

TEMAS CLAVES DEL TRABAJO Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Paralelismo del Derecho del Trabajo y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Autor: David Duarte

Capítulo I.

- 1. Nacimiento internacional del derecho del trabajo.**
- 2. Paralelismo del Derecho del trabajo y los Derechos humanos**
- 3. El contenido humanista del derecho laboral.**
- 4. Las fuentes del derecho humano del trabajo**
- 5. Evolución de los derechos humanos en el Estado Social y constitucional de Derechos.**
- 6. Los derechos económicos sociales y culturales.**
- 7. Los principios de los derechos humanos.**
- 8. Operatividad, irregresividad y progresividad.**
- 9. Principio pro homine.**

Capítulo II.

- 1. Desde la creación de la OIT a la Declaración Universal de los Derecho Humanos.**
- 2. Convenios de la OIT y su asimilación a Tratados.**
- 3. Convenios de Derechos Fundamentales de la OIT y la ratificación de los convenios.**
- 4. Trabajo digno vs. Trabajo decente.**
- 5. Operatividad propia de los Convenios de la OIT.**

Capítulo III.

- 1. Incorporación de los tratados y Convenios Internacionales al derecho interno con rango constitucional.**
- 2. El monismo y la doctrina de la Corte.**
- 3. Las reglas aplicables al Derecho del Trabajo**

Capítulo IV.

- 1. Los problemas actuales del Derecho del Trabajo y los Derechos Fundamentales.**
- 2. La Aplicación de los instrumentos internacionales por los tribunales locales.**
- 3. La colisión de derechos constitucionales y la de derechos fundamentales.**
- 4. La ponderación como herramienta de interpretación constitucional.**
- 5. El rol imparcial del juez pero no neutral en materia de Derechos Humanos.**
- 6. El sujeto de preferente tutela y el principio pro homine.**

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Capítulo I.

Derecho del Trabajo y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1. Nacimiento internacional del derecho del trabajo.

El Maestro Hermida Uriarte afirmaba que el Derecho del Trabajo nació internacional y se expresó constitucional. La internacionalidad del derecho del trabajo en la estructura del poder gubernamental se remonta a una decisión de Guillermo II, comunicada a su canciller alemán Otto Bismarck, el 4 de febrero de 1890, en la que le dice que resolvió poner mano a la obra para mejorar la suerte de los obreros alemanes dentro de los límites impuestos por la necesidad de mantener la industria alemana en situación de competir en el mercado internacional. En esta misiva el emperador alemán expresa su voluntad de proponer negociaciones con los gobiernos de Francia, Inglaterra, Bélgica y Suiza con el objeto de llegar a un acuerdo internacional relativo a la posibilidad de satisfacer las necesidades y los deseos de los obreros que se han expresado en las huelgas de los últimos años y en otras circunstancias y con la intención de extender la propuesta al resto de los países del mundo¹. Desde las primeras palabras del Manifiesto Comunista de 1848 que convocaba a los proletarios del mundo a unirse², la internacionalidad estuvo presente en la demanda de derechos por parte de los trabajadores y esa convocatoria por las voces de los trabajadores, fue receptada por los pensadores de mediados del siglo diecinueve y expresada en ese manifiesto. El poder constituido en un comienzo no escuchaba esos reclamos y el Canciller de Hierro (Bismarck) dictó leyes anti-socialistas, sin embargo tuvo que resignar que el emperador Guillermo II, que veía tambalear su poder, tomara alguna decisión que escuchara las voces de los trabajadores y aceptara esa propuesta internacionalista en 1890. El 15 de marzo de 1890 se celebra el Congreso de Berlín, dictándose el Protocolo Final el 29 de marzo de 1890, por el que se trata distintos temas laborales, como la reglamentación del trabajo en minas, los días domingos, trabajo de menores y mujeres, los temas se aprobaron, algunos por unanimidad y otros por mayoría. El punto más trascendente fue el método de aplicación de las disposiciones adoptadas por la Conferencia a fin de establecer las pautas de cómo debían proceder los distintos gobiernos, de los diferentes países que intervinieron y que suscribieron el protocolo, para hacerlo efectivo y cómo sería su renovación e intercambios de datos estadísticos, legislaciones locales y demás cuestiones tratadas en la conferencia. Ese mismo mes el Canciller de Hierro renunció, pero la internacionalidad de los derechos de los trabajadores comenzó a propagarse por el mundo.

El 15 de abril de 1904 se suscribe en Roma el Tratado de Trabajo franco-italiano, a fin de asegurar a los trabajadores garantías de reciprocidad en cuanto a los beneficios de seguros

¹ Uriarte, Oscar Ermida y Racciatti, Octavio Carlos, “Derecho Internacional del Trabajo”, Fundación de Cultura Universitaria, 2003, pág. 13. Los autores citan a Chatelain, L: *La protection internationale ouvrière*, Arthur Rousseau, París, 1908, pág. 58.

² Se atribuye el texto a Karl Marx y Friedrich Engels que dice: *¡Proletarios de todos los países, uníos!*, en su texto original, el alemán: *Proletarier aller Länder, vereinigt euch!* que se lo popularizo como *¡Trabajadores del mundo, uníos!*

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

sociales, el progreso de la legislación obrera se redactan derechos concretos. En julio de ese mismo año se suscribe el Tratado de Comercio entre Suiza e Italia en la que se comprometen a reconocer iguales beneficios sociales y leyes laborales a los trabajadores que realicen tareas en esos países.

No obstante, el acontecimiento más importante y que es la antesala de lo que después será la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue cuando se celebró el Congreso de legislación del trabajo en París en el 1900, allí se crea la “Asociación Internacional para la protección legal de los trabajadores” y se redacta el Estatuto de dicha entidad por el que se tiene por finalidad servir de nexo entre quienes, en los diferentes países industriales, consideran necesaria la legislación protectora de los trabajadores. A tal fin se propone organizar una Oficina Internacional del Trabajo cuya misión será publicar en francés, en alemán y en inglés, una recopilación periódica de la legislación del trabajo en todos los países, además de otras finalidades que se propusieron. Es el 26 de setiembre de 1906 que se suscribe en Berna el primer Convenio Internacional sobre el empleo del fósforo blanco (amarillo) en la industria de las cerillas, estableciendo su prohibición. Este acuerdo, luego fue incorporado por la Conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo en 1919.

2. Paralelismo del Derecho del trabajo y los Derechos humanos

Después de la primera guerra mundial (1914) suceden acontecimientos históricos reveladores de los cambios que signaran el siglo veinte, la Constitución de México y la Revolución Rusa (1917), dos años después el Tratado de Paz de Versalles y la Constitución Weimar (1919). El Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) como la primera carta internacional de derechos de los trabajadores. Con ese tratado de paz se sienta de manera global principios de derechos sociales que muestran un cambio en las relaciones políticas entre los Estado, dándole un estructura con la creación de la Organización Internacional del Trabajo y manifestando para todos los pueblos del mundo que no es posible lograr la paz universal duradera sin justicia social y que el trabajo humano no sea considerado una mercancía.

Esa internacionalidad con la que nació el Derecho del Trabajo dio un impulso bastante fuerte para su proyección en cada uno de los países del mundo. Si bien los nacionalismo reaccionaron a la posibilidad de esa internacionalidad hasta el cierre de la segunda guerra mundial (1945). En rechazo terminante a los regímenes totalitarios aparecen una nueva oleada de Derechos Humanos Fundamentales. Es con la Declaración de Filadelfia (1944), que actualiza y precisa los objetivos y principios de la OIT, formando parte de su Constitución, tiene la misma naturaleza. Por su parte, la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) completaría el elenco de las principales declaraciones internacionales de derechos laborales dadas en el marco de la OIT. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ambos de 1966) completan el grupo de los principales y temáticamente más amplios de los pactos y declaraciones dados en el marco de la ONU. En el nivel regional americano, deben tenerse en cuenta, al menos, la Declaración Americana de Derechos y

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Deberes del Hombre (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la Carta de la OEA (1948, actualizada en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires), la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) y el Protocolo de San Salvador (1988), complementario de la anterior. En el plano subregional, la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998) forma parte de ese elenco mínimo de pactos y declaraciones de derechos humanos que incluyen derechos laborales. A esta nómina de pactos y declaraciones de derechos fundamentales habría que agregar los convenios internacionales del trabajo y las recomendaciones de la OIT sobre derechos humanos³.

El ilustre académico Ermida Uriarte enumera como mínimo los siguientes derechos humanos laborales contenidos en los Pactos y Declaraciones e instrumentos internacionales de derechos humanos: 1) Derecho al trabajo o empleo libremente elegido; 2) Prohibición del trabajo forzoso; 3) Prohibición y limitación del trabajo de menores; 4) Igualdad y no discriminación; 5) Limitación de la jornada; 6) Descanso semanal; 7) Vacaciones anuales; 8) Formación profesional; 9) Salario justo, equitativo, vital o mínimo; 10) Protección contra el despido injustificado; 11) Libertad sindical; 12) Negociación colectiva; 13) Huelga; 14) Protección contra el desempleo; 15) Protección de la maternidad; 16) Protección contra los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales; 17) Seguridad social; 18) Libre acceso a la función pública.

A este elenco de derechos humanos laborales se le suman otro número importante de derechos inespecíficos que el trabajador es titular y que por el hecho de celebrar un contrato de trabajo, o de ingresar a una organización empresaria, no deja de ser reconocido otros derechos de que goza todo ser humano, a saber: 1) libre expresión de pensamiento; 2) libertad de culto; 3) derecho a la vida, del que se deriva el derecho a la salud que se trasunta en el derecho a la integridad física y moral; 4) derecho a la dignidad.

Entonces, podemos afirmar que existe un gran elenco de derechos laborales que son Derechos Humanos y un gran elenco de Derechos Humanos en el trabajo. Todo ello surge y es reconocido por un conjunto de normas internacionales, que forman parte de la Constitución, sea por la remisión expresa, sea por esta idea del bloque de constitucionalidad. Es el nuevo Derecho Internacional de los DH, *el Derecho Universal de los DH*.

3. El contenido humanista del derecho laboral.

El Derecho del trabajo es ideológicamente humanista. No se puede pensar un derecho del trabajo que pueda ser enfocado desde alguna otra idea que no ponga como eje central al

³ Uriarte, Oscar Ermida, ob. Cit “Derechos humanos, derechos de los trabajadores, derechos económicos y sociales, libertad sindical, negociación colectiva, trabajo forzoso, discriminación”... pág. 16. Agrega en la nota 15 que: “los convenios y recomendaciones de la OIT sobre derechos humanos, es cuestión objeto de debate doctrinal. Hay quienes sostienen que casi todos los convenios son sobre derechos humanos, ya que la mayor parte de los derechos laborales por ellos abordados tienen esa naturaleza, excluyendo solamente algunos convenios sobre temas estadísticos o puramente técnicos. En el otro extremo se situaría una eventual lectura hiper-restrictiva de la Declaración de 1998, que pretendería ver en ella un *numerus clausus*...”.

Ermida Uriarte se enrola en la primera.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

hombre o mujer trabajan recordamos las palabras de tres brillantes laboristas (Uriarte, Gialdino y Zas), aunque uno de ellos se reconozca más como constitucionalista (Gialdino)⁴, ellos delimitaron con precisión los puntos de enlace entre el derecho del trabajo con el derecho internacional de los derechos humanos. La reunión tuvo por título “Los Derechos Fundamentales (DF) o Derechos Humanos (DH) en clave laboral” y cualquier ensayo que se haga sobre la materia debe necesariamente retomar las palabras que se volcaron en ese encuentro. El derecho del trabajo vino a irrumpir en la lógica del individualismo liberal, en el intersticio de la barbarie, del abuso de poder, allí donde se sacrificaba y se humillaba la dignidad de las personas. Es por eso que desde los comienzos del derecho del trabajo se ha puesto como centro de atención al ser humano que presta el servicio, por esa razón se ha dicho el contrato de trabajo es un contrato *antrópico* (Gialdino).

El diseño basado en el derecho protectorio laboral ha creado técnicas jurídicas que intentan garantizar un valor fundamental como es la dignidad humana, que es inherente a la persona, no requiere del reconocimiento del legislador, así lo dice el preámbulo de la Declaración Universal y es la causa fuente de los derechos humanos⁵. Entendemos que la protección de la dignidad de la persona es el punto de contacto más preciso entre los objetivos del derecho del trabajo y el de los derechos humanos.

Como enseña Gialdino, la dignidad no es un derecho, lo que es un derecho es la protección de la dignidad y supera en jerarquía a toda construcción jurídica o legislativa. Resulta un principio mayor (*principia máxima*) la dignidad de la persona humana⁶, tema que abordaremos en detalle cuando examinemos los principios que rigen los Derechos Fundamentales de los Derechos Humanos.

4. Las fuentes del derecho humano del trabajo

En primer lugar debemos citar como fuente principal del Derecho del Trabajo el reconocimiento de la autonomía colectiva. La invención de lo colectivo puso énfasis en su carácter revolucionario, ya que su irrupción histórica rompió el axioma del derecho del Siglo XIX, “que solo el Estado creaba derecho”. El conflicto planteado por los trabajadores mostró las ineficiencias de la democracia representativa que daba respuestas para un grupo selecto de la sociedad postergando a la mayoría trabajadora. Esos conflictos se tradujeron en negociaciones y luego en acuerdos, como tregua en un marco de tensión en la

⁴ Cabe recordar el evento organizado por la AABA y la AAL. El profundo ritmo universal de los derechos humanos en clave laboral”, Disertaron en esa oportunidad Rolando Gialdino, Oscar Ermida Uriarte y Oscar Zas. Se publicó un resumen en “Rev. La Causa Laboral, n° 40, 2007, pág. 40. En dicha Jornada académica se dedicaron los panelistas a explicar los Derechos Fundamentales (DF) o Derechos Humanos (DH) en clave laboral, con especial referencia al bloque de constitucionalidad, enriquecido por las fuentes internacionales incorporadas con la reforma de 1994.

⁵ Duarte, David, “Normas Internacionales y Derecho Interno el Enfoque Humanista en la era de la Globalización y su Importancia para el Derecho del Trabajo (De Ekmekdjian” A “Simón” Tema Normas Internacionales y Derecho Interno Publicación Revista de Derecho Laboral Rubinzal -Culzoni Editores Año De Public. 2010 Tomo 2 Página 171.

⁶ Gialdino, Rolando E., Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y obligaciones, Abeledo Perrot, 2013, págs. 5

conflictividad permanente de las diferencias sociales. Esa novedosa construcción normativa como fuente de derechos, los convenios colectivos, se transformaron enseguida en normas exigibles y justiciables.

En segundo lugar la constitucionalidad del Derecho del Trabajo, con la constitución de México en 1917 y la de Alemania en 1919, por esa razón se ha dicho que el DT nació constitucional, y se propagó en otras constituciones de diferentes países.

En tercer término la internacionalidad del DT con el Tratado de Paz de Versalles en 1919 en donde se creó la Organización Internacional del Trabajo. Allí comenzó una serie importante de convenciones internacionales sobre la disciplina laboral. Momento en que el desarrollo del DT en los distintos países del mundo todavía faltaba mucho por hacer.

El maestro uruguayo Ermida Uriarte⁷ interrelacionó dichas fuentes del derecho laboral poniendo énfasis en que la Constitución es fuente directa de derechos laborales, que son Derechos Humanos. Por ejemplo en Argentina el contenido laboral es expreso, como en el Art. 14 bis, donde hay enumerados en el capítulo de Derechos Fundamentales de los Derechos Humanos, determinados derechos laborales, que se reconocen al trabajador en cuanto tal. Agregó que tal humanismo laboral en la carta fundamental se agiganta en las constituciones modernas. La razón es la incorporación de los instrumentos internacionales de los derechos económicos sociales y culturales que amplían el contenido laboral. En algunas constituciones es remissivo. En el caso argentino el Art. 75, numeral 22 de la CN, incorpora una serie de normas internacionales sobre DH, que expande considerablemente el número de derechos laborales, al traer a la Carta Magna una serie de normas internacionales. También comentaba que en otros países –como Uruguay, Paraguay, Colombia, Venezuela, en la Constitución se hace una remisión, conceptual, difusa. Así, se dice: “Forma parte de la Constitución todos aquellos otros derechos que sean esenciales a la persona humana. Con lo cual, todos los DH, forman parte de esas Constituciones.”

Es interesante, al respecto mencionar el preámbulo de la Constitución de Guatemala en la que se afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, para luego impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable. Sin necesidad de tener que hacer una distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales en una ligera clasificación de los Derechos Humanos, debe encarar éstos con carácter integral, porque el ser humano al que va dirigido estos derechos es uno solo y la posible separación es meramente teórica. El respeto a la dignidad de la persona aparece como fundamento de la libertad en el art. 4, y se le agrega el art. 44 que nos habla de los Derechos inherentes a persona humana aunque no aparezcan expresamente. Además de contar con una sección especial (8°) en el capítulo II del art. 101 en adelante, en materia de derecho del trabajo. En materia de Derechos Humanos la Constitución guatemalteca en su art. 46 reconoce como principio general la preeminencia del Derecho Internacional (tratados y convenciones aceptados y ratificados) por sobre el derecho interno. Norma ésta que se complementa con la del art. 149 en cuanto reconoce el

⁷Uriarte, Ermida, “Rev. La Causa Laboral, n° 40, 2007, pág. 40
Autor: David Duarte
Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

principio *pacta sunt servanda* internacional y por lo tanto, en el punto examinado, contribuye al respeto y defensa de los derechos humanos.

Ese diseño, con algunos matices, lo podemos encontrar en la mayoría de las Cartas de las naciones Latinoamericanas. Estos derechos fundamentales son constitucionales ad inicio y configuran la noción de bloque de constitucionalidad. La Constitución, no solo tiene aquellos DH, laborales en cuanto están nombrados en la Constitución, sino todos los demás que puedan ser calificados como DH.

Estos otros derechos laborales que son DH y que no están como texto expreso en la Constitución, son los que la Comunidad Internacional ha proclamado -con el rango de DH- en los grandes pactos de declaraciones de derechos fundamentales. Es de esta manera que estos pactos se vuelven fuentes de nuestra propia Constitución, integran el llamado bloque de constitucionalidad y allí radica su obligada aplicación en el Derecho del Trabajo.

Las fuentes internacionales más relevantes son los grandes Pactos, Declaraciones y otros instrumentos de Derechos Humanos, en su mayoría cuentan con derechos laborales, universales y regionales americanos. Sumamos a ellos los instrumentos convencionales, negociados que son tratados y otros no convencionales como las Grandes Declaraciones. Podemos ensayar una enumeración no taxativa que debería incluir a la Declaración Universal de DH de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Declaración Americana de DDHH de 1948, la Carta Interamericana de Garantías Sociales de 1948, la Convención Americana de DH de 1969, el Protocolo de San Salvador de 1988, la Declaración Social del Mercosur de 1998, el Preámbulo de la Constitución de la OIT de 1919, la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944 y la Declaración de Principios y DF del Trabajo de la OIT de 1998. Todo ello sin perjuicio de los Instrumentos Europeos o de otras regiones que por integrar el Derecho Universal de los Derechos Humanos forma parte del *ius cogens* internacional. Existe una interrelación e interdependencia de los Derechos Humanos, al estar interconectados concurren todos cuando es llamado un derecho frente a la afectación de la dignidad aparecen todo el *corpus iuris* de los Derechos Humanos.

La incorporación y aplicación de los Derechos Humanos de raigambre internacional desde la cumbre de la pirámide jurídica a las relaciones laborales es de suma importancia y debe ser entendido con su más profundo sentido esencialmente humanista, para la igualación constante de las desigualdades sociales, como es el camino elegido por los constituyentes cuando incorporaron con rango constitucional esos instrumentos que fueron y son una respuesta a los totalitarismos y los abusos de poder, tanto del Estado como de los particulares que ocupan lugares de poder. Por eso el eje central de los derechos humanos es rescatar al hombre en su dignidad.

5. Evolución de los derechos humanos en el Estado Social y constitucional de Derechos.

Para explicar una evolución de la concepción humanista del derecho del trabajo necesariamente debemos empezar por recordar la revolución francesa y la consagración de

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,

Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

los derechos fundamentales del hombre, que se alzaron frente al absolutismo monárquico; la libertad, igualdad y fraternidad fue una conquista del pueblo. Tales conceptos fueron derechos que tuvieron forma de principios, se los promovieron para enaltecer al individuo frente a la potestad despótica del poder político, al que se le opuso su división y se lo sometió a las leyes. En otra oportunidad señalábamos que esos derechos del hombre, expresados individualmente no tenían el mismo peso en la balanza frente a los que detentaban el dominio de los bienes de la producción. El contrato de derecho privado del Código Napoleónico era ley y lo más justo en ese momento para las partes, no garantizaba un equilibrio en las prestaciones del trabajo dependiente⁸ y la injusticia se hizo presente. Desde lo más profundo de la dignidad de las personas brotó el reclamo por un salario justo y una cantidad de horas de trabajo razonable que no condujera al trabajador a su devastación psicofísica. El desequilibrio social y económico condujo necesariamente a la conflictividad social que caracterizó el siglo diecinueve.

Desde las raíces del pueblo donde se asientan las masas populares de los trabajadores la fraternidad se convirtió en solidaridad y apareció una nueva formulación en el derecho, no conocida hasta ese momento, como dice Supiot “la invención de lo colectivo”. La expresión del interés colectivo es la clave de la especificidad del Derecho del Trabajo (Supiot), su importancia radica en el fatal instrumento nivelador de las desigualdades propias del capitalismo. El reconocimiento estatal del tridente del derecho colectivo (conflicto, negociación y convenio) asegura la paz social. Ese aseguramiento se expresó al reconocer el derecho colectivo y el derecho individual de trabajo. Adquirió suma relevancia con su elevación a los textos fundamentales expresados por el constitucionalismo social (México 1917, Alemania 1919 y los posteriores contenidos constitucionales en el resto del mundo), como una necesidad de establecer derechos sociales inamovibles, de tal manera que no pudiesen ser alterados por motivos de coyuntura política o económica en manos de la cambiante democracia representativa que fluctúa al ritmo de los poderes no democráticos que ejercen presión.

Es por esa razón que el derecho del trabajo adquiere relevancia jurídica a partir de su constitucionalidad. Cabe recordar a Ermida Uriarte en cuanto relacionaba 1º) Constitucionalidad e internacionalidad del Derecho del Trabajo visto desde su sistema de fuentes 2º) Constitucionalidad e internacionalidad de los DH. Es por esa razón que destacado maestro señalaba que los DH –entre los cuales hay muchos derechos laborales-, supra ordenados, son indisponibles para el legislador común, y son directamente aplicables por el juez nacional. Esta es sin duda una gigantesca operación de reconstrucción del Derecho del Trabajo, especialmente al “flexibilizado y desregulado” en los años 80 y 90. Ese caudal de derechos debe desarrollarse de manera cabal para permitir una restauración del derecho del trabajo a partir de los DH, ello descansa en el rol no neutral del juez. De lo contrario, será en vano toda empresa jurídica de estas características. Ello no sólo por la labor que pueda desarrollar los jueces en su tarea de decir el derecho que tiene toda la capacidad y potencialidad para aplicar una norma constitucional o una norma internacional que reconoce un derecho laboral con el rango de DH. Sino también la Corte Nacional en su

⁸ Duarte, David, “Después de 50 años el ‘catorce bis’ se proyecta al ritmo universal de la justicia”, Revista La causa laboral, n° 30, octubre de 2007, pág. 3-9

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

función de interprete final de la Carta Magna. Por ello es fundamental para ese desarrollo un papel no neutral a fin de ejercer un control de constitucionalidad y de convencionalidad en cada caso sometido a su decisión para asegurar la protección del trabajador.

6. Los derechos económicos sociales y culturales.

Según se ha entendido, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) son derechos humanos vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la alimentación, la salud, la vivienda, la seguridad social, la educación, la cultura, el agua y el medio ambiente. Estos derechos consagrados en los grandes pactos se han consolidado como herramientas jurídicas útiles para revertir situaciones dramáticas que padece el mundo y, particularmente, los pueblos latinoamericanos. Tales flagelos son la desnutrición; el desempleo o la precariedad laboral; los riesgos a la salud; el analfabetismo; la deserción escolar; la falta de acceso a la vivienda, al agua, a los medicamentos básicos; los desalojos o desplazamientos forzados; la marginación social; la pobreza y la desigualdad⁹. Todos estas calamidades perfectamente evitables se han extendidos en amplios sectores de la población muchos de ellos agravados por años de falta de democracia, con dictaduras sangrientas. Una vez restablecidos los gobiernos democráticos, la ideología liberal imperante instaló la desidia por la cuestión social. La democracia representativa con aires de renovación no hizo más que restaurar las viejas dicotomías del siglo diecinueve y el resultado fue un fracaso rotundo de las políticas neoliberales implementadas, que se mostraban como alterativas que iban a palear la miseria y sin embargo terminaron profundizando la crisis social, avasallando cada uno de aquellos DESC que en definitiva terminan ultrajando la dignidad humana. Originariamente se había instalado la idea que mientras los derechos civiles y políticos (del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) eran derechos humanos vinculantes y de realización inmediata por parte de los Estados, los DESC eran derechos programáticos cuya realización no podía exigirse directamente a los Estados y se encontraba condicionada a factores tales como la disposición de recursos económicos. Esta fue una tendencia ideológica originada en la década de los sesenta, producto de la guerra fría¹⁰.

Esa etapa fue superada luego por los cambios en la mundialización de la economía, la caída del muro (independientemente de algunos resabios imperialistas de aquella época, hoy rechazados por la mayoría del mundo entero) y la necesidad reconocida globalmente de salir de la crisis económica de todo el orbe con justicia social.

Sin embargo, en nuestro país todavía siguen apareciendo algunos autores que desempolvan aquellas estrategias ideológicas de la guerra fría para seguir insistiendo con el carácter

⁹ Cfr. Manual de Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: EXIGIBLES y JUSTICIABLES *Preguntas y respuestas sobre los DESC y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* México, D.F., diciembre de 2010. Este trabajo fue el resultado de la colaboración entre el Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Espacio DESC) y la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU- DH México).

¹⁰ Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. E/2006/86. 21 de junio de 2006, párrafos 6-10.

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

programático de las normas de los DESC, invocando que serán posibles sólo en la medida de los recursos con que se cuenten¹¹, obturando la razonabilidad y estableciendo una valla sin posibilidad de discernir el significado y alcance de “recursos con que se cuenten” (propio de la Convención Americana), sin advertir que deberá ser con “el máximo de los recursos con que se cuente” (PIDESC).

Este postulado de los “recursos” aparece como “un muro”, como si fuese una regla de imposibilidad material y no de pauta de análisis para una programación sustentable con el fin de realización de tales derechos humanos básicos impostergables. Se quedan en ese discurso ideologizado sin advertir que la historia de la humanidad plantea una nueva perspectiva y por lo tanto ha superado esa dicotomía, no sin discusión, pero sí superada y dependerá de los operadores la búsqueda de soluciones para su implementación y de las personas que estén informadas suficientemente para exigirlos a las autoridades responsables (verticalmente) y los particulares (horizontalmente) para su cumplimiento.

Desde esa perspectiva no podemos soslayar lo dicho, al respecto, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Naciones Unidas, en el sentido que en caso de que un Estado Parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) el nivel de desarrollo del país; b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo y f) si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”¹².

Por su parte, la CIDH interpretó que la ejecución progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos y sin que se pueda omitir el principio rector de los derechos fundamentales como es el principio de razonabilidad, que

¹¹ Vázquez Vialard, A. “La CSJN no ha modificado la doctrina del caso ‘Gorosito’”, Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Laboral, Número Extraordinario, 2004. Este autor al comentar el fallo “Aquino” criticó el pronunciamiento de la Corte afirmando que no había agregado nada en materia de Derechos Humanos y que en definitiva la invocación del principio de progresividad “...*está condicionado a los recursos de que disponga la comunidad...*”, ver nota n° 31, pág. 128. Ver también Rodríguez Mancini, Jorge, “Derechos fundamentales y las relaciones laborales”, Astrea, 2004, pág. 8, en especial, nota 10.

¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto. E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

en nuestro ordenamiento constitucional ha hecho base en el art. 28 de la Constitución nacional.

Es por esa razón, que el Estado sólo podrá justificar una regresividad de la norma si demuestra que, pese a implicar retrocesos en algún derecho, importa un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto¹³, por ende no basta con que se argumente que se condiciona el reconocimiento de un derecho social “en la medida de los recursos disponibles”¹⁴ porque la interpretación seguida del PIDESC en el sentido que se exigirá “*hasta el máximo de los recursos con que se cuente*” avanza sobre la mencionada Convención Americana e introduce un criterio más favorable a la realización del derecho humano reconocido y por lo tanto debe prevalecer, conforme la regla establecida por el principio *pro homine*.

En tal sentido, al dictar el fallo “Aquino” la Corte argentina citó la Observación General n° 3 explicando que el principio (el de progresividad y no regresividad) debe interpretarse a la luz del objetivo general, que es disponer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Tales obligaciones imponen que los estados deben proceder lo “más explícita y eficazmente posible” a fin de alcanzar dicho objetivo y “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”¹⁵.

De tal manera es que se puede concluir que se trata de una progresividad dinámica, que impone la obligación de proceder de manera concreta, constante, permanente y continua, con miras a lograr ese objetivo.

El postulado ineludible mencionado resulta complementada por el carácter unidireccional, por el cual se invalida toda medida que implique la disminución del grado de realización que los derechos hubiesen alcanzado (“principio de prohibición de retroceso social” o de “prohibición de evolución reaccionaria”), lo cual se proyecta, incluso, hacia las llamadas normas programáticas¹⁶.

Cabe destacar que la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) subraya que aunque la Declaración Universal de Derechos

¹³ Abravomich, Víctor y Curtis Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, pág. 52/55, citado por Vior García, A. Suárez Gallo, C. , ob. cit. , pág. 34

¹⁴ Rodríguez Mancini, ob. cit, pág. 8

¹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, pág. 18, párr. 9; asimismo: Observación General N° 15, cit., pág. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, pág. 14, párr. 23.

¹⁶ Gialdino, Rolando, Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social, Cuadernos de Investigación de la CSJN, Autor: David Duarte
Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Humanos no hacía ninguna distinción entre derechos, ésta apareció en el contexto de la intensificación de las tensiones de la Guerra Fría entre el Este y el Oeste, Como hemos señalado, esta rígida separación se ha abandonado y se ha producido un restablecimiento de la arquitectura original de la Declaración Universal con los tratados aprobados en los últimos decenios¹⁷ donde ambos pactos (PIDCP y el PIDESC) deben ser leídos como un desarrollo y exigibilidad por igual. Por otra parte, diversos textos académicos también hablan de esta tensión superada por la evolución del Derecho internacional de los Derechos Humanos¹⁸.

Hoy esta distinción entre ambas categorías de derechos ha sido vencida y se reconoce ampliamente la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos. Por ende, los DESC cuentan con la misma jerarquía que los derechos civiles y políticos y son igualmente exigibles y justiciables. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 afirmó que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” y que “la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”. Asimismo, tratados internacionales de derechos humanos más recientes reconocen a la par a los derechos civiles y políticos, y a los DESC para personas y grupos de personas; tal es el caso de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990) y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Es por esa razón que hoy los derechos económicos sociales y culturales según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son "auténticos derechos humanos fundamentales, como tales, deben ser considerados por todos, y muy especialmente por los Estados, sus órganos, y los hombres y mujeres de derecho, no puede desconocérselos o ignorarlos a riesgo de afectar el Estado de Derecho. Por lo tanto, es innegable la juridicidad de todos los derechos del hombre. Están en el ordenamiento jurídico, regulados en normas concretas y, por lo tanto, exigibles. Los DESC atienden a diversos bienes de las personas a disfrutar de aquéllos y de las obligaciones de satisfacerlos por parte del Estado e inclusive exigibles de manera horizontal (*Drittvirthkung*) entre los particulares. Para Gialdino, no son los bienes el objeto de los mencionados derechos, pues siempre corresponderá tener presente que el objeto de un derecho económico no es un bien -alimento, vivienda-, sino una relación digna que permita al sujeto adquirir los bienes necesarios a su dignidad -alimento, vivienda-¹⁹.

Los derechos económicos, sociales y culturales como parte integrante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párr. 1) adquieren trascendencia por las relaciones

¹⁷ Cfr. Folleto Informativo 33, Preguntas Frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf)

¹⁸ Sepúlveda, Magdalena “La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos”, en Christian Courtis *et al.* (Comp.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005.

¹⁹ Gialdino, Rolando E., “Los derechos económicos, sociales y culturales. su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional”, Estudios, en Cuadernos de Investigaciones, 1992-2, pág. 362. Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV, Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

con otros derechos en el concierto de los derechos humanos en general, tal como lo indican los Principios de Limburgo²⁰. Allí los participantes convinieron por unanimidad la estipulación de 35 principios aplicables al derecho internacional. Como observación general se acordó que los DESC forman parte integral del derecho internacional de derechos humanos. Estos derechos son el objeto de obligaciones específicas contratadas en el contexto de varios instrumentos internacionales, especialmente el PIDESC junto con el PIDCP y el Protocolo Facultativo, entraron en vigencia en 1976. Estos Pactos ayudan a ampliar el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos: estos instrumentos en su conjunto constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos. Por ese motivo, estipularon que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, y que se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Entre otros puntos acordados se mencionó que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969), el PIDESC debería interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta el objetivo y propósito, el sentido ordinario, el trabajo preparatorio y la práctica pertinente.

Posteriormente se acordó lo que se llamó las “Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1997²¹. Se señaló que con posterioridad a la segunda mitad de la década del ochenta las condiciones económicas y sociales de más de 1.600 millones de personas se han deteriorado a una velocidad alarmante mientras que para más de la cuarta parte de la población mundial las mismas han mejorado, también a un ritmo dramático. Señalándose que la brecha entre ricos y pobres se ha duplicado, con el resultado de que la quinta parte más pobre de la población mundial percibe el 1,4% de la renta mundial mientras que la quinta parte más rica percibe el 85%. El

²⁰ Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Maastricht, 6 de junio de 1986. Allí se reunió un grupo de distinguidos expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de América), se reunió en Maastricht el 2-6 de junio de 1986 con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la consideración por parte del recientemente constituido Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ecosoc, de los informes presentados por los Estados Partes; y, la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto. Fueron 29 participantes que provenían de Australia, la República Federal de Alemania, Hungría, Irlanda, México, los Países Bajos, Noruega, Senegal, España, Reino Unido, Estados Unidos de América, Yugoslavia, el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), la Organización Mundial de Salud (OMS), la Secretaría del Commonwealth y las organizaciones patrocinadoras. Cuatro de los participantes eran miembros del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ecosoc.

²¹ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997. Con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburg sobre la Aplicación del PIDESC, entre el 22-26 de enero de 1997, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Dicha reunión tuvo como objetivo ampliar el entendimiento de los Principios de Limburg con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos.

impacto de esta brecha en la vida de la gente y especialmente los pobres es dramático y, para una parte significativa de la humanidad el goce de los derechos económicos, sociales y culturales es ilusorio. Desde el punto crucial fijado como el fin de la guerra fría, en todas las regiones del mundo existe una tendencia a limitar la función del Estado, confiando al mercado como solución a los problemas del bienestar humano que a menudo responden a condiciones generadas por instituciones y mercados financieros internacionales y nacionales.

En el afán de atraer inversiones provenientes de empresas multinacionales que disponen de más riqueza y poder que muchos Estados se resignan los derechos de los compatriotas para generar condiciones para la inversión. Ahora ya no se da por sentado que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales depende en gran medida de la acción del Estado.

Sin embargo, conforme al derecho internacional, el Estado sigue siendo el responsable de asegurar la realización de dichos derechos. Si bien las tendencias aquí mencionadas complican la tarea de responder a violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, se vuelve cada vez más urgente tomar en serio estos derechos y, por consiguiente, ocuparse de responsabilizar a los gobiernos que no cumplan sus obligaciones en esta materia. A nivel internacional se han dado avances significativos que han realizado los DESC, incluyendo la jurisprudencia emergente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la aprobación de instrumentos como la Carta Social Europea Revisada de 1996, el Protocolo Facultativo de la Carta Europea Constituyendo un Régimen de Reclamaciones Colectivas y el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en la Esfera de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988. De esta manera los gobiernos se han comprometido a dar una respuesta más eficaz a los DESC dentro del marco de las siete Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas (1992-1996).

Cabe destacar que es evidente las razones políticas en debate que envuelven la realización de los DESC, en la medida que es una responsabilidad de los estados lograr una igualación constante de las desigualdades sociales que están reconocidas a texto expreso en los instrumentos internacionales, especialmente en el PIDESC. Por esa razón que ante los embates economicistas pareciera que hubiese dos categorías diferenciadas, unas formuladas desde la lógica de los derechos civiles y políticos, como primordiales, y los derechos económicos, sociales y culturales como ocupando una categoría menor, no serían aplicables, no justiciables y de una efectividad sólo "progresiva", como se señaló al comienzo esa son excusas ideologizadas. El tema es que tanto uno como otros resultan imposibles arrancarlos del ser humano del que es portador y están dirigidos, pues como titulares inalienables de esos derechos. Existen fundamentos morales y jurídicos de los derechos humanos que se apoya en la concepción de un hombre indivisible informado de una dignidad que le es intrínseca.

Es por esa razón que los DESC tienen caracteres de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos se encuentran en la consulta al hombre mismo, a sus esencias, a su trascendencia y se proyectan hacia el futuro con carácter progresivo. Por ello Gialdino,

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

señala que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 expresa su "reconocimiento", destacando que no dice "consagración" de la "dignidad intrínseca del hombre" sino que "reconoce". Más adelante habla de la liberación "del temor a la miseria", la elevación "del nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad", el "derecho a la vida", a "la propiedad, individual y colectivamente", a "la seguridad social", a "la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales" indispensables a la dignidad del hombre y al libre desarrollo de la personalidad, al "trabajo", a un "nivel de vida adecuado" para la persona y para su familia, entre otros muchos. Agrega el ilustre jurista que "el ser humano tiene una personalidad indivisible en torno al derecho a la vida que implica la subsistencia en un trabajo y el apoyo activo de sus semejantes, para él y su familia, cuando no se encuentre en condiciones de producir.

La coincidencia que a pocos meses antes de la Declaración Universal, había tenido lugar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la cual, por un lado, se alude a la dignidad y atributos de la persona humana y, por el otro, se da cabida tanto a los derechos civiles y políticos, cuanto a los económicos, sociales y culturales. A ello se agrega que los derechos sociales habían aparecido con anterioridad a los derechos civiles y políticos, cuando en 1919 se creó la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo corpus iuris se expresaban las directrices básicas que de manera implícita postulaban la justicia social la que luego no sería ajena a la Declaración Universal en el año 1948.

En tal sentido, resulta destacable que al igual que los derechos civiles y políticos, los DESC imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. Es por ello que se ha puntualizado que la obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los DESC. Así, el derecho a la vivienda se infringe si el Estado lleva a cabo expulsiones forzosas arbitrarias. La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. Así, el no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas básicas de trabajo podría constituir una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La obligación de cumplir requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos. Así, podría constituirse una violación si el Estado no proporciona la atención primaria de salud esencial a las personas que lo necesitan.

Resulta interesante, para el tema que tratamos que las restricciones económicas tienen su límite en el respeto a la dignidad de las personas, sus derechos y garantías constitucionales. Es del caso recordar el caso "ATE c/ Municipalidad de Salta"²², el fallo no cuestiona esa discrecionalidad del Estado en tomar una decisión frente una situación de crisis, y refresca esas atribuciones aunque precisa los límites constitucionales. En esa oportunidad, la Corte explicó minuciosamente todas las limitaciones constitucionales a los argumentos económicos en los considerandos 8°, 9° y 10° del pronunciamiento, y si bien repara en que

²² CSJN, in re: A. 598. XLIII. RECURSO DE HECHO Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad, sentencia del 18 de junio de 2013-08-04.

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

esas limitaciones no implican negar que el Estado, para conjurar, en aras del bien común, las llamadas situaciones de emergencia económica, pueda disminuir temporariamente las remuneraciones de sus empleados²³ clarifica, sí, sus límites. En tal sentido, suponemos que daba respuesta contraria a la que fue abordada en otro precedente de los noventa, el caso "Guida". Si bien esta doctrina se había abandonado con el caso "Tobar", estableciendo los límites de la rebaja salarial en época de crisis. La relevancia de este caso "ATE 2", es que de "manera terminante", señaló que "esos remedios, a la luz del bloque de constitucionalidad, tienen un nítido sentido y destino, y ciertas condiciones y límites inquebrantables".

En el caso, el decreto municipal que rebajó los salarios de los trabajadores estatales (n° 5/2003) había traspasado largamente esa valla constitucional. Al respecto, puntualizó que el art. 14 bis de la C.N. es una cláusula operativa y, por ende, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas²⁴, en obvia alusión de los gobiernos nacionales, provinciales o municipales, como es el caso que comentamos.

En definitiva, esos poderes deben respetar el goce de los derechos humanos como pre-requisito del desarrollo humano y económico. Además del autónomo acatamiento del art. 14 bis, es decir la preferente tutela a los trabajadores públicos o privados, las autoridades deben realizar un mayor esfuerzo por proteger los derechos económicos, sociales y culturales, frente a las llamadas "medidas de ajuste" derivadas de "crisis económicas" y una "grave escasez de recursos". Por otro, "el objetivo básico del ajuste económico"²⁵, debe ser la "protección" de las "capas vulnerables de la población". Todo equilibrio entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos, obliga a proteger "en particular a los grupos más vulnerables"²⁶, cuanto más en el campo laboral y salarial, en el cual, todos los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, "deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" al art. 14 bis constitucional, tutela ésta que, por ende, impone "un particular enfoque para el control de constitucionalidad"²⁷. Destaca con particular énfasis, que en el ámbito "global" se recomienda ante una crisis económica, adoptar políticas que protejan a "las personas y las familias afectadas por [ésta], en particular las más vulnerables"²⁸. El fallo también rescata otro principio de connotaciones valorativas de suma importancia que es la "equidad". Respecto a ella se refirió al examinar el "Pacto Mundial para el Empleo" para advertir que la arquitectura del *Pacto* se ha inspirado en la perspectiva de la justicia social y, a su vez, en el trabajo decente (digno, cabe precisar, en palabras del reiteradamente citado art. 14 bis). La justicia social y el trabajo decente es uno de los "cimientos" de "un proceso sostenible de reducción del

²³ En el considerando 11° se citan los fallos "Guida", Fallos: 323:1566, 1592, 1600/1601, 1609, 1617/1618 - 2000-; "Tobar", Fallos: 325: 2059, 2077, 2082, 2083 -2002-; "Müller", Fallos: 326:1138, 1145, 1146, 1147 - 2003-.

²⁴ CSJN "Madorrán", cit., p. 2007; "Masaglia y otros", Fallos: 269:230, 234 y su cita -1967-

²⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 2 -párr. 9-; asimismo: Nros. 5 -párr. 10-, 6 -párr. 17-, 12 -párr. 28-, 14 -párr. 18-, entre otras)

²⁶ Observaciones finales: Bulgaria, 1999, párr. 23,v. asimismo: párrs. 14 y 24.

²⁷ CSJN, in re: "Vizzoti", Fallos: 327:3677, cit., p. 3688.

²⁸ Pacto Mundial para el Empleo (adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión, Ginebra, 19 de junio de 2009, p.V

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,

Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

déficit y la deuda" y de inestabilidad social". En ese contexto se pregunta: ¿qué capas de la sociedad deberán soportar el costo de la crisis, y cómo se puede proteger mejor y dar más autonomía a los más vulnerables? La respuesta ineludible es que: no puede ser que ese peso recaiga en última instancia en las familias trabajadoras²⁹. Es por esa razón, que el goce de los derechos humanos es un pre-requisito del desarrollo económico³⁰.

En esa idea, entendió inoficioso estudiar si la norma de emergencia impugnada satisfizo los restantes recaudos que condicionan su validez y, con mayor razón, si encontraría sustento en el ejercicio de las atribuciones regulares de las autoridades. Ello porque lo más importante es armonizar la protección de los derechos humanos de los del empleado público, con las potestades que ostentan las autoridades públicas. Finalmente, reflexionó los derechos de los trabajadores no son absolutos, tampoco lo son las potestades públicas³¹. El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del "bien común"³², "concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es 'la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad'"³³. Este fallo forma parte de la saga de pronunciamientos que integran ese cambio de paradigma que mencionamos al comienzo y en este punto pone el acento precisamente en la valoración de presupuestos de derechos de los asalariados frente a derechos económicos. En tal sentido, debemos insistir que esos derechos llamados "económicos" de la constitución no son absolutos y eso tiene su carácter relativo en la propia constitución.

7. Los principios de los derechos humanos.

Sin dudas que para un estudio acabado de los principios de los Derecho Humanos, debemos transitar detenidamente por la obra de Rolando Gialdino³⁴. Señala este autor que cuando entramos a los Derechos Humanos no debemos hablar de "principios" en plural, sino de un principio, lo que él llama un principio mayor (*principia máxima*) que es la dignidad de la persona humana³⁵. Para el autor citado la dignidad humana cumple tres funciones básicas. La primera como fundamento del ordenamiento jurídico (positivo) y medida de su validez. En segundo término la dignidad es la guía orientadora de la tarea interpretativa de las normas. Y en tercer lugar, la dignidad sirve como fuente del derecho cuando no se tenga normas concretas cumpliendo la función de integrar el derecho. Así como la dignidad no es un derecho, sino fuente de todos los derechos humanos es también razón de los principios que lo sostienen y menciona los principios de plenitud en cuanto la dignidad obra, por un lado. Como causa fuente de los derechos humanos y, por el otro, como determinante del

²⁹ Recuperación y crecimiento bajo el signo del trabajo decente. Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 99º reunión, 2010, ps. 2 -párrs. 10 y 11- y 1 -párrs. 5º y 4º-.

³⁰ CSJN in re: "Torrillo", cit., p. 720.

³¹ CSJN, in re: "Madorrán", cit., ps. 2006 -y sus citas- y 2013.

³² Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 32.2.

³³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Expresión "Leyes" en el Artículo 30, cit., párr. 29.

³⁴ Gialdino, Rolando E., Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y obligaciones, Abeledo Perrot, 2013, págs.. 5 a 259

³⁵ *Ibidem*, pág. 5

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

contenido de los derechos y ello permite conocer el núcleo duro de los derechos humanos y de las correspondientes obligaciones mínimas de los Estados, de cumplimiento inmediato. El principio de fraternidad se entronca con la dignidad por ser inherente de manera igual a todos y cada uno de los seres humanos, determina lo que denomina una verdadera “familia humana”. Con ello es fácil reconocer el efecto horizontal directo de los derechos humanos en cuanto la fraternidad entre las personas permite lo que se conoce como *Drittwirkung* y ello necesariamente admite una relación fraternal o de efecto horizontal entre los Estados, para que operen al servicio del ser humano, comprometiéndose a un aseguramiento universal de los seres humanos.

También los principios de interdependencia e indivisibilidad, de efectividad, de opción preferencial o de justicia social con especial atención a las personas de mayor vulnerabilidad, el de progresividad y no regresividad la que describe como dinámica y unidireccional, el de favorabilidad de la persona humana y el de igualdad y no discriminación.

Por su parte Ermida Uriarte menciona el principio a) de autoaplicabilidad: Aplicación inmediata o directa; por lo menos, presunción de autoaplicabilidad. Este aparece en el art. 23 de la Constitución de Venezuela, en la de Ecuador, de Colombia. Asimismo en las constituciones del Paraguay y de Uruguay establecen mecanismos para su aplicación inmediata. De esa manera, la falta de reglamentación no es una excusa para su efectividad, puede debe ser integrada con los principios generales del derecho y con las doctrinas progresistas más impuestas por su jerarquía. b) Pro homine, es aquél por el cual será de aplicación aquella interpretación más favorable a la realización del derecho. Esta función conlleva una interpretación extensiva del derecho y la interpretación restrictiva de sus excepciones o limitaciones. En caso de que haya dos normas internacionales sobre DH, es válido optar por la más favorable al ejercicio del derecho. Está recogida en el Pacto de San José de Costa Rica. En las Constituciones de Costa Rica y Venezuela, se afirma que los tratados sobre DH, priman sobre la Constitución, siempre y cuando sean más favorables, obviamente si la Constitución es más favorable entonces prima la Constitución. c) Interdependencia de los tratados, es decir las normas internacionales deben utilizarse integrándolas como un todo, complementando una de sus normas con la de otro instrumento para facilitar su aplicabilidad. También el principio de obligatoriedad o vinculabilidad de la interpretación que hacen los Órganos Internacionales especializados recogidos en algunos fallos de la Corte Suprema.

8. Operatividad, irregresividad y progresividad

La directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías establecidas en la constitución y en los instrumentos de los derechos humanos internacionales. Para ello, los jueces no podrán alegar la falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento y deberá aplicarse obligatoriamente e interpretarse de manera más favorable a la efectiva vigencia, con un sentido progresivo e imponiendo la no regresividad en materia de derechos humanos. Además, la mayor incidencia es porque hablamos en el espacio de las relaciones laborales donde la desigualdad genera la mayor exigencia para asegurar cierto equilibrio y ello demanda un rol activo de los jueces. La consagración de la aplicabilidad y operatividad

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

de los derechos humanos, surge de la obligación estatal de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de los derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Si bien es importante la reforma constitucional del año 1994 fue con el cambio de paradigma que significó la saga de fallos vinculados con el derecho del trabajo a partir del año 2004 cuando la Corte Nacional con los fallos “Vizzoti”, “Aquino”, “Castillo”, “Milone” etc. hicieron operativas las normas constitucionales y el control de convencionalidad, ello activó de manera no neutral la operatividad de los derechos sociales consagrados en el texto constitucional.

Este cambio de paradigma, en un Estado Constitucional de Derechos (neo-constitucionalismo)³⁶ propone que toda cláusula que señale una desigualdad es exigible y operativa, se abandona la idea que distingue las cláusulas operativas de las programáticas para sentar las bases de realización plena de los derechos reconocidos en la Carta Magna. Este enfoque, aparece en el Máximo Tribunal con el caso “Angel Siri c/ Amparo” cuando señaló que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”³⁷. Por otra parte, una interpretación constitucional en las condiciones de su vigencia consagra decididamente la operatividad de las normas fundamentales para la solución de casos concretos. Por ello, la Corte señaló que “...debería admitirse otro resultado no menos inadmisibles y que, a la par, echaría por tierra el control de constitucionalidad confiado a la magistratura judicial: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último. Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, el objeto de estudio del intérprete constitucional...”³⁸.

Cabe aclarar que no se trata de la intromisión de los jueces en la función de otros poderes, sino de la aplicación de las normas para resolver un caso concreto en un conflicto entre particulares que afecta no solamente el interés individual de una persona, porque el menoscabo de los derechos que se ven comprometidos, excede el concreto interés de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad³⁹, ello sin perjuicio del principio rector de la función jurisdiccional que es el viejo y conocido *iura novit curia* con el que los jueces tienen el deber de decir el derecho para la solución del caso independientemente de lo que hubiesen esgrimido las partes.

Por último, debemos tener presente que los organismos internacionales han señalado respecto de las normas internacionales que: *“Los Estados...asumen varias obligaciones, no*

³⁶ Carbonell, Miguel, “Neoconstitucionalismo (s)” Editorial Trotta, AAVV, sobre el concepto y para un mejor desarrollo sobre el tema ver distintos autores sobre este nuevo enfoque del Derecho Constitucional.

³⁷ CSJN, in re “Angel Siri s/ Amparo” Fallos 239:459.

³⁸ Constitución Nacional, art. 75.23; CSJN, in re “Vizzoti”, cit., p. 3688, cita de Fallos 330:1989.

www.csjn.gov.ar

³⁹ CSJN, ver Dictámenes de la Procuración General de la Nación en Fallos 322:3578, 324:392 y 333:2306, p. 2309. www.csjn.gov.ar

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV, Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

*en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*⁴⁰. Además, cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional⁴¹. A su vez la Convención Americana (arts. 1.1 y 2) impone el deber para los estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es "*deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*"⁴². Por ello, cuando se invocan tratados internacionales a los que el país está vinculado en el supuesto de resultar viable su aplicación, y se omite su operatividad, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado⁴³. Cuando la Nación ratifica un convenio se obliga a que sus órganos internos lo apliquen a los supuestos que contempla, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional⁴⁴. En caso de ser no tratado por los jueces de la instancia resulta apta la vía para acceder al máximo tribunal por haberse omitido la valoración de una garantía del derecho internacional⁴⁵.

9. Principio pro homine.

El principio *pro homine* informa todo el derecho de los derechos humanos⁴⁶ y las garantías que de ellos emanan deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de DH interprete auténtico del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales⁴⁷, dispuso: "Los Estados [...] asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"⁴⁸.

⁴⁰ Opinión Consultiva - 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145.

⁴¹ CSJN Fallos: 319:2411, 3148 y 323:4130, 325:292.

⁴² Opinión Consultiva 11/90, parágrafo 23.

⁴³ CSJN Fallos 318:2639; 322:3193; 326:3852, entre otros

⁴⁴ CSJN Fallos: 325:292 entre muchos otros.

⁴⁵ Fallos 328:1146 L.L. 09-05-04, nro. 108.891, resumen del fallo. L.L. 31-05-05 (supl.), nro. 108.966, nota al fallo. L.L. 26-05-05, nro. 108.945, nota al fallo. L.L. 25-07-05 (supl.), nro. 109.192, notas al fallo. L.L. 31-08-05 (supl.), nro. 109.330, nota al fallo. S.C. V. n° 856, L. XXXVIII; "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", del 03.05.05; S.C. L. n° 486, L. XXXVI; Fallos 328:1491 L.L. 31-05-05 (supl.), nro. 108.970. L.L.1-08-05 (supl.), nro. 109.331, nota al fallo. "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones -arts. 104 y 89 del C.P.- causa n° 3221"; del 17.05.05; S.C. D. n° 81, L. XLI; "Dieser, María G. y Fraticelli, Carlos A. s/ homicidio calificado por el vínculo y alevosía -causa n° 120 /02-“, del 08.08.06; etc.).

⁴⁶ Duarte, David, "Después de 50 años el 'catorce bis' se proyecta al ritmo universal de la justicia", Revista La causa laboral, n° 30, octubre de 2007, pág. 3-9

⁴⁷ arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2° de la ley 23.054

⁴⁸ Opinión Consultiva - 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145.

Cabe destacar que cuando una Nación ratifica un tratado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional⁴⁹. En tal sentido, la Convención Americana (arts. 1.1 y 2) impone el deber para los estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es "deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"⁵⁰.

Cuando en un reclamo laboral se invocan tratados internacionales a los que el país está vinculado, no puede argüirse incompatibilidad o inaplicabilidad porque su prescindencia, en el supuesto de resultar viable su aplicación, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado⁵¹. Los órganos internos se encuentran obligados en cuanto un país ratifica un instrumento internacional, y deben aplicarse a los supuestos que contempla, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional⁵².

Cabe agregar que si un juez de la instancia ignora su aplicación queda expedita la vía del artículo 14 de la ley n° 48 para acceder a la Corte Nacional por la omisión de una garantía del derecho internacional, no solamente por haberse preterido, sino por la trascendencia institucional en cuanto puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional⁵³.

Capítulo II. El derecho del trabajo internacional y la OIT

1. Desde la creación de la OIT a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los finales de las dos guerras mundiales fueron los hitos que marcaron un grado de evolución en los derechos sociales de la humanidad. El tratado de paz de Versalles de 1919

⁴⁹ CSJN Fallos: 319:2411, 3148 y 323:4130, 325:292.

⁵⁰ Opinión Consultiva 11/90, parágrafo 23.

⁵¹ CSJN Fallos 318:2639; 322:3193; 326:3852, entre otros

⁵² CSJN Fallos: 325:292 entre muchos otros.

⁵³ Fallos 328:1146 L.L. 09-05-04, nro. 108.891, resumen del fallo. L.L. 31-05-05 (supl.), nro. 108.966, nota al fallo. L.L. 26-05-05, nro. 108.945, nota al fallo. L.L. 25-07-05 (supl.), nro. 109.192, notas al fallo. L.L. 31-08-05 (supl.), nro. 109.330, nota al fallo. S.C. V. n° 856, L. XXXVIII; "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", del 03.05.05; S.C. L. n° 486, L. XXXVI; Fallos 328:1491 L.L. 31-05-05 (supl.), nro. 108.970. L.L.1-08-05 (supl.), nro. 109.331, nota al fallo. "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones -arts. 104 y 89 del C.P.- causa n° 3221"; del 17.05.05; S.C. D. n° 81, L. XLI; "Dieser, María G. y Fraticelli, Carlos A. s/ homicidio calificado por el vínculo y alevosía -causa n° 120 /02-", del 08.08.06; etc.).

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

cuando se crea la Organización Internacional del Trabajo y la culminación de la segunda guerra mundial con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Recuperar

al hombre en su dignidad fue el “Espíritu de Filadelfia”, hoy después de la tormenta del desierto economicista, Supiot reclama volver con la única respuesta posible una “Justicia social frente al mercado total” teniendo su eje central la dignidad. La dignidad del ser humano, dice Supiot: “impide que su cuerpo y sus necesidades físicas, aunque lo hagan participar de la vida animal, sean jamás tratadas como las de los animales”. Este punto de vista, agrega, comprensivo de la vida humana trasciende la vieja oposición entre espíritu y la materia. La superación de este dualismo *psique/soma* obliga a romper no sólo las ideologías que reducen al hombre a material o capital humano, sino también con las precedentes declaraciones sobre los derechos humanos que lo consideraban como un puro ser de razón⁵⁴. El vínculo que se establece entre seguridad y libertad es el rasgo común de cuatro principios de la Declaración de Filadelfia de 1944: a) el respeto por el trabajo; b) las libertades colectivas, c) la solidaridad y d) la democracia social⁵⁵. Sin duda que la reforma de 1994 en nuestro país con la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos, tiene una importancia todavía no desarrollada en su plenitud y que de a poco se está abriendo camino con mayor preponderancia después del “cambio de paradigma” del año 2004. Si bien una década antes ya el pensamiento jurídico argentino había asimilado los instrumentos internacionales fue sin duda, para el derecho del trabajo, un avance cualitativo los fallos trascendentes dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2004⁵⁶

La Declaración de Filadelfia fue la antesala de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que puso el acento en la dignidad humana marcando una resistencia de la conciencia jurídica global a los totalitarismos que caracterizó a los gobiernos nazis-facistas fundado en un positivismo irracional. Esa necesidad de rescatar valores del ser humano que no dependan del poder del Estado y realce al hombre en su excelsa dignidad también fue necesaria frente a los totalitarismos de los gobiernos militares de Latino-América con el recambio democrático de los ochenta. El padecimiento del pueblo por soportar el autoritarismo de gobiernos militares sangrientos que sistematizaron la violación de los derechos humanos, fue un retroceso de los derechos que había alcanzado la humanidad durante la postguerra mundial. Luego con el restablecimiento de las democracias en Suramérica, superados los gobiernos de facto, floreció un neo-constitucionalismo con renovado impulso de los derechos fundamentales de los derechos humanos y un marcado acento en el multiculturalismo, signado por la impronta de los pueblos originarios, como si el cumplimiento de los quinientos años de los pueblos americanos de habla hispana recuperaran la memoria. Es sin duda la labor de la internacionalidad regional la que llevó

⁵⁴ Supiot, Alain, “El espíritu de Filadelfia, La Justicia social frente al mercado total, Editorial Península, España, 2011, pág. 24

⁵⁵ Supiot, A. “El espíritu...”, ob cit. pág. 25. La declaración de Filadelfia fue la voluntad de edificar, a la salida de la Segunda Guerra Mundial, un nuevo orden internacional que no estuviera fundado en la fuerza, sino en el Derecho y la justicia. Se denominó “Declaración concerniente a las metas y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo” (OIT), con aspiración universal luego promovió la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1948, ver pág. 11

⁵⁶ Casos: “Vizzoti”, “Aquino”, “Milone”, entre muchos otros. <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV, Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

un fecundo trabajo por la restauración de los derechos humanos consagrados como Derechos Fundamentales.

En concreto, nuestro país se insertó en el mundo civilizado a partir del fallo “Edkmedjian” de la Corte Nacional y, posteriormente, la reforma constitucional del año 1994 se formaliza un monismo en el sistema del derecho de gentes que coadyuvó a la toma de conciencia de la importancia de la incorporación de esos instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la CN). Sin dudas que, si bien tardío, a partir del año 2004 con el cambio de paradigma jurisdiccional que se logra mediante numerosos fallos de la Corte y diversas reformas legislativas, un renovado impulso a los derechos humanos no solamente civiles y políticos, sino también económicos, sociales y culturales que revitalizaron el Derecho del Trabajo después del desangrado sufrido en el periodo de desregulación para regular con flexibilidad laboral.

La judicialización de los Derechos fundamentales es una forma de instalación de dicha conciencia cuya postulación expresa que toda norma incompatible con la dignidad de la persona se torna inconstitucional. Es un proceso lento pero progresivo pues desde que en 1938 nuestro más Alto Tribunal en materia constitucional señaló en su jurisprudencia, como designio y reconocimiento, que esos derechos sociales marchaban al “ritmo universal de la justicia” fue a partir del año 2004 que en la cúspide del sistema judicial se comienza con una nueva etapa de reconocimiento concreto de los derechos fundamentales de los trabajadores. En las normas internacionales, con rango constitucional, sea por la remisión expresa, sea por la idea del bloque de constitucionalidad, encontramos un número importante de derechos laborales consagrados expresamente como Derecho Humanos Fundamentales. Es por esa razón que esos instrumentos jurídicos sólo serán reales para los trabajadores cuando los jueces los utilicen para resolver los conflictos laborales, sino sería más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad del legislador (ver fallos “Vizzotti y “Madorran”).

2. Convenios de la OIT y su asimilación a Tratados.

En primer lugar debemos aclarar que la Organización Internacional del Trabajo es un organismo especializado de las Naciones Unidas y la pertenencia de los Estados a la ONU implica una serie de compromisos internacionales de los que se derivan obligaciones para los Estados miembros, independientemente de la ratificación concreta que pudiesen manifestar respecto a cada convenio de la OIT. Otro aspecto que no puede soslayarse es la importancia que en particular la Argentina ha reservado a su rol activo en la ONU, además de la gran cantidad de convenios de la organización del trabajo ratificados, un no menos despreciable rol protagónico que asumió cuando integró junto a los diferentes países reunidos en Versalles, formularon la paz mundial en el año 1919, destacándose la delegación argentina encabezada por Leónidas Anastasi, participaron en la creación y fundación de la OIT.

La OIT tiene un inocultable rol protagónico en la prosecución de la reducción del déficit de trabajo decente (para nosotros “digno”). Dicho objetivo involucra cuatro puntos estratégicos a los que se encuentran destinados los programas de trabajo y planes de acción

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

que implican: a) promover y cumplir las normas y los principios fundamentales en el trabajo; b) crear mayores oportunidades para hombres y mujeres, con el objeto de que dispongan de ingresos y empleo decorosos; c) realzar el alcance y la eficacia de la protección social para todos; y d) fortalecer el tripartismo y el diálogo social.

Uno de los órganos encargados de reunir a los miembros representantes de las tres partes que componen el cuerpo —estado-sindicatos-empresarios— es la Conferencia Internacional del Trabajo, integrada entonces por representantes gubernamentales, de los sectores trabajador y de la parte empleadora de cada uno de los estados miembros, quienes se hallan en un pie de igualdad dentro de la reunión. Esta paridad es sumamente relevante porque se traduce en la identidad de derechos y libertad de expresión a la hora de votar o manifestar sus puntos de vista. El organismo tiene sede en Ginebra (Suiza), allí se reúne en junio de cada año. Entre otras funciones, elabora y adopta las normas internacionales del trabajo, ya sea en forma de convenios o en recomendaciones.

En concreto, los convenios constituyen tratados internacionales que, una vez adoptados y ratificados, crean para el Estado la obligación jurídica de aplicar sus disposiciones. Reconoce la implementación de deberes con metas concretas a fin de lograr una paulatina adopción de la regulación interna de cada país para adecuarla de conformidad con la normativa internacional.

En cambio, las recomendaciones tienen por función orientar la acción destinada a la implementación en el plano nacional, y si bien no se encuentran abiertas a la ratificación y podría decirse que no podrían ser jurídicamente vinculantes, no son por ello despreciables o que pudieran ignorarse su existencia, al contrario sirven muchas veces de pautas de indispensable orientación para interpretar los convenios en los temas que tratan uno y otro instrumento, sin perjuicio de lo que nuestro país ha decidido a través de interprete genuino y final que es la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo “Pinturas y Revestimientos” al que aludiremos más adelante.

Hay que destacar que una vez ratificado un convenio, las autoridades nacionales competentes se obligan a informar al organismo internacional respecto del grado de aplicación de la normativa ratificada. Por su parte, la Conferencia supervisa que los miembros cumplan con la aplicación de los convenios y recomendaciones en el plano nacional. El mecanismo de control es a través del examen de las memorias que a tal fin presenten los países para facilitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del convenio ratificado, ya sea a través de la adecuación de las normas internas o su derogación, en cuanto se opongan a la normativa internacional voluntariamente ratificada. Cabe aclarar que esa adecuación necesaria para cumplir con los compromisos internacionales asumidos no es automática ni inmediata, sino que es paulatina y requiere de los tiempos políticos de cada Estado miembro en sus relaciones internas y los mecanismos legislativos para la unificación de los criterios aplicables a fin de que a través de la modificación, sustitución o derogación de normas se logre definitivamente acomodar las normas internas al diseño preceptivo de la OIT.

Las particularidades mencionadas caracterizan a los convenios internacionales del trabajo como una especie dentro del género de los tratados internacionales, con otro dato que los tornan especiales como por ejemplo que los convenios de la O.I.T. se aplican tanto en tiempos de paz como de guerra y no pueden ser ratificados con reservas, a diferencia de los tratados tradicionales.

Los convenios contienen diversas disposiciones para facilitar la flexibilidad⁵⁷, entre ellas las que permiten específicamente a los Estados ratificantes limitar o matizar las obligaciones que asumen en virtud de la ratificación (véanse los párrafos 21 a 24). No son, sin embargo, posibles otras limitaciones de las obligaciones de un convenio que no sean las específicamente establecidas en él (no da lugar a *reservas*)⁵⁸.

Un órgano de importancia trascendente es la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones que se encarga de manera permanente de controlar la efectiva aplicación de las normas de la O.I.T. y en especial de los convenios ratificados. Esta comisión se reúne anualmente durante la Conferencia Internacional del Trabajo, permite comprobar claramente el impacto de las normas de la O.I.T. sobre la legislación de los distintos países, como así también advertir sus dificultades de armonización entre unos y otros preceptos. Está constituida por los juristas más destacados de distintos países del mundo, por ello se ganó el respeto y reconocimiento de autoridad en sus intervenciones que la alejan de toda sospecha de hegemonía de pensamiento. Realiza estudios en determinados países con trabajos de investigaciones especiales y encuestas con claro compromiso de la O.I.T. ante las diferentes cuestiones que ofrecen los diferentes países miembros.

3. Convenios de Derechos Fundamentales de la OIT.

Los Derechos Fundamentales de los Derechos Humanos se extendieron por el mundo, aunque hubo en retroceso de éstos con la crisis económica de EEUU, primero con la decadencia sufrida por las pérdidas económicas que significó para el país del norte mantener la guerra en Vietnam y luego lo borró todo la llamada crisis del petróleo, operó un cambio de paradigma económico y proliferó la escuela ortodoxa de la economía. Los políticos de la democracia representativa abandonaron a Keynes y adoptaron a Hayek de la mano de Milton Friedman. Entró en marcha el proceso de abandono del Estado Bienestar, imponiéndose el liberalismo para los países pobres o en vías de desarrollo y proteccionismo para los países poderosos. El estado perdió el control de la economía y se lo dejó en manos del sistema financiero gobernado por la “Maldita Trinidad” (FMI, OMC, Banco Mundial) como lo denomina el economista Pett⁵⁹. Entramos de lleno a la era de la globalización de la economía. En la década de 1980 se restauran algunas ideas del pensamiento liberal del siglo

⁵⁷ Véanse los párrafos 8 y 9 del “Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo” del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo perteneciente a la Oficina Internacional del Trabajo Ginebra Rev. 2006, puede consultarse en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087793.pdf

⁵⁸ Véase el Memorandum presentado por la OIT a la Corte Internacional de Justicia en *Caso de genocidio* (Boletín Oficial de la OIT, vol. XXXIV (1951), págs. 280 a 321).

⁵⁹ Pett, Richardt, “La Maldita Trinidad”, Editorial Laetoli, 2004, pág. 28. Peet es economista catedrático de la Escuela de Geografía la Universidad DE Clark Worcester, Massachusetts, EEUU.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

XIX con efecto negativo en sectores más pobres de la sociedad, que hicieron impacto más firme en nuestras tierras en la década de 1990, pero ya había comenzado en marzo de 1976, pero la devastación se produjo con la ignominia de los noventa, con el llamado “anarco-capitalismo”⁶⁰. Es por esa razón que ante esta universalización de pobreza y marginalidad que azotó al mundo se invita a pensar en la idea de la mundialización de los derechos sociales fundamentales, a fin de no generar el llamado *dumping*. Si bien con fundamento proteccionista, es EEUU el que comienza a poner frenos paraarancelarios a productos elaborados por mano de obra “esclava” o trabajo forzoso. Esto es así porque con costos de mano de obra cero no hay producto que pueda competir en países en que se respetan mínimamente leyes laborales.

La Organización Mundial del Comercio (OMC) fue una de las organizaciones internacionales que primero comprendió el significado que esto tiene, por cierto que desde el punto de vista de la competitividad y el mercado de productos muy alejado de lo que entendemos por la dignidad de los trabajadores. Allí los Ministros de Comercio de distintos países reunidos en Singapur en 1996 renovaron el compromiso asumido por sus respectivos gobiernos de respetar las normas fundamentales del trabajo reconocidas internacionalmente, y confirmaron su apoyo a la labor de la OIT con miras a la promoción de las mismas. Simplemente porque EEUU ya venía aplicando unilateralmente las llamadas cláusulas sociales para evitar el ingreso masivo de productos manufacturados en los países del sudeste asiático. En ese momento el rol de la OIT estaba un tanto opacado por el activismo de la “Maldita Trinidad”, fue la necesidad de los países centrales por establecer algunas pautas claras en el tráfico de los productos en el mundo globalizado, en relación con la comercialización de productos que no fuesen abarataados con explotación, precariedad, trabajo forzoso o infantil, entre otras formas que generaban “dumping”. Esa circunstancia propia de las relaciones comerciales internacionales demandó de la OIT la imperiosa necesidad de una definición de cuáles serían esas normas mínimas que se pudieran exigir su cumplimiento sin necesidad de una ratificación. Todavía no existía un consenso claro de cuáles serían esas normas, pero mínimamente debían ser definidas. En esa línea, es que la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1998, adoptó la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento, que constituye una reafirmación de los valores fundamentales de la OIT por parte de los países de todo el mundo.

La circunstancia más trascendente de esta “declaración”, es que por ser tal (Es decir una “Declaración”) no necesita la ratificación y pueden ser aplicados en los países miembros de la organización. Es así que su reconocimiento basta por el solo hecho de ser miembro de la OIT. Es con ello que se asume el compromiso derivado de su mera adhesión a la

⁶⁰ Duarte, David, Empleo, desempleo y estabilidad. Los planes de empleo transitorio LNL 2004—4—215, 09/08/2004 Citar Lexis N° 0003/400290 ó 0003/400295. El término "anarco—capitalistas" lo extraíamos de un opúsculo de Abascal, Gabriel, "Neoliberalismo y servicios públicos", Revista de Derecho Social, n. 16, 2001, Ed. Bomarzo, España. Este autor explica que los anglosajones denominan como libertarian a la corriente neoliberal que propone que el Estado puede perfectamente desaparecer y dar origen a una sociedad—mercado integral. La expresión "libertario" en contextos políticos latinos identificaba a los "anarquistas" o "anarco—sindicalistas" con ideas superadoras del Estado. La traducción más correcta en el lenguaje político de la expresión inglesa libertarian sería la de "anarco—capitalista".

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Constitución de la OIT, de respetar, promover y hacer realidad la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, así como la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, del trabajo infantil y de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

El nuevo objetivo básico del programa de la OIT, que ha recibido el pleno apoyo de sus tres mandantes organizaciones de empleadores y de trabajadores, y gobiernos es fomentar las oportunidades de lograr un trabajo decente (digno) para todas las mujeres y los hombres. Por trabajo decente (digno) se entiende el trabajo que se realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Para fomentar el trabajo decente (digno) la OIT considera en síntesis cuatro objetivos estratégicos 1) lograr el respeto universal de los principios y derechos fundamentales en el trabajo; 2) crear más oportunidades de empleo y de ingresos para mujeres y hombres; 3) ampliar la protección social, y, 4) promocionar el diálogo social.

En definitiva, la importancia de toda declaración internacional es que no requiere de ratificación de los Estado porque, a diferencia de los tratados, es la consolidación de la costumbre internacional y de los principios generales del derecho internacional de aplicación obligatoria aunque no se haya ratificado por el sólo hecho de ser un país miembro de la organización.

4. Trabajo digno vs. Trabajo decente

Desde que en el año 1998 la OIT asumió un rol activo frente a la globalización de los mercados del liberalismo salvaje se comenzó a utilizar el término “trabajo decente”, expresión totalmente ajena a los Derechos Humanos y a los derechos fundamentales en clave laboral. Las razones del por qué se abandona la palabra “dignidad” utilizada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y para nosotros en el ámbito local en nuestro 14 bis de la Carta Magna, en donde se reafirma que las condiciones dignas y equitativas de labor deben ser garantizadas al trabajador, deben encontrarse en que se estaría devaluando el alto fin perseguido. Es por esa razón que reafirmamos el reclamo de volver al “Espíritu de Filadelfia” (1944)⁶¹.

El vínculo contractual de trabajo se asienta sobre la base de relaciones de poder y por lo tanto pueden darse formas abusivas de quien lo detenta que es el empresario. En ese vínculo, existe un problema subyacente dado por la posible colisión de derechos de la persona que trabaja con las facultades de mando reconocidas legalmente, aunque antes igualmente se ejercen de hecho. Allí aparecen aquéllos postulados de libertad de contratar, ejercer toda industria lícita y el derecho de propiedad que son ejercidos de forma unilateral, salvo cuando la norma heterónoma interviene. La afectación de garantías constitucionales vinculadas con los derechos que protegen la dignidad de la persona que trabaja no pueden subordinarse a otros derechos máxime que la Corte al interpretar la Carta Magna reconoció al trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional. La flexibilidad laboral de los

⁶¹ Supiot, Alain, “El espíritu de Filadelfia, La Justicia social frente al mercado total, Editorial Península, España, 2011, pág. 24

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV, Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

noventa pretendió erradicar el concepto de dignidad como distintivo del deber de indemnidad de la relación contractual de trabajo al eliminar mediante el art. 49 (LRT, 24.557 año 1996), en el art. 75, el párrafo del texto original: que decía “*Tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores*”. De esta manera el flexibilizador de los noventa reduce la responsabilidad contractual del deber de indemnidad del empleador a la reparación limitada de la LRT. Drenaba ese deber mediante la cláusula del art. 39.1 que eximía a los empleadores de toda responsabilidad civil y las prestaciones de la LRT son asumidas por una ART. De esa manera se daba respuestas a las reglas del mercado. Es con la conceptualización jurídica humanística, mediante el *control de constitucionalidad* realizado por la CSJN en el precedente “Aquino” que se restablece la dignidad de los trabajadores. En esa oportunidad se descalificó constitucionalmente la Ley de Riesgos del Trabajo por el solo hecho de haberle negado al hombre la dignidad que le es propia, por haberlo mutilado, por haber hecho del hombre un objeto, del llamado “mercado del trabajo” y no un Sujeto de todo el mercado. En “Aquino” se protege la dignidad del hombre por vía del art. 14 bis: las leyes asegurarán condiciones "dignas" de trabajo. A su vez, el fallo cita el PIDESC: trabajo digno es *sólo aquel que respeta los derechos fundamentales de la persona humana y los derechos de los trabajadores, entre los cuales "figura el respeto de la integridad física y moral del trabajador en el ejercicio de su actividad"*(Petracchi y Zaffaroni consid. 11°). La importancia de este rescate de la dignidad es de suma trascendencia frente el economicismo. También se destacó que la dignidad es inherentes a la persona y no deriva de la ley. Por esa razón en el fallo “Aquino” se afirmó que la *exclusión y eximición impuestas por la ley de 1995 (ART. 39.1 LRT), mortifica el fundamento definitivo de los Derechos Humanos* (voto Petracchi y Zaffaroni consid. 11°). E concepto de dignidad también aparece plasmado en la DUDH, Preámbulo, primer párrafo, y art. 1; el PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *ídem* y art. 10.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1 La Corte cita el PIDESC en el caso “Aquino” en cuanto reconoce *"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial [...] La seguridad y la higiene en el trabajo..."* (art. 7) y el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” [para] asegurar este derecho, figurarán [...] “El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo” [y] “La prevención y el tratamiento de las enfermedades [...] profesionales” (art. 12)⁶². También aparece conceptualizadas las condiciones dignas de labor en el caso “Torrillo”⁶³. *Es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de*

⁶² (Petracchi y Zaffaroni Consid. 8°; Ídem Belluscio – Maqueda Consid. 7°, Párrafo 2°; Highton de Nolasco, consid. 9°).

63 CSJN, in re: T. 205. XLIV; RHE Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro Sentencia del 31-03-2009

la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana. Estos fallos trajeron un cambio de paradigma al colocar al ser humano como centro de atención, por ello la inconstitucionalidad de la LRT con el fallo “Aquino” se establecieron como temas centrales el deber de no dañar a otro, la protección de la integridad psicofísica del trabajador, la dignidad del trabajador, la reparación integral y el principio de progresividad. El Estado Social Democrático de Derechos (Bidart Campos) se vio realizado en casos concretos llegados al intérprete último de la Carta Magna. La nueva integración de la Corte mostró un carácter no neutral frente a los Derechos Económicos Sociales. A diferencia de la etapa anterior, hubo un desarrollo intenso de las normas fundamentales sobre Derechos Humanos y un carácter integral con el texto constitucional en materia de Derechos del Trabajo en fallos trascendentes (Vizzoti, Castillo, Aquino, Milone, Madorrán, etc.). El gradual proceso de nivelación del desequilibrio económico social. Con la incorporación de los documentos internacionales de DH, el constitucionalismo social dio un salto cualitativo comprometiendo a los poderes públicos constituidos a su realización.

Según la Observación General N° 18 (Párrafo 7) el derecho al trabajo según reza el artículo 6 del Pacto, debe ser un *trabajo digno*. Éste es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto. La dignidad aparece como el fundamento común de todos los Derechos Humanos garantizados en el Derecho del Trabajo, el Derecho Social Constitucional y las Normas Internacionales de Derechos Fundamentales. La visión de los derechos humanos. Abordaje desde una óptica histórica, como necesidad de rescatar algunos valores reconocidos culturalmente como contingente de la historia occidental. No como principio abstracto sino como instrumentos ideados por la humanidad para hacer posible la satisfacción libre e igualitaria de las necesidades básicas socialmente objetivadas. Las normas internacionales son un amplio abanico, integrado por señeros tratados, tanto de raíz universal (Naciones Unidas), como de raíz regional (Organización de Estados Americanos). Ese caudal no ha producido aún la convulsión que está llamada a producir. No han dado todos los frutos que debieran dar. El trabajo jurídico es bastante para construir todos los efectos posibles en el orden constitucional de esta serie de tratados internacionales, para su significación en la Carta Magna de los DH. Es por ello que se debe recuperar al hombre y su dignidad. La intención del derecho internacional de los DH es recuperar al hombre, en toda su dignidad, mediante ese instrumental conceptual y normativo. Una de las claves del derecho constitucional es que el fundamento de los DH no depende de reconocimiento legislativo, porque deriva de la dignidad intrínseca, inherente, de los seres humanos. Así lo dice el Preámbulo de la Declaración Universal y lo repite cuanto tratado y documento internacional le haya seguido. La dignidad de la persona como causa fuente de los DH. Toda norma incompatible con la dignidad de la persona se torna inconstitucional, porque aquella es causa fuente de DH. La Constitución Argentina histórica por vía de los derechos implícitos y no enumerados (aquellos que surgen de la soberanía del pueblo) reconoce *“Entre los derechos amparados en el art. 33 de la CN se encuentra el derecho a la dignidad humana”* *“Hace a esta dignidad que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, lo que en la faz jurídica implica que la ley las*

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

reconozca”⁶⁴. Al incorporarse la dignidad humana como fuente de derecho, aparece como una nueva proyección de los derechos no enumerados o derechos implícitos en la Constitución Nacional. La importancia para el derecho del trabajo es que se potencia el principio de la dignidad humana, pues se suma a la inherente a la persona humana, la especificidad que debe darse a la dignidad del hombre en clave laboral.

Entonces, cabe preguntarse: *¿Qué es la Dignidad?* Dignidad (Del lat. *dignitas, -ātis*). 1. f. Cualidad de digno. 2. f. Excelencia, realce. 3. f. Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse. Etc. digno, na. (Del lat. *dignus*). 1. adj. Merecedor de algo. 2. adj. Correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo. 3. adj. Que tiene dignidad o se comporta con ella. Una persona digna es la que tiene cualidad de “señor de sus acciones”. Posee “auto-nomía”, dejó de ser un mero súbdito, ya no está bajo el dictado de otro. Es una “persona libre que exige igualdad”. Desarrolla su personalidad en un plano individual y en una dimensión social con los “otros”, colectivamente. Es importante formular algunas aclaraciones desde el punto de vista del marco teórico. Delimitar las proposiciones empíricas frente a las que no lo son y por esa vía excluir la metafísica del ámbito científico. Reconocer el aporte del positivismo lógico que intenta un fundamento despojado de la esencia del objeto. Sin dejar de posicionarse desde una visión crítica, con la advertencia de la mediatización del sujeto investigador y la realidad social del momento histórico que vive.

Sin embargo, entendemos conveniente realizar una advertencia sobre: “Trabajo decente”, tan repetido en cuanto instrumento que aparece de la OIT, pero entendemos que no es un término adecuado y en todo caso demasiado amplio. “Decente” es un adjetivo que modifica el sustantivo “Trabajo”, dos términos demasiados amplios e imprecisos. Es por ello que debe otorgarse sentido y ser redefinido en cada situación y contexto en que se intente esgrimir, mediante formas democráticas y racionales a fin de evitar conceptos vacíos que suelen ser llenados por quien detenta el poder o por parte de los portavoces del discurso hegemónico. Tal situación torna conflictiva la formulación de “decente” frente a “digno”. Hasta se ha entendido como términos rivales Dignidad vs. Decencia. La dignidad aparece a texto expreso en normas internacionales sobre Derecho Humanos. La decencia o trabajo decente forma parte del discurso hegemónico y no se encuentra en textos normativos sino en complacientes recomendaciones discursivas. En cambio, en Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se encuentra la dignidad a texto expreso, por ejemplo en el Preámbulo: «...reconocimiento de la dignidad intrínseca [...] de todos los miembros de la familia humana...»; y en el artículo 1º: «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»

El principio protectorio- significa que debe protegerse laboralmente esa dignidad, frente a todos los agravios a la persona, al *trasponer el umbral de la empresa*. Constitucionalmente

⁶⁴ (CSJN in re “*Sejean, J. B. c/ Ana María Saks*” 27-11-1986 Fallos 308:2268)

esto es el eje de los DH. El texto Art. 14 bis de la CN de Argentina, al tutelar en 1957 las condiciones dignas y equitativas de labor fue premonitorio.

Desde el DT hay que procurar una dignidad existencial, para proteger a la dignidad esencial de la persona. Y para ello, está precisamente la justicia social, que es la que tiende a equiparar las situaciones existenciales que mortifican la dignidad intrínseca o esencial de la persona humana. Este es el rico material aplicado en los últimos desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Argentina, en los fallos: “Vizzoti”, “Aquino”, y “Milone”. La Corte dijo: “La justicia social, es la justicia en su más alta expresión. Consiste en ordenar la actividad ínter subjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta, con vista a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar y esto es las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme su excelsa dignidad.”

Hoy tenemos un instrumental normativo supra-ordenador, lo que conduce a que el trabajador, como lo dicen varios fallos de la Corte Suprema, sea sujeto de preferente tutela constitucional (Vizzoti). La judicialización de la dignidad de la persona humana es un elemento que posibilita anclar el derecho internacional de los DH, dentro de la Constitución, como su pilar definitivo. De ello se derivan (según Gialdino) dos conclusiones: 1) Ningún hombre puede verse negado de su dignidad que tiene un fundamento axiológico histórico cultural que se reconoce como inherente al ser humano y no depende del derecho positivo para su reconocimiento, porque es anterior. 2) La dignidad no es un derecho, lo que es un derecho es la protección de su dignidad.

5. Operatividad propia de los Convenios de la OIT.

Cabe destacar que para Von Potobsky⁶⁵ los convenios adoptados en el seno de la Conferencia Internacional de Trabajo constituyen un acto-regla. Estos instrumentos se tornan obligatorios en el orden interno de cada Estado con su ratificación. Entiende que es un acto-condición que obliga a los estados frente a la O.I.T. A través de sus órganos la OIT realiza el seguimiento para verificar si los estados miembros adecuan su normativa interna y establece el grado de cumplimiento de la normativa internacional. Aunque parece no asumirse un deber concreto frente a los demás miembros del organismo, como consecuencia de la ratificación, hay un compromiso de cumplir sus normas.

En consecuencia, para la introducción de la normativa internacional en la legislación interna resulta sustancial la ratificación, salvo los convenios que integran el grupo de Derechos Fundamentales de la OIT. El mecanismo interno para la ratificación requiere en Argentina de diferentes órganos de gobierno. Resulta una facultad exclusiva del Presidente de la Nación la celebración de acuerdos internacionales, según el actual art. 99, inciso 11 de la Constitución Nacional. Luego la aprobación de los tratados firmados por el Poder

⁶⁵ Von Potobsky, Geraldo. “*Los convenios de la O.I.T.: una nueva dimensión en el orden jurídico interno?*”, en DT, 1997-A, pág. 457 y sus citas.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Ejecutivo es atribución propia del Congreso de la Nación (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional). El procedimiento se cierra, entendiéndose a ese acto del Congreso como el acto por el cual se autoriza al Poder Ejecutivo a cumplir con confección de un acta y el posterior depósito en el organismo internacional para tenerse por cumplida la ratificación.

Si bien se entendió que es una facultad discrecional del Ejecutivo la ratificación, el que no queda obligado por la aprobación del Congreso, y cita en apoyo de tal afirmación el voto en disidencia del Dr. Boggiano (Frites, sentencia C.S.J.N. del 4.12.1995)⁶⁶, en el cual se afirmó que se admite como práctica antijurídica que dicha discrecionalidad alcance para retener la comunicación de la ratificación (intercambio o depósito, según sea un tratado bilateral o de una organización internacional) para así demorar o evitar su entrada en vigencia. De ello se deriva que, en la práctica, la legislación internacional no queda disponible para el legislador interno.

El requisito de la ratificación parece haber sido previsto no para hacerlo jugar a favor del Poder Ejecutivo sino, en todo caso, para que el representante que suscribe el tratado no tenga facultades suficientes para obligar a su país, o en salvaguarda de la distribución tripartita de poderes. En este sentido, corresponde aplicar la Convención de Viena sobre Tratados, ratificada por la Argentina en 1972 y en vigor desde 1980, por lo que no podría, una vez aprobado por el congreso reservarse indefinidamente la facultad de confirmar ese consentimiento, por esa razón corresponderá dar a publicidad los actos de ratificación. Cumplido el requisito de ratificación se debe aun practicar la comunicación de la ratificación a la/las contrapartes.

En cuanto a la exigibilidad de los convenios de la OIT para ser aplicados para la solución de los casos concretos, tiene particular trascendencia dos precedentes de la Corte. El primero de ellos es el caso “Díaz”⁶⁷, mediante el cual que el art. 103 bis, inc. c, de la Ley de Contrato de Trabajo, y la cláusula convencional mediante la cual se pactó el “Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005”, son inconstitucionales, en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen. Para ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia apelada de la CNAT sala VIII que con voto del Doctor Morando porque había desestimado la inconstitucionalidad del art. 103 de la LCT y también la inclusión, en la base de cálculo de las indemnizaciones por despido del trabajador del denominado “Anticipo” —Acta Acuerdo Nov. 2005— porque el sindicato lo había pactado con carácter no remuneratorio, en un acuerdo complementario del convenio colectivo 152/91, aplicable a la actividad de la demandada. El juez Morando de la Cámara, con adhesión de Catardo habían sostenido que la ratificación Convenio 95 de la OIT de protección del salario (1949) no había sido incorporado al derecho interno.

Frente a tal afirmación el voto concurrente de Maqueda y Zaffaroni señaló que el juez

⁶⁶ Ramírez Bosco, Luis, “*Los tratados internacionales en materia laboral*”, en TySS, 1997, págs. 872 y ss. En el caso se resolvió sobre el Convenio n°169 “Pueblos indígenas y tribales”

⁶⁷ CSJN, in re: “Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.” Sentencia del 04/06/2013
Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/20023/2013
Autor: David Duarte
Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Morando incurrió en dos graves errores. Por un lado, tergiversó la Constitución de la OIT, dándole a ésta, una inteligencia del todo opuesta a sus términos y a su objeto y fin, que no son, precisamente, condicionar la efectividad interna de los derechos y libertades enunciados en los convenios ratificados, a mayores recaudos que los que pueda exigir el régimen del Estado ratificante. Y, por el otro, soslayó sin rebozos el régimen nacional, al paso que terminó contradiciéndolo, puesto que, para éste, cuando la Nación ratifica un tratado, “se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla”⁶⁸. A partir de “Ekmedkjian” no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino⁶⁹.

El fallo de Cámara⁷⁰ tras entender que sería preferible denominar retribución y no remuneración afirmó, en lo que interesa que en cuanto a los alcances del reconocimiento de la jerarquía normativa superior a la de las leyes a los tratados internacionales (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), y en cuanto se relaciona con los convenios de la O.I.T., Morando afirmó que no era del caso ingresar en la discusión acerca de la inclusión, o inclusividad de dichos convenios en la mención genérica a tratados con organismos internacionales, ni elaborar sobre la forma de adherirse a la O.I.T., por parte de estados miembros originarios de la O.N.U. o admitidos con posterioridad (artículo 1° de la Constitución de la O.I.T.), ni, aún en la calidad que corresponde atribuir a los convenios ratificados. Entendió que la ratificación de un convenio no incorpora su texto al derecho interno del estado miembro. Estas imprecisiones del fallo de cámara fueron respondidas por la Corte en el caso Díaz⁷¹, primeramente con los votos de Elena I. Highton de Nolasco, Enrique S. Petracchi, señalando que en primer lugar el caso tenía adecuada respuesta en los fundamentos y conclusiones expuestos en el fallo “Pérez c/ Disco S.A.”⁷², a los que se remitió en razón de brevedad. Agrego que el trabajador constituye un sujeto de “preferente tutela constitucional”, hallándose su salario protegido por un plexo normativo compuesto por disposiciones de la Ley Fundamental, así como de numerosos instrumentos de origen internacional, leyes de derecho interno y fallos de este Tribunal⁷³. En el considerando 10° afirmaron que hallándose ratificado por la República Argentina el Convenio n° 95 de la OIT, resulta claro que el concepto en cuestión reviste naturaleza salarial, a la luz de lo dispuesto en el art. 1° de dicho convenio, en cuanto establece que: “el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo,

⁶⁸ CSJN, in re Ekmedkjian c. Sofovich, Fallos: 315:1492.)

⁶⁹ CSJN, in re: “Simón”, Fallos: 328:2056, voto del juez Lorenzetti, considerando 17; v. asimismo: “Dragoevich”, Fallos: 331:2663; “Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación c. Gobierno Nacional”, Fallos: 326:3882; “Méndez Valles c. A.M. Pescio SCA” Fallos: 318:2639, entre otros.)

⁷⁰ CNAT, (Sala VIII) sentencia n° 35077 (juzgado n° 53) autos “Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes s.a. S. Despido”, sentencia del 27 de mayo de 2008

⁷¹ D. 485. XLIV. RECURSO DE HECHO Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A. sentencia del 4 de junio de 2013.

⁷² CSJN, voto de la mayoría y voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay, publicado en Fallos: 332:2043.

⁷³ CSJN, in re: “Pérez c/ Disco”, Fallos: 332:2043, en especial considerandos 3°, 4°, 5° del voto de la mayoría y considerandos 7°, 8°, 10 del voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”. Agregaron que cuando la Nación Argentina ratifica un tratado “se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”⁷⁴, el a quo solo pudo obviar su aplicación al presente caso señalando la necesidad de adoptar medidas internas —si es que existía alguna— para hacerlo efectivo en las concretas circunstancias de la causa.

Por otro lado, con voto de los señores ministros doctores don Juan Carlos Maqueda y don E. Raúl Zaffaroni, también se cito el caso “Pérez c/ Disco”, y especialmente recordó el fallo “Madorrán”, en cuanto se dijo que la Constitución Nacional “es ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, a la autonomía colectiva” (Fallos: 330:1989). Respecto de los convenios de la OIT, agregaron que el citado precedente “Pérez”, descalificaba de manera implícita la postura del a quo en torno de la incorporación de los convenios de la OIT al derecho interno argentino⁷⁵. Agregaron que en “Milone”, el Tribunal juzgó, incluso, que esos instrumentos, en tanto ratificados, se inscriben entre los tratados a los que el art. 75 inc. 22, primer párrafo, de la Constitución Nacional, confiere jerarquía superior a las leyes (Fallos: 327:4607).

Frente a la afirmación de Morando con adhesión de Catardo respecto a que la incorporación de los convenios de la OIT no la produce la ratificación de los convenios, sino la “recepción legislativa interna” de éstos, con fundamento en los incs. b, d y e del art. 19.5 de la Constitución de la OIT. La Corte adelantó con una advertencia que solo podría tener relevancia el d, por cuanto está en juego un convenio ya ratificado. Según este inciso, satisfecho el trámite que prevé, el Estado, además de comunicar la ratificación formal del convenio al Director General, “adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio”.

Por otro la lado, los jueces de la Corte señalaron que el juez Morando y su colega habían tomado como causa lo que es consecuencia. Explicaron que la ratificación de un convenio, con arreglo al recordado art. 19.5.d, implica la obligación de “hacer efectivas” las disposiciones de aquél⁷⁶.

Interpretó, entonces, que solo en caso de ser “necesarias” para ese fin (hacerlas efectivas), el Estado ratificante deberá adoptar medidas internas. El precepto, en consecuencia, da

⁷⁴ CSJN, in re: Fallos: 315:1492, considerando 20; 318:2639, considerando 6°; 331:2663, considerando 7°, entre otros.

⁷⁵ CSJN, in re: “Fermín, Mauricio”, Fallos: 331:1664, relativo al Convenio N° 169.

⁷⁶ Los Jueces de a Corte citaron VALTICOS, Nicolas, “Nature et portée juridique de la ratification des conventions internationales du travail”, en *International Law at the Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Dinstein, Y., ed.), M. Nijhoff, Dordrecht, 1989, p. 993.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

cuenta de un “principio evidente”⁷⁷, según el cual “un Estado que ha válidamente asumido obligaciones internacionales, está obligado a introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de dichas obligaciones”⁷⁸.

Empero es indudable que la existencia o inexistencia de dicha necesidad no puede ser establecida a la luz del citado art. 19.5.d, sino a la del ordenamiento interno. La incorporación de un convenio, olvida la Sala, depende básicamente de cada régimen nacional⁷⁹. Por consiguiente, la cuestión en juego debió haber llevado al sentenciante a dilucidar, con arreglo al derecho nacional, cuáles eran, si alguna, las medidas internas que resultaban “necesarias” para hacer efectivas las concretas disposiciones del convenio propias del litigio. De lo contrario, correspondería admitir, como lo hace el juzgador, un resultado francamente insostenible: que la Constitución de la OIT habría impuesto a los Estados, para tornar aplicable un convenio ratificado, una suerte de régimen de tipo dualista, mediante el cual, todo convenio, en globo, requeriría siempre, a modo de “medida necesaria”, una “recepción legislativa interna”, a despecho de que el ordenamiento nacional previera uno de carácter monista, que volviera “innecesario” tal proceder.

La sentencia de Morando también mostró una marcada indiferencia hacia una eventual responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de un compromiso internacional, cuando ocurre que los órganos judiciales, integrantes esenciales de aquél, tienen, por lo contrario, el irrenunciable papel, dentro de los alcances de su competencia, de evitar que se produzca dicha responsabilidad⁸⁰. Más aún; ello se corresponde con el hecho de que las sentencias judiciales integran, en los términos indicados, el abanico de “medidas” destinadas a satisfacer la efectividad de los derechos⁸¹.

La operatividad de los convenios de la OIT en el derecho interno se advierte en otro precedente de la Corte (“Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra”)⁸². En éste caso se sostuvo que el convenio 173 y la recomendación 180 de la OIT habían desplazado en el conflicto las reglas de los arts. 239, párrafo primero, 247 y 249 de la ley concursal (24.522 y sus modificatorias) en materia de privilegios, destacaron que la decisión con fundamento en los convenios de la OIT es la que mejor contribuye a la realización de los fines protectores y de justicia tenidos en mira por la organización internacional al dictar los instrumentos examinados y, por otro, la que brinda una respuesta apropiada a la singular situación del recurrente en esta causa, signada por una inusitada postergación del cobro de

⁷⁷ Comentó como “principio eficiente” (allant de soi/self-evident) citando las palabras de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1925.

⁷⁸ Citó “*Echange des populations grecques et turques/Exchange of Greek and Turkish Populations*”, Opinión consultiva, 21-2-1925, Serie ES, n° 10, p. 20, itálica agregada.

⁷⁹ Von Potobsky, Geraldo, “Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional”, en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, OIT, 2004*, p. 290.

⁸⁰ CSJN, in re: “Giroldi”, Fallos: 318:514.

⁸¹ CSJN, in re: “Wilner c. Osswald”, Fallos: 318:1269.

⁸² CSJN, in re: “P. 589. XLVI. Y P. 575. XLVI. RECURSO DE HECHO Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra”. Sentencia 26 de marzo de 2014 Magistrados: mayoría: E. Raul Zaffaroni - Carlos s. Fayt , Enrique s. Petracchi. Maqueda y por su voto en disidencia: Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco – publicado en Id Infojus: FA14000043.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

su crédito por accidente laboral, reconocido por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por circunstancias que le resultaron ajenas.

La sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, revocada por la Corte, había confirmado el rechazo de la impugnación de un acreedor laboral al proyecto de distribución presentado por la sindicatura según el cual al crédito insinuado debía aplicarse la limitación del 50 % establecida por el art. 247 de la ley concursal y conferírsele igual rango que el detentado por la acreencia de la AFIP.

En lo que interesa, los jueces de la cámara comercial afirmaron que las directivas del Convenio n° 173 de la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo OIT), ratificado por la Ley 24285, "sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador" carecen de operatividad sobre el ordenamiento concursal "pues lo cierto es que no se han armonizado aún aquellas regulaciones dispositivas con las normas nacionales, de naturaleza legal, reglamentaria o administrativa que permitan efectivizar los derechos de los trabajadores de empresas en insolvencia a percibir las acreencias correspondientes".

Ante ello la Corte sostuvo que la decisión resultaba claramente contraria al criterio que emana, entre otros, de los precedentes de la Corte⁸³ en los cuales las normas contenidas en diversos convenios de la OIT, ratificados por el legislador nacional, fueron decisivas para la resolución de las controversias planteadas. Agregó que en el caso "Milone" el Tribunal puso especialmente de relieve que los referidos instrumentos internacionales, en tanto hayan obtenido la ratificación legislativa, se inscriben en la categoría de los tratados a los que el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional confiere un rango superior al de las leyes. En el considerando 6, reprodujo el caso "Díaz"⁸⁴ en el sentido que la ratificación de un convenio genera para los estados la obligación de hacer efectivas sus disposiciones y por ende el Estado deberá adoptar medidas internas "necesarias" para ese fin. En ese inteligencia, la Corte entendió que los jueces comerciales debían explicar con precisión por qué los preceptos internacionales invocados no resultaban directamente aplicables en el ámbito local y cuáles hubieran sido las medidas necesarias que el Estado debió adoptar para conferirles operatividad, cosa que no ha hecho y que, como se examinará enseguida, muy difícilmente hubiera podido hacer de manera fundada y convincente.

Afirmaron que el Convenio n° 173 de la OIT ("sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador"), ratificado por la Ley 24285 (art. 1) incorporó al sistema jurídico argentino, un régimen de privilegio con un rango superior al de las leyes (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) lo que determinó el desplazamiento de las pautas legales vigentes hasta ese momento que se opusiesen o no se ajustasen a él y descalificaba el argumento de la cámara relativo a la necesidad de armonizar las reglas del derecho local y las internacionales como requisito indefectible para admitir la aplicación de estas.

⁸³ CSJN, in re "Pérez" (Fallos: 332:2043), "Fermín" (Fallos: 331:1664) y "Milone" (Fallos: 327:4607).

⁸⁴ CSJN, in re D.485.XLIV "Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.", sentencia del 4 de junio de 2013

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Entendieron aplicable la Recomendación n° 180 de la OIT, que complementa las disposiciones del Convenio y determina que el privilegio debería alcanzar, además, a las indemnizaciones por "accidentes del trabajo y enfermedades profesionales cuando corran directamente a cargo del empleador" (punto 11, 3.1. f). Afirmaron que si bien las recomendaciones de la OIT carecen de contenido propiamente normativo (por lo que no están sujetas a la ratificación de los estados y no generan per se obligaciones internacionales para éstos), tienen un inapreciable valor a la hora de interpretar y determinar los alcances de las prescripciones de los convenios a los que se refieren en razón de provenir del mismo foro que ha dado vida a éstos. En función de ello, si se toma en cuenta que el precepto convencional, al incorporar la expresión "al menos", deja abierta la posibilidad de extender el privilegio a otros créditos laborales, es factible admitir -sin mayor esfuerzo interpretativo- que uno de esos ítems sea el resarcimiento por accidente de trabajo que contempla la Recomendación. Añadieron también que el argumento decisivo para determinar que la reparación de un infortunio laboral se encuentra comprendida en la protección a la que se refiere el Convenio n° 173 viene dado por lo expresamente estipulado en otro instrumento de la OIT: el Convenio n° 17 sobre la indemnización por accidentes del trabajo -de 1925- que fue ratificado por la República Argentina mediante la Ley 13560. Dicho cuerpo normativo prevé, al respecto, que *"las legislaciones nacionales establecerán las disposiciones que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada país, sean más adecuadas para garantizar, en toda circunstancia, el pago de las indemnizaciones a las víctimas de accidentes y a sus derechohabientes, y para garantizarlos contra la insolvencia del empleador o del asegurador"* (itálica agregada)

Capítulo III.

1. Incorporación de los tratados y Convenios Internacionales al derecho interno con rango constitucional.

El primer caso que le tocó intervenir a la Corte en materia de normas internacionales del Trabajo es el antiguo precedente "Haras Los Cardos" del año 1940⁸⁵. En esa oportunidad se había señalado que la ley federal 12.232 había aprobado las convenciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en Ginebra en 1921 en su tercera sesión⁸⁶, entre otras había aprobado a Convención referida a "Reparaciones de los accidentes del trabajo en la agricultura". Éste fue el Convenio 12 que incluía a los peones rurales en la protección mediante una indemnización igual que al resto de los trabajadores, los jueces allá por 1940 señalaron que esa ratificación sólo importaba el compromiso de modificar la

⁸⁵ CSJN, in re: Haras "Los Cardos" c/ Alonso, Gregorio. Sentencia del año 1940, publicada en Fallos 186:258

⁸⁶ En la tercera sesión de la Conferencia Internacional del 29 de octubre al 29 de noviembre del año 1921 se adoptó los convenios concernientes a 1) Edad mínima de admisión de los niños al trabajo agrícola; 2) Reconocimiento de los derechos de asociación y de coalición de los trabajadores agrícolas con fines no contrarios a las leyes.; 3) Reparaciones de los accidentes del trabajo en la agricultura; 4) Prohibición del empleo del albayalde en la pintura; 5) Descanso semanal en los establecimiento industriales; 6) Edad mínima de admisión de los jóvenes en el trabajo de paños y hornallas, y 7) Examen médico obligatorio de los niños y jóvenes empleados a bordo de los barcos. La ley 12.232 fue publicada en el Boletín Oficial el 18 de octubre de 1935, en La Ley , ADLA 1920-1940 pág. 638.

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

ley de accidentes del trabajo 9688 (al igual que Morando lo hizo setenta años después en el fallo “Díaz c/ Cervecería”). La ratificación en ese entonces era meramente formal, sin incidencia en el derecho interno, pura cosmética y como esencia de derecho sociales. No era un tema menor se trataba de incluir a los trabajadores de la agricultura en la tutela de la ley de accidentes de trabajo, en igualdad de condiciones que el resto de los obreros.

Sin embargo, la década infame también incluyó esta forma de discriminación para el tratamiento de los obreros rurales. Es por esa razón que los asalariados agrícolas no gozaban de los beneficios de la ley de accidentes de trabajo (n° 9688), fuera de los casos previstos en el art. 2°, inc. 6° de la misma. El caso “Haras los Cardos” trataba de un trabajador rural llamado Gregorio Alonso que trabajaba para la Sociedad Anónima Haras Los Cardos, como peón de campo a su servicio. En ocasión del trabajo sufrió heridas mientras se hallaba cortando pasto con una guadañadora, tirada por dos caballos, en cuyas circunstancias cayó sobre la cuchilla de la máquina. Fundó su defensa en el art. 2°, inc. 6 de la ley 9688, según el cual quedan únicamente comprendido bajo el régimen de esa ley, en las industrias forestal y agrícola, tan solo las personas ocupadas en el transporte o servicio de motores inanimados, y en los incisos 3 y 12 de la reglamentación y art. 1, inc. 3°, de la ley n° 12.232, que aprueba las convenciones adoptadas por la Conferencia internacional del trabajo, realizada en Ginebra en 1921. Y siendo esta última una ley especial del Congreso, relativa a convenciones internacionales. La ley 12.232, dice: Apruébanse las siguientes convenciones, adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en el curso de su tercera reunión realizada en Ginebra, el 29 de Octubre al 29 de Noviembre de 1921, y concernientes a: Reparación de los accidentes del trabajo en la agricultura. El art 1° de la convención referente a la reparación de los accidentes del trabajo en la agricultura dice: todo miembro de la organización internacional del trabajo que ratifique la presente convención se compromete a extender a todos los asalariados agrícolas el beneficio de las leyes y reglamentos que tengan por objeto indemnizar a las víctimas de accidentes sobrevenidos por el hecho o en ocasión del trabajo. El art. 2 se refiere a la comunicación de las ratificaciones oficiales y en el 5 se expresa: Bajo reserva de las disposiciones del art. 3, todo miembro que ratifique la presente convención se compromete a aplicar las disposiciones del art. 1° a mas tardar el 1 de enero de 1924, y a tomar las medidas necesarias para hacer efectivas esas disposiciones. Atenta la claridad de estas disposiciones, se tornaba innecesario decidir si las citadas convenciones adoptadas por la Conferencia de Ginebra a que se refiere la ley 12.232, carecen del carácter de tratados con potencias extranjeras.

Destacaron el debate parlamentario en torno a la norma ratificatoria del convenio en cuanto en diputados se dijo: “Una vez aprobadas estas convenciones de acuerdo con la adhesión que hemos prestado a la parte XIII del Tratado de Versalles, entraran a regir cuando sean adaptadas a la legislación interna de la Nación Argentina, lo que este Congreso deberá realizar en su próximo periodo”. Es por esa razón que la Corte entendió que el legislador al votar la ley 12.232 no entendió que quedara ipso facto modificada la ley 9688, máximo cuando idénticos conceptos han vuelto a omitir en ambas cámaras con motivo de un proyecto de ley destinado a dar cumplimiento al pacto de Ginebra. Agregó a esa interpretación lo dicho por el Senador Palacios como miembro informante del proyecto de las modificatorias de la ley 9688 sostuvo la necesidad de ajustar esta, por medio de una ley, a los términos de la convención de Ginebra no obstante la ley 12.232, a fin de que los

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

asalariados agrícolas, no ocupados en el transporte o servicio de motores inanimados, como dice el art. 6 de la ley 9688, gozaran también de los beneficios a que se refiere la convención. Desde este precedente “Haras Los Cardos” (1940) al caso “Edmekdjian vs Sofovich”⁸⁷ (1992) transcurrieron más de cincuenta años, tiempo que resultó necesario para adecuar la legislación interna a los dispositivos internacionales.

2. El monismo y la doctrina de la Corte.

En su momento habíamos destacado la importancia del precedente “Ekmedkjian” en el cambio de interpretación constitucional respecto de la incorporación de la normas internacionales y que ello repercutiría necesariamente en el Derecho del Trabajo⁸⁸. Al acentuar los aspectos destacables para el Desarrollo de los Derechos Humanos del caso “Edmekdjian vs Sofovich”⁸⁹ (1992) había señalado que se produjo el cambio que hacía falta para que los Derechos Humanos pudieran ser realizados de manera concreta para quien exigiera su realización efectiva y no como mera declamación.

El tema tratado por la Corte en el caso “Ekmedkjian” involucraba el Derecho de réplica y fundamentalmente su regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, la aplicación de esta norma internacional en el derecho interno y sin necesidad de que fuese incorporado por norma local alguna. Sin lugar a dudas que lo relevante de este precedente fue el cambio de la doctrina sentada por la Corte en pronunciamientos anteriores⁹⁰. y por cierto que la decisión importaba que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos habían a incidir de alguna manera en el Derecho del Trabajo.

El fundamento del reclamo se sustentó en el derecho de réplica basándose para ello en el artículo 33 de la CN (Derechos y garantías implícitos)⁹¹ y en el 14 del Pacto de San José de Costa Rica (derecho de rectificación o respuesta)⁹². En primera instancia se rechazó la demanda (luego confirmada por la Cámara de Apelaciones) con los mismos argumentos empleados por la Corte al resolver en la causa Ekmedkjian vs Neustadt: “no tiene lugar el derecho de réplica por no haber mediado una afectación a la personalidad” y “el derecho de

⁸⁷ E. 64. XXIII.; Ekmedkjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. Sentencia del 07-07-1992, publicado en Fallos 315:1492

⁸⁸ Duarte, David, “El enfoque humanista en la era de la globalización y su importancia para el Derecho del Trabajo (de “Ekmedkjian” a “Simón)””, Normas Internacionales Aplicación judicial de las normas internacionales de trabajo. Revista Derecho Laboral Rubinzal-Culzoni, Año 2010-2, pág. 171 y sigtes.

⁸⁹ E. 64. XXIII.; Ekmedkjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. Sentencia del 07-07-1992, publicado en Fallos 315:1492

⁹⁰ “Ekmedkjian, Miguel A. c. Neustadt, Bernardo y otros s/amparo”, “Costa, Héctor R. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, C. 752 XIX y C. 753 XIX, del 12 de marzo de 1987 (La Ley, 1987B, 269), “Sánchez Abelenda, Raúl c. Ediciones de la Urraca S. A. y otros”, Fallos 311:2553, consids. 9º y 10 y sus citas La Ley, 1989 B, 551.

⁹¹ Art. 33 CN (derechos y garantías implícitos): “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enunciados...”

⁹² Art. 14 P SJ de CR (derecho de rectificación o respuesta): “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV, Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

réplica no puede considerarse derecho positivo interno porque no ha sido aún reglamentado”.

Cuando el trámite llega a la Corte cambia su criterio anterior y señala que se encuentra en juego el debate en torno al art. 33 de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica (art. 14, aprobado por ley 23.054) y conforme al art. 31 de la Constitución Nacional es ley suprema de la Nación. En esa oportunidad dio una interpretación concreta a la expresión del Pacto en cuanto dispone que la expresión “*en las condiciones que establece la ley*” (art. 14), está indicando el espacio en que se debe responder o en que lapso de tiempo puede ejercerse el derecho. Descartó que esa formulación signifique la necesidad de que se dictara una ley que estableciera que el derecho de réplica fuera considerado derecho positivo interno. Entonces concluyó la Corte: “...*el derecho de réplica existe e integra nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de que se dicte ninguna ley...*”.

De esa manera, era posible la violación porque ello puede acontecer: “...*tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento...*”. Esas dos posibilidades resultarían un incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse (Considerando 16°). Tal aseveración se apoyó en dos instrumentos de rango superior el art. 31 de la CN la supremacía de la Constitución y las leyes nacionales y tratados internacionales)⁹³. A ello sumó la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en cuanto se confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno.

En el caso se hizo lugar al derecho de réplica ordenando la aclaración inmediata y gratuita en el mismo medio “a dar lectura a la carta documento en la primera de las audiciones que conduzca el demandado”. De esa manera, se priorizó un Derecho Humano, el referido al “Derecho a la intimidad”. Los jueces entendieron necesario asegurar el derecho natural, primario, elemental, a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad, garantía que puede encontrar un medio apto de ejercicio a través de la rectificación, respuesta o procedimientos que se aproximen a ese objeto (Considerando 10°).

También entendieron los jueces que frente a la instrumentación en el ordenamiento interno de las normas internacionales, juega un papel trascendente el rol de los poderes del Estado, del cual no se encuentra ajeno los jueces. Por otro lado, en el caso de una derogación de un tratado internacional por una ley del congreso constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86 inc. 14 de la Constitución Nacional – Considerando 17° -).

⁹³ Art. 31 CN (: “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...”)

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Por otra parte, existe obligaciones internacionales derivadas del art. 27 de la Convención de Viena que impone a los órganos de Estado, asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27 (Considerando 18°). Esta Convención de Viena trata sobre el derecho de los tratados aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980, confiere primacía al derecho convencional internacional sobre el derecho interno.

Es decir, que el cambio se produce a partir de dicha Convención entró en vigor en la Argentina, y por ello se modificó totalmente el contexto del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes “Martín & Cía. Ltda., S. A. c/ Nación”, de 1963 (Fallos 257:99). En un caso de derecho importación y régimen aduanero se le dio prioridad al decreto ley 6575/58 ley 14.467, por ser ley posterior, lo entendió modificatorio del Tratado de Comercio y Navegación celebrado con la República del Brasil en 1940, aprobado por ley 12.688. En consecuencia, revocó la sentencia que con fundamento en el art. 7° del Tratado había hecho lugar a la repetición de lo pagado por servicios portuarios de almacenaje, guinche y eslingaje. La Corte en dicha ocasión había entendido que ni el art. 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o prioridad de rango a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso Nacional. Ambas normas leyes y tratados son calificadas como ley suprema de la Nación, rigiendo a su respecto el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores. Un criterio similar fue utilizado en el caso “Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación” (Fallos 271:7 del año 1968).

Es por ese motivo resulta inaceptable la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley. El fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (Considerando 18°). A partir de esta interpretación los órganos administrativos y jurisdiccionales de los países se encuentran a la aplicación de los tratados. Además recordó que una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso (Considerando 20°), ello siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata, por ello nos encontramos obligados internacionalmente.

En cuanto al Pacto de San José de Costa Rica los jueces deben guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque uno de sus objetivos es la interpretación del Pacto (Estatuto, art. 1°). La CIDH interpretó que el art. 14.1 rechazó el argumento de que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá "en las condiciones que establezca la ley", porque quisiera decir que es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido. Sostuvo la Corte Interamericana que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

hacerlo"⁹⁴. Es por ello que las condiciones del ejercicio del derecho, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que los Estados han contraído conforme el art. 1.1. Cuando el derecho no pudiera ser ejercido por 'toda persona' sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención" (Considerando 21°). La Corte tuvo e cuento así la Opinión Consultiva 7/86 en cuanto destacó que *"todo Estado parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin"*. Interpretó el Máximo Tribunal que *"esas medidas"* pueden ser también las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas⁹⁵. Entonces las sentencias judiciales también están destinadas a cumplir con el pacto y en tal sentido al tribunal le corresponderá determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto.

También existe una facultad propia de los jueces que supera todo óbice formal mediante la aplicación del principio *"iura novit curia"*; cuando se trata de una persona que se ha sentido mortificada en sus sentimientos más profundos por expresiones ínsitamente agraviantes para su sistema de creencias, considerando la presencia de un acto ilícito o de un abuso del derecho. Por lo tanto, la negativa del requerido de difundir la respuesta, resulta adecuada aceptarla frente a la naturaleza del derecho que busca ser protegido judicialmente, pues *"las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias"*⁹⁶.

Con votos concurrentes se señaló que los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los estados, sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios. Por ello, la particularidad de los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su indudable jerarquía, determina que los estados puedan ser objeto de reproche ante instancias internacionales de protección, aun por iniciativa de sus propios nacionales. Las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen derechos que, se presume, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna. Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tras afirmar que el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica es operativo, explicaron que si por hipótesis se afirmara que fuese programático la Corte, como poder del Estado, en su rol de supremo custodio de los derechos individuales, no puede permanecer inmóvil ante la demora del Congreso Nacional en otorgar eficacia a un derecho internacionalmente exigible, contenido en un tratado sobre derechos humanos (según los votos de Petracchi y Moliné O'Connor).

⁹⁴ Citó la Opinión Consultiva OC7/86, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta" (arts. 14.1, 1.1 y 2), Serie A, Nº 7, p. 13, par. 14)

⁹⁵ CSJN, in re: Fallos 302:1284 La Ley, 1981A, 401, entre otros.

⁹⁶ CSJN, in re: "Siri, Angel", Fallos 239:459 La Ley, 89532

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Agregarón que *"las obligaciones asumidas por las altas partes contratantes en la Convención (Europea de Derechos Humanos) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez decretar derechos subjetivos y recíprocos entre las altas partes contratantes"*⁹⁷.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia ha dicho que en los tratados sobre derechos humanos "no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derecho y deberes. En tal inteligencia se destacó que fines superiores de la Convención (sobre el genocidio) es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones"⁹⁸.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entendió que los tratados sobre Derechos Humanos no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.

Cuando un Estado se compromete mediante un tratado sobre derechos humanos, se someten a un orden legal en el cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción⁹⁹.

Es por esa razón que los Estados puedan ser objeto de reproche ante instancias internacionales de protección, aun por iniciativa de sus propios nacionales. Ese carácter especial de los Tratados sobre derechos Humanos ha sido reconocido por las Constituciones de Perú del 18 de julio de 1979 (art. 105) y de Guatemala del 31 de mayo de 1985 (art. 46).

Nuestro país, a partir de la reforma constitucional de 1994, se incorporaron las definiciones del caso "Simón"¹⁰⁰, que muestran una importante evolución del precedente "Edmekdjian".

De ambos precedente se puede extractar postulados concretos referidos a la incorporación al derecho interno de las normas de Derechos Internacional sobre Derechos Humanos.

⁹⁷ Los jueces de la Corte tuvieron en cuenta lo dicho por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso "Austria vs. Italia". También citaron "Application N° 788/60 European Yearbook of Human Rights", 1961, vol. 4, p. 140; ver en igual sentido, Caçado Trindade, Antônio A., "A evolução doutrinária e jurisprudencial de proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas", Brasília, Revista de Informaciones Legislativas, Senado Federal, Ed. Técnicas, año 19, núm. 73, enero-marzo, 1982, p. 262, segundo párrafo)

⁹⁸ Citaron. "Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime and Genocide", Advisory opinion del 28 de mayo de 1951, I. C. J., p. 12 in fine)

⁹⁹ Citaron la Opinión Consultiva N° 2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos arts. 74 y 75" serie A y B, N° 2, del 24 de setiembre de 1982, párr. 29 y, en similar sentido, OC1/81. "Otros tratados, objeto de la función consultiva de la Corte art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", serie A y B, N° 1, párr. 24.

¹⁰⁰ S. 1767. XXXVIII.; Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-. Sentencia del 14-06-2005, publicada en Fallos 328:2056.

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Dicha reforma constitucional recogió los criterios del precedente “Ekmedkjan” y “Simón” (si bien este último referido a impugnar la forma de condonar u omitir la persecución de hechos como los que determinaron el dictado de las leyes de punto final y obediencia debida). A partir de la de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino asumió frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno¹⁰¹. Si bien se sigue reconociendo la potestad constitucional del Poder legislativo en determinadas materias¹⁰² éstas no pueden prevalecer si se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

Cabe destacar que no solamente resultaba obligatoria la pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si no también las provenientes de las directivas de la Comisión Interamericana¹⁰³.

El deber de respeto de los derechos humanos resulta de incumbencia de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también le corresponde un deber de garantía, por lo tanto, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención.

En consecuencia, debe tenerse presente que la vigencia de los derechos humanos, incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y las derivaciones concretas de dicho deber han llegado, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos¹⁰⁴.

Conforme la jerarquía constitucional conferida a los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en la Republica Argentina tal cual rige en el derecho

¹⁰¹ Si bien referido a condonar u omitir la persecución de hechos como los que determinaron el dictado de las leyes de punto final y obediencia debida, entendemos que los postulados extractados son extensibles a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

¹⁰² Si bien referida al art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, dijo que tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances y las leyes 23.492 y 23.521 que, como toda amnistía, se orientan al "olvido" de graves violaciones a los derechos humanos.

¹⁰³ Del precedente "Simón" reiterado en el precedente S. 387. XLIII; REX., Sr. Fiscal general solicita desarchivo de causas que tramitaron por art.10 ley 23.049, sentencia del 29-04-2008, publicado en Fallos 331:916.

¹⁰⁴ Del precedente "Simón" reiterado en el precedente S. 387. XLIII; REX., Sr. Fiscal general solicita desarchivo de causas que tramitaron por art.10 ley 23.049, sentencia del 29-04-2008, publicado en Fallos 331:916.

internacional. La incorporación de las normas internacionales con jerarquía constitucional, se estableció sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional. Es por esa razón que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Ello supone que los constituyentes realizaron un juicio de comprobación, en virtud del cual se ha cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir.

Cuando se hace referencia a los tratados de jerarquía constitucional, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. La relación que se establece es de complementariedad con las normas constitucionales sobre derechos y garantías. En igual sentido cabe entender respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la C.N. Ese juicio constituyente establecido por mandato constitucional no puede ser revisado por la Corte Suprema para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución. Es por tal motivo que no podría afirmarse razonablemente que el art. 75, inc. 22, de la Constitución lesiona el art. 30 sencillamente porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Es regla de interpretación que las cláusulas de la Constitución no pueden dilucidarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras. Obviamente, cabe distinguir los distintos ámbitos de aplicación según las materias de las normas constitucionales.

El desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, impone en la etapa actual del acelerado despertar de la conciencia jurídica de los Estados de investigar los hechos que generaron las violaciones a aquéllos, identificar a sus responsables, sancionarlos y adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación, a fin de evitar la impunidad y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción (arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana). Es un principio de interpretación general que las normas de derecho estatal deben entenderse en modo que armonicen con las normas del derecho internacional. Tanto más tratándose de normas de *ius cogens*. Las normas del *ius cogens* del derecho internacional consuetudinario forman parte del derecho interno (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

El sistema internacional de protección de los derechos humanos se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre que es reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional. En la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (del voto del Dr. Maqueda en el precedente “Simón”). El sistema de protección de los derechos humanos de los individuos se sostiene en principios que se encuentran en los orígenes del derecho internacional y que -de algún modo- lo trascienden, pues no se limitan al mero ordenamiento de las relaciones entre las entidades nacionales sino que también atienden a

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

valores esenciales que todo ordenamiento nacional debe proteger independientemente de su tipificación positiva.

A partir de la consagración en las normas positivas del derecho de gentes, con rango en la Constitución Nacional, es posible considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones, que las vincula, y que es conocido como *ius cogens*. El *ius cogens* constituye la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Este principio, se encuentra por encima de los tratados, incluso por sobre todas las fuentes del derecho. La integración entre los principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional fue una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 al incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22). Existe un reconocimiento del sistema internacional de protección de los derechos humanos de suma importancia que no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Es indiscutible la claridad en que se acepta la responsabilidad del Estado argentino al haber dado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3. Las reglas aplicables al Derecho del Trabajo

En razón de lo expuesto, con la reforma introducida en 1994 a la Constitución Nacional en línea con el caso “Ekmekdjian” y la interpretación que como valor agregado hizo la Corte con el caso “Simón” se pueden extraer algunas reglas que resultan plenamente aplicable al Derecho del trabajo cuando se trate normas internacionales que aseguran los Derechos Humanos¹⁰⁵

1. La afectación y exigibilidad de un derecho reconocido internacionalmente es posible aún cuando no estuviese reglamentado.
2. La violación de un tratado opera tanto por el establecimiento de una norma que prescriba una conducta contraria o cuando por la omisión de establecer disposiciones que hagan imposible su cumplimiento.
3. La supremacía del derecho internacional se establece por el art. 31 de la CN y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
4. Atender el “Derecho a la intimidad” trata sobre la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad, garantía que puede encontrar un medio apto de ejercicio a través de la rectificación o procedimientos que se aproximen a ese objeto.

¹⁰⁵ Duarte, David, “El enfoque humanista en la era de la globalización y su importancia para el Derecho del Trabajo...” ob. Cit., pág. 191.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

5. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, pues éste último conduce exclusiva y excluyentemente las relaciones exteriores.
6. Aunque se reconozca potestades constitucionales de legislar determinadas materias al Congreso éstas no pueden prevalecer si se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan constitucionalmente intolerables (“Simón”).
7. La circunstancia de que existan leyes dictadas por órganos democráticos es prácticamente irrelevante a los fines de la determinación de la lesión de los derechos a que se refieren los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Simón”).
8. Primacía del derecho Internacional sobre el derecho interno, pues una parte no podrá invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.
9. La ratificación de un tratado implica la obligación internacional a que los órganos administrativos y jurisdiccionales nacionales lo apliquen, siempre que contengan descripciones suficientemente concretas.
10. La interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
11. Dicha jurisprudencia (CIDH), así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
12. La jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos presenta un fenómeno jurídico que implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional (“Simón”).
13. El sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo.
14. El Estado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos apliquen los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata.
15. La obligación de lograr la efectividad de un derecho reconocido internacionalmente puede ser por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin, esas medidas pueden ser también las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas.
16. Cualquiera fuese el nombre que se le asigne a la acción la importancia radica en que frente a la violación de derechos que afecten derechos más profundos “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”.
17. Los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los estados, sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios.
18. La particularidad de los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su indudable jerarquía, determina que los Estados puedan ser objeto de reproche ante instancias internacionales de protección, aun por iniciativa de sus propios nacionales.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

19. Las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen derechos que, se presume, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna.
20. Si por hipótesis se afirmara que fuese programático la Corte, como poder del Estado, en su rol de supremo custodio de los derechos individuales, no puede permanecer inmóvil ante la demora del Congreso Nacional en otorgar eficacia a un derecho internacionalmente exigible, contenido en un tratado sobre derechos humanos.
21. El objetivo y fin de los Tratados de Derechos Humanos son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.
22. Cuando los Estados se vinculan mediante estos tratados sobre derechos humanos, se someten a un orden legal en el cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.
23. Tras la reforma constitucional de 1994 el Estado argentino ha asumido una serie de deberes y compromisos internacionales consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno (“Simón”).
24. Incumbe a los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía.
25. La vigencia de los derechos humanos, incluye la proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos.
26. Los tratados a los que el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional otorgó jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.
27. Los poderes constituidos no pueden abrir juicio, desconocer o contradecir los derechos consagrados por los constituyentes pues al incorporar los han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna.
28. La armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. (“Simón”).
29. Los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución.
30. Cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma y por tanto no puede ser revisado por la Corte Suprema para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución.
31. Las normas del *ius cogens* del derecho internacional consuetudinario forman parte del derecho interno (Voto del Dr. Antonio Boggiano).
32. El *ius cogens* constituye la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Capítulo IV.

1. Los problemas actuales del Derecho del Trabajo y los Derechos Fundamentales.

La crisis económica del capitalismo es recurrente, en el lenguaje de los economistas dirán “cíclica”, por esa razón no nos sorprende que cada diez años estemos apremiados por los acontecimientos económicos que nos apresuran a tomar decisiones en la coyuntura, sin advertir que muchas de esas improntas obedecen a grupos de poder que tratan de beneficiarse en la crisis, que para ellos es oportunidad, y para la mayoría empobrecida es desdicha. Hoy la crisis financiera en Europa motivan que los sectores de siempre esgriman discursos de ajustes, desregulación y flexibilidad laboral, como una obsesión sin reflexión, ni siquiera el pragmatismo de la efectiva comprobación empírica de los fracasos anteriores parece servir para alertarlos. En nuestro país, después de la devastación neoliberal de los noventa nos encuentra ante nuevas perspectiva, el Derecho del Trabajo intenta restaurar los derechos perdidos, encontró en la reforma constitucional de 1994 una buena y nueva herramienta, aunque los que se sienten perdidos resisten para volver a la desregulación, creen que las audacias economicistas puedan posicionarlos de tal manera que sumerjan nuevamente a los trabajadores a las reglas del mercado y no a las del derecho como reglas civilizadas, sino a la de la selva del mercado donde rige la del más fuerte.

Es por ese motivo que la incorporación y aplicación de los Derechos Humanos de raigambre internacional desde la cumbre de la pirámide jurídica a las relaciones laborales es de suma importancia y no debe ser entendido como movidas por la coyuntura, sino en su más profundo sentido esencialmente humanista, para la igualación constante de las desigualdades sociales, como es el camino elegido por los constituyentes cuando incorporaron con rango constitucional esos instrumentos que fueron y son una respuestas a los totalitarismos y los abusos de poder, tanto del Estado como de los particulares que ocupan lugares de poder.

Ha existido una evolución histórica cultural que sirvió de plafón para el dictado de los Fallos líderes del año 2004 de la CSJN como “Vizzoti”; “Aquino”; “Carrizo”, “Milone” y los de los años posteriores, que mostraron un cambio de paradigma con la incorporación en el ordenamiento jurídico interno de las normas internacionales de Derechos Humanos y su relación con las leyes internas, específicamente referida al Derecho del Trabajo.

En materia laboral se produce un cambio de paradigma con la aplicación de las normas internacionales de los derechos humanos pues con ellas se fueron desmoronando una a una las normas de flexibilidad laboral que se habían impuesto por el terrorismo económico de los noventa, que blandía amenazante el temor de la desocupación y la extorsión de la crisis. El fallo “Aquino” declara la inconstitucionalidad de una norma flexibilizadora que eximía de responsabilidad al empleador por los accidentes laborales. Es con los instrumentos internacionales se puso de manifiesto el límite de toda desregulación que no protegiera al trabajador. En “Aquino” el Tribunal definió que no se advertía la existencia de motivo

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

alguno que pudiera justificar no ya el abandono sino la simple atenuación de la doctrina constitucional en especial frente a la redacción del art. 14 bis de la Constitución Nacional que no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional asegurando al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor y agregó que la reforma de 1957 tradujo en deberes inexcusables" del Congreso a fin de "asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables".

La jerarquización de los tratados internacionales de Derechos Humanos (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22) puso en el centro del debate el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconociendo el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias, la seguridad y la higiene en el trabajo y el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Es el Estado el que deberá asegurar las medidas necesarias para el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo, la prevención y el tratamiento de las enfermedades, estableciendo la legislación apropiada en materia de seguridad e higiene en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados¹⁰⁶. Y en ese contexto cobró relevancia la protección de la mujer trabajadora contenidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, como son, más allá de las previstas en cuanto a la discriminación respecto del trabajador masculino, vgr., el art. 11, que impone la "salvaguardia de la función de reproducción" (inc. 1.f), y que obliga al Estado a prestar "protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado pueden resultar perjudiciales para ella" (inc. 2.d). Por el otro, no puede ser pasada por alto la protección especial del niño trabajador, claramente dispuesta en el art. 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y de manera general, en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La reacción no tardó en aparecer, aunque inexplicable, igualmente se acentuó la crítica desde algún sector de la doctrina, respecto a la invocación de las normas internacionales de derechos humanos, en el sentido que "no agregó nada a la cuestión debatida"¹⁰⁷.

Es evidente que los critican este cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico argentino, a partir del dictado del Fallo "Ekmekdjian vs. Sofovich"¹⁰⁸ (1992), produjo el cambio que hacía falta para que los Derechos Humanos pudieran ser realizados de manera concreta para quien exigiera su realización efectiva. Su importancia radica que cambió la

¹⁰⁶ CSJN, in re: "Aquino, Considerando 8° voto Petracchi y Zaffaroni, y voto de Belluscio y Maqueda, considerando 7°, Citaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) los arts. 7, incisos a.II y b) y el art. 12 y a Craven, Matt-hew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, pág. 242.

¹⁰⁷ Vázquez Vialard, A. "La CSJN no ha modificado la doctrina del caso 'Gorosito'", Rubinzal Culzoni, *Revista de Derecho Laboral*, Número Extraordinario, 2004, pág. 143.

¹⁰⁸ E. 64. XXIII.; Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. Sentencia del 07-07-1992, publicado en Fallos 315:1492

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV, Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

doctrina de sentada por la Corte en pronunciamientos anteriores¹⁰⁹ y que en el caso significó que la validez y vigencia de tales normas internacionales no requieren de una ley interna que lo recepte. Hemos visto que la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Es con base en el art. 31 de la CN supremacía de la Constitución, leyes nacionales y tratados internacionales¹¹⁰ y en lo establecido por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –donde se confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Es por esa razón que la afirmación de Vázquez Vialard al comentar el fallo “Aquino”¹¹¹ con sustento en que “*esos derechos (humanos) tienen validez, en tanto hayan sido receptados por una norma vigente*”, pertenece a otra época y fue superada desde que la Argentina adoptó la Convención de Viena sobre tratados y la reforma constitucional de 1994 no hizo más que adecuarse a los nuevos tiempos de mundialización de la dignidad humana.

Insistimos con que es erróneo el pensamiento de quienes niegan virtualidad a las normas perteneciente a los DESC de los derechos humanos. Los pensamiento reaccionarios frente a la irrupción de los Derechos Humanos en el Derecho del Trabajo tampoco advierten que la incorporación del PIDESC a la Constitución Nacional fortalece aún más el criterio de la Corte sentado anteriormente en “Ekmekdjian”, porque esa norma es vinculante para los legisladores y los jueces; a lo que se suma, también, para tener en cuenta cuando se invoca un Derecho Humano Fundamental, los criterios con que los organismos internacionales hayan interpretado tal instrumento en la medida que tienen plena aplicación en el ordenamiento interno “en las condiciones de su vigencia” (art. 75.22, CN).

Es en las condiciones de su vigencia con que los jueces citaron al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional, además de las citas de los informes del Comisionado, los informes finales del Comité, las Observaciones Generales y la CIDH en el caso “*Bamaca Velázquez*” (v. Considerando 8º, párrafo 3º, 4º, 5º y 6º, del voto de Petracchi y Zaffaroni en el fallo “Aquino”). Los Derechos Humanos positivizados en los instrumentos internacionales llamados Derecho Fundamentales adquieren relevancia en la medida que es derecho positivo y despeja toda discusión sobre su origen como fuente normativa. Los derechos fundamentales atraviesan todo el derecho común desde la cúspide de la jerarquía normativa dándole un sentido relativo a la norma de rango inferior y, en consecuencia, también relativizan toda interpretación que pueda hacerse a ese nivel, pues el contenido y sentido de los derechos los da la Constitución (Vizzoti)¹¹² y en todo caso aquella debe adaptarse a esta

¹⁰⁹ "Ekmekdjian, Miguel A. c. Neustadt, Bernardo y otros s/amparo", "Costa, Héctor R. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros", C. 752 XIX y C. 753 XIX, del 12 de marzo de 1987 (La Ley, 1987B, 269), "Sánchez Abelenda, Raúl c. Ediciones de la Urraca S. A. y otros", Fallos 311:2553, consids. 9º y 10 y sus citas La Ley, 1989 B, 551.

¹¹⁰ Art. 31 CN (: “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...”

¹¹¹ Vázquez Vialard, A. “La CSJN no ha modificado la doctrina del caso ‘Gorosito’ ”, Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Laboral, Número Extraordinario, 2004, pág. 127, nota 29.

¹¹² CSJN, in re “Vizzoti” considerando 8º, párrafos 3 y 4.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

última. La función jurisdiccional será, entonces, realizar el control de constitucionalidad y el de convencionalidad.

2. La Aplicación de los instrumentos internacionales por los tribunales locales.

El Convenio de Viena de Derechos de los Tratados impone no sólo la obligación de todos los Estados de cumplir los tratados internacionales. Establece, asimismo, la prohibición de alegar normas nacionales para dejar de cumplir los tratados internacionales. Prohibición de cualquier norma nacional, incluido a la Constitución, en este sentido la Corte ha señalado que deben ser interpretado en armonía de manera que unas normas no excluyan a las otras. Las normas de DH, de los Pactos y Declaraciones de DH, forman parte del “*ius cogen*” u Orden Público Internacional, es vinculante y conduce al deber de cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales y de los DH, en cualquier esfera de la vida, no sólo son vinculantes para los Estados en una relación vertical con los ciudadanos -no pueden ser alterados o modificados o desconocidos por el legislador común-, sino también horizontal, es decir obliga a todos en la relación intersubjetiva, lo que involucra a empleadores y trabajadores.

Existe además de los derechos expresamente reconocidos, un Derecho Internacional no convencional, además del derecho de los tratados, es el conformado por las grandes Declaraciones de los Derechos Humanos, los Principios Generales del Derecho y la costumbre internacional. La posición tradicional del diseño vertical de los Derechos Fundamentales, según la cual éstos se entienden como un sistema de frenos frente al poder del Estado, admite una nueva lectura que afirma que los derechos fundamentales rigen también horizontalmente en las relaciones entre los ciudadanos.

De esta manera se reconoce al trabajador su ciudadanía social dentro de la empresa, a través de poner en primer plano sus Derechos Fundamentales, sin subordinarlos a los económicos, se refuerzan algunos derechos a fin de dignificar al trabajador dentro de la estructura social. Para la Corte Nacional (“Vizzoti”) resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí, que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en ilegalidad. Afirma la Corte que “admitir que sean las “leyes” del mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y a otros de análoga procedencia, importaría pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional”.

Los Derechos Humanos internacionales como manifestación del “nunca más” a los regímenes totalitarios fue la toma de conciencia del mundo civilizado, asimilados en su profundidad por nuestro país después del último gobierno de facto que sembró el terrorismo

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

de Estado, deben ser entendidos en ese contexto. Aquellos valores del *ius natural* transformados en derechos positivos como construcción histórica, cultural y colectiva en el sentido amplio de la palabra democracia. A partir de este cambio de paradigma que significó para nuestro tradicional Estado de Derecho formal debe ser asimilada por los operadores del derecho la significación relevante que tiene para el desarrollo humano en su plenitud. En su construcción, la protección de la dignidad de las personas es garantizada en la Declaración Universal de Derechos diseñada en normas de derecho positivo, despejando todo debate acerca de su formulación desde el derecho natural o juicio de valor filosófico trascendente, moral, o de otra índole. Aquella legitimidad a texto expreso pertenece al *ius cogens*¹¹³ internacional y como tal resulta de aplicación obligatoria por parte de los Estados miembros de los organismos internacionales de donde emanaron. Tal concepción supone una idea ética de nivelación de las desigualdades sociales que no se logran solamente con formular el concepto de libertad individual sin admitir que esa libertad plena, para todos (universal), solo es posible en un mundo libre de la pobreza, libre del hambre, de la miseria, liberar al hombre de esos pavores es el “ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria” (Preámbulo, párrafos primero y cuarto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 75.22, CN). En las normas internacionales, con rango constitucional, sea por la remisión expresa, sea por la idea del bloque de constitucionalidad, encontramos un número importante de derechos laborales, también consagrados expresamente como Derechos Humanos, y, además, los denominados derechos inespecíficos, cuya importancia radica en que el trabajador por el hecho de celebrar un contrato de trabajo, o de ingresar a una organización empresaria, no deja de ser titular de los demás derechos que goza todo ser humano: éstos son los llamados de derechos de ciudadanía en la empresa¹¹⁴ que el trabajador no pierde al traspasar el umbral de la puerta del establecimiento¹¹⁵, que reconocidos en el derecho positivo, se los denominan Derechos Fundamentales.

La relevancia del fallo “Aquino” es el cambio de paradigma del Estado de Derecho tradicional al de Estado Constitucional de derechos en el que se tornan operativos los Derechos Fundamentales internacionales, en materia de protección a la vida, la salud y la discapacidad, con singular énfasis en los Derechos Económicos y Sociales, además de la consideración significativa en la que se incorporan “en las condiciones de su vigencia” e

¹¹³ Esta locución latina hace referencia a normas imperativas de derecho, en contraposición a las dispositivas. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. Según Gómez Robledo, el nombre *ius cogens* se debe a sus antecedentes en el derecho romano, se la consideraba inderogable por ser una norma de derecho público. Agrega: “La expresión *ius cogens* aparece por primera vez a lo que creemos como los pandectistas. Fue sobre todo Windscheid quien trato de definir el *ius cogens* como el conjunto de reglas jurídicas que excluyen toda actitud arbitraria de las personas privadas; reglas que se aplican y se imponen aún en la hipótesis de que las partes quisieran excluirlas”. Gómez Robledo, Antonio, “El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico” México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, Pág 5.

¹¹⁴ CAPON FILAS, ob. cit., LA LEY, Sup.Especial, septiembre/2004, p. 39.

¹¹⁵ Como se ha dicho: “El referido arsenal principista implica un enriquecimiento y complementación de los principios del Estado Constitucional Liberal; esto es, el de legalidad (arts. 14, 16, 18, 19 y concs., C.N.) y el de razonabilidad (art. 28, C.N.), como lo ha señalado GIANIBELLI, Guillermo y ZAS, Oscar, “Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, p. 178.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

introducen conceptos como el de “evitar el empobrecimiento de la víctima” (CIDH, caso “Bamaca”) o que no se frustren las posibilidades de tener un proyecto de vida digno; también aparecen los criterios sentados por los principios, interdependencia, integralidad, de progresividad, *pro homine*, *ius cogens* internacional y la teoría del *Drittwirkung*, entre otros.

3. La colisión de derechos constitucionales y la de derechos fundamentales.

Este tema de la posible colisión de derechos constitucionales no es novedoso y se remonta a cuestiones vinculadas con el poder de policía del Estado y los derechos liberales de propiedad, libertad de contratar y ejercer toda industria lícita. Con el avenimiento de los derechos sociales laborales y de la seguridad social del siglo veinte esos derechos liberales decimonónicos entraron en crisis, pero pareciera que la llamada revolución libertadora del año 1955, hiciera creer que bastaba para restaurar esas ideas del siglo diecinueve, tal vez el golpe de Estado de 1976 revitalizó esa idea, luego reafirmada con el neoliberalismo criollo de los noventa. Es sin dudas que la respuesta más acertada en la evolución de los Derechos Económicos y Sociales fue con el fallo “Alvarez c/ Cencosud”, allí de manera particular se señaló que la relación de trabajo es donde se pone especial interés en el trabajo humano, “[...] garantizar la no discriminación configura para el Estado una *obligación fundamental mínima*” y de cumplimiento *“inmediato”*, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional [...], cuanto más que aquél ha asumido la obligación de *“proteger”* los derechos humanos, lo cual le exige la adopción de *“medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo”* [...]. Por lo demás, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art. 2.1), sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana [...]. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorrán, cit., p. 2004). Ya el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, *“concordante con la doctrina universal”*: el *“principio de favorabilidad”*¹¹⁶.

Este sentido de favorabilidad a unas de las partes de la relación, es la que algunos sectores entienden como colisionantes de los derechos económicos de la empresa. Es interesante lo que señaló la Corte al respecto: Subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes del empresario, resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos

¹¹⁶ CSJN *in re*: Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo, sentencia del 07-12-2010 publicado en Fallos 333:2306, ver considerando 6º, p. 2320. www.csjn.gov.ar

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado¹¹⁷. Admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad (ídem).

Es por eso que ya no el mercado sino el ser humano como eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (considerando 10°). En tales términos se afirmó que *"la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como 'santuarios de infracciones': se reprueba en todos los casos"* ("Álvarez", considerando 6°).

Esta confrontación de derechos, que parece estar subyacente en el debate cuando se esgrimen el derecho de contratar y el de propiedad del empleador (derechos económicos de la empresa, según el lenguaje de algunos autores, pero que en el contexto constitucional se olvidan de los límites que la Carta Magna impone a esos derechos decimonónicos). En tal sentido, ha jugado un papel fundamental la jurisprudencia en cuanto ha reconocido validez constitucional a una dilatada e intensa actividad legislativa protectoria del trabajador tal como da cuenta la jurisprudencia¹¹⁸ y en particular se recordó que las imposiciones al empleador a fin de asegurar derechos a los trabajadores se justificaron en obedecer al "ritmo universal de la justicia"¹¹⁹. Y si bien al momento que la Corte en la década del treinta fue un tanto imprecisa al señalar como relevante "ritmo universal de la justicia", no se debe ser demasiado inteligente para darse cuenta que se estaba refiriendo a un contexto universal que reclama justicia social que luego se plasmaría en numerosas normas y decididamente la reforma constitucional de 1949 y que fue la determinante de la reforma del año 1957 que introdujo el art. 14 bis al texto liberal de 1953 de nuestra Constitución. Aunque que también debemos reparar que es también impreciso el giro o expresión "Derechos económicos de la empresa" que necesitan ser contextualizado y definidos por alguien. En el contexto de los noventa hablar de "Derechos Económicos de la Empresa" era un definición que encerraba una ideología bastante puntualizada y fallos de la Corte como "Rodríguez c/ Cía Embotelladora", "Soengas", etc. son relevadores de un orden público económico por encima de un orden público laboral y responde a esa impronta que después de la operatividad que adquirieron las normas internacionales de derechos humanos podemos afirmar que se encuentra superados. En primer lugar debemos tener presente que el interés general no puede afectar la dignidad de las personas. Es falsa cualquier dicotomía que se pretenda trazar entre el orden público económico y el orden público laboral, porque

¹¹⁷ CSJN *in re*: Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo, sentencia del 07-12-2010 publicado en Fallos 333:2306, ver considerando 10, p. 2324. <http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>

¹¹⁸ CSJN *in re*: Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo, sentencia del 07-12-2010 publicado en Fallos 333:2306, ver p. 2319 www.csjn.gov.ar

¹¹⁹ CSJN *in re*: Fallos: 181:209, 212/214, Fallos: 189:234; Vizotti, Fallos: 327:3677, 3689, y Aquino, Fallos: 327:3753, 3770, www.csjn.gov.ar

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

el orden público es uno sólo y en todo caso éste debe funcionar orientado hacia la justicia social. Frente ese argumento impreciso de los “Derechos Económicos de las empresas” cabe recordar el Considerando 11° del Fallo “Vizotti” en cuanto señaló que la Corte no desconoce que desde ciertas posiciones o escuelas ubicar al trabajador como sujeto de preferente tutela serían inadecuados a los lineamientos que serían necesarios para el mejoramiento del llamado mercado de trabajo, cuando no del mercado económico en general. Al respecto respondió con énfasis que consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las "leyes" de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas "leyes"), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Como si eso fuese poco agregó: “... el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común [...] De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos [...] Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad...” Y finalmente concluyó en que “... Es perentorio insistir, ante la prédica señalada, que el trabajo humano "no constituye una mercancía"...” (CSJN caso: Vizzoti Considerando 11°).

En los noventa la extorsión de la crisis puso en el eje del debate para la resignación de derechos de las mayorías el mentado “interés general”. Expresión vacía de contenido, que debe ser definida en cada situación e indescriptibles sin contextualizarla, necesita siempre de alguien que la defina y termina siendo definida por el poder, es un instrumento del poder. Utilizada muchas veces como justificante de medidas restrictivas y aparece siempre en que se habla de los fines del Estado, casi sin saber de manera acabada su significación se repite muchas veces como aquéllas cosas que significan algo, que nunca se sabe muy bien de qué se trata como aquello del “poder del príncipe”, pero seguro se relaciona con el ejercicio del poder y sus acciones inexplicables racionalmente. Por cierto que tiene límites y esos límites son la dignidad de las personas, sus derechos y garantías constitucionales.

En el precedente “ATE c/ Municipalidad de Salta”¹²⁰, si bien no se cuestiona la discrecionalidad del Estado en tomar una decisión frente una situación de crisis, refresca esas atribuciones aunque precisa los límites constitucionales. La valla infranqueable son los derechos y garantías de los ciudadanos que se oponen al avance arbitrario apoyado en la extorsión de la crisis que se monta en la desesperanza. En dicho precedente se explicó minuciosamente todas las limitaciones constitucionales en los considerandos 8°, 9° y 10° del pronunciamiento, y si bien repara en que esas limitaciones no implican negar que el

¹²⁰ CSJN, in re: A. 598. XLIII. RECURSO DE HECHO Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad, sentencia del 18 de junio de 2013-08-04.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Estado, para conjurar, en aras del bien común, las llamadas situaciones de emergencia económica, pueda disminuir temporariamente las remuneraciones de sus empleados¹²¹ clarifica, sí, sus límites.

De “manera terminante”, señaló que “esos remedios, a la luz del bloque de constitucionalidad, tienen un nítido sentido y destino, y ciertas condiciones y límites inquebrantables”. Es el art. 14 bis de la C.N. una cláusula operativa y, por ende, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas¹²², en obvia alusión de los gobiernos nacionales, provinciales o municipales. Los poderes públicos deben respetar el goce de los derechos humanos como pre-requisito del desarrollo humano y económico. Es decir la preferente tutela a los trabajadores públicos o privados, de las autoridades deben realizar un mayor esfuerzo por proteger los derechos económicos, sociales y culturales, frente a las llamadas "medidas de ajuste" derivadas de "crisis económicas" y una "grave escasez de recursos". Por otro, "el objetivo básico del ajuste económico"¹²³, debe ser la "protección" de las "capas vulnerables de la población". Todo equilibrio entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos, obliga a proteger "en particular a los grupos más vulnerables"¹²⁴, cuanto más en el campo laboral y salarial, en el cual, todos los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, "deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" al art. 14 bis constitucional, tutela ésta que, por ende, impone "un particular enfoque para el control de constitucionalidad"¹²⁵. Destaca con particular énfasis, que en el ámbito “global” se recomienda ante una crisis económica, adoptar políticas que protejan a "las personas y las familias afectadas por [ésta], en particular las más vulnerables"¹²⁶. El fallo también rescata otro principio de connotaciones valorativas de suma importancia que es la “equidad”. Respecto a ella se refirió al examinar el “Pacto Mundial para el Empleo” para advertir que la arquitectura del *Pacto* se ha inspirado en la perspectiva de la justicia social y, a su vez, en el trabajo decente (digno, cabe precisar, en palabras del reiteradamente citado arto 14 bis). La justicia social y el trabajo decente es uno de los "cimientos" de "un proceso sostenible de reducción del déficit y la deuda" y de inestabilidad social". En ese contexto se pregunta: ¿qué capas de la sociedad deberán soportar el costo de la crisis, y cómo se puede proteger mejor y dar más autonomía a los más vulnerables? La respuesta ineludible es que: no puede ser que ese peso recaiga en última instancia en las familias trabajadoras¹²⁷. Es por esa razón, que el goce de los derechos humanos es un pre-requisito del desarrollo económico¹²⁸.

¹²¹ En el considerando 11° se citan los fallos "Guida", Fallos: 323:1566, 1592, 1600/1601, 1609, 1617/1618 - 2000-; "Tobar", Fallos: 325: 2059, 2077, 2082, 2083 -2002-; "Müller", Fallos: 326:1138, 1145, 1146, 1147 - 2003-.

¹²² CSJN "Madorrán", cit., p. 2007; "Masaglia y otros", Fallos: 269:230, 234 y su cita -1967-

¹²³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 2 -párr. 9-; asimismo: Nros. 5 -párr. 10-, 6 -párr. 17-, 12 -párr. 28-, 14 -párr. 18-, entre otras)

¹²⁴ Observaciones finales: Bulgaria, 1999, párr. 23,v. asimismo: párrs. 14 y 24.

¹²⁵ CSJN, in re: "Vizzoti", Fallos: 327:3677, cit., p. 3688.

¹²⁶ Pacto Mundial para el Empleo (adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión, Ginebra, 19 de junio de 2009, p.V

¹²⁷ Recuperación y crecimiento bajo el signo del trabajo decente. Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 99° reunión, 2010, ps. 2 -párrs. 10 y 11- y 1 -párrs. 5° y 4°-.

¹²⁸ CSJN in re: "Torrillo", cit., p. 720.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

En esa idea, entendió inoficioso estudiar si la norma de emergencia impugnada satisfizo los restantes recaudos que condicionan su validez y, con mayor razón, si encontraría sustento en el ejercicio de las atribuciones regulares de las autoridades. Ello porque lo más importante es armonizar la protección de los derechos humanos de los del empleado público, con las potestades que ostentan las autoridades públicas. Finalmente, reflexionó los derechos de los trabajadores no son absolutos, tampoco lo son las potestades públicas¹²⁹. El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del “bien común”¹³⁰, “concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es 'la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad'"¹³¹. Este fallo forma parte de la saga de pronunciamientos que integran ese cambio de paradigma que mencionamos al comienzo y en este punto pone el acento precisamente en la valoración de derechos de los asalariados frente a derechos económicos. En tal sentido, debemos insistir que esos derechos llamados “económicos” de la constitución no son absolutos y eso tiene su carácter relativo en la propia constitución.

Los mencionados derechos económicos de la empresa (entendemos a ésta como una expresión decididamente imprecisa en términos constitucionales) como los derechos de propiedad, ejercer toda industria lícita y libertad de contratar no son absolutos y tienen su limitación en el propio texto constitucional, en cambio no parece advertirse esa limitación cuando se trata cuestiones vinculadas con los Derechos Humanos, con mayor razón aquellos que tutelan la dignidad de las personas, pues no resultan disponibles. En cambio aquellos derivados de los derechos patrimoniales son plenamente disponibles. Una lectura detenida del texto constitucional expreso no se desprende alguna limitación a los derechos que asegura la Constitución Nacional en el art. 14 bis. En cambio, cuando hablamos de la libertad de contratar, que no tiene una regulación expresa, pero puede desprenderse del ejercicio de las acciones privadas, sí se encuentran límites a esa libertad diseñados por la propia Constitución Nacional, Cabe advertir por ejemplo, en cuanto las acciones privadas deben salvaguardar el orden y la moral pública, y no deben perjudicar a terceros (según el texto constitucional argentino, ver art. 19).

Tales derechos y libertades que deben ser garantizados y se esgrimen defensivamente, no tienen carácter absoluto, ni son inflexibles, y su goce junto con el de ejercer toda industria lícita será conforme las normas que reglamente su ejercicio (arts. 14 y 28 de la C.N.). La interpretación data desde antigua jurisprudencia en cuanto se interpretó que el criterio constitucional para resolver si una industria es lícita no puede ser el de su utilidad y conveniencia, sino el de que ella no sea contraria al orden y a la moral pública o perjudique a terceros conforme el art. 19 de la C.N. (CSJN, Fallos 98:56). En años posteriores la jurisprudencia señaló que en todo caso, es un principio admitido que la libertad de industria debe ejercerse con arreglo a las disposiciones que se dicten (CSJN, Fallos 124:78). También se memoró sobre bases análogas que: "toda vez que la libertad de contratar del

¹²⁹ CSJN, in re: “Madorrán”, cit., ps. 2006 -y sus citas- y 2013.

¹³⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 32.2.

¹³¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Expresión "Leyes" en el Artículo 30, cit., párr. 29.

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado/a u obrero/a, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental"¹³².

En materia de derechos del trabajo las invocaciones del derecho de propiedad y la libertad de contratar fueron dejadas de lado para reconocer al trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional en el precedente “Roldán c/ Borrás”. Aquélos llamados derechos económicos de la empresa fueron formulados para impugnar constitucionalmente las prestaciones impuestas al empleador en favor del empleado. Allí se destacó que: *"el fundamento valorativo de la solución" reposaba "en inexcusables principios de justicia social"*¹³³ y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica" (Fallos: 250:46, 48/50).

4. La ponderación como herramienta de interpretación constitucional.

La ponderación, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales. Por lo tanto, no es lo mismo la identificación de un derecho humano fundamental que son indisponibles y reconocido en el texto constitucional, con derechos patrimoniales que son totalmente disponibles.

Hay que tener presente que los mencionados por algunos como “derechos económicos de la empresa” no son absolutos y tienen su limitación en el propio texto constitucional, en cambio no parece advertirse esa limitación cuando se trata cuestiones vinculadas con los Derechos Humanos, con mayor razón aquellos que tutelan la dignidad de las personas, pues no resultan disponibles, en cambio aquellos derivados de los derechos patrimoniales son plenamente disponibles.

Para Ferrajoli¹³⁴ existen dos grandes divisiones de los derechos fundamentales: la que se da entre derechos de la personalidad que corresponden a todos y los derechos de ciudadanía, que corresponden sólo a los ciudadanos. Como derechos primarios distinguimos a los derechos humanos de los derechos públicos. El primero corresponde a las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como el derecho a la vida y a la integridad de la persona, a la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales. El segundo, los derechos públicos, reconocidos sólo a los ciudadanos, como el derecho a la residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo.

¹³² CSJN, *in re*: Fallos: 246:345, 349, con cita de la sentencia West Coast Hotel Co. v. Parrish de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, www.csjn.gov.ar

¹³³ CSJN, *in re*: Fallos: 181:210; *asimismo*: Fallos: 189:234; 246:345 y otros, www.csjn.gov.ar

¹³⁴ Ferrajoli, L, “Derechos y Garantías. “La ley del más débil”, Trotta, 2009. pág. 40

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Los derechos civiles y los derechos políticos son derechos secundarios, el primero corresponde a todas las personas humanas capaces de obrar como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir de cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado. Los derechos políticos reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el del sufragio pasivo, el derecho de acceder a cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se funda la representación y la democracia política.

De esta manera sienta cuatro tesis para el fundamento del Derecho Constitucional realizando una distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales que reformulan la visión tradicional del Estado de Derecho del iluminismo sentado sobre la base de la libertad, propiedad y resistencia a la opresión, distinguiendo el Derecho Fundamental como universal, de base igualitaria e indisponible y el Derecho Patrimonial como derecho singular, disponible y que está en la base de la desigualdad jurídica. A su vez, llama dimensión sustancial de la democracia a la ampliación de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de Derecho (tutela de la libertad y propiedad) a la del Estado Social de Derechos como derechos de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia. La tercera tesis se refiere a la naturaleza supranacional de gran parte de los Derechos Fundamentales, de esta manera los derechos de ciudadanía forman parte de una subclase. La cuarta tesis la relación entre derechos y sus garantías, cuando hay ausencia de la segunda aparece una indebida laguna que debe ser colmada por el legislador. Esta forma de abordaje del Estado Constitucional de Derechos, muestra el cambio de paradigma que se sitúa, históricamente, después de la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial. De esa manera, el principio de mera legalidad, considerado una garantía bastante frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, ahora se valora como insuficiente frente a los abusos de la legislación y las involuciones totalitarias de los supremos órganos decisionales autoritarios. Es por lo que se redescubre el significado de “Constitución” como límite y vínculo a los poderes públicos establecidos por el art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución” y se suma el plano internacional, el valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios que habían sido negados por el fascismo y que son la negación de éste¹³⁵. En consecuencia, en el “Estado Constitucional de Derechos” la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser simple descripción, para ser crítica y de proyección de su propio objeto, crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución y reinterpretación del sistema normativo analizando las antinomias, las lagunas y elaborando la proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas.

¹³⁵ Ferrajoli, L. “Derechos y Garantías. “La ley del más débil”, Trotta, 2009. pág. 67

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,

Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Hecha esta aclaración cabe señalar que la ponderación como método de interpretación, cuando supone la colisión de derechos fundamentales.

Cabe advertir que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario. Para ello Dworkin señala que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen, esto es: el peso. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto. (...) La ponderación es la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. El jurista alemán, Robert Alexy, refiere que a los principios se les puede atribuir un valor en la escala: leve, medio, intenso. Por ejemplo, en un caso de transfusión urgente de sangre, el peso del derecho a la vida es mayor que la convicción religiosa de no recibir una transfusión. Las colisiones entre D.D.F.F, sólo pueden resolverse de acuerdo a las implicancias que cada uno tenga en relación a un caso concreto. La precedencia de uno sobre otro, en tanto viene a depender de las “condiciones particulares” que rodean al caso, no supone la derogación del principio postergado. Por ello, entre derechos fundamentales, ninguno posee un peso definitivamente superior al de otros, por esa razón deben someterse a un juicio de ponderación en cada caso.

En tal caso, esa circunstancia obliga a un juicio de ponderación histórico, contingente, casuístico, en el cual ha de ser decisivo el orden de argumentación (el peso específico relativo) que pueda invocarse en apoyo de una solución o la otra. Tal extremo requiere del juicio de proporcionalidad. A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.

Cuando la Corte en el Fallo “Vizzoti” elige al trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional, frente al empleador, resulta evidente que la elección se advierte del propio texto constitucional en cuanto habíamos señalado que la redacción de los arts. 14 y 19 de la C.N. someten los derechos patrimoniales a las condiciones de licitud, legalidad, orden público y en la medida que no perjudiquen a un tercero, en cambio el mando constitucional del art. 14 bis manda a proteger al trabajador sin limitaciones, por supuesto que los derechos y garantías no son absolutos, pero al menos los del art. 14 bis, no tienen reparos constitucionales, como sí, a texto expreso tienen aquéllos.

5. El rol imparcial del juez pero no neutral en materia de Derechos Humanos.

Al trabajador se le reconoce derechos de tutela porque existen dos situaciones que estructuran la razón de ser del Derecho del Trabajo, una de ellas es la situación jurídica subordinada, donde la voluntad se somete y la otra es el poner el cuerpo a disposición de la

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

explotación económica del capitalista. Tales elementos estructurales justifican la garantía que exige el mandato constitucional, y el sujeto que queda sometido a ese poder se le reconoce “preferente tutela constitucional” (cfr. “Vizzotti”), exige que por lo menos condiciones dignas y equitativas de labor (art. 14 bis de la C.N.).

Es inaceptable que en una relación laboral sinalagmática, al menos libre, se sostenga, como lo hace el voto de la minoría en el caso “Álvarez” cuando se habla de que no se puede imponer el contrato cuando “se ha perdido la confianza que debe regir” Siguiendo la línea de razonamiento de la minoría que aplica “la confianza” en una relación contractual sinalagmática, también debiera ser exigida por el trabajador al empleador, sin embargo cuando el trabajador pierde su confianza respecto de un empleador incumplidor, que no registra parte de su salario, o no consigna su fecha de ingreso o comete las irregularidades que frecuentemente son motivo de reclamos judiciales y luego resultan comprobados. Todos esos trabajadores que fueron a juicio para obtener el reconocimiento de sus derechos, son trabajadores que tuvieron que sacrificar su empleo para conseguir el respeto de la ley y su pérdida de confianza hacia el empleador sólo los condujo a quedarse en peor situación, es decir quedarse desempleado, sin ingresos. Por lo tanto, el trabajador no puede utilizar “la pérdida de confianza” como instrumento eficaz para el ejercicio de derechos en esa relación que se supone sinalagmática. De esa manera “la pérdida de confianza” sólo puede servirle al amo en relación a su esclavo, pero no en un vínculo jurídico inserto en una sociedad democrática, plural y libre. Ello porque “la pérdida de confianza” no es un dato que sirva por igual a cada una de las partes en una relación laboral, en una sociedad libre basada en la igualdad entre las personas, el dato más significativo es el respeto de la dignidad por igual a todos los miembros de la comunidad. Por lo tanto, la pérdida de “confianza” no es un parámetro que sirva para medir por igual una relación jurídica que tiene como determinante el trato digno a cada una de las personas. En consecuencia, sobre bases igualitarias se debería pensar en la dignidad de las personas, en lugar de decir que todos son iguales, ergo todos son dignos, es más apropiado afirmar que todos son diferentes, ergo todos deben ser respetados¹³⁶. Dice Gialdino que la dignidad humana no es un derecho, sino una fuente de derechos. Por lo tanto, en el derecho antidiscriminatorio, la dignidad requiere que todos sean integralmente respetados, y los tratos desiguales constituyen fuertes indicios de la falta de respeto a la humanidad esencial de cada uno, de una posible humillación. No es la desigualdad en sí misma la que lastima, sino lo que fuertemente presume una violación de la dignidad del hombre detrás de la categorización injustamente utilizada para maltratarlo, para negarle la calidad de hombre esencial¹³⁷.

Estamos convencidos que la solución adecuada a la mejor tutela de la dignidad de los trabajadores, es la que adoptó el voto de la mayoría en el caso “Álvarez”. Ello porque

¹³⁶ Duarte, David “Los Derechos Fundamentales del Trabajador: ‘La nulidad del despido discriminatorio y la reinstalación del trabajador’ ”, Ponencia oficial presentada en *XVII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Filial Córdoba – y la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

13 y 14 de mayo de 2011. En dicha oportunidad citábamos a Kaufman, Gustavo Ariel, *Dignus Inter Pares*, Abeledo Perrot, 2010, pág. 92.

¹³⁷ Kaufman, G.A., *Dignus Inter Pares*, Abeledo Perrot, 2010, pág. 120

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV, Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

resulta más apropiado para la sociedad actual que respeta los derechos fundamentales, por esa razón sostuvo que es inatendible la defensa que había esgrimido la demandada con fundamento en que la reinstalación del empleado conlleva una supresión de las facultades "discrecionales" del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal.

Aquél argumento de la "pérdida de confianza", es un concepto vacío que requiere ser llenado en cada caso, con una carga de subjetividad que no puede ser tomado como regla porque en cada caso habría que ponerse de acuerdo en que quiere decir "confianza" la que se construye en cada caso y de diferentes maneras y lo que es más dudoso es siempre la esgrimirá una de las partes de la relación, precisamente para alterar la estabilidad de la relación, que al no tener un dato de incumplimiento objetivo, sino mero interés subjetivo del empleador, será totalmente discrecional de éste, por ende arbitrario. Ese argumento de la empresa de "pérdida de confianza", y que acogió la minoría, se había apoyado en el precedente "Figueroa"¹³⁸, antecedente que había declarado la inconstitucionalidad de un convenio colectivo que establecía la estabilidad del trabajador. En el caso "Álvarez" la Corte sostiene que el criterio del caso "Figueroa" debe ceder ante el corpus iuris de los derechos humanos reiteradamente citado. Afirma que el contenido y alcances de dichas facultades y la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que hipotéticamente fuesen esas facultades del empleador, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el jus cogens que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación.

Agrega el Máximo Tribunal que subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes, resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado¹³⁹. Incluso en el orden legal, el empleador, al ejercer dichas facultades, "*[s]iempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho*" (LCT, art. 68, *itálica agregada*).

En esa línea, desde los Derechos Fundamentales pesa sobre el empleador, lo expresado sobre el Drittwirkung o los efectos horizontales de los derechos humanos, el precepto de jerarquía constitucional, según el cual, los hombres "deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"¹⁴⁰, lo cual supone, al menos, el cumplido respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones laborales: la obligación de respeto y garantía de esos derechos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, "también proyecta sus efectos en las relaciones

¹³⁸ La demandada invocó en su defensa el precedente Figuroa, Oscar Félix y otro c/ Loma Negra Cía. SA, de 1984 (Fallos: 306:1208)

¹³⁹ CSJN, in re "Aquino", cit., p. 3778, y "Madorrán", cit., p. 2004.

¹⁴⁰ Citó Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1º; asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo, primer párrafo.

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

interindividuales", lo cual alcanza al "marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores"¹⁴¹. A su vez señaló que: "el jus cogens, al acarrear obligaciones erga omnes, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (omnes), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares"¹⁴².

Si bien los legisladores tiene una función fundamental en la realización de normas que garanticen y han realidad los derechos consagrados en la Carta Magna, los que deberán adecuar la legislación laboral a las normas de rango superior y asumir las directrices señaladas en el ejercicio de acciones positivas tendiente a la realización de los derechos fundamentales de manera efectiva, los jueces por su parte tendrán una misión sumamente relevante en la realización de aquéllos derechos. Labor insoslayable la que deben asumir en cada caso realizando un control de constitucionalidad y el de convencionalidad¹⁴³, a fin de realizar en cada caso concreto el contenido de los derechos dados por las normas de rango superior como son a Constitución y las normas convencionales internacionales. Encontramos normas concretas en ese sentido en la Constitución argentina reconoce en los arts. 31, 75.22 y 73. Por su parte también asimilamos los alcances que el preámbulo, y los arts. 46 y 14 y 149 de la Constitución de Guatemala.

Es por esa razón que la función jurisdiccional de decir el derecho y en lo que ya mencionamos y reiteramos como la función equilibradora del juzgador en un Estado Social Constitucional de Derechos, surge desde la propia constitución¹⁴⁴. Los derechos y garantías consagrados en la Carta Magna van dirigidos a los tres poderes del Estado no solamente al legislador, al poder judicial también y el juez laboral debe ser imparcial pero no debe ser neutral. Es en la Carta Magna donde se reconoce la existencia de una desigualdad económica social como elemento característico de las sociedades modernas. Ante la cual se produce un compromiso de los poderes públicos para su gradual nivelación¹⁴⁵. En tal entendimiento es que seguimos las líneas de Aparicio y Rentero cuando señalan que "...la razón por la cual el principio de igualdad debe ocupar un papel fundamental en el universo cultural de los jueces es porque es el principio jurídico a través del cual de modo primordial se expresa la cláusula del estado social de derecho..."¹⁴⁶.

El nivel de realización de esos derechos económicos - sociales que apuntan a la igualdad es muy inferior a lo que promete la Constitución, de donde inevitablemente surge "la aporía

¹⁴¹ Citó Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., párr. 146; asimismo: párr. 151

¹⁴² Cita anterior —ídem, voto concurrente del juez Caçado Trindade, párr. 76; asimismo: párr. 77—

¹⁴³ Gialdino, Rolando E., Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derehos Humanos, La Ley, Revista 10/06/2008-1

¹⁴⁴ Duarte, David, "Después de 50 años el "Catorce bis" se proyecta al ritmo universal de la justicia", Revista La Causa Laboral, n° 30, 2007, pág. 3

¹⁴⁵ Baylos, Grau, A. "Igualda, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo", Revista de Derecho Social, n° 1, 1998, pág. 19

¹⁴⁶ Aparicio Tovar, Joaquín y Rentero Jover, Jesús, "El Juez Laboral, imparcial pero no neutral", Revista de Derecho Social, n° 4, 1998, pág. 56.

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

de la irreductible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos en el estado de derecho”¹⁴⁷. La única manera posible para lograr una superación más eficaz de los valores expresados en principios jurídicos o en auténticos derecho subjetivos para un mejoramiento en esa desigualdad, es que “el juez no puede jugar un papel neutral”. No es solamente con el poder político que se allegue recursos para satisfacción de necesidades o eliminación de desigualdades, sino que “el juez también está comprometido en la búsqueda de soluciones técnicas que sirvan para constituir esas garantías. Esto significa que el juez debe de hacer un juicio sobre la adecuación a los valores constitucionales en el momento aplicativo del derecho”. Obviamente que debe ser imparcial en esa labor y no depende de su subjetiva idea de lo que para él son los valores constitucionales, sino que no debe ser neutral, sino que debe aplicarlo con todo el bagaje de conocimiento técnico que pueda abastecerse.

6. El sujeto de preferente tutela y el principio pro homine.

Reiteramos que desde los albores del derecho del trabajo se ha puesto como centro de atención al ser humano que presta el servicio, por esa razón se ha dicho el contrato de trabajo es un contrato *antrópico* (Gialdino). El Derecho del Trabajo, al igual que los Derechos Humanos tiene como norte proteger la dignidad de las personas. En el Derecho laboral el diseño basado en el derecho protectorio ha creado técnicas jurídicas que intentan garantizar un valor fundamental como es la dignidad humana, que es inherente a la persona, no requiere del reconocimiento del legislador, así lo dice el preámbulo de la Declaración Universal y es la causa fuente de los derechos humanos. Por esa razón, se ha señalado que la dignidad no es un derecho, lo que es un derecho es la protección de la dignidad y supera en jerarquía a toda construcción jurídica o legislativa (como enseña Gialdino)¹⁴⁸. La importancia de toda declaración internacional es que no requiere de ratificación de los Estado porque, a diferencia de los tratados, es la consolidación de la costumbre internacional y de los principios generales del derecho internacional de aplicación obligatoria como por ejemplo la Declaración de Derechos Fundamentales de la OIT, que se aplica aunque no se haya ratificado por el sólo hecho de ser un país miembro de la organización.

La revolución francesa consagró derechos fundamentales del hombre frente al absolutismo monárquico; la libertad, igualdad y fraternidad fue una conquista del pueblo, promovida para enaltecer al individuo frente a la potestad despótica del poder político se le opuso su división y se lo sometió a las leyes. Esos derechos del hombre, expresados individualmente no tenían el mismo peso en la balanza frente a los que detentaban el dominio de los bienes de la producción, el contrato de derecho privado que era ley y lo más justo para las partes no avalaba un equilibrio en las prestaciones en el trabajo dependiente. Ante la persistencia desequilibrante económica y social apareció la invención de lo colectivo asentado sobre la base de la fraternidad expresada en solidaridad. Es la clave de la especificidad del Derecho del Trabajo (Supiot), un instrumento nivelador garantizado por el Estado porque asegura la paz social y adquiere relevancia con su elevación a los textos fundamentales expresados por

¹⁴⁷ Ferrajoli, L. *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penal*, Laterza, Roma-Bari, 1º, ed. 1989, pág. 907, Edición castellana Editorial Trotta. Madrid 1995, pág. 866.

¹⁴⁸ Ver nota 1

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV, Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

el constitucionalismo social (Méjico 1917, Alemania 1919), como una necesidad de establecer derechos sociales inamovibles, que no puedan ser alterados por motivos de coyuntura política y económica en manos de la cambiante democracia representativa.

Luego cuando culmina la primera guerra mundial (1914) la conciencia universal comienza a concertar algunas ideas centrales, se crea la Organización Internacional del Trabajo y se sienta como principio que no es posible lograr la paz universal duradera sin justicia social y que el trabajo humano no sea considerado una mercancía (Tratado de Paz de Versalles en 1919). El Derecho del Trabajo nace constitucional y se expresa internacional dice Hermida Uriarte. Tales derechos sociales adquieren preponderancia y se enriquecen con la culminación de la segunda guerra mundial (1945) y en respuesta terminante a los regímenes totalitarios. Es así como aparece una nueva oleada de Derechos Humanos Fundamentales consagrados en declaraciones, pactos y tratados internacionales, tan caros para la conciencia jurídica universal. El restablecimiento de la democracia en nuestro país nos inserta en el mundo civilizado coadyuva a la toma de conciencia de la importancia de la incorporación de esos instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la CN).

La judicialización de estos Derechos fundamentales es una forma de instalación de dicha conciencia cuya postulación expresa que toda norma incompatible con la dignidad de la persona se torna inconstitucional. Es un proceso lento pero progresivo pues desde que en 1938 nuestro más Alto Tribunal en materia constitucional señaló en su jurisprudencia, como designio y reconocimiento, que esos derechos sociales marchaban al “ritmo universal de la justicia”. En las normas internacionales, con rango constitucional, sea por la remisión expresa, sea por la idea del bloque de constitucionalidad, encontramos un número importante de derechos laborales consagrados expresamente como Derechos Humanos Fundamentales.

Insistimos en que existen numerosos derechos humanos consagrados en normas internacionales plenamente aplicables al Derecho del Trabajo, entre otros: derecho al trabajo, libertad sindical, no discriminación, limitación de la jornada, descanso semanal, vacaciones anuales, derecho a la formación profesional, salario justo, equitativo, negociación colectiva, huelga, derecho a la seguridad social, protección contra el desempleo, seguridad e higiene, a lo que se agrega el libre acceso a la función pública, y los denominados derechos inespecíficos, cuya importancia radica en que el trabajador por el hecho de celebrar un contrato de trabajo, o de ingresar a una organización empresaria, no deja de ser titular de los demás derechos de que goza todo ser humano, como la libre expresión de pensamiento, libertad de culto, derecho a su integridad física y moral, derecho a la dignidad.

Como vimos al examinar el caso “Ekmedkjian” el Convenio de Viena de Derechos de los Tratados impone no sólo la obligación de todos los Estados de cumplir los tratados internacionales. Establece, asimismo, la prohibición de alegar normas nacionales para dejar de cumplir los tratados internacionales. Prohibición de cualquier norma nacional, incluido a la Constitución, en este sentido la Corte ha señalado que deben ser interpretado en armonía de manera que unas normas no excluyan a las otras. Las normas de DH, de los Pactos y

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

Declaraciones de DH, forman parte del “*ius cogen*” u Orden Público Internacional, es vinculante y conduce al deber de cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales y de los DH, en cualquier esfera de la vida, no sólo son vinculantes para los Estados en una relación vertical con los ciudadanos -no pueden ser alterados o modificados o desconocidos por el legislador común-, sino también horizontal, es decir obliga a todos en la relación intersubjetiva, lo que involucra a empleadores y trabajadores.

Tampoco podemos olvidar que existen los derechos expresamente reconocidos, en normas no convencional, además del derecho de los tratados, y es el conformado por las grandes Declaraciones de los Derechos Humanos, los Principios Generales del Derecho y la costumbre internacional.

Simultáneamente a esta evolución de los Derechos Fundamentales se advierte que con la globalización de la economía en la década de 1980 se restauran algunas ideas del pensamiento liberal del siglo XIX con efecto negativo en sectores más pobres de la sociedad, que hicieron impacto en nuestras tierras en la década de 1990, invitan a pensar en la idea de la mundialización de los derechos sociales fundamentales.

La CIDH recordó la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello¹⁴⁹. Aspecto que fue expuesto en el fallo “Milone” (Considerando 6°)¹⁵⁰ en cuanto señaló que los principios elaborados a partir de lo dispuesto en el mencionado art. 14 bis se integran a las disposiciones incorporadas por la reforma de 1994, en el art. 75, incs. 22 y 23, del texto constitucional. En tal sentido, el Preámbulo del PIDESC (también del PIDCP) considera de manera explícita la interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos, por cuanto se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, con lo cual con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos (párrs. 2 y 3 del PIDESC; asimismo el PIDCP:). Dicha orientación se suma dos principios rectores como el principio de progresividad y el principio *pro homine* con los cuales debe entenderse que la interpretación de tales pactos siempre deberá contener un sentido que favorezca la realización del derecho humano reconocido. Así lo entendió la Corte cuando en el caso “Madorrán”¹⁵¹ tras desarrollar una interpretación extensiva sobre la estabilidad del empleado público, en el considerando 8°, señaló que el derecho al trabajo como esencial de los Derechos Humanos fundamentales. En tal sentido indicó que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales anteriormente aludidos y muy

¹⁴⁹ CIDH Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes Y Jubilados De La Contraloría”) Vs. Perú, sentencia del 1° julio 2009. párrafo 101.

¹⁵⁰ CSJN, in re M. 3724. XXXVIII. Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente - ley 9688. Sentencia Buenos Aires, 26 de octubre de 2004. Fallo 327:4607, pág. 4617

¹⁵¹ CSJN, in re: M. 1488. XXXVI; REX Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación.; Sentencia del 03-05-2007; Fallos 330:1989

Autor: David Duarte

Publicado en: “TRABAJO Y DERECHOS”, AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

especialmente del mencionado Pacto¹⁵², sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. Recordó que la Corte ya en el año 1974, tuvo oportunidad de censurar toda exégesis restrictiva de los derechos sociales, que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, "concordante con la doctrina universal": el "principio de favorabilidad"¹⁵³. En la misma línea la favorabilidad como promoción del principio de progresividad aparece también en el caso "Arcuri"¹⁵⁴, en materia provisional, se reconoció ese sentido más favorable con que debe ser interpretado tales derechos.

Tales reglas internacionales iniciadas por el precedente "Aquino" también trajeron la teoría del *Drittwirkung* como fue aplicada en el caso "Trejo"¹⁵⁵ con el cual la Corte descartó las consideraciones vertidas por la Cámara laboral en torno a la culpa de la víctima y examinó las cuestiones vinculadas con la protección de la persona que trabaja. Esta obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares. "Dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores"¹⁵⁶. Las "obligaciones positivas" que pesan sobre el Estado, así como el efecto "horizontal" de los derechos humanos, vale decir, la aplicación de éstos a las relaciones *inter privatos*¹⁵⁷.

La posición tradicional del diseño vertical de los Derechos Fundamentales, según la cual éstos se entienden como un sistema de frenos frente al poder del Estado, admite una nueva lectura que afirma que los derechos fundamentales rigen también horizontalmente en las relaciones entre los ciudadanos.

De esta manera se reconoce al trabajador su ciudadanía social dentro de la empresa, a través de poner en primer plano sus Derechos Fundamentales, sin subordinarlos a los económicos, se refuerzan algunos derechos a fin de dignificar al trabajador dentro de la estructura social. Para la Corte Nacional ("Vizzoti") resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí, que no debe ser

¹⁵² CSJN, in re: "Aquino", cit., p. 3774/3777, y Milone" cit., p. 4619

¹⁵³ CSJN in re: "Berçaitz"; asimismo: Fallos: 293:26, 27, considerando 4°.

¹⁵⁴ CSJN, in re: A. 514. XL. RECURSO DE HECHO Arcuri Rojas, Elsa c/ ANSeS. Sentencia del 3 de noviembre de 2009 firmada por los jueces Petracchi, Maqueda, Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Zaffaroni

¹⁵⁵ CSJN in re T. 964. XL. RECURSO DE HECHO Trejo, Jorge Elías c/ Stema S.A. y otros. Sentencia del 24 de noviembre de 2009, sentencia firmada por los Jueces Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, y los jueces Fayt y Petracchi según su respectivo voto y Lorenzetti y Argibay en disidencia.

¹⁵⁶ Citó la Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párrs. 140, 146 y 151.

¹⁵⁷ CSJN Fallos: 330:5435, voto de los jueces Fayt y Petracchi.

Autor: David Duarte

Publicado en: "TRABAJO Y DERECHOS", AAVV,
Editorial Librería Editora Platense, Año: 2014, págs. 561 a 679

el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en ilegalidad. Afirma la Corte que “admitir que sean las “leyes” del mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y a otros de análoga procedencia, importaría pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional”.