países (entre los cuales puede estar o no la Argentina)? En este caso no corresponde recurrir a un supuesto criterio del lugar principal de ejecución para aplicar la legislación de este sitio. No es así el mandato constitucional. Lo accesorio no sigue a lo principal, sin analizar si dicho supuesto principio viene a asegurar los derechos del trabajador o si coadyuva al progreso social e individual. Si hay varios países de ejecución, por ejemplo, es claro que, de entre ellos, hay que elegir el que implique la mejor ley laboral (o los mejores derechos) a favor del trabajador (o del prestador de los servicios), siempre que el lugar de celebración no conlleve una, a su vez, más favorable.

Es así de sencillo porque en materia de derechos humanos (en general) y de derechos sociales (en particular), rige absolutamente (o en forma incondicionada) el deber de asegurar los derechos de la persona o del trabajador (en especial), de modo que se debe aplicar (o usar) la norma más favorable al dependiente o a favor de quien se encuentra en situación más desventajosa.

Sobre la base de lo expuesto para los casos (4) y (5) se pueden solucionar de la misma manera los casos (6), (8), (10), (13) y (14).

El caso (7). El contrato es celebrado en la Argentina y se ejecuta en un buque o en una aeronave. Aquí se abren algunos casos más si atendemos a si la bandera del buque (o la aeronave) es Argentina o extranjera. Como en general la doctrina (al igual que el derecho internacional privado) considera que la ley aplicable es la ley del lugar de ejecución (o *lex loci executionis*), se considerará que la ley aplicable es la legislación argentina cuando el buque (o la aeronave) sea de bandera argentina, y que la ley aplicable es la legislación extranjera cuando el buque (o la aeronave) sea de bandera extranjera. Esto no es necesariamente así. Veamos.

Subcaso (7.1). El contrato de ajuste se celebra en la Argentina y se ejecuta bajo bandera argentina. Este subcaso (7.1) es semejante al caso (1), de modo que puede recibir (prima facie) la misma solución.

Subcaso (7.2). El contrato de ajuste se celebra en la Argentina y se ejecuta bajo bandera extranjera. Para este subcaso (7.2) caben (en principio) las mismas consideraciones realizadas para los casos (3), (4) y (5).

Sin perjuicio de ello y para estos subcasos (7.1) y (7.2) también cabe analizar o evaluar si las soluciones (prima facie) aplicables no con refutables o controvertibles. Veamos.

La doctrina dominante acepta sin más que la ley aplicable es la ley del lugar de ejecución. Considera que el lugar de ejecución es el buque o la aeronave y, en consecuencia, afirma que la ley aplicable es la ley del país de bandera.

Para el caso del buque o la aeronave, la doctrina dominante fundamenta también la solución que adopta en un supuesto principio de la unidad que debe regir en el buque (o la aeronave), en primer lugar, por razones de conducción, manejo (o pilotaje) o de seguridad.

Como en el buque (o aeronave) puede haber tripulantes de diferentes nacionalidades, lo que puede acarrear un régimen de trabajo distinto para cada uno de ellos (si se considerara que la ley aplicable es la ley del país de origen de cada uno de los tripulantes), lo que puede dificultar la navegación y aumentar la inseguridad en una actividad en sí misma riesgosa, se eliminan las diferencias posibles y se unifica el régimen de trabajo en la legislación que corresponde al país de la bandera del buque.

Se trata de un uso represivo del principio de unidad en la medida que la norma que se propone como aplicable, es claramente susceptible de ser controvertida por el deber de asegurar los derechos del trabajador, en la medida que la ley del país de bandera, no es necesariamente la norma más favorable al trabajador.

No creo que el postulado de la unidad, su concepto, idea o principio, tenga necesariamente consecuencias represivas de la persona humana y sus derechos y, en especial, de los trabajadores, aunque considero, que también es cierto, que el principio de unidad en general se usa de modo regresivo, o para suprimir o limitar los derechos individuales y sociales.

Aunque claro está que puede darse un uso progresista al principio de unidad para, por su intermedio, salvaguardar la expedición junto con los mejores derechos del trabajador. Por ejemplo, la legislación laboral aplicable a un buque o aeronave es la legislación correspondiente a la bandera; o la legislación de la nacionalidad del armador de la expedición; o, cuando la tripulación es de diferentes nacionalidades, la legislación más beneficiosa a elegir entre las nacionalidades de los tripulantes;

decidiendo, entre todas estas alternativas, que la ley aplicable es la mejor o más favorable al trabajador.

Caso (9). No es aceptable sin más, la solución del caso noveno (9). A un contrato celebrado en el extranjero y ejecutado en la Argentina, no le es aplicable la legislación argentina sin atender a si es más favorable que la ley del lugar de celebración. En principio, hay que considerar a la voluntad de las partes expresadas en el contrato. Así habrá que ver si en el contrato pactaron un derecho aplicable más favorable que el argentino o si acordaron cláusulas con normas más favorables que las existentes en el derecho argentino, y que, por el principio de la norma más favorable al trabajador, se deben aplicar (o usar). Además, como en el derecho argentino impera el deber de aseguramiento (la prohibición de regresividad) y el principio de progresividad, hay un reenvío implícito (o tácito, no expresado) a la norma más favorable que, de ser el caso, es el derecho extranjero.

En otras palabras y por otra vía pero con el mismo resultado. ¿Cómo hay que leer al art. 3º de la LCT? ¿Qué ordena el art. 3º de la LCT conforme a la CN y los tratados enumerados en ella? Que el contrato de trabajo celebrado en el extranjero y ejecutado en la Argentina, se rige por la ley del lugar de ejecución salvo que la ley del lugar de celebración sea más favorable al trabajador.

Caso (11) ¿Cuál es la ley aplicable al contrato celebrado en el extranjero y ejecutado en el extranjero (caso 11)? Aquí (como en el caso (1) parece que no hay ningún conflicto sobre la ley aplicable, ya que se trata de un contrato celebrado y ejecutado en el extranjero. En este caso (11) la doctrina dominante no vacilará en sostener que la ley aplicable es la ley del lugar de ejecución del contrato. Quizás la doctrina dominante proponga la misma solución (y por las mismas o similares razones) para los casos (12) y para los casos (15) y (16) si el buque o la aeronave es de bandera extranjera. Si el buque o la aeronave es de bandera argentina, la doctrina dominante va a considerar aplicable a la ley argentina (por entender que es la ley del lugar de ejecución, o sea: la ley del buque o de la aeronave). Pero la doctrina dominante (y su entendimiento de la legislación y, en especial, del derecho internacional privado) es controvertible o refutable. Veamos.

Los casos aquí bajo análisis se forman a partir de la combinación de las características que usa el legislador para regular el conflicto entre la ley argentina y la ley extranjera: son combinaciones entre el lugar de celebración y el lugar de ejecución (o el lugar donde se debía ejecutar pero no se ejecutó) del contrato, ya sea en la Argentina o en el extranjero.

Pero claro está que estas características que se toman de los casos que regula el legislador, no necesariamente son todas las propiedades que poseen, ni son las características relevantes (desde el punto de vista moral) de las causas que se ponen bajo el conocimiento y la decisión del poder judicial. Estas causas no se pueden conocer ni decidir

necesariamente reduciéndolas a los casos exclusivamente contemplados por el legislador, sin evaluar cabalmente las características que las forman y que pueden ser muy relevantes para cumplir realmente con el deber de asegurar los derechos del trabajador.

La cuestión pasa sobre cómo se construyen los casos o sobre cuáles son las características relevantes de cada caso. De la misma manera que no hay que aceptar las soluciones propuestas por el legislador (si no aseguran los derechos del trabajador), tampoco hay que aceptar los casos que el legislador presenta como los únicos posibles, ni (lo que es lo mismo), reducir todos los casos a los que contempla la legislación. Hay otros casos posibles con otras propiedades que pueden ser muy relevantes si de lo que se trata es de asegurar realmente los derechos del trabajador. Hay que llevar adelante una construcción progresista de los casos para darles una solución también progresista.

Por ejemplo, veamos el caso (11): se celebra en el extranjero y se ejecuta en el extranjero. Pero entre una empresa argentina y un trabajador argentino o un trabajador extranjero que habita en la Argentina; o entre la sucursal extranjera de una empresa argentina y un trabajador argentino o un trabajador extranjero que habita en la Argentina; o entre la sucursal argentina de una empresa extranjera y un trabajador argentino o un trabajador extranjero que habita en la Argentina. Agreguemos que la legislación extranjera es peor que la Argentina para el trabajador. ¿Por qué no se va a aplicar la ley argentina? ¿No son acaso propiedades relevantes que la empresa sea argentina o una sucursal argentina de una empresa extranjera, o que ambas partes se domicilien en el país? Entiendo que son características relevantes que, junto al régimen de los derechos humanos, justifican la aplicación de la ley argentina.

Por ello es que sostenemos que, si de lo que se trata es de cumplir con el mandato de aseguramiento y progresividad, es que hay que realizar una construcción progresista de los casos y no quedar limitados a los previstos expresamente por el legislador o a los que se puedan formar de las combinaciones de las propiedades utilizadas por el legislador para la construcción de los casos legislados.

Desde este punto de vista, lo que se llama derecho objetivo es sólo una recopilación de algunos casos con sus posibles soluciones, junto (quizás) con algunos criterios, reglas, normas o principios generales para la guía de la acción (en principio humana) y la declaración de ciertos valores o bienes a respetar o de ciertos fines o estados de cosas a lograr.

7.4.- La facultad de conocer y decidir la causa.- La atribución del PJN consiste en conocer y decidir las causas (art. 116, CN).⁴⁰

⁴⁰ Esta atribución del PJN es similar a la que también ejercen el PEN y el PLN cuando conocen y deciden en reclamos administrativos (previos al pleito), en sumarios internos o cuando, en general, ejercen lo que se denomina la jurisdicción administrativa. La jurisdicción administrativa es

La decisión de la causa es la determinación de los derechos y obligaciones de las personas que son parte de la misma, conforme a los términos de la DU (art. 10), de la CA (art. 8) o el PIDEYCYP (art. 14.1).

En el art. 17 de la CN se establece el principio de la sentencia fundada en ley. La decisión de la causa (art. 116, CN) o la determinación de los derechos y obligaciones de las partes, debe estar fundada en ley o debe estar motivada (art. 66.1 de la CA). Vamos a analizar qué se debe entender (como mínimo) que la sentencia esté fundada en ley o que el fallo sea motivado.

Primero hay que cumplir con el deber de conocer la causa (art. 116, CN). Conocer la causa significa conocer cada uno de los reclamos de las partes y de las razones de hecho y de derecho que exponen para sostenerlos. Hay que conocer los reclamos, los hechos y el derecho. De no ser así se decide otra causa, otra contienda y no la que se debe resolver.

Segundo hay que decidir la causa (art. 116 CN), o determinar los derechos y las obligaciones de las partes de la causa para cada uno de los reclamos realizados, con sustento en los hechos probados y el derecho aplicable.

Tanto para el conocimiento como para la decisión de la causa, rige el principio básico que manda asegurar los derechos del trabajador y el principio de la progresividad individual y social, de modo tal que se debe usar la norma más favorable al obrero o dependiente.

Observo que (para el conocimiento de la causa) ello quiere decir que no hay que usar de analogías regresivas ni distinciones regresivas, que tengan por objeto subsumir los hechos en normas menos beneficiosas o más desfavorables al trabajador. Hay que realizar subsunciones progresistas y no subsunciones regresivas. Hay que conocer los hechos de modo favorable al trabajador. Hay que construir el caso de la manera más favorable al trabajador, o de modo tal que (como mínimo) no sea una construcción perjudicial a sus derechos o reclamos.

De la norma más favorable, que es la norma aplicable o la norma que se debe usar, se prescinde por medio de diferentes artilugios. Señalo a algunos de ellos.

una técnica jurídica que se integra a la dominación burocrática (en el sentido de Max Weber), y que tiene por objeto o resultado que frena o entorpece el acceso de los habitantes al poder judicial para resolver sus litigios contra el mismo gobierno. Es un recurso del gobierno para defenderse de los ataques o reclamos que le formulan los habitantes bajo su dominio o imperio. En principio, lo que afirmemos para la jurisdicción judicial vale también para la jurisdicción administrativa.-

Primero, lisa y llanamente, no se usa la mejor sino otra peor. Se prescinde de la norma más favorable sin razón alguna.

Segundo, se sostiene que no se han demostrado en la causa los hechos descriptos por la norma más favorable (o los hechos que dicha norma regula).

Tercero, para no usarla se sostiene que los hechos alegados y probados en la causa, son diferentes a los hechos regulados por la norma más favorable.

Cuarto, para no usar la norma más favorable y no proteger al más débil frente al gobierno o al poderoso, se lo hace responsable de supuestos incumplimientos, o se considera que su demanda (o apelación) ostentan defectos en los reclamos que formula o en los fundamentos que esgrime. Así, el tribunal traslada al trabajador (o a su defensa) la responsabilidad que le corresponde y la culpa que le ocasiona el incumplimiento del deber de asegurar los derechos del trabajador que le impone el art. 14 bis de la CN.⁴¹

Quinto, se usa la norma más favorable pero para rechazar la demanda del trabajador. Así se le da un uso regresivo o represivo a los mejores principios, reglas o normas del derecho. Este es un procedimiento típico de los tribunales populistas, pseudoprogresistas o, sencillamente, demagógicos.

Cuando el fallo no tiene sustento en los hechos alegados y probados, ni en el derecho aplicable, no es un acto jurisdiccional válido, no es una sentencia fundada en ley, o una decisión motivada, sino que es una sentencia arbitraria (conforme también la doctrina que surge del art. 9 de la DU).

⁴¹ El traslado de la responsabilidad se da también en las conversaciones entre los abogados. Es muy común que cuando un abogado cuenta un problema a un grupo de colegas, para la búsqueda de una solución, se le comience señalando lo que debería haber hecho y no hizo, o los caminos que debió haber tomado y no siguió, cuando lo que hay que hacer, es absolutamente diferente. ¿Qué hay que hacer? Primero hay que entender el problema. Aquí se trata de conocer cuál es el objetivo a alcanzar y los medios con los que se cuentan (o sea: las pruebas a producir en una posible causa o las constancias de la causa de haberse ya iniciado el pleito; y las circunstancias de tiempo y lugar y personales de las partes y el tribunal). Segundo. Con esos elementos (los fines y los medios) construir una solución (con más las razones que se puedan agregar). Aquí subrayo el carácter constructivo que tiene no sólo la labor profesional del abogado, sino la interpretación y aplicación del derecho. Se trata de construir soluciones a favor de un mundo mejor, de un mundo con mayor libertad e igualdad, para que las personas estén liberadas del temor y la miseria.-

Hay una condición básica (o fundamental, o necesaria) para la aplicación (y también para la interpretación) de los derechos humanos (y, en especial, del derecho laboral) que es la clase de magistrados encargados de ejercer la atribución de conocer y decidir las causas.

Una magistratura que no esté identificada con la doctrina política moderna, con el régimen de los derechos humanos y la república democrática, no es una idónea para la protección del trabajo en sus diversas formas.

Una magistratura que represente los intereses del PEN o de los ricos o poderosos, no es adecuada para la mejora de las clases postergadas. El tribunal debe ser independiente e imparcial (art. 10 de la DU; art. 8 de la CA).

Una magistratura que no sea frugal e igualitaria, no posee la virtud de la democracia (en el sentido de Montesquieu), y carece de las habilidades suficientes para promover la libertad y la igualdad.⁴²

Para la interpretación y aplicación de la ley como un medio de promoción de la libertad y la igualdad (o de la libertad para todos), se requiere de una burocracia virtuosa y no de una burocracia corrupta; o sea: de un funcionariado que adhiera en serio (o en forma cabal) al régimen constitucional y de derecho internacional, que no sea un medio de la dominación (de la dominación legal o burocrática, que analizó acabadamente Max Weber) sino un instrumento para que las personas sean liberadas del temor y la miseria.⁴³

El juicio, el procedimiento administrativo o judicial, es uno de los medios esenciales de la dominación burocrática o legal, junto al derecho racional (o que permite el cálculo económico) y al ordenamiento de los empleados

⁴² Montesquieu, en *El Espíritu De Las Leyes* (Editorial Losada, Buenos Aires, 2007), sostiene que “En una república, la virtud es algo muy simple: El amor a la república. Es un sentimiento, y no una serie de conocimientos; el último hombre de Estado puede tener ese sentimiento, así como el primero.” (Libro V, cap. II). En el capítulo III del mismo Libro V agrega: “En una democracia, el amor a la república es el de la democracia; el amor a la democracia es el de la igualdad. El amor a la democracia es también el de la frugalidad.” Y en las aclaraciones dice: “el autor ha definido su virtud, como el amor a la patria. Y luego define el amor a la patria como el amor a la igualdad y la frugalidad.” (pág. 895).- Está más que claro que, en nuestras repúblicas, no impera la virtud democrática, o la igualdad y la frugalidad en los gobernantes y en el funcionariado.-

⁴³ Ver de Max Weber, *Sociología del poder. Los tipos de dominación*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.- También de Max Weber, *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1997, de la primera parte, el capítulo sobre los tipos de dominación (págs. 170 y ss), y de la segunda parte, el capítulo sobre la sociología de la dominación (pág. 695 y ss).-

públicos en jerarquías escalafonarias con sus atribuciones, capacidades o competencias.

Se domina a los pobres, a las masas, a las multitudes, al vulgo con el procedimiento administrativo o judicial. Se saca al trabajador de la calle, del reclamo directo al patrón o al gobierno, y se lo encausa en el proceso para la defensa de sus derechos o intereses. Para ello se le otorgan derechos y reglas de actuación. Se establece un procedimiento. Se le otorga un número de expediente. Se lo educa en la creencia en que el actuar legal del gobierno, legitima su imperio. Es la dominación burocrática o legal.

Hay un uso perverso o dañino del juicio, para los derechos e intereses de las clases postergadas, cuando no se utiliza al pleito para favorecer la causa de la libertad y la igualdad, o para construir una sociedad mejor y en continuo avance, sino para el mantenimiento del status quo o para acompañar políticas de empobrecimiento de la población.

El procedimiento administrativo o judicial es un instrumento adecuado para la dominación en una sociedad de masas. Ante el incumplimiento de las políticas constitucionales por parte del gobierno o ante el actuar lesivo de las patronales o de las grandes empresas contra la persona que trabaja, los grupos sociales dominantes cuentan con el pleito como un obstáculo o defensa contra el reclamo del pobre o explotado. Vale la pena incumplir cuando, a través del proceso, no se obtiene la reparación debida, o la misma llega tarde, o se paga en moneda devaluada. La dominación por medio del procedimiento, favorece los incumplimientos del gobierno y de las grandes empresas.

Primero. Ante el incumplimiento, no todos los integrantes de la sociedad o de las mayorías populares, reclaman por el reconocimiento de sus derechos.

Segundo. De los reclamos que se formulan, no todos reciben un resultado favorable.

Tercero. De los reclamos que sí reciben un resultado favorable, el mismo no se adopta ni en tiempo ni en forma. A ello se agrega que, aunque decidido el reclamo, todavía resta la etapa de la ejecución del fallo que posterga aún más la percepción de la reparación debida.

Mientras tanto los reclamantes mueren. Mientras tanto las grandes empresas o el gobierno conservan en su poder el dinero fruto de sus incumplimientos. Mientras tanto el gobierno, devalúa la moneda o reduce el poder adquisitivo del dinero con el que, en definitiva, después de muchísimos años, se va a pagar el juicio. Así es como se frustran, o se suprimen o limitan los mejores derechos.⁴⁴

⁴⁴ De aquí que la determinación de los derechos y obligaciones de las partes se deba realizar en un “plazo razonable” (conforme al art. 8 de la

Los tribunales tampoco usan la ley aplicable, que es la ley más favorable al trabajador, por otras causas o motivos, de tipo más circunstancial o accidental, como puede ser la amistad con los propietarios de la gran empresa (o sus abogados), o por ser los jueces parientes de los patrones o de sus abogados, o por recibir dinero de la patronal para decidir a su favor, o por obediencia a las instrucciones o directivas o a las políticas del gobierno.

Para la no aplicación de la norma más favorable, hay otra causa menos observada o atendida (en nuestro ámbito jurídico o en nuestra actividad profesional): es la educación de los jueces y de los integrantes de los tribunales y de la administración en una concepción restrictiva de los derechos humanos y, en especial, de los derechos del trabajador y de los pobres en general, o, en otros términos, la educación de los jueces y de los integrantes de la administración en una concepción sentimental, moral y política favorable a una sociedad dividida en clases, con grupos sociales privilegiados y grupos sociales desventajados, con una minoría dominante y una mayoría dominada, o con una minoría rica, una clase media y una mayoría de pobres y miserables marginados de la opulencia y el lujo.⁴⁵

7.5.- La argumentación y la doctrina de la Corte Suprema.- Es común encontrar en las sentencias de los tribunales inferiores, que el juez comience sus consideraciones declarando que no debe atender todos los argumentos (o las defensas o pruebas) de las partes, sino sólo aquéllos conducentes o pertinentes para la solución o decisión de la causa.

La frase más completa que se puede encontrar en muchos fallos de los tribunales inferiores puede decir, por ejemplo, lo siguiente: “Tal como ha quedado trabada la cuestión litigiosa, corresponde adelantar que los jueces no están obligados a ponderar una por una y en forma exhaustiva todas las probanzas incorporadas, ni seguir a las partes en los diversos argumentos que hubieren articulado en resguardo de sus derechos. Sólo basta que lo hagan respecto de los que estimaren viables y decisivos para una adecuada solución; más aún hasta pueden preferir algunas de las pruebas producidas, u omitir toda referencia a la que estimaren poco

CA). El pleno goce del derecho a un “plazo razonable” para el trámite del pleito, puede llegar a resultar incompatible con la dominación legal tal cual la conocemos. Observo que ni la Comisión Interamericana ni la Corte Interamericana cumplen, en el ejercicio de sus atribuciones, con el “plazo razonable” para la determinación de los derechos y obligaciones de las personas protegidas por la CA y el derecho internacional humanitario.-

⁴⁵ Aquí se impone la crítica a la instrucción primaria, secundaria y universitaria y también (en nuestro ámbito) a la labor de divulgación, actualización y amplificación de la concepción restrictiva, que se realiza desde las academias nacionales, desde las asociaciones de derecho y desde las asociaciones o colegios de abogados a través de cursos, charlas o conferencias que reproducen las ideas y prácticas de la dominación del gobierno y de las clases privilegiadas.-

gravitante o no esencial. Esa es la doctrina reiterada que, en forma razonable y en concordancia con el buen sentido, cabe observar en toda sentencia judicial (conf. CSJN, Fallos 311:1914, 325:1922).”

En general cuando nos encontramos con esta doctrina es muy probable que la sentencia sea arbitraria (esté injustificada o carezca de fundamentos). No hay una relación necesaria entre anunciar la doctrina al comienzo del fallo y que éste sea una sentencia arbitraria, pero (casi siempre) cuando nos encontramos con esta doctrina, la sentencia es arbitraria. Ya sea a favor de nuestra parte o en contra. Se trata de una doctrina que, cuando aparece expuesta en el fallo, anuncia la arbitrariedad.

En adelante voy a criticar esta doctrina de la Corte Suprema sobre la argumentación. La misma se encuentra expuesta en variadas formas y desde hace muchos años, lo que incluye períodos con gobiernos democráticos (o electos) y con gobiernos dictatoriales.

Hasta el primer fallo de la Corte Suprema, siguiendo las citas que en ellos se encuentran, la serie de las sentencias puede ser la siguiente, a saber: Fallos 325:1922; 324:3421; 322:2880; 320:2289; 314:1445; 311:1911; 311:1914; 308:584; 307:2216; 297:526; 294:466; 287:230; 280:320; 278:271; 276:132; 274:113; 272:225; 265:301; 258:304; 253:461; 250:744; 251:244; 250:36; 248:544; 248:385; 243:563; 235:563; 235:470; 234:250; 233:47; 228:279 226:447; 221:237; 212:561.-

Veamos algunos ejemplos de esta doctrina. En Fallos 221:237 del 19-11-1951, la Corte Suprema sostiene: “Que la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, amparada por la jurisprudencia de esta Corte en la garantía de la defensa en juicio – Fallos 209:28 y los allí citados- impone a las autoridades competentes la obligación de resolver las cuestiones que los particulares interesados les someten en forma legal, en cuanto puedan ser conducentes para la efectividad de los derechos controvertidos. Que es exacto que lo referente a la determinación de los puntos comprendidos en el pleito es, como principio, problema ajeno a la jurisdicción extraordinaria de esta Corte. Adquiere, sin embargo, jerarquía constitucional cuando resulta palmario de los autos que la exclusión de una cuestión importa denegación de justicia, por no ser atendible la razón que la fundamenta.- Fallos 212:561.”

En Fallos 226:447 del 20-08-1953 la Corte Suprema afirma: “La circunstancia de que un tribunal haga mérito sólo de los elementos de juicio que estime necesarios para el fallo de la causa, no constituye violación de la defensa en juicio.”

En Fallos 234:250 del 6-04-1956 la Corte Suprema expresa: “Los jueces no tienen por qué analizar todos los argumentos utilizados por las partes que, a su juicio, no sean decisivos.”

En Fallos 248:544 del 30-11-1960 la Corte Suprema considera: “Que... se haya prescindido de las constancias invocadas por el recurrente, no autoriza a tener por configurada la tacha de arbitrariedad, desde que la conclusión establecida sobre el particular por la sentencia en recurso aparece fundada – cualquiera sea su acierto o error- en las restantes elementos probatorios allegados a la causa. Fallos 235:470.”

En Fallos 322:2880 del 19-11-1999 la Corte Suprema manifiesta: “Que si bien es cierto que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias del expediente sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, también lo es que cabe prescindir de dicha doctrina cuando se ha incurrido en una defectuosa y parcial consideración de los instrumentos probatorios, con omisión de tratamiento de elementos esenciales que podrían incidir en la solución del tema debatido (Fallos 314:1445).”

Para la Corte Suprema basta sólo con una ponderación parcial, o sea con la ponderación de las pruebas que se estimen suficientes para sostener la decisión. Así queda al margen el caso posible: que del conjunto de todas las pruebas, de todos los argumentos expuestos por las partes (a favor y en contra de las cuestiones debatidas en la causa), la decisión que se deba adoptar sea distinta.

Hay que distinguir dos tipos de cuestiones planteadas en un juicio, o, en otros términos, cuando usamos las palabras “cuestiones planteadas” aludimos a diferentes tipos de cuestiones o planteos. Por cuestión planteada en un juicio se puede entender a una petición que formula una de las partes al juez. Por ejemplo: la parte actora solicita que la parte demandada sea condenada a pagar la suma de \$ 100.- en concepto de indemnización por despido, la suma de \$ 20.- en concepto de preaviso y la suma de \$ 10.- por el sueldo del mes de despido. La parte actora tiene derecho a que cada una de sus peticiones sea resuelta, o que cada una de sus cuestiones planteadas reciba una decisión del juez, o que no quede pendiente de decisión ninguna cuestión planteada. Esta obligación del tribunal, en los fallos aquí citados, la Corte Suprema la funda en el derecho de defensa de las partes intervinientes en el juicio.

Pero también con las palabras “cuestión planteada” se puede aludir no ya a la petición de las partes, sino a las razones de hecho y de derecho que ponen en juego en el pleito para sostener o justificar sus determinados pedidos. En este segundo sentido, las cuestiones planteadas serían el “desarrollo de sus exposiciones”, los “puntos debatidos”, las “pautas propuestas”, o los “puntos comprendidos en el pleito” (según las palabras que usa la Corte Suprema).

Con relación a este segundo sentido, aparece la doctrina limitativa (arbitraria o ilegal) de la argumentación. Para la Corte Suprema no hay que seguir a las partes en todos sus argumentos de hecho y de derecho, ya que basta que la sentencia brinde solución a los temas debatidos que sean conducentes para la decisión del pleito.

Ahora bien: es claro que el conjunto de las cuestiones debatidas y conducentes para la decisión del pleito, no es el conjunto de todas las cuestiones debatidas en el pleito, sino un subconjunto de estas cuestiones. De modo que pueden quedar fuera de toda consideración algunas cuestiones debatidas: son las cuestiones debatidas que no integran al subconjunto de las cuestiones conducentes para la decisión (según el fallo del tribunal). Y aquí viene un gran problema: en el fallo no se hacen explícitas las razones por las cuales se aceptan o descartan algunas de las cuestiones debatidas (o algunos argumentos que las partes esgrimieron a favor de sus pedidos), ya que sólo se exige que las cuestiones debatidas elegidas sean conducentes para sostener el fallo: si las cuestiones debatidas (o las razones o argumentos de las partes) elegidas o expuestas en el fallo, son conducentes para sostener la decisión, se cumple con el estándar que exige la doctrina de la Corte Suprema para considerar que se ha cumplido con el deber de conocer y decidir la causa.

La Corte Suprema (en el mejor de los casos) requiere de los jueces inferiores que (conforme a las constancias de la causa) construyan o presenten ciertos argumentos o razones que justifiquen la decisión. Sobre esta base pueden quedar sin considerar otros argumentos o razones (que también están conforme a las constancias de la causa) y que justifican otra decisión.

No se trata de tomar algunos argumentos o razones (que aparecen en la causa) para justificar la decisión, sino de conocer la causa (o sea toda la causa) y, sobre la base de sus constancias, decidirla. La construcción de la decisión se debe realizar a partir de la consideración de todas las constancias de la causa, haciendo explícitas las valoraciones que merecen cada una de ellas.

Se trata de exponer públicamente todas las razones y no de ocultarlas. Se trata de considerar todos los argumentos puestos en juego, de evaluarlos, de validarlos o descalificarlos, para así adoptar una decisión justificada.

No se trata de tomar algunas constancias de la causa (o solo algunos argumentos) que justifiquen la decisión que se adopta, sino, por el contrario, considerar toda la causa, conocerla, evaluarla en su conjunto, sin prescindir de ninguna de las razones jurídicas (o de derecho) o de hecho (las pruebas) y, sobre esta base (que da cuenta en serio de la causa), decidir.

La decisión debe estar asentada sobre una construcción elaborada a partir de todas las argumentaciones de hecho y de derecho puestas en juego en la causa. La decisión está justificada cuando se sostiene en una argumentación sobre la causa que da cuenta de todas sus constancias señalando las que valen y no valen, junto con sus razones de legalidad o ilegalidad, de legitimación o deslegitimación. Se trata así de una

construcción argumentativa completa que da cuenta de toda la causa y no de una construcción parcial que toma solo algunas constancias con las que aparenta justificar la decisión.

Con la doctrina de la Corte Suprema, ni se explicitan las razones por las cuales se desestiman los elementos que no se usan, ni mucho menos se expone una doctrina (o una teoría) que dé cuenta, que se haga cargo, en forma completa y coherente de la causa, de todos los hechos alegados y probados conforme al derecho vigente en el pleito.

Este es un defecto insalvable de la doctrina de la Corte Suprema y que hace a una característica de la burocracia: su formalismo, su procesalismo, el cumplimiento de meras formalidades, trámites, agregado de escritos, emisión de resoluciones, pases de expedientes de una oficina a otra, dictámenes y fallos, que mantienen el status quo de una decadencia continua.

La doctrina de la Corte Suprema que aquí critico es una doctrina que facilita la arbitrariedad, la construcción a partir de datos parciales, la apariencia justificadora, el rigorismo formal, el prejuicio, el conservadurismo y el tan despreciable burocratismo.⁴⁶

¿Cuáles son los argumentos esenciales, o conducentes o decisivos? Para determinar cuáles son los argumentos esenciales y cuáles no lo son hay que realizar una evaluación completa de todos los argumentos, razones, elementos o constancias de la causa. Así ya no se trata de elegir (de los que aparecen en la causa) solo los que justifican la decisión, sino de construir una justificación que de cuenta de todas las circunstancias de la causa para, sobre esta base, sostener la decisión.

Además, afirmo que, conforme al debido proceso (el rule of law) y al derecho de defensa, al principio de la “sentencia fundada en ley” (del art. 17 CN) y al deber de conocer y decidir la causa (art. 116 CN) y a la forma republicana y democrática de gobierno (art. 1), la evaluación de las constancias de la causa (de los argumentos de hecho y de derecho

⁴⁶ El uso de los formularios o el intento de reemplazar la demanda por un formulario o de transformar al proceso judicial en una serie de formularios es una tendencia que se inscribe en la escuela que aquí criticamos y que va en dirección contraria a la doctrina que aquí defendemos. (Ver GAC o Grupo de Análisis de Criterios, Análisis de Criterios de Decisión Judicial. Hacia un procedimiento laboral formulario. Resultados de una investigación, 2013). Así como hay que abrir el juego de los casos que regula el legislador o que analiza la ciencia jurídica, construyendo otros casos y otras soluciones, mostrando otras alternativas, también hay que ampliar los formularios de la administración burocrática con otros casilleros que, en vez de restringir las opciones a los intereses de la dominación, faciliten la solución de los problemas de los pobres, el adelantamiento de las clases postergadas y, en definitiva, el progreso de todos en libertad e igualdad.-

puestos en juego en el pleito) debe ser realizada en forma pública, expresa, directa; se trata de una evaluación que debe estar exteriorizada en el fallo de modo tal que sea posible su control público.

Mi idea es la siguiente, a saber: no es lo mismo merituar “con claridad los elementos de juicio que se estima suficientes para la solución del pleito” que cumplir con el deber de conocer y decidir la causa que impone el art. 116 CN dentro, además, del marco de una república democrática. La diferencia es notoria y surge de atender que los elementos suficientes para la solución del juicio son sólo un subconjunto de los argumentos en juego en el pleito cuya consideración completa es la que requiere la Constitución Nacional al imponer el deber de conocer la causa (art. 116), y el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de peticionar a las autoridades, ampliados por los tratados enumerados (en el art. 75.22 de la ley suprema) cuando reconocen el derecho a ser oído.

8.- CONCLUSION.- La interpretación de la ley puede ser un acto tan torpe y perverso como la modificación de las leyes que ejecutaba el primer ministro danés que critica Darío Fo (en su novela Hay un rey loco en Dinamarca), y que tiene por objeto o por resultado anular a la norma más favorable a la persona que trabaja.

Para que la interpretación y aplicación de la ley no sea un acto tan torpe y perverso, tan lesivo y desagradable, no se debe sustentar en argumentos injustificados o falaces, solo aparentes, o de mera retórica, para decidir contra el reclamo del trabajador.

A partir de la crítica a la doctrina dominante sobre la interpretación, o a partir de la crítica a la teoría y práctica dominantes en la interpretación, se abre el camino a una interpretación jurídica alternativa para la construcción de argumentos, o de principios, o de reglas o de normas que sean técnicas idóneas para el adelantamiento individual y social.

La ciencia del derecho es una actividad que no se limita a la descripción del derecho legislado (de las órdenes del gobierno o del estado, o de la ley positiva) sino que también lo critica y que, además, determina (en colaboración a otras ciencias sociales como la sociología, las ciencias políticas, la historia, la economía, la antropología o la etnografía) los medios, instrumentos, o recursos más adecuados o idóneos (conforme a las circunstancias personales, y de tiempo y lugar) para la obtención de los fines postulados, como puede ser el avance continuo de un orden social progresivo, o para que el ser humano ejerza o goce plenamente de los derechos humanos o desarrolle sus potencialidades en un grado cada vez mayor de igualdad y libertad.-

Buenos Aires, durante marzo y abril de 2020, año de la pandemia del coronavirus o covid – 19.-