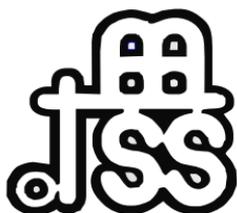


**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**



ANUARIO

2010

AÑO I - NÚMERO 1



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Presidente	ALBERTO L. RIMOLDI
Vicepresidente	JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE
Secretario	HÉCTOR DAVID RODRÍGUEZ
Tesorera	M. SONIA BUÁCAR †
Vocales titulares	CÉSAR GUSTAVO FERRANTE LAURA RÚA MARTA MASSENIO MARÍA CRISTINA SOLVÉS † LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ LEONARDO AMBESI
Vocales suplentes	ESTEBAN CARCAVALLO GRACIELA CIPOLETTA
Revisores de cuentas	JOSÉ TRIBUCIO CARLOS DODD GRACIELA VILAS

Asociación Argentina de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
(A. A. D. T. y S. S.)

DIRECTOR

ALBERTO L. RIMOLDI

SECRETARIA DE REDACCIÓN

LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE

HÉCTOR DAVID RODRÍGUEZ

MARÍA CRISTINA SOLVÉS †

Rimoldi, Alberto

Anuario de la Asociación Argentina de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social Nº 1 - 1ª ed. - Santa Fe : Rubin-
zal-Culzoni, 2011.

320 p. ; 23 16 cm

ISBN 978-987-30-0247-2

1. Derecho Laboral. 2. Seguridad So-

cial. I. Título

CDD 344

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

<i>En memoria</i> , por LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.....	9
<i>Presentación</i> , por ALBERTO L. RIMOLDI	11
<i>La identificación del derecho</i> , por PABLO CANDAL	17
<i>Las fuentes del derecho</i> , por JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MADRID	63
<i>Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea del Derecho del Trabajo</i> , por ADRIÁN GOLDÍN	87
<i>Hacia una teoría general del Derecho del Trabajo</i> , por RICARDO A. GUIBOURG	133
<i>El Derecho del Trabajo en el contexto del Estado constitucional de Derecho. Presente y perspectivas. El desafío de la redefinición práctica de su ámbito subjetivo de aplicación como modo de realización del principio protectorio. Un análisis que parte de los postulados iusfilosóficos de la “Teoría Ecológica del Derecho” de Carlos Cossio</i> , por DIEGO LEDESMA ITURBIDE	181
<i>Reflexiones sobre la autonomía del Derecho del Trabajo y otros temas conexos</i> , por JORGE RODRÍGUEZ MANCINI	265
<i>Referencias históricas de la AADTySS</i>	309
ÍNDICE SUMARIO	313

EN MEMORIA

En las últimas Jornadas de nuestra Asociación, en una ruta en el paseo final, encontró la muerte a María Inés Azaro, a Sonia Buácar y a María Cristina Solvés. Hoy, algunos meses después, el tiempo nos aleja del luto y nos abre paso al recuerdo, a un recuerdo que será distinto para cada uno de nosotros, pero que será para todos un recuerdo acabado: no hay posibilidad de gestos ni de actos nuevos y todo está allí, al alcance de nuestra memoria. Cuando la vida se apaga, cuando todo termina, cada uno responde con su vida entera.

María Inés dedicó toda su vida al derecho y a la justicia del trabajo, donde transitó por todas las tareas, de meritoria a juez. Como juez ejercía en el momento de su muerte. Como juez la vimos, durante largos años, honrar su profesión y ganarse el afecto de quienes la acompañaron en cada tramo del camino. También la vimos dedicarse a nuestra Asociación: su presencia era infaltable en la organización o en la coordinación de todos los cursos, talleres, congresos y jornadas. A cuántos de nosotros María Inés tranquilizó con su sonrisa tierna y distinguida y con palabras serenas, minutos antes de nuestra primera exposición pública en el ámbito de la misma Asociación.

Quienes más cercanamente conocieron a Sonia destacan, además de su conocida –y reconocida– actuación como abogada y conciliadora, su carácter de amiga sensible y afectuosa, su amor por los demás y su sentido de la solidaridad. Para todos los socios, Sonia ha sido, además, eficaz secretaria y tesorera, y celosa defensora de la Asociación que nos agrupa en todas las circunstancias. Cualquier reunión la encontraba sonriente y predispuesta, haciendo amena la

espera con sus relatos de viajes, con sus recomendaciones de teatro o con el resumen del trabajo preparado para la ocasión.

Tomo algunas palabras ajenas para recordar que Cristina ejerció muchos años la docencia universitaria y fue una juez ejemplar. Todos sabemos de sus logros profesionales. Todos sabemos del amor de Cristina por esta Asociación, de la que llegó a ser vicepresidente. Todos sabemos que su sensatez, valor escaso en este mundo, hacía de su opinión una opinión calificada. Todos sabemos que su presencia mejoraba la calidad del aire judicial. Todos sabemos que trabajó incansablemente para un mejor servicio de justicia, con ese tipo de honestidad –a toda prueba– capaz de atentar contra el mismo que la ejerce. Todos sabemos que acaso estos méritos, según cómo se los apreciara, acabaron con su carrera judicial y provocaron su retiro, a pesar de la intensa pasión que la unía a su trabajo.

Valga el primer número de este Anuario de la Asociación, en el que Cristina trabajó entusiastamente pensando en un ámbito de discusión teórico capaz de agrupar distintas generaciones de expertos, como público homenaje de admiración y de amor por ellas tres. Quedarán en todos nosotros mientras estemos para recordarlas, y quedarán también en los que de nosotros reciban estas y otras palabras, que sigan sus ejemplos y los rescaten del olvido.

LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
Secretaria de redacción

PRESENTACIÓN

La Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, desde su fundación y a lo largo de sus, hasta ahora, cincuenta y tres años de vida, ha venido tratando, con la activa participación de sus miembros, de cumplir cabalmente con el objetivo central que movilizó a sus fundadores: “...promover, realizar y difundir estudios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social...” (art. 1º de su Estatuto).

Dicho propósito se ha ido cumpliendo mediante el dictado de numerosos cursos, seminarios, reuniones académicas, jornadas y congresos, la difusión de doctrina y jurisprudencia a través de nuestra página *web* y, en el ámbito universitario, con las carreras de posgrado que se dictan sobre nuestras disciplinas, tanto del Derecho del Trabajo como de la Seguridad Social, por acuerdos celebrados con la Universidad Católica Argentina y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), respectivamente. Una creciente biblioteca especializada sirve también a estos propósitos, y, más recientemente, la transmisión simultánea de nuestras reuniones académicas.

Nos estaba faltando el aporte editorial. Fue así como a principios de 2009 Liliana Rodríguez Fernández, actual integrante de nuestra Comisión Directiva, nos acercó la inquietud y el proyecto para editar un Anuario, el que fue aprobado con todo entusiasmo.

Lo primero fue delinear las características que tendría el Anuario; en ese sentido se acordó que cada edición se dedicaría a una misma temática, a fin de que el tema fuera abordado en profundidad por distintos autores y desde sus respectivos puntos de vista. También acordamos que se invitaría a participar mayoritariamente a juristas

de nuestra especialidad de consagrada trayectoria y a colegas que pertenezcan a la generación intermedia, dejando un espacio para algún joven destacado por sus esfuerzos de formación, que fuera invitado y se animara a brindar su aporte. La dirección del Anuario estará a cargo del presidente de turno de la AADTySS, tendrá una Secretaría de Redacción y un Consejo de Redacción integrados por miembros de la Comisión Directiva, la que, a propuesta del mencionado Consejo de Redacción, aprobará finalmente el tema a abordar en cada Anuario y la nómina de autores propuestos.

Con estas directivas definimos lo que constituiría el primer Anuario. El tema elegido fue *Teoría general del Derecho del Trabajo*, y justamente por ser el primero, se acordó invitar a participar a los ex presidentes de nuestra Asociación, no sólo por su indudable nivel académico, sino también, y a manera de reconocimiento a través de ellos, el de todos los que con su esfuerzo y dedicación han contribuido para que nuestra querida AADTySS merezca hoy una destacada valoración académica, tanto en el orden nacional como internacional.

Es por eso que en este primer Anuario han aceptado participar los doctores Ricardo A. Guibourg, Juan Carlos Fernández Madrid, Adrián O. Goldín y Jorge Rodríguez Mancini, citados por orden de sus respectivas presidencias. Y por las generaciones más jóvenes fueron invitados los doctores Pablo Candal y Diego Ledesma Iturbide. A continuación hacemos una brevísima referencia a sus trabajos.

El doctor Ricardo A. Guibourg tituló su trabajo *Hacia una teoría general del Derecho del Trabajo*, en el cual comienza reflexionando que “Existe una secular dificultad para definir qué se entiende por derecho [...] El caso es que la palabra ‘Derecho’ está dotada de tal contenido emotivo que cada uno trata, en la medida de lo posible, de emplearla para designar sus propias preferencias. Este fenómeno, tan humano, tan lingüístico, tan político, tan imprudentemente pasado por alto, ha hecho que, en lugar de preguntarnos qué se entiende por Derecho, nos preguntemos qué debe entenderse por tal denominación: en otros términos, quién ha de quedarse con el botín encubierto por el uso del idioma”.

El doctor Juan Carlos Fernández Madrid encaró su trabajo *Las fuentes del Derecho* señalando que éste es un “tema general del Derecho que ofrece algunas particularidades cuando se lo examina con

relación a la materia laboral [...] que toda norma tiene su antecedente en un hecho social que moviliza intereses sectoriales [...] y para que la norma se encuentre legitimada en los hechos y además funcione, la fuente formal debe coincidir o expresar el sentido del hecho social que normatiza, y el legislador, cualquiera que sea, es el responsable de que la norma exprese con veracidad ese hecho social...”

El doctor Adrián O. Goldín en su *Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea del Derecho del Trabajo* comienza reflexionando que “Desde un enfoque comparado, el abordaje del tema nos impone plantear unos interrogantes preliminares: ¿Es posible formular una idea del Derecho del Trabajo de alcance (más o menos) universal?; ¿la hubo, al menos, si es que hoy, tras experimentar hipotéticas alteraciones, no existe ya...?” Y agregó: “...Darles respuesta no es, por cierto, una tarea fácil [...] En todo caso, parece obvio que toda pretensión de (relativa) universalidad obliga a procurar reconocer esa idea del Derecho del Trabajo en la más esquemática y estilizada dimensión conceptual, pues sólo una aproximación como ésa puede hacerla apta para expresar tan vasto alcance transnacional e intertemporal como el que se pretende para ella...”

El doctor Jorge Rodríguez Mancini, por su parte, en sus *Reflexiones sobre la autonomía del Derecho del Trabajo y otros temas conexos*, al referirse a la autonomía del Derecho del Trabajo, comienza destacando que “el Derecho es uno solo. Sus principios básicos son únicos y los principios propios de las llamadas ramas del Derecho no son sino adaptación de aquéllos a las circunstancias particulares a cuyo respecto se deben aplicar esos desprendimientos que se expresan, por lo tanto, en normas diferenciadas [...] Lo que se quiere decir es simplemente que el Derecho del Trabajo es ante todo Derecho, y por eso no se lo puede encarar como si se tratara de una ciencia o siquiera de un ordenamiento aislado, ya que ni sus principios ni sus técnicas pueden ser considerados independientes de los que el Derecho ha ido descubriendo y elaborando desde que nació...” Más adelante, entre otros aspectos, reflexiona sobre la vinculación entre las ramas jurídicas, el Derecho y sus principios, la subordinación y dependencia, el principio protectorio, para finalmente abordar las relaciones laborales en Argentina y las perspectivas a corto y largo plazo.

El doctor Pablo Candal tituló su trabajo *La identificación del derecho* y comenzó señalando la importancia del tema, pues de la “...respuesta dependen la caracterización de instituciones tales como las fuentes del derecho y los principios de cada rama jurídica...” Abordó la doctrina moderna sobre el deber jurídico, con referencias a Kant, Kelsen y Díez-Picazo, concluyendo que este último autor “...destaca con gran lucidez que el comportamiento humano es siempre libre e incoercible, y que, desde el punto de vista jurídico, el deber es sólo una fase preliminar, de alguna manera prejurídica, de la responsabilidad. De modo que la responsabilidad es lo único que constituye la verdadera sustancia: no se debe, sino que se es responsable...”

Finalmente, el doctor Diego Ledesma Iturbide ha contribuido con *El Derecho del Trabajo en el contexto del Estado Constitucional del Derecho. Presente y perspectivas. El desafío de la redefinición práctica de su ámbito subjetivo de aplicación como modo de realización del principio protectorio, en tanto juicio estimativo de expresión de justicia racional de contenido variable. Un análisis que parte de los postulados iusfilosóficos de la “Teoría Ecológica del Derecho” de Carlos Cossio*. Adelanta el autor que los argumentos que sintéticamente desarrollará, suministrados por la Filosofía del Derecho, “...a grandes rasgos, tienen que ver con concebir al Derecho positivo como objeto cultural, como conducta en interferencia intersubjetiva [...] en tanto disciplina que estudia sus conceptos generales, y se diferencia de aquel otro saber cuyo objeto lo constituye el estudio del orden jurídico o el Derecho vigente en una comunidad determinada, usualmente denominada ciencia del Derecho, dogmática jurídica o simplemente teoría del Derecho...”

Esperamos que con tan importante material de estudio y reflexión que contiene esta primera entrega del Anuario, hayamos dado un paso decisivo en la constante aspiración de contribuir a “promover, realizar y difundir estudios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. También aspiramos a que a este primer Anuario lo sucedan otros, a fin de que, a lo largo de los tiempos, compongan una valiosa colección que haga perdurar el pensamiento de los juristas que han entregado su esfuerzo intelectual al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, favoreciendo y promoviendo en general el estudio de

esas disciplinas, y, especialmente, para la formación de las nuevas generaciones de laboralistas que nos sucederán.

Agradecemos profundamente a los distinguidos autores que tan generosamente han brindado su aporte para que se hiciera realidad la primera edición de este proyecto. Agradecemos también a Rubin-zal-Culzoni Editores su colaboración para la edición de esta obra.

Buenos Aires, octubre de 2011

ALBERTO L. RIMOLDI
Presidente de la AADTySS

LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

por PABLO CANDAL

SUMARIO: 1. Núcleo y principios. 2. El Derecho del Trabajo y el postulado de la unidad dogmática. El sistema de fuentes. 3. El principio de protección y sus derivaciones. 4. Derecho Ambiental. El nuevo derecho. 5. Derecho del Trabajo y paz social. 6. Conclusiones y prospectiva. 7. Bibliografía.

La pregunta sobre la identificación del derecho es un tema esencial para los juristas, puesto que de su respuesta depende la caracterización de instituciones tales como las fuentes del derecho y los principios de cada rama jurídica.

Una concepción normativista o formalista describiría al derecho como un conjunto de normas. Esta noción tradicional del orden jurídico como un orden normativo permite establecer el límite entre una norma jurídica y una proposición que no lo es.

La tarea de deslinde y de identificación lleva a la nunca abandonada aspiración de ver al derecho como una unidad, y este objetivo no está desprovisto de problemas que deberemos resolver, como la cuestión referida a los casos de indeterminación.

A la concepción normativista le debemos la idea de deber jurídico, de derecho objetivo y de derecho subjetivo. Se nos dirá, pues, que no todo precepto es jurídico, sino sólo aquel que establece un deber.

La doctrina moderna sobre el deber jurídico se la debemos a *Kant*, quien siguiendo a *Thomasio* distinguió entre legalidad y moralidad. La obligación es la necesidad de una acción libre bajo un imperativo categórico de razón, entendiendo por imperativo la regla práctica en

virtud de la cual una acción, en sí misma contingente, se convierte en necesaria. El deber es, pues, la acción a que una persona se encuentra obligada.

Para *Kelsen*, el deber jurídico es en el fondo lo mismo que la norma jurídica, es la otra cara o la contrapartida del concepto de norma jurídica. La existencia de un deber jurídico presupone la validez de una norma de derecho que hace depender una sanción de la conducta contraria. El deber jurídico es la necesidad de abstenerse de realizar un acto antijurídico para evitar la imposición de la sanción¹.

La idea de deber nos remite, en el campo de las obligaciones, a la de deuda. Luis Díez-Picazo explica que la deuda se entiende como deber de realizar una prestación. Frente a ella, su contracara es la responsabilidad, que es la sumisión o la sujeción al poder coactivo del acreedor.

Este autor destaca con gran lucidez que el comportamiento humano es siempre libre e incoercible, y que, desde el punto de vista jurídico, el deber es sólo una fase preliminar, de alguna manera prejurídica, de la responsabilidad.

De modo que la responsabilidad es lo único que constituye la verdadera sustancia: no se debe, sino que se es responsable. Y esto significa que la conducta contraria a la descrita en el supuesto de hecho da lugar a una exigencia que debe ser atendida o satisfecha bajo la forma de una pretensión.

Como lo demuestra Díez-Picazo, si bien las normas jurídicas se caracterizan por la contraposición “poder-tener derecho” y “deber-estar obligado”, el concepto primario en el terreno jurídico no es el concepto de deber, sino el concepto de poder o de tener derecho. La norma, en tanto favorece el interés de una persona, le concede un derecho. En el terreno del derecho, la deuda no es tanto el deber del deudor de pagar cuanto el poder del acreedor de exigir y el poder subsidiario de poner en marcha una serie de mecanismos para que su interés en el cobro sea satisfecho de manera justificada, no porque ése sea su interés, sino porque ese interés está previsto en una proposición jurídica.

¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, ps. 78 y ss.

De modo que en lugar de la fórmula tradicional “si es A debe ser B” podría describirse la norma jurídica con esta otra formulación: “si es A puede ser exigido B”, o “si es A, la formulación de la pretensión B está justificada”².

Este punto de vista desde el que se describe la norma jurídica debe complementarse con otro concepto de gran interés: la proposición jurídica no es otra cosa que un registro de criterios de justificación, de pautas para la creación de normas jurídicas.

Y aquí ya nos alejamos de la concepción puramente normativista del derecho, puesto que ya no enfocamos las proposiciones jurídicas (que esa concepción denomina sin más normas jurídicas), sino que ponemos el foco de atención en la manera en que esa proposición jurídica provee un criterio de solución de un conflicto. En esa instancia, cuando el criterio de la proposición jurídica sirve de justificación a la resolución de un conflicto de intereses, aparece la norma jurídica.

Es indudable que esta concepción tiene el sesgo del realismo jurídico, pero los operadores del derecho, en principio, deben tomar sus criterios de solución de los conflictos de la proposición jurídica, y sólo en los casos de indeterminación echarán mano de otros criterios de integración para reconstruir la unidad.

El ordenamiento jurídico, pues, se cierra por abajo, es decir, cuando se aplica la proposición jurídica. Ésta no es una visión aceptada por todos, ya que hay quienes sostienen que el derecho se cierra por arriba. Tener clara una u otra postura es una cuestión harto trascendente, puesto que, ubicados en los extremos de cada una de ellas, podría afirmarse que si se cierra por abajo el juez tiene cierta discrecionalidad para reconstruir la unidad del derecho, mientras que si se cierra por arriba el juez tendría que reconstruir el derecho con criterios provenientes de la cúspide de la pirámide normativa (normas fundamentales, principios, normas internacionales, etc.).

Estas dos posturas se explican con la metáfora de la pirámide kelseniana (de ahí los adverbios de lugar “arriba” y “abajo”), pero debo advertir que mi afirmación de que la unidad del derecho se reconstruye a la hora de su aplicación (desde abajo) no significa que el operador

² DÍEZ-PICAZO, ob. cit., p. 47.

jurídico (el juez) tenga plena discrecionalidad para resolver los casos de indeterminación o las lagunas del derecho; ni siquiera las lagunas axiológicas.

Para explicar esto, propongo que nos apartemos de la configuración tradicional del ordenamiento jurídico (en forma de pirámide) y que configuremos otro modelo a partir de un círculo-núcleo, que se abre indefinidamente en círculos concéntricos. Siguiendo este esquema, el núcleo duro del ordenamiento jurídico lo formarían las normas básicas: la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, las interpretaciones de los organismos de control de tales instrumentos, etcétera. La ley en sentido formal estaría ubicada un poco más allá del núcleo, los decretos de ejecución del Poder Ejecutivo, un poco más afuera todavía, y así sucesivamente.

La aplicación de la proposición jurídica se llevaría a cabo siempre en el último círculo imaginario, es decir, en el que tiene mayor diámetro, y en la norma jurídica así creada deben presuponerse todos los círculos interiores y, desde luego, siempre el núcleo.

El último círculo, pues, es siempre una creación, un acto del operador jurídico que pone en funcionamiento una proposición jurídica a través de la utilización de un criterio de justificación allí previsto de manera general, para todo conflicto de intereses que tenga parangón con el típico predeterminado.

El derecho, pues, no se cierra desde abajo, sino que se abre desde afuera, según criterios y principios que se suponen ubicados en el núcleo del sistema.

Los criterios que nos provee la proposición jurídica (generalmente plasmada en un texto legal) sirven de pautas para justificar una pretensión, y la satisfacción de esa pretensión, en caso de controversia, se logra a través de la sentencia, que es la que actualiza la norma (permítaseme ese término tomado del psicoanálisis).

Así es analizada la cuestión, en la medida en que los criterios que provee para resolver los conflictos de intereses son aplicados por quienes deben decidir tales conflictos. En este punto, parece muy útil la explicación de Díez-Picazo, quien sostiene que la proposición jurídica, que es aquella que prevé un derecho subjetivo de reclamar en caso

de que se presente el antecedente o presupuesto de hecho (es decir, que da origen a una pretensión cuya satisfacción está justificada), no es todavía una norma jurídica sino su presupuesto.

Ahora bien, una configuración semejante es tributaria a una determinada idea sobre la finalidad del derecho: el derecho tiene por objeto resolver los conflictos de intereses, y para ello determina con alto grado de generalidad y de abstracción cuáles serán las pautas o criterios con los cuales esos conflictos deben resolverse. Tener clara tanto la determinación del derecho (es decir, sus límites) como su finalidad, será de gran provecho, no sólo para la teoría general del derecho, sino para el Derecho del Trabajo.

Se nos dirá que en la relación intersubjetiva hay innumerables hipótesis de conflictos de intereses, y no todos ellos deben resolverse a través del derecho, es decir, no todos ellos están incluidos en una proposición jurídica capaz de ser fuente de una pretensión cuya satisfacción resulta justificada.

Ocurre que muchos conflictos encuentran resolución en la auto-composición y en la espontaneidad de la vida social. Conflictos de intereses relacionados con las relaciones de amistad, por ejemplo, no generan un derecho subjetivo a solicitar su resolución a través de un tercero imparcial habilitado previamente para resolverlo. Si una persona integra un grupo de amigos que una vez por semana se junta para jugar fútbol, y si en todas las ocasiones llega tarde, dejando a uno de los equipos en desventaja numérica, lo más probable es que su conducta provoque una respuesta, a través de la voz de algún integrante que asuma la representación del interés del grupo. ¿Qué criterios tendrá el grupo para resolver el conflicto de intereses entre la necesidad de comenzar con puntualidad una actividad por naturaleza grupal y esta conducta recurrentemente contraria a ese interés? Eso dependerá del poder de persuasión del líder del grupo, o de algún antecedente similar, o incluso de la animosidad de algún integrante. En cualquier caso, la resolución de ese conflicto queda librada a la espontaneidad de la vida social, ya sea que se decida mandarlo al arco (puesto que es generalmente resistido por los integrantes del grupo) o que directamente lo inviten a dejar de integrar el grupo. ¿Podría el individuo exigir una intimación previa, razones de buena fe, la existencia de una causa

ajena a sus reiteradas llegadas tarde? Ciertamente que no. El derecho no provee criterios de decisión para este tipo de conflictos de intereses.

En resumen, la identificación del derecho implica, según esta particular visión, admitir como válidos los siguientes postulados: 1) la finalidad del derecho es proveer criterios de decisión para resolver conflictos de intereses; 2) los criterios de decisión están contemplados de manera general y abstracta en las proposiciones jurídicas; 3) no todos los conflictos de intereses generan el derecho subjetivo de reclamar la satisfacción de una pretensión de modo justificada, sólo aquellos que no pueden resolverse con el recurso a la espontaneidad de la vida social; 4) es posible que algunos de los criterios previstos en las proposiciones jurídicas inspiren el sentido común para resolver conflictos que escapan de su ámbito, pero ello no significa que estos últimos generen derechos subjetivos para que un tercero imparcial resuelva una pretensión justificada, sino que dan cuenta, más bien, de un cierto consenso social acerca de determinados criterios generales de resolución de cualquier conflicto.

Si ponemos el foco, como lo estamos haciendo, en la instancia de la aplicación del derecho, no debemos soslayar el referirnos al análisis del llamado método jurídico. Y esto nos devuelve a la cuestión de la unidad del derecho, como bien lo plantea *Josep Aguiló Regla*³. Dice este autor que la idea de que el derecho es unitario es un postulado esencial del método jurídico, el que no excluye, naturalmente, la posibilidad de que en un caso concreto se exhiba indeterminado (no unitario). Para tal caso, es necesario tener en claro, entonces, que estamos ante un problema (o un defecto) que puede y debe ser resuelto (o subsanado). Esto significa, pues, que la aplicación del derecho no se agota en la aplicación de alguna de sus normas (o proposiciones jurídicas), sino que la aplicación de éstas requiere reconstruir el derecho como una unidad⁴.

En estos casos, en los que observamos una indeterminación, se genera un derecho implícito, y a esta operación o proceso (método jurídico) que logra ese resultado (derecho implícito) se lo denomina

³ AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2000.

⁴ Ob. cit., p. 148.

también integración del derecho. La integración del derecho para supuestos de indeterminación, pues, no es otra cosa que una reconstrucción de la unidad del derecho (según nuestra configuración, desde afuera). De modo que el derecho no siempre se nos presenta unitario desde el conjunto de normas explícitas, aunque necesariamente debe reconstruirse de manera unitaria a la hora de su aplicación.

Este derecho implícito, que se va desarrollando por su aplicación en los casos de indeterminación, genera lo que se ha denominado elaboración racional del derecho.

Ahora bien, además de proveer criterios de solución, podemos reconocer otras funciones de las proposiciones jurídicas.

Los autores suelen distinguir entre una dimensión directiva (como guía de conducta) y una dimensión valorativa (como justificación de la conducta).

El derecho es sistema, unidad, en la medida en que, a pesar de estar compuesto por muchas y diferentes normas, habla con una sola voz: dice cuál es el deber. Para reconstruir el derecho en aquellos casos de indeterminación, pues, la consistencia es un requisito esencial para la justificación de las normas jurídicas. Se dice que dos normas son consistentes entre sí cuando son compatibles en términos de guía de la conducta. El postulado de la unidad del derecho no presupone que todas sus normas sean consistentes, sino que mediante ciertas operaciones (derivadas del método jurídico) puede reconstruirse la unidad y es posible hacer hablar al derecho con una sola voz. De modo que la exigencia de consistencia no se da tanto en las normas entre sí (explícitas o no) sino en la tarea de reconstrucción unitaria del derecho.

Si lo vemos desde su dimensión valorativa, diremos que los casos de indeterminación se reconstruyen bajo una exigencia de coherencia, no de consistencia. Puede haber múltiples valores jurídicos que pueden resultar más o menos compatibles entre sí, pero el postulado de la unidad del derecho desde la perspectiva valorativa presupone que éste es una unidad práctica, es decir, que a pesar de esa multiplicidad de valores o bienes jurídicos, en cada ocasión relevante, habla con una única voz (como un eco del núcleo), y el criterio básico que los juristas utilizan para construir el sistema de valores, la unidad práctica, es la idea de jerarquía axiológica, en virtud de la cual no todos los bienes

jurídicos están situados en el mismo nivel. Los casos de indeterminación o de conflictos de valores o bienes jurídicos deben ser resueltos en operaciones del método jurídico, como la llamada “ponderación de principios”, que consiste en determinar la prevalencia de un principio sobre otro en un caso concreto, o como la “explicitación de principios implícitos”, que consiste en dotar a las reglas de sentido en términos de protección y promoción de ciertos bienes.

En conclusión, lo relevante para el método jurídico no es que todas las normas del derecho objetivo sean consistentes y coherentes entre sí, sino que en relación con un caso el derecho resulte unitario en términos de guía y valoración de la conducta.

Ahora bien, afirmar que los círculos concéntricos pertenecen al mismo conjunto porque sirven al mismo núcleo no dice nada acerca del contenido del núcleo, de modo que es preciso analizar ahora esa cuestión.

1. Núcleo y principios

Como texto jurídico, no hay duda de que la Constitución Nacional se encuentra en el núcleo, juntamente con los tratados internacionales de derechos humanos y con otros instrumentos internacionales (como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo).

De ese bloque se derivan una serie de principios, que a su vez expresan valores o, por decirlo de otro modo, intereses especialmente protegidos, según la expresión de la actual composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El interés de la persona que trabaja por cuenta ajena está especialmente protegido, pero también lo está el de los consumidores, y la cuestión se complejiza si advertimos la opacidad (aunque más que real) de los beneficiarios del interés protegido por el principio de no contaminación.

Del núcleo extraemos principios que son comunes a cualquier rama del derecho, puesto que son derechos fundamentales de la persona humana: el principio de no discriminación, el principio de protección de la familia, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, el principio de igualdad. No puede afirmarse que estos derechos fueran

específicos de ninguna rama del derecho, ya que, desde el núcleo del sistema, iluminan todos sus ámbitos.

Hay proposiciones jurídicas que proveen criterios para resolver un conflicto de intereses a favor del interés de la persona discriminada, o a favor de la víctima de una represalia por expresar su opinión, o de aquel a quien se le ha violado de manera ilegítima su intimidad.

Los derechos derivados del principio de no discriminación, de igualdad, y en general, de la dignidad humana, pueden ser aplicados sin dificultad en sus diversos ámbitos, pero hay un derecho de última generación que aún no tiene una clara configuración, y que ya es de suma trascendencia axiológica porque tiene que ver con la viabilidad futura del planeta. El principio de no contaminación y de protección del medio ambiente ampara un interés indeterminado pero inconmensurable y global. A la contaminación ambiental se deben, entre otros factores, el cambio climático y sus catástrofes naturales. Los recursos naturales (especialmente los hídricos) constituyen bienes inapreciables, debido a los efectos de la contaminación del medio ambiente.

Hay mucho camino por recorrer sobre este punto desde el derecho y son muchos los intereses de corto plazo que impiden un avance considerable en esta crucial materia.

El siglo XXI habrá de estar signado por esta cuestión global, que plantea serios problemas a resolver en materia de fuentes del derecho y, por qué no, sugiere una nueva serie de principios que habrán de atravesar horizontalmente todas las ramas troncales del derecho.

Nadie discute que quien se obliga a trabajar por cuenta ajena a cambio de una remuneración pierde libertad y se somete a un poder jurídico ajeno. Nadie se atrevería, pues, a discutir la necesidad de protección del trabajador dependiente, o el sentido del principio de protección.

Pero en los análisis del riesgo global seguimos discutiendo sus presupuestos, e incluso seguimos discutiendo qué voz resulta autorizada para efectuar un diagnóstico confiable. Se recurre a los científicos y al mismo tiempo se les reprocha responder a intereses corporativos.

El riesgo existe, es real, y a diferencia de lo que ocurre con los riesgos industriales o con los riesgos del transporte automotor, no te-

nemos noción de sus alcances, y la discusión política medra entre la opinión de los científicos y una imprecisa sensación de daño irreparable. El sistema tradicional de seguros no puede funcionar debidamente contra ese riesgo, porque no es fácil de medir con los criterios con los cuales se miden los siniestros. Se discute, incluso, si existe el riesgo. La cuestión campea entre el discurso científico (sobre alguna base más o menos confiable) y el discurso político (que se sustenta, en las grandes zonas urbanas, en la retórica y en una construcción de riesgo que se afirma en la opinión pública).

A esta dificultad se agrega que, en los Estados nacionales, mientras tanto, hay cuestiones que todavía prevalecen por sobre la necesidad de proteger el medio ambiente. Las cuestiones del desempleo y de la pobreza plantean una cuestión dilemática que alienta la actitud (consciente o inconsciente) de tolerar una dosis “viable” de contaminación. Cuál será esta dosis, cuáles son los peligros que se ciernen sobre el planeta, aún no lo sabemos con precisión.

En cualquier caso, el incipiente Derecho Ambiental del mundo global pone un límite a la idea de progreso ilimitado, ya que no se puede hablar de progreso cuando éste tiene efectos devastadores para el planeta, y es posible pensar en el agotamiento de los recursos naturales no renovables (como las reservas de petróleo) y en el cambio climático (que acaba produciendo pobreza y desamparo).

Los países emergentes, que son los que menos contaminan en la aldea global, cabe suponer que serán los más perjudicados por el cambio climático y por la proliferación de catástrofes cuyo efecto devastador es hartamente difícil de evitar cuando su epicentro es un país con un gran índice de pobreza e indigencia (tómese, por ejemplo, el caso de Haití).

Este interés (el interés de la humanidad) va más allá de los intereses de los Estados nacionales, es un problema global, como lo plantea *Ulrich Beck*, del mismo modo en que el principio de no discriminación va más allá de determinada rama del derecho, dentro del sistema jurídico.

¿Cómo se resolvería un conflicto de intereses entre el derecho al trabajo y el principio de no contaminación? ¿Debe reconocerse un derecho a contaminar de manera razonable? ¿Debe asumirse la contaminación como un riesgo (o un daño) inevitable de un incesante

progreso industrial que el hombre no puede detener? ¿La creación de puestos de trabajo puede justificar el mantenimiento de una actividad industrial que provoca contaminación? ¿Quién nos dice en qué grado se contamina, y a qué costo? ¿No debemos pensar que tal vez en un futuro no muy lejano sea anacrónico hablar de progreso industrial? ¿Cómo puede generarse un debate serio y cuál sería la fuente del derecho si resultase necesario, por ejemplo, detener la creciente deforestación del Amazonas, cuyas consecuencias habrán de ser nefastas para la humanidad?

Me parece que esta cuestión nos implica a todos, y tarde o temprano deberá discutirse, porque, más que una cuestión social, siguiendo a *Ulrich Beck*, estamos ante una cuestión global. Como ocurría entonces con la cuestión social, estamos ante un complejo conflicto de intereses, pero entre naciones ricas y naciones pobres o emergentes, entre el derecho de la ecología y el derecho a trabajar, entre el deber de no contaminar y la necesidad de crear puestos de trabajo para combatir el desempleo.

Explica este autor que la cuestión ecológica plantea la siguiente pregunta: ¿Qué dinámica política, qué estructura social, qué escenarios de conflicto surgen de la legalización y normalización de las amenazas sistemáticas incontrolables? El hambre es jerárquica; la contaminación nuclear, sin embargo, es igualitaria y, en ese sentido, democrática; los nitratos en el agua continental no se detienen en el grifo del director general⁵.

La miseria puede marginarse, pero ya no cabe hacer lo mismo con los peligros en la era de la tecnología nuclear, química y genética. Es ahí donde estriba la fuerza política, peculiar y novedosa de esas amenazas. Su poder es el poder de todas las amenazas que elimina todas las zonas de protección y todas las diferenciaciones sociales dentro de y entre Estados-Nación.

Pero si bien todos estamos en el mismo barco, hay países, sectores y empresas que se benefician de la producción de riesgo, y otros que encuentran amenazada su existencia económica y su bienestar físi-

⁵ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p. 96.

co. Explica Beck que si el Mar Adriático o el Mar del Norte mueren o son percibidos socialmente como peligrosos para la salud, no son únicamente el Adriático o el Mar del Norte los que mueren, junto con toda la vida que esos mares contienen y hacen posible, también se extingue la vida económica de todas las ciudades, sectores y países costeros que viven de forma directa o indirecta de la comercialización del mar.

Coinciden en este caso la destrucción de la naturaleza y la destrucción de los mercados. Muchas cosas serían más fáciles si a aquellos países en vías de industrialización se les pudieran ahorrar los errores de los países altamente industrializados, pero la expansión sin control de la sociedad industrial sigue considerándose la vía regia que promete dominar múltiples problemas, de modo que la miseria dominante desplaza frecuentemente las cuestiones abstractas de la destrucción ambiental.

Como explicita Beck, señalar las amenazas a la naturaleza significa amenazar la propiedad, el capital, el empleo, el poder sindical, el fundamento económico de sectores y regiones enteras, y la estructura de los Estados-Nación y los mercados globales. De modo que existen efectos colaterales de la naturaleza y efectos colaterales de los efectos colaterales dentro de instituciones fundamentales de la primera modernidad⁶.

2. El Derecho del Trabajo y el postulado de la unidad dogmática. El sistema de fuentes

Monereo Pérez sostiene que hay ramas verticales y ramas horizontales del derecho, y que el Derecho del Trabajo es una rama horizontal. Esto significa que se ubica transversalmente entre el Derecho Civil, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal y el Derecho Comercial.⁷

Por su parte, *Montoya Melgar*⁸ afirma que el Derecho del Trabajo

⁶ BECK, ob. cit., p. 99.

⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.

⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho y trabajo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.

tiene por objeto o materia de regulación un específico tipo de trabajo que se configura jurídicamente de acuerdo con las notas de personalidad, voluntariedad, ajenidad, dependencia y continuidad. Su eje o núcleo institucional es el contrato de trabajo, que es una figura de naturaleza jurídico-privada fuertemente intervenida por el poder público, cuya esencia consiste en la atribución que el trabajador hace al empresario de la utilidad patrimonial y de la disponibilidad de su trabajo.

La figura central de esta rama del derecho, el contrato de trabajo, constituye una modulación de la figura de contrato del Derecho Civil. Tiene una relativa autonomía, puesto que todas sus instituciones constituyen una adaptación del Derecho Privado según el principio de protección. Esta relativa autonomía, que tiene su fundamento en un principio ordenador (principio de protección) y en un objeto específico (el contrato de trabajo), no significa que al Derecho del Trabajo no le sean aplicables instituciones o proposiciones jurídicas de otras ramas del derecho, especialmente del Derecho Civil.

Partiendo de ese presupuesto vamos a ver ahora dos cuestiones que merecen ser tenidas en cuenta: el sistema de fuentes y la supuesta unidad dogmática del Derecho del Trabajo.

El concepto de fuentes del derecho contiene una metáfora y una analogía. Si bien estamos habituados a hablar de las fuentes del derecho, y de las fuentes del Derecho del Trabajo en especial, es preciso desentrañar esta institución ineludible para los juristas, ya que la expresión está apoyada en la combinación de dos recursos retóricos. *Aguiló Regla* compara la expresión con la siguiente figura: “la sal de la vida”. Si extendemos esta expresión manteniendo su sentido podríamos afirmar que “la sal es a la comida lo que lo divertido es a la vida”. Pues bien, “las fuentes son a las aguas que fluyen lo que X es al derecho”. Para desentrañar qué hay que poner en lugar de la X es preciso saber qué son las fuentes del derecho.

Se han desarrollado las siguientes definiciones de fuentes del derecho: 1) como fuente del conocimiento de lo que es o ha sido el derecho; 2) como fuerza creadora del derecho; 3) como autoridad creadora del derecho; 4) como acto concreto creador del derecho; 5) como fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de derecho;

6) como forma de manifestación de la norma jurídica; 7) como fundamento de la validez de un derecho subjetivo⁹.

Se ha puesto énfasis en las fuentes del derecho como fundamento de la validez de un derecho subjetivo de reclamar la satisfacción de un interés de manera justificada.

Norberto Bobbio define a las fuentes del derecho como aquellos hechos y actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas. Estamos ante una definición por género y diferencia específica. Sin embargo, en las clasificaciones de fuentes del derecho no se mencionan los supuestos de hecho (hechos y actos jurídicos), sino los resultados institucionales que se identifican generalmente recurriendo a un *nomen iuris*. Estas expresiones sirven para conectar un antecedente (supuesto de hecho) con un consecuente (o consecuencia jurídica).

Tomemos por caso la usucapión, como lo hace *Aguiló Regla*. El supuesto de hecho que da lugar a ese *nomen iuris* es la posesión ininterrumpida de un bien durante un determinado lapso de tiempo. De modo que, en realidad, las clasificaciones de las fuentes del derecho se refieren a los resultados institucionales o consecuentes, y no a los hechos y actos jurídicos que son su antecedente.

Dentro de las clasificaciones posibles tenemos normas que provienen de autoridades políticas (leyes, reglamentos, etc.), normas que provienen de autoridades jurisdiccionales (sentencias de los jueces), normas que provienen de ciertas prácticas sociales (costumbres jurídicas) y normas que provienen de la elaboración racional del derecho (normas implícitas, principios generales del derecho, etc.).

Tenemos, pues, una diversidad de normas que provienen de las más variadas fuentes. En el Derecho del Trabajo contamos con una fuente muy peculiar, cuyo resultado institucional es el convenio colectivo de trabajo. ¿Cuál es la fuente del convenio colectivo de trabajo? La voluntad concurrente de los sujetos colectivos. Del mismo modo que la fuente del contrato es la voluntad de los sujetos individuales. Ahora bien, ¿de dónde proviene la fuerza obligatoria de los contratos y de los convenios colectivos de trabajo? De una norma que establece que si se presenta determinado supuesto de hecho (el acuerdo individual

⁹ AGUILÓ REGLA, ob. cit., p. 22.

o colectivo) se obtiene un resultado institucional (contrato o convenio colectivo de trabajo). Desde este punto de vista, podemos afirmar que la fuerza normativa de los contratos y de los convenios colectivos de trabajo proviene, en última instancia, de la ley, que sirve de amalgama entre el antecedente y el consecuente. Por eso es que la ley es un resultado institucional de mayor jerarquía que los convenios colectivos de trabajo y, desde luego, también tiene mayor rango que los contratos. De todas maneras, vale destacar que los contratos son fuente de obligaciones (de derechos subjetivos) pero no de derecho objetivo. En este punto, el convenio colectivo de trabajo tiene una fuerza imperativa que va más allá de los sujetos que lo acuerdan.

La ley también establece las condiciones que deben reunirse para que el resultado institucional (contrato, convenio colectivo de trabajo) pueda ser una válida consecuencia de la voluntad de los sujetos (individuales o colectivos), de modo que la fuerza obligatoria y los alcances subjetivos de estos resultados institucionales dependen de la conjunción de determinadas condiciones que fija la propia ley.

El Código Civil recurre a una comparación para explicar el efecto subjetivo de los contratos, ya que dice que sus cláusulas regirán para las partes contratantes como la ley misma. Podrá decirse que la fuerza obligatoria de los contratos (y acaso también de los convenios colectivos de trabajo) proviene de un principio ordenador que precede a la ley (*pacta sunt servanda*). Y esto promoverá la discusión de si estamos ante una fuente del derecho autónoma o derivada. La discusión vale, desde luego, para los convenios colectivos.

Para abordar el análisis de las fuentes del derecho es preciso ir más allá, puesto que, aun cuando la fuerza obligatoria de los resultados institucionales proviniese de la ley, los antecedentes o supuestos de hecho son variados. Un contrato o un convenio colectivo de trabajo es un resultado institucional (consecuente) ligado por un acto de autoridad pública (la ley) a un antecedente o supuesto de hecho (la voluntad concurrente de sujetos individuales y la voluntad común de sujetos colectivos respectivamente). El nexo entre el antecedente y el consecuente está condicionado por la misma autoridad pública a una serie de requisitos, ora formales, ora sustanciales o de contenido.

Lo peculiar de los convenios colectivos de trabajo no está sólo en el antecedente (el acuerdo de voluntades entre los sujetos colectivos), sino también en sus efectos de fuerza obligatoria más allá de los sujetos contratantes, en su aplicación a un universo indeterminado de trabajadores que tienen un interés común en razón de su actividad (categoría). Es harto difícil sostener que ese alcance de su fuerza obligatoria provenga de los propios sujetos, porque semejante proyección no tiene origen en el acuerdo de voluntades, ya que el modelo contractual no prevé que los alcances del negocio jurídico perjudiquen a terceros.

El particularismo está en el segmento del consecuente o resultado institucional, y la ley, como expresión de la autoridad pública política, es la única fuente del derecho capaz de predeterminar un resultado institucional y sus alcances.

De todas formas, no debemos olvidar que entre los derechos colectivos previstos en el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional está el derecho de celebrar convenios colectivos de trabajo, y bien podría plantearse que ello presupone también su efecto *erga omnes*. Sin embargo, también podría sostenerse que la Constitución consagra el derecho de contratar, y ello no supone que dos sujetos individuales tengan derecho a generar un resultado institucional que afecte a terceros.

En cualquier caso, si nos atenemos al antecedente de los convenios colectivos de trabajo (el acuerdo de voluntades de sujetos colectivos o simplemente el acto de voluntad colectiva) ya tenemos bastante singularidad, puesto que no todos los sujetos colectivos pueden amalgamar su voluntad con el eslabón que la une a un resultado institucional con efectos *erga omnes*. Sólo pueden hacerlo los sujetos que son más representativos, según criterios que también determinará la autoridad pública.

Y entonces aparece la noción de interés colectivo, cuya colectividad puede englobarse, a su vez, en la noción de categoría.

Tenemos convenios colectivos de trabajo de actividad, de rama, de categoría y de oficio, tenemos la ley y decretos reglamentarios o complementarios, tenemos leyes especiales para determinadas actividades (a veces especiales y a veces no). En suma, tenemos una gran variedad de productos normativos dentro del sistema jurídico de derecho objetivo.

Y tenemos también, porque no está de plano descartado, obligaciones que surgen del acuerdo individual de los contratantes.

¿Cómo puede postularse la unidad dogmática del Derecho del Trabajo con semejante variedad de resultados institucionales provenientes de la autoridad pública, de la voluntad individual, de la voluntad colectiva, de la costumbre?

En un campo del derecho tan dinámico resulta harto problemático encontrar un cuerpo orgánico básico de la disciplina. Tenemos a la Ley de Contrato de Trabajo, pero hay actividades que no están incluidas en su ámbito (el trabajo agrario, los empleados y empleadas de casas particulares) y hay otras que cuentan con regulaciones específicas sobre determinadas instituciones, a veces de una manera no tan favorable como la Ley de Contrato de Trabajo.

El núcleo del Derecho del Trabajo es el principio de protección, puesto que todas sus instituciones y sus reglas de aplicación están inspiradas en ese principio rector. No siempre la dispersión dogmática está plenamente justificada, puesto que, por ejemplo, la ausencia de beneficios de la seguridad social para los empleados y empleadas de casas particulares no tiene una justificación científica, como tampoco la ausencia de licencia por maternidad.

De modo que el sistema tiene pequeños cuerpos normativos cuyo tratamiento peyorativo no está justificado, tiene leyes generales que regulan aspectos específicos pero no están incorporadas en la ley básica (ley 25.323, ley 24.013), y tiene leyes generales que atraviesan todo el Derecho del Trabajo y también las otras ramas del derecho (ley 26.485 y ley 23.592).

En los casos de concurrencia dentro del campo del Derecho del Trabajo debería prevalecer el principio de protección, de modo que debería revisarse el artículo 2º de la LCT, puesto que las regulaciones estatutarias que sean menos favorables deberían derogarse por colisión con la ley general, salvo supuestos de incompatibilidad. En este punto, pues, deberían revisarse los estatutos particulares para adaptarlos a la ley general.

La LCT debería ser el estándar básico común del Derecho del Tra-

bajo, y a los llamados contratos de trabajo atípicos deberían aplicárseles, salvo casos de incompatibilidad, sus principios y reglas generales.

Con esto no se puede asegurar que se logrará una unidad dogmática monolítica, pero al menos la disciplina contaría con una estructura jurídica básica que sólo sería desplazada en los casos específicos que, por sus particularidades, escapan a su tipicidad.

El artículo 2º de la ley 25.323 establece una sanción para el mismo supuesto sancionado por el artículo 9º de la ley 25.013, la sanción del artículo 2º de la ley 25.323 consiste en la duplicación de las indemnizaciones de los artículos 232, 233 y 245 de la LCT, y no hay razón alguna para que no puedan ser sancionados los empleadores de actividades reguladas por una normativa específica que no remita a tales normas, en los casos en los cuales éstos incurren en la misma conducta que sanciona la norma. El artículo 1º de la ley 25.323 sanciona las irregularidades de registro, pero no precisa si los supuestos de hecho de la norma son los previstos en los artículos 8º, 9º y 10 de la ley 24.013 o cualquier irregularidad de registro. El artículo 39 de la ley 24.557 fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la primavera de 2004 y todavía no se ha modificado. El artículo 46 de la ley 24.557 aún está vigente, pero en la práctica no tiene aplicación, en atención a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en la causa “Marchetti...” El tope indemnizatorio del artículo 245 de la LCT ha sido declarado inconstitucional, más allá de cierto límite, y sin embargo todavía se necesita de un juez que aplique esa doctrina, puesto que la norma aún está vigente.

Podrían agregarse más inconsistencias normativas que requerirían de una revisión, y sin duda ello contribuirá a ordenar tal cantidad de dispersión en aspectos que no la justifican. No hay seguridad de que se logrará una unidad dogmática, pero debe admitirse que la consistencia en el contenido del derecho servirá mejor a la labor de unidad en la aplicación que el mantenimiento de pequeñas leyes extravagantes cuyo campo de regulación no justifica una norma aislada del cuerpo normativo básico.

De todas maneras, la unidad dogmática siempre será una aspiración, y el hecho de que la consistencia jurídica y la coherencia axiológica contribuyan a construir esa unidad no implica que ese objetivo pueda

lograrse; entre otras cosas, porque la voluntad colectiva como fuente del derecho objetivo (*erga omnes*) propone *ab initio* un factor de dispersión y de diversidad. Aun así, no debe abandonarse la aspiración de contar con un ordenamiento jurídico que pueda ser abordado como una unidad.

Pero ocurre que lo que se pueda hacer para reconstruir la unidad dogmática del Derecho del Trabajo, desde adentro, al cabo resultará insuficiente, ya que a la complejidad del sistema de fuentes propia de esta rama del derecho se le agregan derechos y contenidos que atraviesan todo el ordenamiento jurídico.

La ley 23.592 prohíbe los actos discriminatorios por los motivos que indica y asegura un derecho subjetivo de la víctima a solicitar el cese de la conducta lesiva y el pago de los daños y perjuicios generados. Esta norma no sólo está en la periferia del cuerpo normativo básico del Derecho del Trabajo, sino que está sencillamente fuera de su ámbito específico. Aun así, no hay razones científicas para no aplicar ese precepto a una rama horizontal que no cuenta con una autonomía absoluta.

No parecen convincentes los argumentos con los que se postula que la ley 23.592 no resulta aplicable al Derecho del Trabajo en materia de despido, o que sólo resultaría aplicable en cuanto prevé la indemnización de daños y perjuicios, y no en cuanto dispone el cese del acto discriminatorio, si éste es un despido.

En este caso no estamos ante una laguna axiológica sino ante una laguna normativa, la cual no sería tan evidente si antes no se hubiese dictado una norma específica que sancionaba el despido discriminatorio con una indemnización agravada.

Es cierto que, en materia de estabilidad, nuestro cuerpo normativo básico prevé un sistema de ilicitud y validez, pero no parece admisible que la derogación de la norma específica que mantenía ese sistema y la falta de sanción de otra en su lugar pudiera interpretarse como el mantenimiento para tales casos del artículo 245 de la LCT, o como una condena adicional por daño moral. Si el legislador que derogó la norma específica no reguló la situación en su reemplazo, no hay razón alguna para no aplicar la norma general que no excluye a las conductas antidiscriminatorias en materia de despidos. Ninguna norma dispone

que el despido discriminatorio fuera un acto derogatorio válido de la relación de trabajo, y no debemos perder de vista que, en esta materia, no estamos ante un despido arbitrario o sin justificación, sino ante una situación aún más grave, ante un despido con una ilicitud calificada, puesto que la posibilidad de poner un acto derogatorio es utilizada para discriminar.

La ley 23.592, pues, opera desde afuera, pero opera, tal como ocurre con la ley 26.485 de protección integral contra la mujer.

Su aplicación no genera incoherencia axiológica con el principio de protección, aun cuando se genere una cierta inconsistencia normativa con otros supuestos que la Ley de Contrato de Trabajo sanciona con una indemnización agravada, y no con la nulidad (despido por matrimonio y despido por maternidad).

Pero ocurre que la situación debe resolverse de conformidad con el principio de progresividad, al menos desde el punto de vista sincrónico. Si la norma general permite solicitar la nulidad de un acto discriminatorio, y no excluye el despido, no parece admisible postular la incompatibilidad de esa solución con invocación de otros supuestos similares, como el del artículo 182 de la LCT (la LCT es de 1974, su primera reforma, de 1976; la ley 23.592 es de 1988, luego de la reforma de la Const. Nac. de 1994).

Solamente podría recurrirse al sistema de validez e ilicitud si aplicáramos el principio de leyes análogas como pauta de integración del derecho (art. 11, LCT). Ahora bien, ¿podría sostenerse que estamos ante una laguna normativa si, aun cuando no exista una norma específica, el supuesto de hecho encuadra en el ámbito de una norma inespecífica en relación con el Derecho del Trabajo pero específica en lo que se refiere a las acciones para conjurar una conducta discriminatoria?

La ley 23.592 no es incompatible con el Convenio 111 de la OIT ni con el Protocolo de San Salvador, e incluso puede afirmarse que la norma prevé su aplicación al Derecho del Trabajo, ya que contempla el supuesto de discriminación por motivo de opinión gremial. Parece difícil concebir un supuesto de discriminación por opinión gremial que se produjera fuera del ámbito laboral.

En conclusión, estamos ante una rama horizontal del ordenamiento jurídico que no es impermeable a las normas generales en materia de derechos fundamentales. En estos casos, deben primar los contenidos por sobre la forma. Volviendo a la metáfora del núcleo duro del sistema de derecho, normas tales como la ley 23.592 (contra la discriminación) o la ley 26.485 (de protección integral de la mujer) resultan aplicables a todos los ámbitos del derecho por motivos sustanciales, salvo previsión específica.

La ley 26.485 establece una regulación general de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en los ámbitos en que desarrolle sus relaciones interpersonales, y su regulación atraviesa horizontalmente todas las ramas del derecho.

Si se comprueba que el empleador se ha valido de un régimen jurídico que, en su diseño general, convalida su decisión de despedir sin causa justificada, en el marco de un sistema que prevé como sanción una indemnización tarifada, no resulta admisible, en mi opinión, proyectar la eficacia general de ese acto derogatorio a la utilización abusiva de esa posibilidad, porque ello implicaría afirmar que el legislador mantiene el poder del empleador de poner un acto válido incluso cuando ese acto derogatorio fuera utilizado como un instrumento para discriminar.

Es cierto que la nulidad del despido y la reincorporación del trabajador exceden el esquema general de la Ley de Contrato de Trabajo, y que ninguna norma específica prevé tales consecuencias (salvo los casos especiales de los representantes gremiales), pero esa aparente incompatibilidad formal se apoya, en mi opinión, en una concepción algo rígida en relación con la pretendida unidad dogmática del Derecho del Trabajo. Creo que los juristas debemos asumir que el derecho, y el Derecho del Trabajo en especial, reconstruye su unidad en cada acto de aplicación concreta, y que los nuevos contenidos y los derechos de más reciente generación obligan a efectuar una ponderación de contenidos. Quiero decir con esto que si admitimos que el derecho se realiza en el discurso jurídico, es decir, que es una práctica social discursiva, debemos admitir que los argumentos orientados a reconstruir su unidad según los derechos o contenidos deben prevalecer sobre los argumentos que tienden a preservar una supuesta unidad dogmática del Derecho del Trabajo. Desde luego que los argumentos de este

último tipo son lógicamente correctos, pero su corrección conduce a un efecto paradójico, ya que habría que estar dispuesto a admitir una suerte de “blindaje” del derecho social, impermeable incluso a soluciones que, por su contenido, guardan coherencia axiológica con el principio de protección de la disciplina.

Por otra parte, hacia adentro del ordenamiento laboral, la regla formal de jerarquía cede ante las reglas que se apoyen en el contenido del derecho, al menos en lo que se refiere a la concurrencia entre la ley y los convenios colectivos de trabajo, o entre convenios colectivos de trabajo de distintos ámbitos. Como se advertirá, aplicar la ley 23.592 a los casos de despidos discriminatorios y apartarse del sistema de validez e ilicitud no es otra cosa que proyectar el principio de prevalencia de los contenidos por sobre las formas que también impera dentro del ámbito del Derecho del Trabajo. Esto no significa que en todos los casos sea correcto introducir en el Derecho del Trabajo reglas o principios regulados en normas ajenas a éste. La regla sería la siguiente: las regulaciones generales que sancionan las conductas violatorias de derechos fundamentales concebidas según la lógica de protección deben aplicarse en todos los ámbitos del derecho, salvo que, en determinado ámbito, exista una norma de igual contenido, en cuyo caso prevalecerá la norma específica y el criterio de solución allí previsto. Desde luego que esta salvedad dejaría pendiente el control de constitucionalidad de la norma específica, pero ello dependerá del diseño legal y de la razonabilidad del criterio de solución.

Pero no sólo existen problemas de aplicación frente a normas inespecíficas del Derecho del Trabajo, también los hay entre normas específicas. Como un ejemplo de este último caso pueden analizarse la concurrencia del artículo 92 bis de la LCT (período de prueba) y los artículos 177, 178 y 182 del mismo cuerpo normativo (protección de la maternidad, presunción e indemnización agravada).

En este caso se presenta una situación harto compleja, puesto que el artículo 92 bis de la LCT no obliga al empleador a exponer los motivos de la extinción. La ley presume que los motivos se relacionan con la capacitación o las condiciones personales del trabajador, y opta por dejar librada a la discrecionalidad del empleador esa evaluación.

¿Pero qué ocurre si se trata de una trabajadora embarazada? ¿Siguen siendo irrelevantes para el derecho los motivos de la extinción si estamos ante una trabajadora especialmente protegida por la ley? La respuesta es que no, puesto que el derecho no puede dejar en el ámbito de reserva del empleador los motivos de la extinción cuando el sujeto trabajador goza de una tutela específica en la propia Ley de Contrato de Trabajo. La ley presume que el despido de una trabajadora embarazada se debe a su estado de gravidez, salvo que se demuestre lo contrario, y esta norma de tutela, que reglamenta un derecho fundamental (de no discriminación, Convenios 100 y 111 de la OIT, art. 6º, inc. c, de la ley 26.485), prevalece por sobre la regla de discrecionalidad y reserva del artículo 92 bis de la propia ley. ¿En qué consiste esa prevalencia? En que el empleador debería explicitar los motivos relacionados con la capacitación o las condiciones personales de la trabajadora para valerse del artículo 92 bis de la LCT, ya que entre la regla de reserva y la presunción de discriminación debe prevalecer la presunción, que está destinada a proteger a un sujeto que goza de especial tutela en las normas nacionales e internacionales. Y no sólo a la mujer, sino también, por proyección, a su familia.

En materia de responsabilidad de directores y administradores de sociedades tenemos otro caso de aplicación de una norma general ajena al ámbito del Derecho del Trabajo, y en este caso se puede apreciar con claridad cómo la unidad del derecho se reconstruye a la hora de su aplicación. En esa instancia, la norma provee al operador jurídico de un criterio de decisión que, aunque no está inserto en una norma típicamente laboral, sirve para justificar la satisfacción de una pretensión, en la medida en que el principio de la norma que se aplica guarda coherencia axiológica con el Derecho del Trabajo, dado que aspira a proteger al acreedor de créditos laborales y, por ende, la solución va en la misma dirección que el principio de protección de la disciplina específica. Éste es otro caso que pone en evidencia la tesis de la horizontalidad del Derecho del Trabajo y de su relativa autonomía.

Si el ordenamiento positivo específico tuviera alguna regulación especial para juzgar la responsabilidad de los directores y administradores de las sociedades comerciales, debería, en principio, aplicarse la norma especial. Si bien el artículo 31 de la LCT trata un supuesto que

podría incluirse entre las normas sobre el principio de realidad, entiendo que el ámbito de aplicación de esa norma es más acotado que el de los artículos 59, 156 y 274 de la ley 19.550, y no hay motivo alguno para no aplicar una norma general que beneficia a todos los acreedores, tanto terceros como socios. Una vez más, entiendo que blindar el Derecho del Trabajo frente a la aplicación de esas normas del Derecho Comercial llevaría a una aplicación restrictiva de una norma de garantía en una disciplina en donde rige el principio de protección.

Pero el principio de protección no debe tenerse en cuenta solamente a la hora de aplicar normas no específicas para reconstruir la unidad del derecho, sino también a la hora de interpretarlas. La interpretación del concepto de solidaridad es un claro ejemplo no sólo de la evolución del derecho, y su carácter dinámico, sino también como manifestación de un cambio lento pero incesante de la epistemología del derecho.

Desde que se sancionó la Ley de Contrato de Trabajo, durante casi veinte años, prevaleció un concepto restrictivo de solidaridad pasiva laboral que generó un verdadero derecho implícito. Esa interpretación restrictiva sostenía que la solidaridad pasiva que consagraba el artículo 30 de la LCT no era un caso de solidaridad plena, según la regula el Código Civil, sino una suerte de “asunción de deuda”, o de “fianza”. Se exhumó incluso un instituto del Derecho Romano, la responsabilidad *in solidum*. Según esta tesis, en cualquiera de sus variantes, el acreedor laboral (es decir, el trabajador) no podía obtener una condena contra el llamado responsable vicario si no la obtenía en relación con el llamado obligado principal (es decir, su empleador). Durante veinte largos años se aplicó este concepto como una verdad apodíctica, y se rechazaron infinidad de demandas con el argumento de que el empleador debía necesariamente estar demandado en el proceso para responsabilizar al responsable solidario. De pronto, con las mismas normas básicas en materia de solidaridad, y acaso como una consecuencia impensada de normas contingentes de la Ley de Concursos y Quiebras, se reabrió un debate y se puso en crisis ese derecho implícito, a punto tal que la tesis contraria a la que se había aceptado pacíficamente durante largos años prevaleció en un plenario. No sé si la doctrina plenaria actual, de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores (al menos en la Capital Federal), tendrá tanta aceptación como devotos

tuvo la tesis contraria. Esta cuestión resulta de gran interés para la investigación jurídica, puesto que es posible que el derecho implícito que recibió tanta aceptación en los operadores jurídicos durante tantos años de pronto apenas cautive a una minoría en un acuerdo plenario. Esto habla del dinamismo del Derecho del Trabajo, pero deja una evidencia ciertamente inquietante para quien se atreva a profundizar en una suerte de epistemología de la disciplina.

El Derecho del Trabajo se reconstruye a la hora de su aplicación; allí nace la norma jurídica, se realiza (es decir, se hace real).

Cómo puede explicarse que normas que estuvieron vigentes durante muchos años merezcan interpretaciones tan contradictorias. Cómo puede explicarse que normas ajenas al Derecho del Trabajo, vigentes durante un tiempo considerable, de pronto, se aplican dentro de su ámbito, sin que se verificase ningún cambio normativo. Seguramente el artículo 30 de la LCT no es la misma norma después del plenario 309 (del 3-2-2006)¹⁰, de modo que asistimos a un cambio de criterios de solución de conflictos que no proviene de un acto del Poder Legislativo, sino del propio Poder Judicial. Esto no debe escandalizar a nadie, porque es el Poder Judicial el que debe interpretar la norma para su aplicación. Y la interpretación, como sabemos, es una actividad insoslayable para el operador jurídico. Cuáles son los límites de la interpretación es una cuestión harto interesante a la que se han dedicado los hermeneutas, en el terreno del derecho y en el de la filosofía; no en vano la hermenéutica es un campo del pensamiento que ha marcado los desarrollos contemporáneos en el campo del psicoanálisis, de la filosofía, y, por qué no, también del derecho.

Un ejemplo de la práctica cotidiana que nos lleva a plantearnos cuáles son los límites de la interpretación lo encontramos en el artículo 18 de la Ley de Contrato de Trabajo. Dice la norma que al trabajador que reingresa a las órdenes del mismo empleador se le respetará la antigüedad acumulada durante el tiempo de trabajo anterior. ¿Qué significa “mismo empleador”? ¿Es un concepto equivalente, una sinonimia de la expresión “misma empresa”? Según las respuestas que nos demos

¹⁰ Plenario dictado en autos caratulados: “Ramírez, María Isidra c/Russo Comunicaciones e Insumos y otro s/Despido”.

a estas preguntas, al trabajador que reingresa se le respetará o no su antigüedad anterior. Se podrá decir que la discusión carece de trascendencia, pero al cabo se entenderá su sentido práctico si se tiene en cuenta que puede ocurrir que entre el primer egreso y el reingreso pudo haberse producido un cambio de titularidad de la empresa. Y la pregunta vuelve a aletear sobre la norma. Algunos dirán que es evidente que cuando la ley se refiere a “mismo empleador” está pensando en “misma empresa” y se apoyarán en un argumento de consistencia. Dirán que otras normas del mismo cuerpo normativo toman como centro de imputación normativa a la empresa, por lo cual no habría razón alguna para admitir una interpretación que se aparte de ese principio en favor de otro centro de imputación (el contrato y sus sujetos). Esos argumentos son aceptables, y además conducen a una solución más justa, al tiempo que salvan la consistencia del sistema con otras normas (art. 225 de la LCT).

Pero de nuevo sobrevuela la pregunta. ¿Cuáles son los límites de la interpretación? ¿Puede el juez “corregir” la norma? Los argumentos que militan a favor de que estamos ante dos expresiones semánticamente equivalentes pueden esgrimirse para un análisis descriptivo de las normas, y difícilmente puedan ser refutados en ese terreno, porque no hay duda alguna de que estamos ante una legislación inconsistente, ya que no hay ningún motivo axiológico que justifique que no se le respete la antigüedad al trabajador que reingresa a la misma empresa (o al mismo establecimiento), porque debe ser la empresa el centro de imputación de las normas de protección y carece de relevancia la figura del empleador (regla que emerge del art. 225 y de las demás normas del Cap. XI de la LCT).

Esta cuestión sólo ha sido de interés para la doctrina, e incluso en ese terreno contamos con dos posturas contrarias, sostenidas por dos juristas de indudable valor intelectual. *Vázquez Vialard* se inclina a favor de la equivalencia semántica, con los argumentos expuestos más arriba, sin duda mejor presentados; *Justo López*, en cambio, comparte esos argumentos, ya que considera que sustentan una solución más justa y más consistente con la misma Ley de Contrato de Trabajo; sin embargo, entiende que no estamos ante dos expresiones equivalentes desde el punto de vista semántico, de modo que sostiene que no es

posible hacer una interpretación extensiva, puesto que, aun cuando no se estuviera de acuerdo o se denunciara una inconsistencia normativa, lo cierto es que el supuesto de hecho de la norma es ciertamente diverso al supuesto en que se apoya el artículo 225 de la LCT.

3. El principio de protección y sus derivaciones

Si el contrato es la máxima creación del derecho de la modernidad como expresión de la libertad del hombre, ¿cuál es el fundamento del principio de protección? Aunque parezca una paradoja, comparto la opinión de quienes sostienen que su fundamento es la pérdida de libertad que implica el contrato de trabajo. Esto es ciertamente paradójico si tenemos en cuenta que es el contrato de trabajo, como todo contrato, un negocio jurídico que tiene como presupuesto un acuerdo de voluntades, es decir, un ejercicio de libertad.

Este ejercicio de libertad¹¹ en sentido jurídico inserta al trabajador en una relación que lo somete al poder jurídico del empleador, es decir, a un régimen jurídico que legitima el poder real que tiene éste sobre el trabajador y que necesariamente implica la pérdida de libertad. Y la restricción de la libertad es tanto interna como externa, porque no sólo se manifiesta como una sumisión directa a los poderes del empleador, sino también como un condicionamiento hacia afuera, como una limitación a la libertad de organizar sus tiempos personales, como son los de la vida familiar, la cultura, el ocio, etcétera¹².

Podemos afirmar que el principio de protección tiene como fundamento la limitación de la libertad del trabajador dentro del contrato de trabajo, pero esa explicación será sesgada si omitimos decir, al mismo tiempo, que el principio es una consecuencia de que el derecho le otorga legitimación jurídica a un poder que existe en la realidad¹³.

¹¹ La relación de trabajo nunca es impuesta para el trabajador. El contrato de trabajo tiene como sujeto necesario al trabajador libre.

¹² Ver ACKERMAN, Mario, *El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo*, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. I, p. 20.

¹³ Jean-Paul Fitoussi y Pierre Rosanvallon recuerdan que a comienzos del siglo XX los partidos de izquierda incluían en sus programas la “abolición del trabajo asalariado”, que simbolizaba la dependencia y la alienación, e incluso un partido moderado como

La legitimación del poder real y la consecuente legitimación de la restricción de la libertad constituyen el fundamento del principio de protección, que podría decirse que nació con el Derecho del Trabajo.

Ahora bien, ¿podría encontrarse un fundamento para justificar la legitimación del poder real del empleador? Acaso la libertad de empresa.

¿Puede afirmarse que la libertad de empresa justifica el reconocimiento de un poder disciplinario, de un poder de organización y de un poder de dirección? La respuesta es que no necesariamente.

Con esto se quiere enfatizar que el fundamento de la legitimación jurídica del poder de dirección es meramente metajurídico, es económico. Es una consecuencia del derecho de propiedad sobre la empresa, o, si se quiere, de una manera más general, de la titularidad de la empresa privada.

El Derecho del Trabajo, pues, viene a “consagrar” jurídicamente el poder real del titular de la empresa privada bajo un régimen de producción capitalista; su finalidad es generar condiciones de regulación que aseguren la utilización de la fuerza de trabajo sin que esa regulación implicase la negación de este poder. Para ello no es posible legitimar la restricción de la libertad sin conceder a cambio el principio de protección.

El principio de protección tiene entonces un fundamento defensivo.

Pero ocurre que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido un gran desarrollo luego de la Segunda Guerra Mundial, es lógico que su impulso habrá de socavar las murallas de este derecho especial, sobre todo si tenemos en cuenta que la persona que trabaja en relación de dependencia no sólo pone a disposición su fuerza de trabajo sino su propio cuerpo. Si esto es así, no es difícil advertir que no está en juego sólo su integridad física, sino también su intimidad y sus libertades más elementales.

Y es así que en la actualidad aparecen fenómenos que siempre existieron (al menos, desde el nacimiento del modo de producción

el radical todavía incluía en 1922 dentro de su programa de aspiraciones “la abolición del trabajo asalariado, supervivencia de la esclavitud”. Ver *La nueva era de las desigualdades*, Manantial, Buenos Aires, 2006, p. 188.

capitalista), como la misma dependencia, pero que, como la dependencia, son aprehendidos por el derecho mucho tiempo después. Me refiero a las figuras del acoso laboral, de la violación de la intimidad del trabajador, del ejercicio de la libertad de expresión, de la libertad de conciencia. No hay duda alguna de que hay mucho por avanzar sobre estas cuestiones, pero debe admitirse que se avizora una nueva configuración de derechos de mayor sofisticación, que tienden a garantizar la realización del trabajador como persona en el ámbito de la empresa.

Si en sus inicios el Derecho del Trabajo se quedaba en la limitación de los poderes de dirección y en la protección de la integridad física y psíquica del trabajador (y en la reparación de su pérdida), en la actualidad se viene perfilando un ámbito de protección que va más allá, y que tiene por finalidad proteger lo que se podría llamar un aspecto más espiritual de la persona. De allí el concepto de ciudadanía dentro de la empresa.

Estos derechos someten el poder de dirección del empleador a límites cada vez más estrechos. La conclusión es que, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y desde las normas internacionales del trabajo, se avizoran grandes avances en lo que se refiere a la tutela de la libertad real del trabajador, y se estrecha en la misma proporción el poder real del empleador.

En la década de los 90 se intentó en nuestro país lo contrario: llevar la libertad del trabajador a su máxima restricción, y dilatar el margen de poder real del empleador. Pero esa década ha sido finalmente superada, porque de inmediato se cayó en la cuenta de que no había llegado el fin de la Historia anunciado por los formadores del pensamiento neoliberal, y aunque ya no estemos en el escenario de la guerra fría, otros fantasmas amenazan al sistema hegemónico. Y volvemos al principio, la concepción del Derecho del Trabajo como una concesión de derechos con fines defensivos. Esto no implica –vale aclararlo– subestimar el papel de las luchas obreras en la conquista de derechos sociales. Por el contrario, tales luchas denunciaron una “cuestión social” que propició la respuesta del sistema para lograr su conservación.

Pero así como hacia adentro se puede esperar un creciente avance de ámbitos de libertad del trabajador, hacia afuera se presenta un futuro

por cierto inquietante, si admitimos que la producción industrial no puede crecer indefinidamente, o no sería conveniente que lo hiciera. El siglo XXI se inauguró con la puesta en escena en la arena del debate público de la “cuestión ambiental”: el cambio climático, la contaminación ambiental, la deforestación, la carencia de recursos naturales (como recursos hídricos). La producción industrial podrá crecer, y con ella el nivel de empleo, pero aparecen sujetos sin representación actual, cuyo interés debe protegerse de manera acuciante ahora mismo (nuestros nietos), que perderán algo más que el empleo. No se pretende con esto alimentar los discursos apocalípticos, y ni siquiera se tiene la certeza del grado de riesgo y daño de la producción industrial, pero no puede negarse que se avizora, en simultáneo, un conflicto entre un derecho tradicional de corto plazo y un derecho cuya protección no admite demora, aunque sus titulares no hayan nacido todavía. Como se advertirá, en este caso lo colectivo tiene una abstracción todavía mayor que en el Derecho del Trabajo: mientras que un convenio colectivo protege a todos los trabajadores futuros de la misma actividad, el Derecho Ambiental involucra a toda la humanidad (a la llamada aldea global).

La reciente reforma del artículo 12 de la LCT supera las controversias del pasado acerca del alcance del principio de irrenunciabilidad. Antes de la reforma estaba en discusión si el principio regía más allá de las fronteras del orden público laboral. En realidad, tanto la imperatividad en la adquisición de un derecho mínimo (mal llamada inderogabilidad relativa) como la irrenunciabilidad de ese derecho son consecuencias de lo dispuesto en los artículos 8° de la LCT y 8° de la ley 14.250. Si el trabajador no puede disponer de los derechos que le otorga una norma de orden público laboral a través de negocios jurídicos que impliquen su reducción debe admitirse que menos aún puede renunciar a esos derechos, si entendemos la renuncia como una abdicación del derecho a cambio de nada.

Aunque hay autores que ofrecen ejemplos de normas de orden público en donde se presenta el efecto de imperatividad sin irrenunciabilidad (las normas sobre prescripción, por ejemplo), las normas laborales tienen siempre ambos efectos.

La imperatividad se mantiene incluso en el sistema de concurrencia

por complementariedad, puesto que, como bien lo explica *Martín Valverde*, cuando un convenio colectivo mejora los mínimos o los máximos que establece la norma estatal, su efectiva aplicación, más que una derogación de la norma estatal, es la realización de su finalidad.

Es que, en realidad, la norma estatal es una norma genéticamente imperativa (e irrenunciable) frente a la autonomía individual, pero cumple una función promocional frente a la autonomía colectiva. Promocional no en el sentido de estimular la negociación colectiva sobre determinado colectivo; más que eso; la norma estatal promueve el mejoramiento de los derechos que asegura, a través de un producto institucional de fuente no heterónoma. En eso radica la verdadera promoción, en orientar la negociación colectiva hacia una sola dirección. Y si las partes colectivas logran la aspiración de la norma, es lógico que ésta asegure su observancia transmitiéndole a ese producto institucional (convenio colectivo de trabajo) los efectos propios de la norma estatal que los propició (me refiero a los efectos de imperatividad e irrenunciabilidad).

La reforma del artículo 12 de la LCT es de suma relevancia para la teoría general del Derecho del Trabajo, puesto que, a partir de ahora, el principio de irrenunciabilidad se independiza decididamente del *corpus* del derecho objetivo para regir también en relación con los derechos típicamente contractuales cuya fuente es la autonomía individual. El derecho nacido de un contrato individual, pues, se cristaliza, y la misma fuente que lo ha generado ya no podrá deshacerlo. El contrato individual, pues, genera derechos irreversibles y absolutamente intangibles, tanto frente a la misma fuente que le dio origen (la autonomía individual) como frente a la autonomía colectiva y al poder de legislar del Estado. Frente a la autonomía individual se podrá oponer el principio de irrenunciabilidad, en tanto que frente a la autonomía colectiva y al poder de legislar del Estado se podrá invocar el principio de la condición más beneficiosa.

La nueva configuración del contrato de trabajo, pues, supone un negocio privado signado con una intensa intervención estatal en lo que hace a los aspectos no regulados y en lo que se refiere al nivel de beneficios para el trabajador, y también por una limitación de la

autonomía de la voluntad de las partes para revisar beneficios no contemplados en la norma estatal.

Entre los principios, el de indemnidad es acaso el que está más ligado a la esencia del contrato de trabajo, a su particularismo. Esto no desmerece para nada a los demás principios y reglas, porque no se juega en esta afirmación una cuestión de jerarquía, sino más bien, digámoslo así, una diversa genética.

Es cierto que todos los principios y reglas dimanen del principio de protección, pero las viejas controversias en torno del alcance del principio de irrenunciabilidad, por ejemplo, ponen en evidencia que su alcance dependerá de la interpretación de la norma específica que lo regula. Desde luego que cualquier norma tuitiva puede derivarse del principio de protección, y no parecería viable una norma imperativa que no garantizase al mismo tiempo la irrenunciabilidad de los derechos que confiere.

Pero ocurre que en el caso del principio de indemnidad no se juega una mera cuestión de viabilidad: la indemnidad es la contracara ineludible de un contrato que legitima el trabajo por cuenta ajena. Suele decirse que en la relación de trabajo se verifica la ajenidad en dos sentidos: ajenidad en los resultados y ajenidad en los riesgos. El producto del trabajo le es ajeno al trabajador, puesto que el contrato legitima su apropiación originaria por parte del empleador. No obstante, la persona del trabajador que lo produce no puede permanecer ajena, ya que la persona y su fuerza de trabajo son inseparables.

De modo que la contratación de fuerza de trabajo supone necesariamente la disponibilidad de la persona que la presta y la sujeción al poder de dirección y de organización del empleador. Pero como estamos ante un contrato de tráfico, la configuración del contrato necesariamente debe basarse en el ocultamiento de la persona que trabaja y al mismo tiempo en la exaltación de su fuerza de trabajo. Y esto es así porque no puede afirmarse que el empleador tenga un derecho sobre el cuerpo del trabajador, sino tan sólo sobre su producto o, más propiamente, sobre su fuerza de trabajo. De allí que cualquier daño físico o psíquico que sufra el trabajador como consecuencia del trabajo dependiente deba ser resarcido. Por otra parte, si el producto del trabajo se transfiere

al empleador, a cambio de una remuneración, éste debe necesariamente permanecer indemne a los riesgos de empresa.

Si el contrato de trabajo es la institución alrededor de la cual gira todo el sistema de protección, si es dificultoso identificar a sus sujetos, se pone en crisis el sistema de protección. Y eso es lo que está ocurriendo en la actualidad. Las empresas en red y la tercerización de actividades que antes asumía una sola empresa vuelven difusa la figura del empleador. Por otra parte, entre las mismas empresas se presenta una situación de dependencia análoga a la que se verifica en relación con el trabajador.

Las empresas reivindican su libertad de tercerizar segmentos productivos, puesto que ello produce una reducción de costos, pero la consecuencia es lo que ya se denunciaba en el informe *Supiot* con el término “empresas dependientes”, y el trabajador que es formalmente contratado por una subcontratista es excluido del régimen jurídico que se le aplica al trabajador de la empresa principal. Este fenómeno también provoca una alteración significativa de los lugares tradicionales, puesto que trabajadores que antes prestaban tareas dentro de un mismo lugar (el establecimiento, la empresa) actualmente lo hacen contratados por empresas que operan desde afuera, y que suelen tener un régimen jurídico laboral más débil (menos protector) que el de la empresa principal.

Esta cuestión, relacionada con el régimen jurídico aplicable a los trabajadores en régimen de subcontratación, requeriría de una regulación específica, en dos sentidos: a) en lo que se refiere a un sistema de información y consulta para los casos de transferencia que implicasen un posible cambio de régimen jurídico; b) en lo referido a la dicotomía que muchas veces se presenta dentro de una misma empresa, entre trabajadores internos y trabajadores externos con otro régimen salarial.

En nuestro ordenamiento, los grupos de empresas o empresas en red no tienen en la actualidad un tratamiento jurídico adecuado a los fines de protección del Derecho del Trabajo. El artículo 31 de la LCT, que establece la responsabilidad solidaria en los supuestos de conjuntos económicos, ha sido desnaturalizado por la reforma de 1976, al condicionar la responsabilidad solidaria a la comprobación de conducción temeraria o de maniobras fraudulentas. Con la reforma se frustró lo

que podría haber sido una incipiente y creativa jurisprudencia en materia de grupos de empresas, puesto que se la encorsetó y se la redujo a una norma más de prevención y sanción del fraude.

Las empresas que subcontratan no sólo trasladan costos, sino también trasladan riesgos, por lo que es preciso regular las condiciones de trabajo y las responsabilidades de las empresas que funcionan en red. En estos casos, no sólo el trabajador no está en el lugar propio de la empresa que lo contrató, sino que trabaja en el lugar de la empresa principal, y aunque la empresa de servicios no fuera una mera pantalla (en cuyo caso habría fraude), pareciera que la respuesta del ordenamiento jurídico a este fenómeno debería ser más rigurosa, más en sintonía con una lógica de protección.

Desde el punto de vista del trabajador también se observan algunos fenómenos que son de dudosa configuración. Siempre existieron las zonas grises, pero se presentan a menudo casos en donde la autonomía del trabajador es sólo aparente, o jurídica, puesto que sociológicamente se trata de trabajadores que prestan su trabajo personal, con una marcada dependencia económica.

4. Derecho Ambiental. El nuevo derecho

Entre las derivaciones del principio de protección, el principio de progresividad es el que ha sido estudiado más recientemente. En el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está previsto en el artículo 29, inciso b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 52 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ambos instrumentos tienen jerarquía constitucional, puesto que están incluidos en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Este principio es quizás el más novedoso y, como ya se destacó, el que más desarrollo ha tenido, a punto tal que podemos afirmar que su influjo no se limita al Derecho del Trabajo, sino que tiene una vigencia transversal. En nuestra disciplina puede afirmarse que el principio constituye un mandato para el legislador relacionado con la exigencia de que los derechos laborales deben tener una regulación diacrónicamente progresiva en la legislación.

Si bien se mira, del principio de progresividad podemos extraer otro principio que está implicado: el principio de no regresividad. Por el principio de progresividad se supone que el legislador debería concebir una legislación gradualmente progresiva. ¿Progresiva en qué sentido? En el sentido de otorgar mayores beneficios para los trabajadores, y de ahí su estrecha relación con el principio de protección.

El principio de progresividad en la legislación laboral ha sido esgrimido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes, y fue utilizado para fundar la inconstitucionalidad de, por ejemplo, la ley 24.557.

Pero los principios de progresividad y de no regresividad no sólo rigen para los derechos laborales, sino que constituyen, como ya se anticipó, principios transversales que rigen también en una rama del derecho de desarrollo más reciente aún que el Derecho del Trabajo: el Derecho Ambiental.

Ya se anticipó que la labor de interpretación y de integración del Derecho del Trabajo no puede soslayar otros principios y derechos previstos en otras ramas del derecho que también gozan de protección constitucional (art. 41 de la Const. Nac.).

El artículo 4° de la ley 26.675 dispone una serie de principios y reglas que deben regir la política ambiental, por lo que la interpretación y aplicación de la ley y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estarán sujetas al cumplimiento de principios tales como el principio de prevención, el principio de equidad intergeneracional, el principio de progresividad y el principio de sustentabilidad, entre otros.

En materia ambiental, el principio de progresividad significa que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

Como se advertirá, la progresividad, en clave ambiental, significa limitación y restricción de la actividad industrial, y una gradual protección del medio ambiente. En clave laboral, por otra parte, significa que los beneficios para los trabajadores no pueden tener un tratamiento

regresivo en la legislación. Ambos responden a un principio rector: el principio de protección (del medio ambiente en el primer caso y de los trabajadores en el segundo).

La protección del medio ambiente no tiene una jerarquía inferior a los derechos sociales y laborales. Por el contrario, ambos son derechos fundamentales que tienen jerarquía constitucional. Si esto es así, entonces, debemos admitir que el nuevo Derecho Ambiental y sus principios rectores son, en algún sentido, un ineludible límite a la progresividad continua del Derecho del Trabajo. Si una buena parte de las empresas tienen por objeto la utilización de materias primas para transformarlas en productos que luego se ofrecen en el mercado, la regulación de los residuos industriales, los planes de impacto ambiental, la previsibilidad de daños irreversibles y la sustentabilidad de determinada industria constituyen factores que habrán de tener una decisiva incidencia en el futuro desarrollo de la legislación laboral, ya que nuestra disciplina no puede ignorar los principios del Derecho Ambiental.

Habrán materias en las que se podrá promover una legislación progresivamente más beneficiosa para los trabajadores, pero no ha de extrañarnos que el principio de progresividad en materia ambiental, desde afuera, condicione o de algún modo limite el utópico progreso ilimitado de las condiciones de existencia, y, por ende, del Derecho del Trabajo. Si la idea misma del progreso del Iluminismo está acajada, lógico es que también lo esté el Derecho del Trabajo. Esto es así porque no debe descartarse que, para proteger a las futuras generaciones, de una manera gradual y progresiva, deba restringirse en alguna medida el desarrollo industrial, con un previsible costo en materia de generación de puestos de trabajo.

Temas tales como la regulación de la minería a cielo abierto y la utilización de los recursos hídricos para lavar la roca, la preservación de territorios nacionales, el límite a la emisión de gases que afectan la capa de ozono, entre muchos otros, serán cuestiones que gradual y progresivamente deberán ser debatidas desde el Derecho Ambiental, y toda restricción o limitación no podría removerse en el futuro, justamente por el principio de progresividad del artículo 4º de la ley 26.675.

5. Derecho del Trabajo y paz social

Nuestra historia está signada por conflictos entre capital y trabajo, resueltos por medio de la violencia. Tomemos por caso el conflicto entre los trabajadores del campo y los estancieros en la Provincia de Santa Cruz, que se resolvió con el fusilamiento de todos los “re-voltosos”. Los trabajadores de las estancias del sur reclamaban derechos para los peones del campo, y llevaron a cabo una huelga que quedó grabada en nuestra historia como una de las grandes huelgas del movimiento obrero argentino. La huelga se apagó a tiro de fusil, como una respuesta al reclamo de los estancieros, eliminando físicamente a los peones de estancias. En 1921 hacía seis años que se había promulgado la primera ley de accidentes de trabajo en nuestro país (9688), aunque esta norma básica para la prevención de accidentes y de sanción de incumplimientos en materia de higiene y seguridad en el trabajo tardaría un tiempo más en proyectarse sobre los trabajadores del campo.

Tomo este hecho histórico, que fue investigado por *Oswaldo Bayer* en su ya clásica obra *Los vengadores de la Patagonia trágica*, para demostrar que en la relación entre capital y trabajo se juega una trama de poder, y que la forma más primitiva de solucionar un conflicto de poder es la violencia. En el ejercicio de la violencia se legitima el poder.

Pero la violencia termina erosionando los lazos sociales, y el propio sistema ya no podía legitimarse resolviendo los conflictos de intereses por medio de la violencia, por más que ese conflicto se presentase en el marco de una lucha de clases.

Por otra parte, acontecimientos históricos como la Revolución Rusa y los movimientos ideológicos socialistas y comunistas contribuyeron a que el sistema económico capitalista optase por formas más humanas.

Luego de la Segunda Guerra Mundial el Derecho del Trabajo se transformó en un instrumento imprescindible para la paz universal, como lo dice el Preámbulo de la Organización Internacional del Trabajo.

Que la relación entre el capital y el trabajo es una relación de

poder, y que el conflicto de intereses que esa relación supone se transforma en una lucha de fuerza, lo demuestra el reconocimiento del derecho de huelga. El conflicto de intereses ha sido comparado con una guerra, y la huelga como una demostración de la fuerza de choque en la contienda. Desde luego que, en principio, el recurso de los trabajadores para adquirir fuerza es el poder de su abstención concertada y colectiva de trabajar.

El reconocimiento del derecho de huelga como un derecho constitucionalmente protegido es un claro reconocimiento del sistema de que los trabajadores necesitan del ejercicio de la fuerza para hacer que sus intereses sean de algún modo atendidos.

Pero si bien esto es así, no hay duda alguna de que el derecho de huelga pone el conflicto de intereses y la fuerza que conlleva en un ámbito de juridicidad, y esto sin duda contribuye a la paz social.

El derecho de los conflictos colectivos de trabajo, por otra parte, constituye otra respuesta institucional para asegurar la paz social.

Sin perjuicio de ello, no cabe duda de que la efectiva participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones de trabajo contribuye a la paz social, participación que debe darse en las instancias de negociación colectiva.

La negociación colectiva permite que los trabajadores puedan participar, a través de una representación que tenga suficiente poder de negociación, en la protección de sus intereses. Pero además de la negociación colectiva, entiendo que lo que debería desarrollarse es un derecho de información y consulta adecuado sobre cuestiones que involucran a un colectivo de trabajadores. Temas tales como transferencias de establecimiento, cierres de empresas y despidos masivos deberían tener una forma de canalizarse con participación de los trabajadores, de modo de evitar los conflictos que generan. Una transferencia de establecimiento puede significar el cambio del régimen jurídico convencional, e incluso el despido de trabajadores.

Por otra parte, fenómenos tales como las fábricas recuperadas o nuevas formas asociativas de los propios trabajadores constituyen importantes esbozos de autogestión que pueden seguir desarrollándose, y contribuirán sin duda a preservar fuentes de trabajo.

Durante fines del siglo XIX y buena parte del siglo XX los movimientos de masa¹⁴ se vincularon con reclamos relacionados con los trabajadores. En el momento actual, la sociedad se ha vuelto mucho más compleja, no sólo en la variedad de fenómenos de masa, sino en la opacidad de los intereses que les dan nacimiento. Movimientos tales como los relacionados con la libertad sexual representan un interés muy definido, y se apoyan en un derecho que ha tenido un notable desarrollo en la actualidad: el derecho a la no discriminación. Lo que está en discusión a la hora de analizar cada una de las reivindicaciones de este movimiento es el alcance que se le otorga al principio de no discriminación y al principio de autonomía privada. Los grandes movimientos de masa de los trabajadores se apoyaban, a grandes rasgos, en la exigencia de la justicia social.

Pero en la época actual no es tan sólo el trabajo (su rigurosidad, su extensión o su escasez) el factor que produce movimientos de masa, sino que se advierte un fenómeno creciente de reivindicaciones relacionadas con la ecología, el cuidado de los recursos hídricos, la contaminación ambiental, la amenaza del crecimiento industrial al equilibrio ecológico, la posible extinción de especies animales nativas, etc. Si bien no podemos hablar con rigor de una masa de inversión (una masa que propone invertir el orden social reinante), debemos admitir que el movimiento de *Guaileguaychú* es, al menos, un incipiente movimiento que pudo haber dado lugar a un fenómeno de masa, en la medida que se hubiesen consolidado todos sus atributos. Por de pronto, debemos admitir que se ha formado un cristal de masa¹⁵.

El Derecho Ambiental, como vimos, está estructurado también en torno a un principio de protección, y vimos además de qué manera está expresamente previsto por la ley específica el principio de pro-

¹⁴ Tomo el concepto de masa con las características que le atribuye Elías Canetti en su monumental obra *Masa y poder. Obra completa*, Debolsillo, 2009, t. 1. Destaca este notable escritor que los atributos de la masa son la tendencia a crecer, la densidad, la igualdad en su interior y una dirección o propósito determinados.

¹⁵ Para el concepto de “cristal de masa” me remito a E. Canetti quien define a los cristales de masa como a pequeños y rígidos grupos humanos, bien delimitados y de gran estabilidad, que sirven para desencadenar la formación de masas. En estos movimientos, su unidad importa mucho más que su tamaño (ob. cit., p. 147).

gresividad (en el sentido de mejoramiento gradual de condiciones), y su variante, el de no regresividad (la imposibilidad de un retroceso).

Como podemos advertir, en razón de los hechos recientes en torno al conflicto con la República Oriental del Uruguay por las papeleras, hoy en día la paz social no sólo se ve amenazada por la “cuestión social”, sino por la “cuestión ambiental”.

Debe distinguirse entre el ámbito de conflicto de la producción de riqueza –bienes– a partir del siglo XIX (que derivó en la experiencia y en las premisas de la sociedad industrial y de clase) y el ámbito de conflicto de la producción de peligros –males– que genera la era nuclear y química desarrollada, a cuya cuestión recién empieza a sensibilizarse la sociología. Como plantea Ulrich Beck, la producción de riqueza creó los antagonismos entre capital y trabajo, mientras que las sistemáticas amenazas químicas, nucleares y genéticas producen polarizaciones entre capital y capital –y, por tanto, entre trabajadores y trabajadores– que traspasan el orden social.

Si el Estado Social de Bienestar tuvo que imponerse frente a la resistencia concertada de los inversores privados, a quienes se les exigió pagar en forma de costos salariales y beneficios adicionales, las amenazas ecológicas dividen el campo empresarial.

6. Conclusiones y prospectiva

El derecho en general, y desde luego el Derecho del Trabajo, ya no puede ser estudiado de manera rígida como un conjunto de cuerpos normativos autónomos. La sociedad actual tiene una gran complejidad, y esa complejidad condiciona el abordaje epistemológico al interior de cada rama del derecho. Si bien el Derecho del Trabajo se construye desde el principio de protección de los trabajadores en relación de dependencia y por cuenta ajena, en la actualidad el principio de protección va adquiriendo nuevas formas y contenidos, bajo el influjo de derechos de nueva generación.

Como el Derecho del Trabajo no es solamente un derecho de tráfico, sino también un derecho social, su dogmática y su metodología se encuentran permanentemente expuestas al desajuste, en la medida que cambia la sociedad que debe regular.

En esta disciplina, pues, la crisis no sólo se refiere a la realidad económica y social que el derecho está llamado a regular, sino a una permanente tensión entre el derecho y la realidad social. Podríamos hablar, pues, de crisis entre el derecho y la realidad.

De modo que, más que derecho de la crisis, como se suele decir, el Derecho del Trabajo es un derecho en crisis, a punto tal que –por usar una feliz comparación de Antonio Baylos– nunca estaremos ante un modelo terminado, sino que es un continuo modelo para armar.

Este derecho, entonces, es un derecho de conflicto por doble vía: regula un conflicto indudable entre el capital y el trabajo (entre la libertad y la sujeción, entre la igualdad y la jerarquía), y está permanentemente expuesto a entrar en conflicto con la realidad que regula.

Si a esto le agregamos el ingrediente de una creciente complejidad en la sociedad (multiplicación de conflictos de diversa índole, complejidad en los modos de producción, complejidad en la estructura misma de la empresa, etc.), resulta que estamos ante una rama del derecho que acaso tenga una impronta de desajuste estructural.

De modo que lo que en otras ramas del derecho se presenta muy esporádicamente en el Derecho del Trabajo es moneda corriente, a punto tal que no deben subestimarse los aportes metodológicos del pensamiento iuslaboralista austro-alemán (Sinzheimer, Korsch, Kahn-Freund, Däubler), y la doctrina italiana, que introduce el abordaje sociológico del derecho.

No se propone caer en el negativismo jurídico, pero es preciso que el método epistemológico del Derecho del Trabajo no sea sólo el dogmático-normativo (que es aislacionista), ya que esta disciplina no debe prescindir de un abordaje que permita someter a crítica sistemática las categorías jurídicas, sin perder de vista la función del derecho como elemento de formación e integración social.

Es que nunca se debe perder de vista la función del Derecho del Trabajo como factor de integración y de paz social, so riesgo de caer en una dogmática autorreferente. De ahí las dificultades de lograr una unidad dogmática, en una rama del derecho que parece estar siempre inacabada.

Ni dogmática ni realismo jurídico: dualismo metodológico.

Es esta creciente complejidad y continuo desajuste de la dogmática lo que parece abrir la puerta a la corriente del derecho reflexivo de *Gunther Teubner* (y el propio Ulrich Beck, en Sociología), pero sus aportes al desarrollo de la autonomía colectiva y de los mecanismos de codecisión de los grupos, su apuesta a la autorregulación social colectiva para afrontar la complejidad, dependerán en gran medida del sistema de relaciones de trabajo existente y del poder de negociación del sector sindical.

Debe advertirse entonces que el peligro de la horizontalidad reflexiva en la producción de derecho (frente a la verticalidad de la norma estatal) es que se convierta en una posibilidad para la ideología conservadora, que exaltando la autonomía privada de las relaciones sociales acabe convirtiendo al derecho en un instrumento al servicio de las relaciones de poder realmente existentes¹⁶.

Por eso es que creo que el Derecho del Trabajo no debe abandonar la hegemonía de la técnica de la norma estatal imperativa, aunque no debe descartar “armarse” y “ajustarse” recurriendo a la riqueza y eficacia de la autonomía colectiva.

El derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental que opera sobre todas las relaciones de poder, y desde luego también sobre el Derecho del Trabajo. Este derecho incide en la interpretación del derecho, pero no sólo en el terreno de la hermenéutica, sino también como fuente de criterios para integrar el derecho.

La ley 23.592 es una ley general sobre discriminación. La ley 26.485 es una ley general que protege a las mujeres, en cualquier ámbito. La ley 26.675 es una ley general en materia ambiental que incide transversalmente sobre todas las ramas del derecho, y especialmente sobre el Derecho del Trabajo, dada la vinculación existente entre contaminación y producción industrial.

Estos nuevos problemas plantean un escenario inédito en la época del desarrollo de la época industrial, puesto que cada vez es más difícil sostener que el Derecho del Trabajo es un ámbito blindado a la apli-

¹⁶ Sobre este riesgo, ver MONEREO PÉREZ, José Luis, *La ilusión del método en el Derecho del Trabajo*, en *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 397.

cación de leyes inespecíficas, y menos de aquellas cuyo contenido son leyes con efectos transversales.

Los condicionamientos que cabe suponer se harán sentir en un futuro no muy lejano sobre la producción industrial, con todo, dejan margen para que el Derecho del Trabajo ajuste su sistema dogmático a la realidad con normas direccionadas a mejorar las condiciones de vida de los trabajadores.

Más allá de estos condicionamientos, desde el punto de vista interno, las últimas reformas laborales contribuirán a superar controversias históricas, como la modificación del artículo 12 de la LCT. Esta reforma proyecta el principio de irrenunciabilidad más allá de los límites del orden público (imperativo e irrenunciable) y consagra definitivamente a la irrenunciabilidad como un principio originario (en el sentido de no derivado). La irrenunciabilidad no es ya un efecto del orden público laboral; es, ahora sí, un principio que se proyecta sobre todas las fuentes del derecho, tanto de derecho objetivo como subjetivo.

Si bien el Derecho del Trabajo contribuye a la integración social y a preservar la paz social, la existencia de un desempleo estructural convierte al Derecho de la Seguridad Social en una rama del derecho que habrá de tener un gran desarrollo en el futuro, puesto que es preciso que el Estado asegure prestaciones que no dependan de la posesión de un empleo. Sobre este punto, la asignación universal constituye un indudable progreso.

Más allá del empleo hay una considerable porción de ciudadanos que, por carecer de él, quedan al margen de beneficios que están concebidos como anexos de la relación de trabajo, y es de esperar que la Seguridad Social vaya ganando terreno de manera gradual, para atender a contingencias sociales que no se apoyan sobre el empleo, sino sobre su falta.

Como la realidad lo demuestra, existen movimientos sociales que no se aglutinan en pos de reivindicaciones laborales, sino que se unen por la protección del medio ambiente, o por el otorgamiento de planes sociales. Salen a escena, pues, representaciones colectivas formales e informales que se suman a las representaciones tradicionales de los trabajadores dependientes.

En el interior del Derecho del Trabajo no advierto que pudiera producirse en el futuro un retroceso de la norma imperativa a favor de la autonomía individual.

Fenómenos tales como la creciente falta de representatividad del concepto de relación de dependencia, la atomización de la empresa como centro de imputación y la proliferación de la existencia de redes de empresas no deberían ser regulados por la Economía, sino que el Derecho del Trabajo debe dar una respuesta desde la lógica del principio de protección, para lo cual deberá recurrir a sus propias técnicas y fuentes.

La regulación de las relaciones de trabajo y la limitación de los poderes del empleador son factores que contribuyen a la paz social, pero en la actualidad la paz social no sólo depende de la creación de empleo, sino del desarrollo de instituciones de la Seguridad Social que permitan una mayor inclusión de sectores que no tienen empleo.

Si bien es cierto que la norma imperativa estatal podría dejar mayor margen para la autonomía colectiva, a través de distintas técnicas (que pueden ir desde una disponibilidad absoluta hasta una limitada), para que dicha alternativa sea realmente una técnica de protección es necesario que existan sindicatos con poder de negociación.

Es cierto que la negociación colectiva es el medio más idóneo como técnica de adecuación (o de protección con adecuación) de las relaciones de trabajo a las vicisitudes propias de cada sector de actividad, o de cada empresa, pero no debe soslayarse que la concentración de grandes sectores de actividad en manos de grupos económicos con comunidad de intereses podría llevar al logro de productos institucionales peyorativos monopólicos. Ante la falta de una regulación integral de las responsabilidades de los grupos de empresas, la norma imperativa estatal es todavía una valla de protección, aunque todavía insuficiente para evitar el trato desigual en materia salarial en los casos de subcontratación no fraudulentos.

Si el Derecho del Trabajo regula el conflicto social, sus dificultades en ajustarse a los cambios de la realidad que regula lo alejan del cumplimiento de su función de integración y de paz social, la que sólo se logrará en la medida que no se resigne a su aspiración de lograr la justicia social.

La cuestión ecológica planteará un gran desafío para el sistema de producción industrial de la posmodernidad, propone nuevos antagonismos en el mismo lado del capital y acaso inéditas alianzas entre el capital y el trabajo, puesto que las acciones para conjurar la amenaza ecológica podrían sofrenar el desarrollo industrial.

Esto genera un escenario de gran complejidad e intereses encontrados, que deben ser regulados tal vez por instituciones que vayan más allá de los Estados-Nación, ya que la amenaza ecológica no reconoce fronteras nacionales.

La lucha contra el desempleo y la amenaza ecológica serán temas que deberían encararse de manera integrada, y deberían estar representados todos los intereses en juego: los económicos, los trabajadores y los ambientalistas.

7. Bibliografía

- ACKERMAN, Mario, *El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo*, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. I.
- AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho*, Ariel, Barcelona, 2000.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.
- CANETTI, Elías, *Masa y poder. Obra Completa*, Debolsillo, 2009, t. 1.
- CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, Trotta, Madrid, 2006.
- CIARAMELLI, Fabio, *Instituciones y normas*, Trotta, Madrid, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
- FITOUSSI, Jean-Paul y ROSANVALLON, Pierre, *La nueva era de las desigualdades*, Manantial, Buenos Aires, 2006.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.
- *La ilusión del método en el Derecho del Trabajo*, en *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho y trabajo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.
- SUPIOT, Alain, *Derecho del Trabajo*, Heliasta, Buenos Aires, 2008.

LAS FUENTES DEL DERECHO

por **JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MADRID**

SUMARIO: 1. Clasificación de las fuentes. a) Clasificación de Bayón Chacón y Pérez Botija. b) Fuentes con alcance general y con alcance limitado o específico. c) Las fuentes como elementos de interpretación. d) Enunciación de las fuentes. e) La jerarquía de las fuentes. f) El orden normativo: ley, convenios colectivos y otras fuentes del Derecho Laboral. 2. Las fuentes enumeradas en particular. a) Orden de prelación. Interpretación de la ley. b) La LCT y la autonomía del Derecho individual del Trabajo. c) Leyes y estatutos profesionales. d) Leyes especiales, estatutos especiales y reglas particulares para actividades determinadas. 1) La Ley de Contrato de Trabajo y las leyes especiales. 2) Estatutos posteriores a la LCT.

El problema de las fuentes es un tema general del Derecho que ofrece algunas particularidades cuando se lo examina con relación a la materia laboral.

Se distingue habitualmente entre fuentes materiales o reales y fuentes formales o legales: toda norma tiene su antecedente en un hecho social que moviliza intereses sectoriales, que gravitan en un momento y lugar determinado, provocando la actividad normativa del Estado, de los protagonistas, de los grupos profesionales (sindicatos y empresarios organizados) y de los empleadores.

El hecho social es la fuente material que opera como antecedente de la fuente formal, que es la norma que refleja ese hecho. Para que la norma se encuentre legitimada en los hechos y además funcione, la fuente formal debe coincidir o expresar el sentido del hecho social

que normatiza, y el legislador, cualquiera que sea, es el responsable de que la norma exprese con veracidad ese hecho social¹.

Bayón Chacón y Pérez Botija² consideran las fuentes de producción y las fuentes jurídico-positivas. Las de producción son, para estos autores, los entes de donde surgen las reglas obligatorias para las relaciones jurídico-laborales. Las jurídico-positivas son esas mismas reglas, exteriorizadas formalmente o no, que constituyen la fuente o causa de una determinada obligación. Incluyen en las primeras al Estado y, a su lado, al derecho natural de origen divino. Fernández Gianotti habla

¹ RIVAS, José María, *Las fuentes del contrato individual del trabajo*, en *Estudios sobre Derecho individual del Trabajo en homenaje al profesor Mario L. Deveali*, Heliasta, Buenos Aires, ps. 35 y ss.; FERNÁNDEZ GIANOTTI, Enrique, *Fuentes e interpretación en el Derecho del Trabajo*, en D. T. 33-675 y ss.; GOLDIN, Adrián, *Concurrencia, sucesión y articulación de normas en el Derecho del Trabajo*, en L. T. XLVI-B-931; LÓPEZ, Justo, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, t. 1, ps. 3 a 20, y 2ª ed., 1987; ALONSO GARCÍA, Manuel, *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1958; ALONSO OLEA, Manuel, *La realidad social subyacente al Derecho del Trabajo*, en D. T. XXXI-156; ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1987, ps. 555 y ss.; CABANELLAS, Guillermo, *Compendio de Derecho Laboral*, Buenos Aires, 1968, ps. 45/49, 89/97, 147/238; CAMERLYNCK, G. H. y LYON-CAEN, G., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1974, ps. 3/6, 15/31, 42/54; HUECK, Alfred y NIPPERDEY, H. C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1973, ps. 19/23, 53/75; KASKEL, Walter y DERSCH, Hermann, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1961, p. 1167; KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1968, ps. 3/90; *Tendencias actuales en el Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1961; *Tratado práctico*, 3ª ed., Buenos Aires, 1977, p. 35; MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 1987, ps. 81 y ss.; PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1960, ps. 3/114; SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Nociones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963, ps. 7/15; TISSEMBAUM, Mariano R., *La constitucionalización del Derecho del Trabajo, su codificación, fuentes e interpretación*, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dir. por Mario L. Deveali, Buenos Aires, 1971, ps. 459/500; BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, ps. 222 a 295; VALVERDE, Antonio Martín, *Concurrencia y articulación de normas laborales*, en *Revista de Política Social*, Ensayos. Véase TOSCA, Diego, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dir. por Mario Ackerman, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. I, ps. 433/465.

² BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 7ª ed., Pons, Madrid, 1967/1968, t. 1, p. 120.

de un derecho humano ecuménico³, al que se han incorporado, integrándolo, los llamados derechos sociales.

Alonso García⁴ distingue entre las fuentes del Derecho Laboral en sentido propio u originario y en sentido impropio o traslativo; las primeras están relacionadas con el origen de los mandatos jurídicos y las segundas con los medios de expresión a través de los cuales se hace patente el mandato. Unas se refieren a las fuerzas sociales de las que emana el Derecho, mientras que las otras, a los cauces externos a través de los cuales se hace visible la facultad normativa de las fuerzas originarias.

La consideración de la situación del trabajador, por una parte, y los intereses del capital, por la otra, que tienen diferente gravitación según el momento de la evolución sociopolítica de que se trate, son los hechos que en la mayoría de los casos generan dicha actividad normativa. Estos intereses, no siempre contrapuestos ni totalmente divergentes, son receptados por el Estado al formular su proyecto político global, dando origen a leyes, decretos y resoluciones que constituyen las fuentes formales de origen estatal.

Según Efrén Borrajo Dacruz, cuya opinión comparto, hay, al menos, dos acepciones en la expresión fuentes del derecho, a saber: las fuentes de formalización y las fuentes de producción. Las fuentes formales se corresponden con el estudio técnico-jurídico del tema. Las fuentes de producción descansan en una consideración política, sociológica⁵.

1. Clasificación de las fuentes

a) *Clasificación de Bayón Chacón y Pérez Botija*

Bayón Chacón y Pérez Botija clasifican las fuentes del siguiente modo⁶:

- a) Por su naturaleza: 1) de producción: Estado, sociedad y orga-

³ FERNÁNDEZ GIANOTTI, E., *Función de los aspectos sociales en la integración de los derechos humanos*, en L. L. 136-1157.

⁴ *Curso de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1967, p. 83.

⁵ BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, ps. 222 a 295.

⁶ BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo* cit., t. 1, p. 120.

nizaciones sindicales; 2) jurídico-positivas: ley (incluso las reglamentaciones del trabajo), costumbres, principios generales del Derecho del Trabajo y convenios colectivos.

- b) Por su ámbito de extensión en el ordenamiento jurídico: 1) comunes a otras ramas del Derecho: ley, costumbre, principios generales; 2) específicas del ordenamiento laboral: reglamentaciones del trabajo, reglamentos del régimen anterior, pactos colectivos, y 3) supletorias: Derecho común.
- c) Por su origen: 1) de carácter internacional: tratados y convenios internacionales; 2) estatales, que pueden, a su vez, diferenciarse en: de valor constitucional y de valor ordinario; 3) no estatales, que se distinguen entre las de naturaleza social y las de índole profesional.
- d) Por su significación jerárquica formal: 1) constitucionales; 2) no constitucionales y, entre éstas, las de origen estatal y no estatal.

b) *Fuentes con alcance general y con alcance limitado o específico*

Por su alcance las fuentes pueden ser diferenciadas en: a) especiales, referidas a una categoría de trabajadores: ley específica (v. gr., estatuto profesional, convenio colectivo, costumbre profesional), y b) generales, referidas a la generalidad de los trabajadores (v. gr., LCT, leyes 24.557 y 11.544).

Las fuentes generales comprenden a todos o a la generalidad de los trabajadores (la ley, la reglamentación, a veces la costumbre). Las fuentes especiales sólo abarcan una categoría profesional (v. gr., los estatutos profesionales –leyes particulares–, los convenios colectivos, los laudos arbitrales, la costumbre de la actividad). Los acuerdos interiores con fuerza normativa sólo dentro de la empresa también pueden ser considerados fuentes especiales de categoría, limitados en su ámbito a la misma. Las fuentes productoras de normas individuales (contrato, uso y reglamento de empresas, contratos pluriindividuales) corresponden a los modos comunes de crear el derecho individual.

La jurisprudencia puede ser tanto fuente general como especial de categoría o normativa para el contrato individual de trabajo.

c) *Las fuentes como elementos de interpretación*

Fernández Gianotti ahonda en el análisis de las fuentes considerando que fuentes y función interpretativa constituyen dos etapas de un mismo proceso. Se trata, dice, de discernir, a los fines interpretativos, cuáles son los elementos (fuentes) que habrán de tenerse en cuenta a los efectos de un pronunciamiento sobre determinada situación jurídica, sea judicial o administrativa, para el ajuste de conducta que emana de un dictamen jurídico o de la propia posición que adoptan los interesados para regular su conducta.

d) *Enunciación de las fuentes*

Carácter no exhaustivo de la enumeración. Incluso, si se prescinde de que la enumeración de fuentes en la LCT no queda cerrada, sin considerar que el artículo 11 permite el recurso a leyes análogas y a los principios de la justicia social, a los generales del Derecho del Trabajo, la equidad y la buena fe, es fácil advertir que hay otras que no aparecen incluidas en la enumeración del artículo 1°.

Hay fuentes omitidas cuya existencia es indudable porque resulta establecida por normas, como las constitucionales, de jerarquía superior a las de la LCT. Tales son los casos de los tratados internacionales (art. 31 de la Const. Nac.), al menos cuando sus disposiciones pueden ser inmediatamente operativas, es decir, no dependen para su aplicabilidad de una reglamentación legal, y de los decretos reglamentarios (art. 86, inc. 2°, de la Const. Nac.), en tanto y cuanto quede materia reglamentable.

La demostración del carácter no exhaustivo de la enumeración de fuentes contenida en el artículo 1° interesa también para considerar la aplicabilidad de normas legales no específicamente laborales, como las del Código Civil.

La ley 20.744 incluye numerosas disposiciones que comúnmente aparecen en la legislación civil.

Las fuentes son: 1) Constitución Nacional, convenciones y tratados internacionales (art. 75, inc. 22, Const. Nac.); 2) tratados con naciones extranjeras y convenios de la OIT; 3) leyes, sus reglamentaciones; 4) jurisprudencia; 5) costumbres; 6) laudos arbitrales obligatorios; 7) con-

venios colectivos; 8) laudos arbitrales voluntarios; 9) acuerdos interiores de empresa; 10) acuerdos pluriindividuales; 11) acuerdos individuales; 12) usos de empresas.

Esta enunciación contempla tanto a las fuentes del Derecho del Trabajo propiamente dichas (Constitución Nacional, declaraciones y tratados internacionales, tratados con otros países y convenios de la OIT, leyes y sus reglamentaciones, convenios colectivos, costumbre, laudos arbitrales voluntarios y obligatorios) como a aquellas otras que se suman a las anteriores pero están referidas a las obligaciones individuales de origen contractual (acuerdos individuales o pluriindividuales, usos de empresa, y eventualmente los acuerdos interiores de empresa, con las salvedades que oportunamente se efectuarán).

e) *La jerarquía de las fuentes*

El orden jerárquico, encabezado por la Constitución Nacional, se escalona de la siguiente manera: Constitución Nacional, tratados, declaraciones y convenios internacionales, por una parte, y leyes, convenios colectivos (laudos arbitrales voluntarios u obligatorios con fuerza de convenios colectivos), y usos y costumbres, por la otra.

En cambio, Rodríguez Mancini opina que el mismo enunciado de la norma indica que el legislador ha expuesto en un orden determinado las distintas fuentes de regulación con la clara intención de dejar establecido que entre ellas existe una jerarquía, o, lo que es lo mismo, que unas prevalecen sobre las anteriores en una escala que pretende fijar superioridades normativas⁷.

En palabras de Justo López, normalmente el orden jerárquico de las fuentes determina su orden de prelación, pero esta regla o principio tiene excepciones. Así, por ejemplo, entre la ley y la autonomía individual puede predominar una u otra, respectivamente, según que las normas legales tengan el carácter de imperativas o sean meramente dispositivas o supletorias. De un modo semejante, en el Derecho individual del Trabajo, el orden de prelación se aparta del orden jerárquico por la influencia determinante del fundamental principio de favor hacia

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 24.

los trabajadores (principio *pro operario*), que el legislador aplica a los conflictos entre normas como principio del régimen más favorable (también llamado principio de la norma más favorable).

Cuando se trata de una relación entre fuentes estatales, el mismo prevalece sobre el de régimen más favorable (salvo delegación admisible), porque las normas que lo establecen (en último análisis: constitucionales) no tienen necesidad o imperatividad meramente relativa, sino que son derecho necesario absoluto. En nuestro ordenamiento, el orden jerárquico de estas fuentes está dado por el artículo 31 de la Constitución Nacional: CN, tratados internacionales, leyes nacionales, y el artículo 86, inciso 2º, que agrega los decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo nacional (ocasionalmente las leyes nacionales incluyen delegaciones reglamentarias en órganos administrativos que no son el mismo presidente de la República, titular del Poder Ejecutivo, en cuyo caso debe entenderse que la reglamentación delegada recibe su posición jerárquica de la norma delegante). Sigue después el orden jerárquico resultante de las constituciones provinciales. Y las resoluciones singulares, por ejemplo, judiciales, deben respetar el orden jerárquico de las estatales (sin perjuicio de que, cuando corresponda, para el orden de prelación, deban aplicar el principio del régimen más favorable).

La jurisprudencia puede, a través de una interpretación creativa y vinculante (como los fallos de la CSJN o los fallos plenarios de la CNAT), llenar un vacío normativo, o, en términos más generales, discernir los derechos entre las partes, en los mismos y exactos términos en que lo hace la ley. El contrato individual regula las relaciones entre las partes y es también fuente normativa de esa relación laboral.

Pero este orden jerárquico entre las normas no debe ser confundido con el orden de prelación. Una norma de jerarquía inferior puede prevalecer sobre otra de jerarquía superior si es más favorable al trabajador, con las salvedades que se harán más adelante acerca de la imperatividad absoluta de ciertas normas, como las que se refieren a la ilicitud del objeto del contrato (art. 39, LCT), o a la higiene y seguridad en el trabajo (ley 19.587 y dec. 351/79).

En el año 1994 se produjo una reforma sustancial a la Constitución de 1853, pues el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional

en lo pertinente dice: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”

La Ley Fundamental es una estructura sistemática, sus distintas partes forman un todo coherente y en la inteligencia de una de sus cláusulas ha de cuidarse que no se altere el equilibrio del conjunto. Por eso las leyes deben interpretarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas con las otras, debiendo adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor para que se salve la finalidad de la ley, que en esta materia debe cubrir riesgos de subsistencia.

En el mismo principio se inspira la doctrina según la cual cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la misma ley en que se encuentra inserto, de modo tal que llega a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, o que su aplicación torna ilusorios derechos por éstos consagrados, puede el juzgador apartarse de tal precepto y omitir su aplicación a efectos de asegurar la primacía de la Ley Fundamental, como medio de afianzar la justicia que está consagrado a administrar⁸.

La norma constitucional es siempre condición negativa de validez de las leyes que se oponen a sus principios.

⁸ CSJN, *Fallos*: 306:1694.

f) *El orden normativo: ley, convenios colectivos y otras fuentes del Derecho Laboral*

El orden legal que estructura el Derecho del Trabajo tiene carácter imperativo, por lo que la voluntad –individual o colectiva– que contradice dicho orden carece de fuerza obligatoria. Por excepción se acuerda eficacia a las declaraciones que superen las previsiones legales. De tal modo el orden legal determina un mínimo de beneficios que pueden ser mejorados por las partes, pero no reducidos por ellas.

En materia laboral existe en principio un orden de jerarquía determinado por la naturaleza de la norma en aplicación. Pero como a la vez rige el principio del régimen más favorable, dicho orden es flexible y cambiante, debiendo examinarse en cada caso si la norma de jerarquía superior (ley, por ejemplo) de naturaleza imperativa puede ser postergada por otra de jerarquía inferior (convenio colectivo, por ejemplo) si resulta más favorable al trabajador.

En algunas hipótesis la aplicación del principio de la norma más favorable es impedida por la misma ley que establece su imperatividad absoluta, es decir, es aplicable aunque sea menos favorable que una norma de jerarquía inferior.

En orden de jerarquía la ley es seguida por el convenio colectivo que tiene su misma generalidad en el ámbito que regla, pues se aplica a todos los trabajadores y a todos los empleadores comprendidos en su ámbito de aplicación. Es la ley de la actividad o de la profesión.

El convenio debe siempre ajustarse a la ley (instituciones del Derecho del Trabajo), a menos que las cláusulas de la convención referidas a la institución respectiva fueran más favorables a los trabajadores y se afectara el interés general.

El contrato de trabajo origina derechos adquiridos y sus mayores beneficios no pueden ser derogados ni por ley ni por el convenio colectivo.

2. Las fuentes enumeradas en particular

a) *Orden de prelación. Interpretación de la ley*

Según la Corte Suprema, la primera regla de la interpretación de

las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, lo que debe fluir de la letra o del espíritu de ella.

El único procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es, pues, el finalista o teleológico que, además, aunque pueda parecer paradójal, es el más seguro y el más respetuoso hacia la autoridad del legislador, al que se presume razonable y justiciero.

La primera operación interpretativa es la obtención y valoración de los datos que permitan llegar a establecer el sentido jurídico de la norma, mediante la determinación del significado gramatical, social, técnico y lógico de expresiones y conducta, teniendo en cuenta las circunstancias y antecedentes. Con estos elementos podrá llegarse hasta la *ratio legis* específica (significado individual de la regla), pero no basta; la labor interpretativa no se limita a una norma, pues (aparte de casos de laguna y antinomia) ésta no puede considerarse aisladamente, sino como parte del ordenamiento jurídico.

En definitiva, los procedimientos interpretativos de las normas legales integrantes del Derecho del Trabajo no son distintos sino los mismos utilizables para la interpretación de las otras normas legales; lo que cambia son los principios orientadores de la interpretación, en cuanto ellos expresan la finalidad especial que gobierna la regulación de la materia laboral, principalmente el fundamental del “favor hacia el trabajador” que es la *ratio* común a toda la legislación en materia de relación de trabajo, que se refleja y concreta en la *ratio* específica de cada norma.

Como puntualiza Justo López, dentro de este orden de consideraciones, en la interpretación de las normas laborales, no sólo hay que considerar su finalidad específica y el relevante fin de protección que se expresa en el principio de favor hacia el trabajador (*pro operario*), sino también, como en cualquier otra rama del ordenamiento estatal, el fin supremo de este último que, ocasionalmente, puede incluso limitar la amplitud de la especial finalidad protectora laboral, como ocurre en la misma LCT, por ejemplo, en materia de nulidad por ilicitud del objeto (arts. 38, 39 y 41).

También en las limitaciones al derecho de huelga –materia del Derecho Colectivo del Trabajo, pero con repercusión en el individual–. Asimismo, el artículo 7º de la ley 14.250, cuando contempla la posi-

bilidad de apartarse de los convenios colectivos, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de las instituciones tratadas en las normas legales resultaran más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaran disposiciones dictadas en protección del interés general.

Finalmente, resulta oportuno recordar ciertas pautas generales de interpretación que aparecen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que pueden resumirse siguiendo a Allocati en los siguientes términos: “La interpretación de las leyes debe practicarse sin violencia de su letra y de su espíritu y excluyendo la que equivalga a la prescindencia cierta de la norma aplicable, en tanto no medie declaración de inconstitucionalidad”⁹.

Para la interpretación de las leyes los jueces deben computar todas las disposiciones que las integran, armonizando sus preceptos a fin de integrarlos armónicamente de modo de superar la antinomia literal que sus textos puedan presentar¹⁰.

La ley no debe interpretarse conforme a la literalidad de los vocablos usados ni según rígidas pautas gramaticales, sino con arreglo a su significado jurídico profundo¹¹.

Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar lo que dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país, con el fin de establecer así la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso por medio de una hermenéutica sistematizada, razonable y discreta que responda a su espíritu, y para lograr soluciones justas y adecuadas al reconocimiento de los derechos, sin que pueda prescindirse de la voluntad legislativa. En esa indagación no cabe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiera.

⁹ LÓPEZ, Justo; CENTENO, Norberto O. y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, t. I, ap. 1, 27, pot. 5, p. 123, en nota 412, 27-12-63.

¹⁰ Fallos: 263:63.

¹¹ Fallo del 28-8-66, D. T. 1966-449.

La trascendencia de la llamada interpretación teleológica aparece cuando la Corte opina que “es principio de hermenéutica jurídica que en los casos no expresamente contemplados, debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la ley”. Esta interpretación debe realizarse de forma que concuerde con los principios, derechos y garantías de la Constitución Nacional, en tanto tal exégesis pueda practicarse sin violencia de su letra y espíritu.

Agrego que en este momento tienen particular significación las declaraciones internacionales y los pactos de igual tipo y los convenios de la OIT a que se refiere o que contempla el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, que forman parte del denominado bloque constitucional.

Por fin, debe recordarse que en la interpretación de toda norma que encierre un principio de justicia social el puro rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen jurídicamente los fines que inspiran las leyes sobre el particular.

b) *La LCT y la autonomía del Derecho individual del Trabajo*

En nuestra materia la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) es el cuerpo normativo general que comprende a la mayor parte de las relaciones de trabajo privadas: esta ley excluye de su ámbito sólo a los trabajadores domésticos y a los trabajadores agrarios. En cuanto a las relaciones de empleo público, se aplica a aquellas que estén regidas por convenios colectivos de trabajo, habiéndose generalizado este mecanismo en virtud del convenio colectivo homologado por el decreto 66/99. La expansión del convenio colectivo en el empleo público, en virtud de una tendencia que se manifiesta en la ratificación del Convenio 154 de la OIT por la ley 23.544 (la ley 23.544 fue sancionada el 22-12-87 y promulgada el 11-1-88), permite anticipar que en el futuro la LCT se aplicará también a la generalidad de las relaciones de empleo público, sin perjuicio de las garantías especiales de estabilidad que para este tipo de empleo establece la Constitución Nacional.

La LCT, por lo dicho, dentro del ámbito de esta rama especializada, hace a las veces de ley general respecto del contrato de trabajo. En virtud de dicho carácter rige cualquier caso que no sea de excepción, cuando exista un régimen estatutario o específico, en el caso de que se pretenda la aplicación del aludido régimen del contrato de trabajo, lo primero que corresponde es formar un juicio acerca de la compatibilidad que pueda mediar entre el régimen resultante de dicha ley y el que surge del estatuto.

Los empleados públicos, como quedó dicho, no están comprendidos en la LCT, salvo que se trate de actividades con convenios colectivos.

c) *Leyes y estatutos profesionales*

Ciertas materias como la jornada de trabajo (ley 11.544) o los riesgos del trabajo (ley 24.557), en el ámbito del Derecho individual, reglan con generalidad aspectos importantes de la materia. Y encontramos igualmente leyes complementarias referidas a aspectos más específicos, como la que instituye el telegrama obrero gratuito (leyes 20.703 y 23.789), las normas sobre el sueldo anual complementario (ley 23.041 y dec. 1078/84) y la que establece el régimen laboral de las pequeñas empresas (ley 24.467), entre otras.

Otra serie de normas generales pero con directa aplicación en nuestra materia están referidas a la discriminación (leyes 23.592 y 22.431, entre otras), o a evitar la violencia contra la mujer (ley 26.485).

En materia de Derecho Colectivo hay tres leyes básicas: la ley 23.551 de asociaciones sindicales de trabajadores, la ley 14.250 de convenciones colectivas de trabajo y la ley 14.786 de conciliación y arbitraje, que obviamente tienen concreta repercusión en las relaciones colectivas y aplicación parcial en el ámbito de las relaciones individuales.

La higiene y seguridad en el trabajo está contemplada por la ley 19.587 y su decreto reglamentarlo 351/79.

En cuanto a la seguridad social, también encontramos leyes generales como la de asignaciones familiares (ley 24.714), la de obras sociales (ley 23.660), y en materia de jubilaciones y pensiones para trabajadores en relación de dependencia la ley 24.241, todas las cuales

tienen natural incidencia sobre la relación individual de trabajo en la medida en que establecen responsabilidades contributivas del empleador (asignaciones familiares) o para el trabajador y el empleador (obras sociales y jubilaciones) y obligan al empresario a efectuar pagos (asignaciones familiares), e imponen todas ellas cargas de registración y de documentación, estableciendo un vínculo entre el empleador y los entes gestores o prestatarios: por ejemplo, la AFIP.

d) *Leyes especiales, estatutos especiales y reglas particulares para actividades determinadas*

1) *La Ley de Contrato de Trabajo y las leyes especiales*

Que el Derecho individual del Trabajo sea un derecho especial no significa que sea, sin embargo, un derecho excepcional, cuyas normas no responden a un principio organizativo de carácter general y que, por lo tanto, como reseña Alonso García, está “formado por reglas que carecen de fuerza expansiva”. El Derecho individual del Trabajo es un derecho especial pero normal y no excepcional (*ius singulare*), precisamente porque tiene principios propios de organización –que son generales, aunque especiales– en los que se funda su autonomía. De Moraes explica que el derecho especial no se confunde “con el privilegio o con el derecho excepcional, ya que llega a establecer un verdadero sistema autónomo de nuevos principios, coherente, orgánico, homogéneo, general para su ámbito; y no meras disposiciones para determinadas situaciones concretas de excepción, sin mayor unidad y orientado por la *ratio* que lo atraviesa en todas las direcciones o lo abarca por entero; puede el derecho especial alcanzar grandes proporciones (como el derecho comercial o el del trabajo), llegando a constituir, en su propio dominio, un verdadero derecho común, con nuevos derechos particulares o –ahí sí– excepcionales dentro del mismo”.

De esa amplitud y diversidad que puede asumir el derecho especial laboral nace la posibilidad de regulación de relaciones especiales como tales, regulación que puede apartarse en mayor o menor medida de la básica y fundamental dada por la misma LCT. Éste es el caso de los llamados estatutos, que son leyes laborales especiales, dictadas para regular la relación de trabajo, o algunos aspectos de ella, de determi-

nados sectores de la actividad laboral (leyes 12.713, sobre trabajo a domicilio; 12.981, para encargados de casas de renta; 22.250, para los obreros de la industria de la construcción; decreto-ley 326/56, para el personal del servicio doméstico; etc.).

En algunos casos, el régimen especial es una exigencia, si así se puede decir, de la actividad peculiar que regula (jugadores profesionales de fútbol, personal aeronavegante, servicio doméstico, encargados de casas de renta, etc.), pero en otros supuestos puede corresponder a circunstancias meramente históricas que hicieron que, por cualquier motivo, se reglara mediante ley el trabajo de una determinada actividad profesional.

Deveali recuerda que muchos de los estatutos profesionales se limitaron a reproducir el texto de convenios colectivos celebrados por reducidas e informales representaciones profesionales, con el propósito de atribuirles eficacia *erga omnes*, en un momento en que no existía una regulación legal de los convenios colectivos.

Dada la existencia de una ley general –como es actualmente la LCT– o de leyes generales (como siguen siendo las de jornada, 11.544, o de accidentes), es frecuente que se planteen entre las leyes de régimen general y los estatutos particulares conflictos de normas, respecto de numerosos supuestos reglados por estos últimos. El problema ya existía antes de la LCT y de su artículo 2° –que se ocupa expresamente de tales conflictos– y tan así era que había dado lugar a doctrinas plenarios inspiradas en orientaciones opuestas.

Podría pensarse que la solución del conflicto de normas entre la ley laboral general y la especial resulta fácil mediante la aplicación de las dos reglas *lex posterior derogat legi priori* y *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, pero la situación concreta puede complicarse porque el legislador puede dar una norma específica para el conflicto –como la actualmente vigente del artículo 2° de la LCT– y porque incluso no dándola puede resultar a veces dudosa su intención (objetivo: fin de la norma), especialmente considerando el principio protector del Derecho del Trabajo y la regla sobre aplicación del régimen más favorable. En efecto, cabe dudar (es la duda que presidió, por ej., el plenario de autos “García de Vila, Palmira y otros c/Alegría y Cía. SRL”) si el legislador al dictar una ley posterior que

puede considerarse más favorable no ha tenido la finalidad de mejorar también el régimen particular establecido anteriormente. Ésta es, precisamente, la cuestión que se planteó en otro plenario de la Cámara Nacional en el caso del estatuto de los operarios radiotelecablegráficos y que, en su oportunidad, fue resuelta negativamente respecto de los intereses de esos operarios¹².

Antes de dar una respuesta a esa pregunta conviene señalar que ante el hecho de la existencia de estatutos particulares que no contienen una reglamentación completa de la relación particular a que se refieren y que están, por lo tanto, suponiendo un Derecho Laboral (individual) común, no caben soluciones simplistas. No cabe, por ejemplo, que se simplifique diciendo que la ley laboral común no será aplicable a los trabajadores a quienes se aplique el estatuto particular. Tal norma dejaría trunca e incompleta la reglamentación de la relación laboral particular de que se trate, cuando, en la generalidad de los casos, no es ése el sentido del dictado de su estatuto particular.

Tampoco cabe adoptar el otro criterio simplista que diría que la ley general se aplicará a la relación regida por el estatuto salvo cuando éste sea más favorable (aunque fuere adoptando el criterio llamado orgánico de comparación, o conglobamiento por instituciones); prácticamente de ese modo se estaría anulando la razón de ser más justificada de los estatutos particulares, que no consiste meramente en otorgar mayores beneficios, sino en adecuar la reglamentación legal a las características y a las exigencias de un tratamiento legal razonable de la relación particular de que se trate.

En primer lugar, cabe observar que aunque en su redacción actual el artículo 2º de la LCT no hace referencia expresa a “estatutos o regímenes particulares”, no hay lugar a duda de que la disposición sobreviniente se refiere a ellos, puesto que habla de “la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate” y además del “específico régimen jurídico a que se halle sujeta”, régimen jurídico específico que es, precisamente, el estatuto particular.

Hecha esta aclaración, corresponde observar que la supresión efec-

¹² Fallo del 15-3-65, autos “Peralta, Luis Ángel c/Transradio Internacional Cía. Argentina de Telecomunicaciones SA”.

tuada por la reforma fue interpretada en sentidos divergentes. Para Deveali “el nuevo texto invierte los términos del planteo: lo que antes constituía una excepción se convirtió en la regla”. Vázquez Vialard opinó que “con la supresión del primer párrafo del artículo 2º parecería que el legislador ha querido que en el derecho del trabajo se aplique el mismo principio aceptado en el civil. La ley especial (en este caso, estatuto profesional), en forma implícita deroga la norma general y ésta no innova en aquélla”. De un modo análogo se opina en la obra *La reforma de la Ley de Contrato de Trabajo*, de Torre y Morando. En cambio, Rodríguez Mancini entiende que el texto de 1974 había acogido el criterio orgánico (conglobamiento por instituciones) para la comparación entre la ley general y la especial, y que la reforma no menciona cuál sería el criterio, pero que “por el mantenimiento del texto pertinente del artículo 9º de la misma, podría llegarse a igual solución a la que establecía la ley anterior”.

Morando mantiene con el nuevo texto las directivas del anterior. Este autor sostiene, en síntesis, que la LCT “es una ley general de contrato de trabajo, que constituye la regulación básica de dicha figura jurídica” y que “a su vera subsisten otras fuentes de regulación (art. 1º), entre ellas los estatutos profesionales que integran su sistema”; según esto, “cuando varias normas concurren sobre una misma relación, como ocurre en el supuesto de existencia de un estatuto profesional, el conflicto se resuelve a la luz del artículo 9º, que ordena la elección de la norma o conjunto de normas que rija la respectiva institución y resulte más favorable al trabajador”, además de lo cual “va de suyo que cuando el estatuto profesional no contempla una determinada institución no existe concurrencia de normas sino aplicación directa de la ley general en la medida en que no existe incompatibilidad con la naturaleza y modalidades de la relación y con el específico régimen jurídico que la regula. Esta incompatibilidad debe ser manifiesta, ya que constituye la excepción a la norma general, que dificulta y no favorece la obtención de sus fines. Fines que, en nuestro ordenamiento constitucional y al margen de los propósitos y motivaciones del legislador, sólo pueden consistir en la protección del trabajador (art. 14: El trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes...)”.

Brito Peret, Goldín e Izquierdo en *La reforma de la Ley de Contrato de Trabajo. Ley 21.297* opinan que “tal vez el objeto de la modificación haya sido evitar una duplicación en el tratamiento de la concurrencia de un doble orden normativo –régimen especial y régimen general de la LCT– regulado ya con alcance genérico en el artículo 9º que, para lo que interesa en este asunto, permanece intacto”.

El citado Krotoschin explica que el principio *pro operario* “es aplicable también a la interpretación de normas concurrentes, sean las dos de alcance general o una general y otra especial –caso en que debe darse preferencia a la más favorable (LCT, art. 9º)–” y agrega: “Con respecto a la aplicación de este principio, en caso de concurrencia de normas, se vio que tanto las reglas relacionadas con la jerarquía de las fuentes cuanto las referentes a su validez temporal no son rígidas en materia de derecho del trabajo, sino que, precisamente, el principio ‘de favor’ las hace cuestionables”. El mismo Krotoschin observa que, según el artículo 9º, apartado 1º, de la LCT, “debe considerarse la norma o conjunto de normas que rijan cada una de las instituciones del derecho del trabajo”, pero agrega, “también debe tenerse en cuenta el apartado 1º del artículo 2º, del cual se desprende que la norma más favorable, contenida en la LCT sólo es aplicable, en relación con un estatuto particular, cuando la aplicación ‘resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halla sujeta’. Esta restricción al principio (el resaltado es nuestro) es capaz de aumentar las dificultades de interpretación”. Y luego agrega que “es posible retener, como principio, que en último término habrá que recurrir a la idea de protección máxima posible del trabajador (en la cual se traduce la esencia del adagio *pro operario*)”.

Resumiendo lo expuesto, se pueden indicar las siguientes directivas legales fundamentales respecto de la colisión de normas entre la LCT y los estatutos particulares:

- a) Para el supuesto de que una institución no esté regulada por el estatuto particular y, en cambio, sí lo esté en la LCT, como el personal del estatuto también está comprendido en la LCT, en principio, se aplica lisa y llanamente esta ley, esto salvo que ella resulte incompatible con la naturaleza y modalidades de la

actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta. En este supuesto no hay problema de derogación del estatuto por la LCT sino, sencillamente, aplicabilidad o no aplicabilidad de esta última;

- b) si una determinada institución aparece regulada por disposiciones diferentes de la LCT y de cierto estatuto particular, y las de la LCT resultan incompatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que está sometida, no hay derogación por la LCT de las disposiciones distintas y menos favorables para el trabajador del estatuto; esto, sencillamente, porque la LCT no se aplica. Las que se aplican son las disposiciones, incluso menos favorables, del estatuto;
- c) si una determinada institución aparece regulada por disposiciones diferentes de la LCT y de cierto estatuto particular, y las de la LCT no resultan incompatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate ni con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta, y además las disposiciones de la LCT son más favorables para el trabajador, las opuestas y menos favorables del estatuto están derogadas por el artículo 7º de la ley 20.744;
- d) si una determinada institución aparece regulada por disposiciones diferentes de la LCT y de cierto estatuto particular, y las de la LCT no resultan incompatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate ni con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta, y las disposiciones de la LCT son menos favorables para el trabajador, las opuestas y más favorables del estatuto no están derogadas por el artículo 7º de la ley 20.744, en virtud del principio de protección al trabajador, de base constitucional (artículo nuevo de la Constitución Nacional) y el principio de interpretación del mencionado artículo 7º, y en virtud del artículo 9º, primer párrafo, de la misma LCT que consagra, a su vez, el principio del régimen más favorable en cuanto al derecho (concreción o regla derivada del principio de protección), y
- e) la comparación de lo más favorable y lo menos favorable debe hacerse tomando el criterio, por algunos llamado “orgánico”, del “conglobamiento por instituciones” (art. 9º, primer párrafo, LCT).

De acuerdo a lo sintetizado resulta que las disposiciones estatutarias sólo prevalecen sobre las de la LCT cuando las de ésta son incompatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta, o cuando, no existiendo tal incompatibilidad, son más favorables. Lo cual significa que, en definitiva, la supresión del primer párrafo de la primitiva redacción del artículo 2º de la LCT no ha cambiado nada salvo, si se quiere, eliminar algo superfluo.

Las directivas legales que antes ponía expresamente ese primer párrafo, con el condicionamiento del segundo (ahora primero), permanecen tal cual por el juego armónico de los artículos 7º, 2º (redacción actual), primer párrafo, y 9º, primer párrafo, de la LCT y, por así decir, dominando el panorama, el fundamental principio de protección al trabajador, de raíz constitucional¹³.

Hay, entonces, en la materia que venimos estudiando, una directiva básica que implica la aplicabilidad de las instituciones de la LCT no contempladas en los estatutos particulares al personal comprendido en éstos y la aplicabilidad, respecto de las instituciones contempladas en la LCT y los estatutos, de la LCT si resulta más favorable; pero no se trata de una directiva incondicional sino, todo lo contrario, condicionada a la compatibilidad de lo que dispone la LCT con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trata y del específico régimen jurídico a que se halla sujeta.

Justo López se pregunta si es admisible la existencia de un contrato de trabajo especial sin que haya un estatuto legal aplicable a la actividad o relación de que se trate y se pronuncia por la afirmativa respecto de la relación del jugador de fútbol profesional con su club, antes de que se dictara el estatuto respectivo (ley 20.160), explicándonos con qué alcance se reconocía la existencia de una relación de trabajo, en autos “Ruiz, Silvio Ramón c/Club Atlético Platense”, acuerdo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, de fecha 15 de octubre de 1969, es decir, antes de dictarse la ley –estatuto del futbolista profesional–. Del mismo modo opina respecto del Uru-

¹³ LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo comentada* cit., 2ª ed., 1987, t. I, p. 14.

guay, donde no hay estatuto legal del jugador de fútbol profesional sino tan sólo un Estatuto del Jugador de Fútbol Uruguayo, dispuesto unilateralmente por la Asociación Uruguaya de Fútbol, el profesor Américo Plá Rodríguez dice: “creemos que es un contrato de trabajo especial”.

Propiamente, en la materia que estamos tratando –relación de la LCT con los estatutos particulares– la ley no da soluciones, sino directivas para encontrar soluciones. El condicionamiento de la aplicabilidad de la LCT a su compatibilidad con la naturaleza, modalidades y el específico régimen jurídico de la actividad de que se trate, lleva a que la solución misma dependa del juicio de compatibilidad (o de incompatibilidad) de que hablábamos en la primera edición de esta obra. Ese juicio de compatibilidad, obviamente, no está en la misma LCT sino que deben formularlo, según sea el caso, las partes interesadas, la doctrina o el tribunal que entienda en una causa contenciosa. Es indudable que la solución debe seguir las directivas legales de las que hemos hablado más arriba, pero no está contenida en ellas. La solución, por lo tanto, es casuística.

2) *Estatutos posteriores a la LCT*

Hasta ahora, después de la LCT, se han dictado tres estatutos: la ley 22.248, régimen nacional del trabajo agrario, y la ley 22.250, nuevo estatuto para el personal de la industria de la construcción y el régimen para peluqueros. Respecto de estas dos leyes, sin embargo, se plantean situaciones distintas porque la primera (ley 22.248) modificó el artículo 2° de la LCT para excluir de ella a los trabajadores agrarios, y en cambio el nuevo estatuto para los trabajadores de la industria de la construcción no los excluyó de la LCT. Se limitó, en el artículo 35, a decir: “Las disposiciones de esta ley son de orden público y excluyen las contenidas en la ley de contrato de trabajo en cuanto se refieren a aspectos de la relación laboral contemplados en la presente ley”.

En lo demás aquélla será de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades de este régimen jurídico específico.

Según esto, las normas de la LCT pueden ser aplicables al personal de la industria de la construcción siempre que:

- a) No haya norma opuesta (aunque sea menos favorable) del estatuto (compárese con la interpretación del art. 2º de la LCT expuesta), y
- b) aun no habiendo norma opuesta en el estatuto, si la norma de la LCT no se opone al “régimen jurídico específico” del estatuto (por ej., no resulte concordante con el régimen de “fondo de desempleo” en cuanto opuesto al de indemnización del despido arbitrario).

La otra categoría comprendida en el inciso b, que estamos estudiando es la de los “estatutos profesionales”. Ésta es una denominación que sin duda constituye una creación de esta rama del Derecho a partir de una acción de política legislativa que se orienta a regular estatalmente las relaciones laborales de ciertos sectores de actividad por considerar que las características o modalidades en que se desarrollan merecen una atención especial de adaptación de las reglas generales¹⁴.

Las leyes han dado reglas especiales para el personal de determinadas actividades empresariales (institutos docentes, empresas periodísticas), empresas de construcción o para determinadas categorías de trabajadores (aeronavegantes, conductores particulares, ejecutantes musicales, jugadores de fútbol profesional, médicos, dentistas y farmacéuticos, operadores radiocabletelegráficos, trabajadores a domicilio, trabajadores rurales, viajantes de comercio, trabajadores marítimos, periodistas, peluqueros).

Estos ordenamientos forman los estatutos y regulaciones especiales, que son más o menos completos según los casos, ya que en ciertos supuestos sólo regulan aspectos parciales de las relaciones que contemplan (por ej., aeronavegantes, trabajo a domicilio, viajantes de comercio, conductores particulares), y en otros reglan con amplitud las prestaciones contractuales que tratan (periodistas, empleados administrativos de empresas periodísticas, trabajadores rurales, industria de la construcción, marítimos, entre otros).

¹⁴ RODRÍGUEZ MANCINI, *Ley de Contrato de Trabajo* cit., t. I, p. 44.

En tal sentido enuncio seguidamente las actividades especiales y las normas que las regulan: aeronavegantes (decreto-ley 16.130/46); conductores particulares (ley 12.867); construcción (ley 22.250); docentes particulares (ley 13.047); ejecutantes musicales (ley 14.597); encargados de casas de renta (ley 12.981); médicos, dentistas y farmacéuticos (decreto-ley 22.212/45); periodistas y empleados administrativos de empresas periodísticas (ley 12.908 –estatuto del periodista profesional–, decreto-ley 13.839/46 –empleados administrativos–); radiocabletelegrafistas (decreto-ley 14.954/46); servicio doméstico (decreto-ley 326/56); trabajo a domicilio (ley 12.713); trabajo marítimo (ley 17.371 y Código de Comercio, arts. 891, 904 a 907 y 984 a 1017); viajantes de comercio (ley 14.546); jugadores profesionales de fútbol (ley 20.160); trabajo agrario (ley 22.248); peluqueros (ley 23.947).

CONCEPTUALIZACIÓN UNIVERSAL Y CONSTRUCCIONES LOCALES SOBRE LA IDEA DEL DERECHO DEL TRABAJO*

por ADRIÁN GOLDÍN

SUMARIO: I. La idea del Derecho del Trabajo: una o diversas. 1. Formular una idea del Derecho del Trabajo. 2. Las “ideas particulares” del Derecho del Trabajo. II. Sobre la evolución de las “ideas particulares” del Derecho del Trabajo. 1. Una muestra imperfecta. 2. Examinar las ideas particulares. a) Los Derechos del Trabajo del sistema jurídico continental. b) En países de tradición anglosajona. c) En América Latina. 3. Las ideas particulares en tratamiento comparado. a) Sobre las demandas de la economía. b) En relación con el sistema de fuentes. c) Sobre el concepto de dependencia o subordinación laboral. d) Las construcciones teóricas de las *capabilities* o de las *capacidades*. e) Nuevos espacios para la Seguridad Social. III. Para terminar. IV. Bibliografía.

I. La idea del Derecho del Trabajo: una o diversas

1. *Formular una idea del Derecho del Trabajo*

Desde un enfoque comparado, el abordaje del tema nos impone plantear unos interrogantes preliminares: ¿Es posible formular una idea del Derecho del Trabajo de alcance (más o menos) universal?;

* El autor ha preparado este documento como parte de sus actividades como investigador residente en el Institut d'études avancées de Nantes, dirigido por el profesor Alain Supiot. Su versión en inglés ha sido presentada para su consideración en el taller sobre *The Idea of Labour Law*, que tuvo lugar del 8 al 10 de abril de 2010 en el St. Catharine's College de la Universidad de Cambridge (UK), http://isllss.huji.ac.il/idea_workshop_home.htm.

¿la hubo, al menos, si es que hoy, tras experimentar hipotéticas alteraciones, no existe ya?

Darles respuesta no es, por cierto, una tarea fácil, y su evidente dimensión comparativa sugiere que ni siquiera es posible sino como producto de la reflexión concertada de juristas provenientes de las más diversas experiencias jurídicas. Como se ha dicho hace no mucho con apabullante franqueza, pocos de nosotros conocen bien muchos ordenamientos además del propio (Blanc-Jouvan, 2007), y menos aún son los que pueden evitar que la consideración de los ordenamientos ajenos transite por el tamiz de las concepciones que denotan al propio (Arthurs, 2007).

En todo caso, parece obvio que toda pretensión de (relativa) universalidad obliga a procurar reconocer esa *idea* del Derecho del Trabajo en la más esquemática y estilizada dimensión conceptual, pues sólo una aproximación como ésta puede hacerla apta para expresar tan vasto alcance transnacional e intertemporal como el que se pretende para ella.

Consciente de tan severas restricciones, tal vez sea posible, no obstante, ensayar una caracterización de *la idea* del Derecho del Trabajo, a sabiendas de que sólo tiene valor hipotético. Y que tal vez se justifique como mero punto de partida para una tarea de construcción colectiva y comparada que permita aproximarse a ella de modo más riguroso o, por el contrario, que lleve a concluir que ella no existe y no ha existido antes, o bien que tiene una configuración tan limitada y elemental que priva de sentido a toda reflexión sobre su hipotética evolución. En cualquier caso, la llamaré “idea básica y original” por distinguirla de *otras ideas* que, aun en el marco de aquélla, llevan no obstante las señas distintivas de los particulares sistemas jurídicos que las albergan y carecen, por tanto, de aquella pretendida *cuasiuniversalidad*.

Desde esa modesta perspectiva, el Derecho del Trabajo sería el sector del ordenamiento jurídico que:

- Se ocupa de la prestación o provisión de trabajo humano en el marco de procesos de producción y de servicio organizados por otro (el dador de trabajo), en interés de este último.

- En ese vínculo, el dador de trabajo es el titular de un factor escaso (el capital) que es indispensable para el funcionamiento de esos procesos, a los que el prestador necesita incorporarse para obtener una contraprestación que le permita subvenir a sus necesidades.
- La preocupación que inspira al Derecho del Trabajo responde al hecho de que esa prestación, a diferencia de otras que se intercambian en los mercados de productos, es inseparable de la persona que lo presta y, por añadidura, a la connatural impostergabilidad de las necesidades que han de ser atendidas con la contraprestación que recibe el prestador.
- La descripta inseparabilidad impide la originaria desposesión de la prestación por la cual paga el dador de trabajo, lo que torna necesario un cierto grado de sujeción (subordinación) en sustitución de aquella inaccesible desposesión (Favre-Magnan, 1998).
- Ese conjunto de condiciones “en cabeza” del dador de trabajo –entre ellas, titularidad del capital, poder de organización, prelación de su interés, dependencia económica, subordinación– genera una estructural asimetría de poderes entre ambos sujetos del vínculo (dador de trabajo o empleador; prestador del servicio o trabajador) que se manifiesta tanto a la hora del establecimiento de las condiciones de trabajo como a la de gestión del vínculo en sí¹.

¹ De modo coincidente, aun cuando con acentos obviamente dirigidos a contrastar los fenómenos de origen que hoy se observan, Hyde (2006) expresa que el Derecho del Trabajo y del empleo nació como respuesta a la asunción general de que la relación de trabajo o empleo era simultáneamente el sitio de: 1. La máxima opresión social; 2. la más notable manifestación de desigualdad en el poder de negociación; 3. la manifestación más conspicua de exceso de poder; 4. el mayor conflicto social. De modo que admite que ese componente de la radical asimetría forma parte de la concepción original del Derecho del Trabajo, aun en su propia experiencia jurídica (la norteamericana). Para Hyde, no obstante, la relación de empleo ya no es hoy el lugar de la mayor opresión o la mayor desigualdad; están peor, dice, los desempleados, o los que están excluidos del mercado de trabajo por edad, género, nacionalidad o falta de capacidades. Ésa no parece, no obstante, ser una novedad de los tiempos que corren. En verdad, siempre los desempleados y los excluidos estuvieron peor; peor que hoy, incluso, pues los mecanismos institucionalizados de cobertura entonces existentes –la legislación de pobres, por ejemplo– tenían por cierto menores alcances que las modernas políticas sociales. No resulta por otra parte evidente que los desempleados

- Esa virtual unilateralidad en la fijación de las condiciones de trabajo determina que las resultantes, habida cuenta del *involucramiento del cuerpo del trabajador* (Supiot, 2004) y su dependencia económica, puedan resultar altamente gravosas y ofensivas para la dignidad, salud y condiciones de subsistencia del trabajador.
- Son aquella asimetría y sus efectos sintetizados en el punto anterior los factores que revelan la radical ineptitud de la autonomía individual –del contrato– para el establecimiento de unas condiciones que expresen un punto óptimo, siquiera razonable, de satisfacción equilibrada de los intereses de las partes.
- Siendo ése su presupuesto, es función prevalente de los ordenamientos laborales la imposición de límites a esa unilateralidad mediante fuentes reglamentarias y regulatorias –no siempre iguales en naturaleza, combinación y precedencia– que poseen en común la propiedad de no poder ser desplazados por el ejercicio de la autonomía individual². El ordenamiento promueve o, cuando menos, reconoce esas fuentes³.
- A pesar de su diversidad los ordenamientos laborales reconocen inspiración y fundamento en un conjunto de valores comunes

o excluidos vayan a estar mejor porque liberemos los límites de la jornada o suprimamos los descansos de los trabajadores; en ciertas condiciones, el crecimiento forzado de la productividad no mejora, sino que empeora la situación del empleo.

² Otto Kahn Freund (a quien suele atribuirse una dimensión fundacional en el Derecho del Trabajo británico) en *Trabajo y Derecho*, Colección Estudios (Serie *Relaciones Laborales*), trad. de J. M. Galiana Moreno, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 52, ha señalado que “...el propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo”.

³ En última instancia, todos los regímenes tienen en común el híbrido contrato/estatuto, que parece inseparable del Derecho del Trabajo (que no es sólo relación obligacional ni tampoco sólo construcción comunitaria). Este híbrido entre contractual y comunitario (así lo califica Supiot, 2004) admite énfasis y matices (más contrato en los países anglosajones, más dimensión comunitaria en Alemania; en el medio, los demás países de tradición continental). Si se excede la dosis de contrato, el sistema puede tener una derivación que hoy juzgaríamos neoclásica; si se excede la del componente comunitario, no es improbable experimentar una derivación autoritaria.

que, por su paradigmática universalidad, y en homenaje a la brevedad, pueden identificarse entre los que inspiraran la creación de la OIT y su sistema normativo y que encuentran expresión –entre muchas otras fuentes– en la Constitución de la OIT y, en particular, en la Declaración de Filadelfia que la integra. No parece inapropiado considerar a ese conjunto de valores como fundamento de esa *idea básica del Derecho del Trabajo* que procuramos delinear en estos párrafos.

Tales podrían ser, pues, los términos de una muy tentativa elaboración de la “idea básica del Derecho del Trabajo”. Conviene distinguirla, en todo caso, de otra cuestión, vinculada esta vez con la necesidad de establecer cuáles son los límites del Derecho del Trabajo o, en otros términos, cuáles son los elementos –sujetos, normas, instituciones– que se encuentran dentro de sus fronteras y cuáles otros aquellos que la desbordan (Rodríguez Piñero, 2002). Esta cuestión demanda la adopción de otras decisiones (taxonómicas, didácticas, legales) menos precisas aún; su tratamiento, no obstante, no está totalmente divorciado de la reflexión que emprendemos en esta oportunidad, cuando menos en cuanto se trate de considerar los alcances de su centro de imputación; en otras palabras, de identificar los sujetos que están alcanzados por sus normas.

2. *Las “ideas particulares” del Derecho del Trabajo*

Si aquella “idea básica y original” tuviera el grado de universalidad que a modo de hipótesis aquí se le atribuye, habría que admitir que sus contenidos integran también, a su vez, diversas “ideas particulares” del Derecho del Trabajo reconocibles en cada régimen, sistema o experiencia jurídica. Esas “ideas particulares”, bien que informadas por aquella pretendida “idea básica”, agregarían sus propios elementos identitarios, tales como la presencia dominante de unas u otras fuentes, los modos de construcción de las normas, la tipología de técnicas en uso, los modos de reconocimiento de los sujetos, etcétera.

Esas “ideas particulares” del Derecho del Trabajo y, desde luego, también la “idea básica” que las informa y las integra han estado sometidas en las últimas décadas a una serie de desafíos (los reclamos

de la economía, los paradigmas ideológicos dominantes, los fragores de la internacionalización de los mercados, las nuevas tecnologías duras y los nuevos desarrollos organizacionales del trabajo y de la producción, las nuevas formas de contratar e incorporar el trabajo humano, entre otros)⁴ que las han puesto a prueba. Desde la perspectiva de este documento interesa desagregarlas (distinguir la “idea básica” de las diversas “ideas particulares”), pues es eje central de este ensayo la hipótesis de que, *frente a esos desafíos, algunos sistemas jurídicos han mostrado una mayor propensión a apartarse de aquella “idea básica”, en tanto otros, aun experimentando cambios muy significativos, han permanecido dentro de ella*. Por decirlo en términos caros a las teorías de la convergencia, experimentaríamos en este caso una cierta convergencia de desafíos, pero no de reacciones o respuestas.

Por cierto, en la tarea de ponderar el grado de afectación de la idea del Derecho del Trabajo, propia de cada uno de los sistemas jurídicos que se tomen en consideración (cuestión que debido a las restricciones de extensión de este ensayo quedará apenas insinuada), deberán considerarse como indicadores relevantes no sólo el conjunto de transformaciones normativas e institucionales presentes en ellos, *sino también las elaboraciones académicas concebidas para darles seguimiento e interpretarlas*. Habrá que admitir, en efecto, que la idea (básica) y las ideas (particulares) de una rama del Derecho sólo se exteriorizan de modo más o menos sistemático en las construcciones de los juristas. Y que éstos dejan frecuentemente la impronta de sus particulares concepciones incorporadas de modo indiscernible a sus objetos, sin que sea fácil establecer luego cuánto de sus formulaciones replica el objeto “natural” que se proponen expresar, y cuánto, en cambio, no traduce más que su lectura o interpretación de aquél.

Lo que con todo ello se pretende sugerir es la hipótesis adicional de que *en las últimas décadas no sólo la idea básica del Derecho del Trabajo ha sido afectada en diversa dimensión o intensidad en cada uno de los diversos sistemas jurídicos –lo que en el mediano plazo*

⁴ Arturo Bronstein (2009) ha tratado exhaustivamente esos desafíos; a él nos remitimos en homenaje a la brevedad.

podría afectar su original condición de extendida universalidad–, sino que, además, las construcciones de los juristas han tenido también diversa propensión a apartarse de aquella idea histórica, lo que habría estado determinado también por la contextura de las “ideas particulares” de sus ordenamientos de pertenencia. Si ello fuera así, en la tarea comparativa quedaría claro que algunos de esos juicios expresarían con propiedad ciertas inclinaciones presentes en ciertos sistemas u ordenamientos y no siempre tendrían, en cambio, poder explicativo otros que evolucionan de manera diversa. Si bien hay que admitir que se trata de una hipótesis quizás autoevidente, que en el ejercicio de la comparación no hace más que traducir las profundas brechas institucionales que separan ordenamientos constitutivamente diversos, tal vez se justifique plantearla al realizar un ejercicio como el propuesto, que parte de aceptar, bien que sujeta a preliminar discusión, la existencia de algo así como *una idea básica y original del Derecho del Trabajo (casi) universalmente compartida*. Esta perspectiva implicaría postular la tercera hipótesis (no más que una especificación de las anteriores) de que *la pertenencia a un determinado sistema jurídico –tal vez no relevante para determinar los niveles de eficiencia de los ordenamientos (Deakin, Lele y Siems, 2007)– sí es significativa a la hora de definir sus rumbos de evolución y, en particular, los de las construcciones de sus cultores*.

En atención al propósito de este ensayo –la formulación y justificación de hipótesis meramente descriptivas– omitiré en él, en cuanto me sea posible, mis propias valoraciones críticas sobre los procesos de transformación que viene experimentando el Derecho del Trabajo, así como sobre las construcciones teóricas que inciden sobre esos procesos; ya las he vertido en muchos trabajos anteriores⁵ y no es ésta la oportunidad para volver sobre ellas.

⁵ Entre otros, *Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina*, International Institute for Labour Studies (ILO, Geneva), DP/173/2007; *Labour Flexibility and Worker Security; an Argentine Perspective*, en *Regulations, Worker Protection and Active Labour. Market Policies in Latin America*, Jürgen Weller, Ed. United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, dec. 2009, ps. 89 y ss., y *Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003.

Para materializar la propuesta que se viene de formular, consideraré en la próxima sección el modo en que esos “desafíos” (que en razón de las necesidades de brevedad de este ensayo tampoco serán aquí objeto de examen) han incidido sobre diversas experiencias jurídicas, correlato de otras tantas “ideas particulares” del Derecho del Trabajo. Luego, en la última sección, procuraré extraer algunas conclusiones.

II. Sobre la evolución de las “ideas particulares” del Derecho del Trabajo

1. Una muestra imperfecta

Para poner a prueba la consistencia de las hipótesis planteadas –su mera validez como hipótesis y de ningún modo su confirmación científica, que no está al alcance de este breve ensayo– elegiremos transitar una tradicional línea divisoria: la que distingue al sistema jurídico continental o del Derecho Civil del sistema anglosajón o del *common law*. Ambos tal vez podrían reconocerse en aquella “idea básica” del Derecho del Trabajo, aunque difieran de modo nítido sus respectivas “ideas particulares” en razón de múltiples factores diferenciadores. Entre los más notables, sin duda, su muy diversa intensidad reglamentaria expresada en la tan distinta conformación de los respectivos sistemas de fuentes y, especialmente, en el rol de la ley, dominante en el sistema continental (lo es en general y lo es también, en particular, en la regulación de las relaciones individuales del trabajo) que tiene, en cambio, importancia menor en la regulación de las relaciones individuales en los sistemas jurídicos del área del *common law*⁶.

Consideraré también, atribuyéndole, tal vez impropriamente, la condición de una tercera “idea particular”, los Derechos del Trabajo de América Latina. Hay que advertir, no obstante, que esta tercera “idea particular” dista de tener una contextura homogénea con la de las otras “ideas particulares” que venimos de anunciar, desde que los Derechos del Trabajo latinoamericanos, por la tradición jurídica de la que provienen, se encuentran adscriptos al sistema jurídico continental y compar-

⁶ No en cambio en el ámbito de las relaciones sindicales, reguladas por la ley en los Estados Unidos de América, aunque no en el Reino Unido.

ten, por tanto, muchos de sus rasgos distintivos (no son, por tanto, tres experiencias jurídicas simétricamente independientes unas de otras).

2. Examinar las ideas particulares

a) Los Derechos del Trabajo del sistema jurídico continental

1) Flexibilidad laboral

Los Derechos del Trabajo de los países de la Europa occidental inscriptos en la tradición del sistema jurídico del Derecho Civil han sido objeto de reformas reiteradas y profundas en las últimas décadas. Muchas de ellas, hay que decirlo, han sido el producto de recurrentes reclamos de adecuación del Derecho del Trabajo a consideraciones de eficiencia (Sciarra, 2005). Se acentúan las exigencias de racionalidad económica de la normativa, se les impone la valoración de objetivos económicos, como el desempeño del empleo y del mercado de trabajo, y la prosperidad de las empresas, objetivos que no formaban parte de su programa inicial (Rodríguez Piñero, 2006)⁷. Podría decirse, no obstante, que esa demanda de eficiencia no transita de modo directo –cuando menos, no de modo generalizado– la alternativa de someter el Derecho del Trabajo a la concepción del *análisis económico del Derecho*, sino que opera –bien que en la misma línea conceptual⁸– bajo la forma de demandas de incrementar la *flexibilidad* de las prácticas y las reglamentaciones. Se trataría, diríamos, de una aproximación económica algo mediatizada y menos rigurosa, que tiende a poner en cuestión los hipotéticos excesos de rigidez de las normas laborales de estirpe estatal y no su propia existencia⁹.

⁷ Con cita de Vardaro, Rodríguez Piñero (2006) sostiene que el Derecho del Trabajo ha nacido al mismo tiempo como instrumento de racionalización jurídica de la economía y de racionalización económica del Derecho y que carecería de utilidad si va contra la lógica económica. Pero, agrega, se contraponen a la economía cuando ésta obstaculiza el proceso de liberación del trabajador.

⁸ UGARTE C., José Luis, *Análisis económico del Derecho; el Derecho Laboral y sus enemigos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 58.

⁹ Existencia que desde la lógica del análisis económico del Derecho frustraría la libertad del *homo aeconomicus*, maximizador racional de los fines de su vida (conf. POSNER, Richard A., *El análisis económico del Derecho*, 1ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2000). Entre las perspectivas europeas críticas del *law and*

Entre los productos más difundidos de esos procesos está la introducción generalizada de instrumentos de flexibilidad laboral, particularmente en materia de despido (abaratamiento y reducción de los recaudos formales), mayor recepción y uso de los contratos por tiempo determinado y otras formas de temporalidad o de contrataciones atípicas, contratos de tiempo parcial, contratos con finalidad formativa, habilitación de agencias privadas de empleo y de trabajo temporal, predominio de técnicas procedimentales de tutela por sobre las que se basan en normas sustantivas, generalización de las diversas formas de intermediación laboral en procesos de descentralización productiva, flexibilización de la jornada de trabajo y los descansos, introducción de mecanismos de flexibilidad interna o funcional y geográfica, entre otras manifestaciones.

Se trata de mecanismos que en su mayor parte tienden a alterar “a la baja” la intensidad de los ordenamientos de protección, pero que, a mi juicio, no implican una modificación cualitativa de la lógica tutelar. Puede, por el contrario, afirmarse que, al menos hasta un cierto punto, *las demandas y técnicas de flexibilidad en los diversos ámbitos del sistema de regulación laboral constituyen una propiedad del sistema de protección en sí –sólo tienen sentido en relación con un régimen legal de protección como el que aquí impera– y, por lo tanto, lo matizan en diverso grado pero no alteran su naturaleza.*

Tampoco la idea de *flexicurity*¹⁰, central en el debate europeo a partir de la Cumbre de Lisboa, que la incorporara como un elemento de la estrategia europea del empleo, parece enervar en términos sustantivos la *idea básica* del Derecho del Trabajo. Su componente de flexibilidad presiona en el sentido del debilitamiento en intensidad de

economics, ver LYON-CAEN, Antoine (sous la responsabilité scientifique de), *L'évaluation du Droit du Travail: problèmes et méthodes*, Institut International Pour les Etudes Comparatives –DARES Appel a Projets de recherche 2005– *L'analyse économique du Droit du Travail. Rapport final* (vol. I), Rapport de Synthèse, 11 avril 2008. Con más matices, la visión de De Pietro Ichino, en su *Opinión de un jurista sobre los argumentos laborales de los economistas*, publicada en la *International Labour Review*, vol. 117 3, p. 319, y otros estudios posteriores.

¹⁰ La valoré críticamente, desde una perspectiva argentina, en *Labour Flexibility and Worker Security: an Argentine Perspective*, en *Regulations, Worker Protection and Active Labour. Market Policies in Latin America*, Jurgen Weller, Ed. United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, dec. 2009.

las normas laborales, pero no en un cambio sustantivo de la idea de protección¹¹. Esa condición (de continuidad de la lógica de protección) se ratifica en el propio ordenamiento danés –modelo de referencia en esta propuesta– en el que la alta flexibilidad en el despido y acentuada flexibilidad funcional tienen como contrapartida una regulación aún intensa de la duración del tiempo de trabajo y los salarios¹².

2) *Las fuentes del Derecho del Trabajo*

Si alguna vez pudo hablarse de la estabilidad de las fuentes del Derecho del Trabajo (de cuáles eran ellas y de cómo se relacionaban, por oposición a sus cambiantes contenidos) (G. Lyon-Caen, 2001), habrá que admitir hoy que esa condición de estabilidad se ha perdido. Se generaliza ahora, en efecto, la incorporación de nuevas especies, se multiplica la tipología de las relaciones entre todas ellas, se les asignan nuevas funciones. Junto a las tradicionales normas imperativas de las leyes y de los convenios colectivos se agregan diversas formas de regulación internacional, complejizando notoriamente las cuestiones de *internormatividad* con irresueltas relaciones de jerarquía¹³, sobrevienen reglamentaciones no vinculantes –manifestaciones de *soft law*– en el nivel internacional (sirva de ejemplo el Open Method of Coor-

¹¹ No se suprime, sino que aparece atenuada la protección contractual del Derecho del Trabajo, atenuación que se dice compensar con una presencia fortalecida de los instrumentos de la Seguridad Social en materia de continuidad de los ingresos, las políticas activas de mercado de trabajo, las del aprendizaje de por vida, los mecanismos de compatibilidad del trabajo con la vida familiar y un régimen amplio de cobertura de la salud.

¹² En ese sentido, LYON-CAEN (sous la responsabilité scientifique de), *L'évaluation du Droit du Travail: problèmes et méthodes* cit.

¹³ Reflexionando en otro espacio jurídico, como lo es el del Derecho Penal Internacional, el joven jurista iraní Pejman Pourzand señala de que modo el espacio normativo mundial que resulta de las interacciones múltiples en el nivel internacional, regional y nacional constituye un espacio *sans dedans et sans dehors* (sin adentro y sin afuera) en que los espacios normativos se encabalgan en relaciones múltiples en las que, a diferencia de los órdenes jurídicos tradicionales, se hace muy complejo discernir relaciones de jerarquía entre diversas manifestaciones normativas –especialmente, internacionales– de fuentes de producción normativa no alineadas en la tradicional construcción piramidal (POURZAND, Pejman, *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue*, L. G. D. J., Paris, 2008).

dination de la Unión Europea), aparecen iniciativas voluntarias de muy diversa dimensión, se generaliza la imposición de normas procedimentales para regular el modo de interacción de los actores que han de tomar decisiones y no las decisiones mismas.

Se establecen nuevas relaciones entre las fuentes tradicionales –las leyes y los convenios colectivos– y se verifica, en particular, un debilitamiento de la ley frente al convenio colectivo¹⁴ y de los convenios de industria en relación con los de empresa¹⁵. Por añadidura, se asignan a los convenios colectivos competencias antes propias de la ley.

En los contenidos de esas fuentes –en línea con las ya recordadas tendencias de flexibilización– se aprecia una menor intensidad tutelar, aunque no una reducción en la densidad del aparato regulador que, precisamente en ese cometido flexibilizador, multiplica la presencia de reglamentaciones.

Hay que decir, no obstante, que, pese a todas esas novedades que matizan notablemente el sistema de fuentes, la ley no ha perdido en el ámbito continental su condición de ser el espacio de lo *incalculable* (Supiot, 2010), entendido como el que es propio de las cuestiones que trascienden todo cálculo o utilidad individual e incluyen los mínimos que se juzgan irreductibles para asegurar la dignidad de las personas, quedando las restantes fuentes disponibles para albergar lo *calculable* que es cuanto puede ser regido por cálculos de utilidades individual y pueden materializarse en la negociación, el contrato y hasta en las expresiones regulatorias de corte unilateral¹⁶.

¹⁴ Que Emmanuel Dockes (2004) categoriza como una manifestación más del dominante poder del empleador, puesto que en la formación del convenio colectivo el empleador tiene un voto igual al de todos los trabajadores, en tanto que en la ley, desde la lógica del sistema democrático, cada individuo tiene un voto.

¹⁵ Como lo señala Silvana Sciarra (2005), tradicionalmente los niveles inferiores sólo podían mejorar lo establecido en los superiores. Ahora esa lógica se invierte, como es el caso, por ejemplo, de Alemania, donde las *opening clauses* del convenio colectivo permiten su derogación en el nivel de la empresa.

¹⁶ Dice Supiot que sólo ese tipo de montaje autoriza a tratar en el plano contractual los hombres y las cosas como entidades abstractas e intercambiables, cuyos valores pueden ser llevados a una misma escala monetaria, pues sus diferencias cualitativas son tomadas en cuenta por el dominio de lo *incalculable*, que reside en la ley (*L'esprit de Philadelphie*, Paris, 2010).

Cabe, pues, aceptar que es en este campo de las fuentes y de sus relaciones recíprocas donde se advierten los cambios más intensos en el escenario europeo (Sciarra, 2005) –tal vez, una alteración de las *ideas particulares* del Derecho del Trabajo– sin que se perciba, por el contrario, una alteración de la *idea básica*: la autonomía individual sigue enmarcada por un aparato normativo tendiente a neutralizar la sustancial asimetría de la autonomía individual. La profusión normativa provocada por los avances flexibilizadores tampoco niega la *idea básica* (aunque debilita, por cierto, la intensidad tutelar del Derecho del Trabajo); como se expresó más arriba, *esas normas de “flexibilización” sólo tienen sentido en relación con un sistema de protección del trabajo que, aún menos intenso, sigue vigente en plenitud.*

3) *Alteración en los modos de definición de los sujetos y segmentación de los estatutos de tutela*

Si durante buena parte de la historia del Derecho del Trabajo sólo los trabajadores subordinados convocaban la preocupación del Derecho del Trabajo –había otros, pero el espacio de los subordinados era suficientemente amplio y expansivo y en ellos residía la más acuciante problemática social– hoy aquella categoría parece contraerse, en tanto que el número de los trabajadores jurídicamente autónomos pero económicamente dependientes adquiere creciente relevancia social. No es, naturalmente, el objeto de esta evocación la pretensión de volver sobre la etiología de estos fenómenos¹⁷, sino de considerar el modo en que la legislación y la literatura continental se han hecho cargo de los mismos, con el propósito de establecer si esos tratamientos implican cambios decisivos en la idea “continental” del Derecho del Trabajo y si, por extensión, conllevan una afectación relevante de la idea básica del Derecho del Trabajo.

Resulta evidente que la desigualdad –el desequilibrio, la asimetría– que demandaba un tratamiento particular para las relaciones de subor-

¹⁷ Que procuré sintetizar en *Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law*, en *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goal and Means in the Regulation of Work*, Guy Davidov y Brian Langille (comps.), Hart Publishing, Oxford, 2006.

dinación lejos está de haber desaparecido; subsiste, por el contrario, en la figura tradicional de la subordinación, y se extiende adicionalmente a otros vínculos de trabajo personal, jurídicamente autónomos pero económicamente dependientes. Puede admitirse, en consecuencia, que si en el plano del trabajo personal se amplía el espacio en que se instala el *rasgo de la desigualdad*, debe correlativamente ampliarse el instrumental técnico de protección y adicionarse el que sea necesario para dotarle de respuestas apropiadas

Así las cosas, no abundan en la literatura europea propuestas para hacer a un lado el concepto tradicional de la dependencia –tal vez, como queda dicho, en retracción pero aún dominante¹⁸–, sino más bien construcciones teóricas que proponen la incorporación de indicadores económicos al haz de indicios en uso para reconocer la relación de dependencia¹⁹, la extensión de la tutela a trabajadores semidependientes²⁰ y algunos ejercicios legislativos para asignar una cierta cantidad de recursos de protección a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (tales los casos ya tradicionales de la legislación italiana y alemana y el más reciente régimen español de los trabajadores autónomos económicamente dependientes)²¹.

¹⁸ Rodríguez Piñero (*Los cambios en el mundo del trabajo y su respuesta jurídica*, en *Relaciones Laborales* N° 9, Madrid, 2007, p. 1), parafraseando el informe del director general de la ILO (OIT, 2006), señala que la evolución del Derecho del Trabajo no ha significado una crisis global del modelo precedente de contratación laboral. Si bien se constata la presencia de más trabajo autónomo, *siguen predominando las formas subordinadas de trabajo y dentro de ellas predominan las contrataciones estables de duración indeterminada, que el informe de la ILO considera más beneficiosas para la productividad*, la inversión en capital humano y el bienestar y motivación de los trabajadores.

¹⁹ El poder se muestra, en todo caso, menos eficaz cuando las tareas se intelectualizan, y eso es lo que pasa en efecto y se generaliza. En relación con ese tipo de trabajo, el poder jerárquico tiene una eficacia decreciente y un costo creciente. Respecto de estos trabajadores el sometimiento jurídico no es ya necesario ni ventajoso (aunque sí su sometimiento económico). El ordenamiento laboral debe hacerse cargo de este nuevo perfil, esta nueva dominación, esta nueva necesidad de tutela (Emmanuel Dockés, 2004).

²⁰ Para un tratamiento reciente del tema en Europa, ver Luca Nogler (2009).

²¹ Para un breve examen de la experiencia española, ver Jaime Cabeza Pereiro (2008). Destacan también las ideas y propuestas tendientes a hacerse cargo de la creciente diversidad y discontinuidad de las experiencias laborales: en tanto algunas de las necesi-

De tal modo, el Derecho del Trabajo en este sistema jurídico continental evidencia tendencias de incorporación de los “semidependientes”, sin que esa operación implique en modo alguno que se postule la pérdida de vigencia de la tradicional categoría de los trabajadores subordinados, que preside aún de modo incontrastable el centro de imputación del Derecho del Trabajo (Dockés, 2004). De tal modo, si es posible que hoy la tradicional fórmula que sirviera de base para la aplicación del sistema de protección (trabajo + subordinación jurídico-personal) tienda a ser reemplazada por otra más amplia en la definición del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo (trabajo + desigualdad contractual), ello no ha significado por el momento un abatimiento de la aún dominante categoría de la subordinación. En todo caso, si esa nueva fórmula puede implicar una cierta alteración de la “idea continental” del Derecho del Trabajo, no conlleva a mi juicio un apartamiento de la “idea básica” que procuramos esquematizar en la primera sección de este documento.

4) *Otras cuestiones: derechos fundamentales, capacidades (¿“capabilities”?), nueva relación con la seguridad social*

Desde otra perspectiva, ha alcanzado notable desarrollo el reconocimiento jurisprudencial de los derechos fundamentales de las personas en el trabajo que, por su propia dimensión, no se encuentran sujetos al debate sobre la subordinación laboral y la intensidad del vínculo. En lo que aquí interesa, esos derechos personales expresan, entre otros fenómenos, un nuevo estado de evolución crítica del poder de dirección del empleador; si uno de los objetivos del Derecho del Trabajo es el de limitar el poder de dirección, puede afirmarse que en este campo se han experimentado notables progresos por esta vía²². Desde esa

dades de tutela se satisfacen en cada uno de los vínculos, otras, en cambio, no encuentran respuesta allí o en los espacios de transición entre una y otra situación profesional, por lo que necesariamente demandan la intervención de las instituciones de la Seguridad Social. Se trata de la propuesta de tutela y seguimiento del estado profesional de las personas. Alain Supiot vuelve recientemente sobre la propuesta en *L'esprit de Philadelphie*, Éditions du Seuil, Paris, 2010, que, como allí se indica, ha llegado a integrar –bajo la forma de la Seguridad Social profesional– la propuesta de sindicatos como la CGT francesa. En el mismo sentido, Lokiec (2009) y antes Robert Salais (1999).

²² En un tiempo en que crecen las desigualdades entre regiones y dentro de los

perspectiva, esta tendencia –tan sumariamente enunciada– parece profundizar la idea histórica del Derecho del Trabajo.

Desde otra perspectiva –y para habilitar una ulterior comparación con el espacio jurídico del *common law*– conviene señalar que, en territorio continental, la idea de las *capabilities* producto de las elaboraciones de Amartya Sen²³ no parece haber encontrado albergue significativo en el pensamiento de los juristas²⁴.

Finalmente, y como se deja ver en párrafos anteriores, sí se percibe una más intensa relación del Derecho del Trabajo con el Derecho de la Seguridad Social. En los esquemas de *flexicurity*, las concesiones en materia de flexibilidad de las normas que regulan el contrato de trabajo buscan su contrapartida en el fortalecimiento de instrumentos de la seguridad social que aseguren muy en especial la continuidad de los ingresos de un trabajador sujeto a un marco normativo más lábil en materia de despido y, por tanto, en sus derechos al goce de garantías jurídicas de su permanencia. Desde una perspectiva axiológica diversa –*que no predica la correlativa pérdida de intensidad tutelar de las normas que previenen el despido injusto, pero que en todo caso parecen reconocer su inexorable debilitamiento*– la propuesta teórica del establecimiento del *estado profesional de las personas*²⁵ implica la necesidad de ofrecer un tratamiento de las transiciones y mutaciones

países, los derechos fundamentales de la persona pueden convertirse en el medio para mantener un mínimo de cohesión social y solidaridad dentro de la sociedad (Christophe Vigneau, 2004).

²³ Ver, en particular, Sen (2000) y Sen (1999).

²⁴ Supiot se acerca a ella sólo para tomar distancia de modo explícito; no es, afirma, una categoría que tenga carta de ciudadanía en la tradición continental. Sostiene que este orden de reflexiones está en este sistema jurídico mejor abastecido por la idea de “capacidad”, en cuanto se admita que la misma trasciende sus espacios tradicionales en la ciencia jurídica (capacidad de derecho y capacidad de derecho), y se le nutra de otros contenidos. Entre ellos, los que le permitan remontar la asimetría de poderes de negociación que el trabajador experimenta vis a vis su empleador, en razón de carecer de la seguridad económica necesaria para afrontar el diseño de su relación contractual; en el criterio de Supiot, la idea del estado profesional de las personas es la que puede nutrir esa concepción de capacidad (*En guise de conclusion: la capacité une notion a haut potentiel, en Capacitas*, Simon Deakin y Alain Supiot [eds.], Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2009, ps. 161 y ss.).

²⁵ Ver antes nota 21.

entre una pluralidad de situaciones de actividad e inactividad, en las que un régimen perteneciente al dominio de la seguridad se ocupa de integrarlas en una secuencia continua que asegura en cada una de ellas, y en sus transiciones, la continuidad de los ingresos. De tal modo, la seguridad social vincula esa condición de continuidad a la persona en tanto tal, que se desprende de su situación ocupacional para asegurar el acceso a esa tutela.

En estos esquemas, Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social no pierden su recíproca condición de autonomía, pero se relacionan de modo aún más íntimo, pues así lo requieren las necesidades de protección social de vínculos que devienen inestables y cambiantes; vínculos que han formado tradicionalmente parte del Derecho del Trabajo, o que se están incorporando hoy en razón de la presencia creciente de situaciones de trabajo denotadas por la desigualdad contractual entre sus partes (aunque no subordinadas en sentido estricto), y otros que simplemente exorbitan del Derecho del Trabajo (prestaciones autónomas, períodos de no ocupación o desempleo, de cumplimiento de responsabilidades cívicas o familiares, etc.). No es una relación novedosa entre ambas ramas del Derecho, sino en la intensidad de una vinculación que permite afirmar como ayer, pero hoy con un énfasis más acentuado, que en cierta medida, *el Derecho del Trabajo es también lo que es, según sea su relación con el Derecho de la Seguridad Social a la que hacía otrora de principal, sino excluyente, puerta de acceso.*

5) *Evaluación provisoria*

Cabe decir, en síntesis, que las reformas de los Derechos del Trabajo europeos han sido frecuentes y profundas al punto de que se pudo afirmar que los Derechos del Trabajo tradicionales han quedado relegados al mundo de la arqueología jurídico-laboral (Valdés dal Re, 2009)²⁶. Por tomar, a modo de adicional evidencia empírica, dos episodios reformistas de rigurosa actualidad, pueden evocarse las cuan-

²⁶ Ver VALDÉS DAL RE, Fernando, *El debate europeo sobre la "modernización del Derecho del Trabajo" y las relaciones laborales triangulares*, en *Relaciones Laborales*, Nº 3, año XXV, febrero de 2009, p. 1.

tiosas reformas laborales introducidas en Francia durante la administración Sarkozy²⁷ y las que se proponen en España en los días en que se elabora este documento²⁸. En ninguna de ellas se advierten signos de alteración radical de la idea básica del Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo se moderniza, se adaptan sus instituciones y estructuras jurídicas a los cambios en las formas de producir y en el funcionamiento de los mercados, se introducen estrategias de flexibilización del empleo, crece incluso la precariedad. No puede decirse, no obstante, que el rumbo de esos ordenamientos –en la realidad normativa– haya puesto en cuestión aquella idea original.

Esta superficial recorrida de la experiencia continental sugiere, en síntesis, que la *idea particular* del Derecho del Trabajo, que le es propia (o algunas de las ideas particulares que la integran), ha experimentado cambios significativos en algunas de sus dimensiones, tales como la de la intensidad del régimen protector (en función de las demandas de flexibilidad laboral), el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo, la identificación de sus fuentes y las relaciones entre ellas, la composición de su centro de imputación y la configuración de sus sujetos, las relaciones con la seguridad social, etcétera. En el mismo sentido contribuyen experiencias que devienen en propuestas regulatorias, como la de la *flexicurity* y otras acuñadas por el pensamiento de los juristas, como la del *estado profesional de las personas*. Pareciera, no obstante, que ninguno de

²⁷ Las del año 2008, por ejemplo, se sustentan en el diálogo social e introducen mecanismos de facilitación de la entrada en la empresa, orientación profesional, inserción de los jóvenes, contrato a proyecto, ruptura de común acuerdo, período de prueba (todas ellas en la lógica de la flexibilidad) junto a los mecanismos de aseguramiento (*securitisation*) de las carreras profesionales, como alternancias de períodos de actividad con otros de inactividad, sin que todo ello implique interrupciones en las carreras al efecto del reconocimiento de derechos futuros.

²⁸ En un muy crítico contexto, la propuesta del gobierno español apunta a regular de modo restrictivo la contratación temporal, fomentar la contratación por tiempo indeterminado, mejorar la protección social en los contratos formativos, introducir mejoras en el régimen de los contratos de trabajo a tiempo parcial –incluso incentivos a las empresas–, puesto que se les considera subutilizados, fomentar el uso de la fórmula de reducción de la jornada como instrumento de ajuste temporal del empleo en lugar del despido, mejorar la eficacia de los servicios de colocación y fortalecer el principio de igualdad en materia salarial, además de otras acciones políticas.

esos cambios llega a configurar un apartamiento esencial de la idea básica del Derecho del Trabajo, tal como intentamos esbozarla en las primeras líneas de este documento.

b) *En países de tradición anglosajona*

1) *Sobre su sistema de fuentes*

Mientras que en los países que abrevan en el sistema jurídico continental, uno de los espacios que más fuerte transformación experimentara fue el de sus sistemas de fuentes y, en particular, el esquema de relaciones entre ley y convenio colectivo –una de las ecuaciones binarias básicas del entramado laboral continental–, poco de eso hubo de verificarse en los países de tradición anglosajona. En éstos, la legislación del trabajo, entendida como el conjunto de normas estatales que regulan en forma imperativa las condiciones de trabajo mínimas, no es relevante (Dukes, 2008) y dista de equipararse en términos de densidad con la que poseen los países de tradición jurídica continental. La fijación de esas condiciones queda en su mayor parte en manos de las negociaciones entre empresarios y sindicatos, sujetas a regímenes diversos: en tanto en algunos países, como es el caso del Reino Unido, es el empleador a quien compete, en el juego de las relaciones colectivas, reconocer al sindicato o sindicatos con los que ha de negociar, en otros, como en los Estados Unidos, es la ley la que establece el procedimiento, en este caso de naturaleza electoral, para determinar quién es el agente sindical negociador certificado que obtiene para un cierto episodio de negociación y una cierta unidad empresaria el monopolio legal²⁹.

²⁹ En el Reino Unido, en cambio, el reconocimiento es pura atribución del empleador, y no una imposición de la ley. La ley no impone el deber de negociar ni juega rol alguno en certificar sindicatos como agentes de negociación. Junto a eso, la ley preserva una amplia libertad de huelga y *lock-out*, garantizando a sindicatos e individuos inmunidades de responsabilidad por organizar el conflicto y la huelga. El objetivo de los sindicatos ha sido el de evitar que los jueces y la ley interfieran o descalifiquen los acuerdos arrancados a los empleadores. Al legislador no se le pide intervención, sino apenas que prohíba a los jueces inmiscuirse. El modelo de raíz económica del Reino Unido domina igualmente en los Estados Unidos, concebido también como un sistema de inmunidades sindicales que procuran la autorregulación

A mi juicio, es esta configuración del sistema de fuentes lo que habilita, tanto desde la realidad normativa en sí cuanto de las construcciones de los *legal scholars*, los más notables apartamientos de las *ideas particulares* de sus respectivos Derechos del Trabajo y, *a fortiori*, de la idea básica de que en aquella estilizada dimensión que procuráramos reconocer en la primera sección, también informaba sus ordenamientos. Si como con agudeza se señalara, la ley es el dominio de lo incalculable, que concierne a las cuestiones que trascienden todo cálculo o utilidad individual (Supiot, 2010), puede entenderse que su ausencia (la de la ley) permita los apartamientos más audaces; un ordenamiento en el que ciertos instrumentos de protección del hombre que trabaja –traducción operativa de la *idea básica*– pueden o no estar (pueden o no incorporarse por medio de la negociación) parece más disponible para experimentar alteraciones radicales de la idea original³⁰.

2) *El contrato de empleo y la subordinación*

A la misma lógica responden las construcciones teóricas que, inspiradas por la insuficiente capacidad del tradicional concepto de subordinación para contener los modos diversos en que se anudan hoy las relaciones de trabajo, no sólo ponen en cuestión la exclusividad de aquel tradicional concepto para definir el centro de imputación del Derecho del Trabajo, sino que también lo invalidan para servir de parámetro de aproximación o diferenciación de otros vínculos más o menos próximos, y hasta llegan a proponer su supresión como calificador para el acceso al goce de ciertos derechos históricamente concebidos para atender las situaciones de máxima asimetría presentes en

del mercado de trabajo, pero caracterizado en este caso por la intervención del legislador en la National Labor Relations Act de 1935 (ley Wagner), y luego reformada por las leyes Taft Hartley y Landrum Griffin, que ponen las bases de un sistema de negociación colectiva con el sindicato mayoritario de la empresa.

³⁰ Como para la intervención de otras formas regulatorias, como las que considera Arup (2001), o para la instalación de tendencias *hacia un Derecho del Trabajo sin Estado o con menos Estado* (ello, por otra parte, no es novedoso en estos países, pues está generalizada aquí la intervención de árbitros, conciliadores y otros organismos no estatales de solución de los conflictos) se recurre al arbitraje privado para asegurar la aplicación de los convenios colectivos, junto a otras formas no estatales de regulación (Arthurs, 2007).

la prestación de trabajo humano (Freedland, 2003, 2006 y 2007; Deakin, 2007; Hyde, 2006; Langille, 2009; Linder, 1999)³¹.

Mientras en la dogmática continental parece haber ciertas tendencias tanto a ampliar conceptualmente la idea de dependencia cuanto a sumar categorías adicionales de trabajadores cuya autonomía jurídico-personal no oculta una de todos modos determinante situación de inferioridad contractual definida por un estado de sujeción económica, influyente literatura anglosajona, como venimos de ver, propone abandonar el tradicional criterio de la subordinación para sustituirlo por categorías de mayor alcance que incluyan todas las manifestaciones de trabajo personal³². Se invocan finalidades como la de incluir situaciones hasta ahora excluidas por el paradigma del contrato de trabajo, establecer una lógica de continuidad con los contratos que se encuentran al margen del sistema de protección laboral, hacer posible una más profunda y exitosa experimentación judicial para el reconocimiento de arreglos contractuales que toleran más amplios grados de autonomía de parte del trabajador, denunciar la insuficiencia del tradicional concepto de la subordinación para reconocerlo como molde o matriz con relación al cual reconocer las categorías alcanzadas y las excluidas por el sistema de protección, mejorar la regulación contractual del conjunto de los contratos de trabajo personal, establecer un marco multidimensional de trabajo personal que hace más fácil establecer convergencias entre la regulación de los contratos de trabajo y la de otros contratos de trabajo personal.

³¹ Las construcciones de estos autores son diversas entre sí, como diversas –y en algunos casos hasta contradictorias– son también sus respectivas concepciones sobre el rumbo que debería adoptar el Derecho del Trabajo; no obstante, todos ellos coinciden en poner en cuestión la idea tradicional de la subordinación y del contrato de trabajo, y eso es lo que interesa señalar aquí, en el marco de la hipótesis que constituye el objeto de esta reflexión. La legislación no parece haber llegado, por ahora, tan lejos: la figura británica del “*worker*”, como sujeto habilitado para acceder a algunos derechos (su conceptualización en Davidov, 2005), y la del “*dependent contractor*” en Canadá parecen evocar más bien la idea del trabajador semidependiente de la experiencia continental.

³² Langille (2009), con cita de Freedland, sostiene que la negativa a “abrir” el centro de imputación del Derecho del Trabajo se origina en el temor a perder la justificación de la desigualdad en los poderes de negociación. Apenas se llega, afirma, a los semidependientes, precisamente porque en ellos esa asimetría de poderes sí está presente. Pero se desperdicia la oportunidad de “capturar” a los trabajadores autónomos por ese prurito anacrónico de preservar la idea de la dependencia.

3) Sobre la construcción teórica de las “capabilities”

Las ideas de Amartya Sen, en particular la construcción teórica de las *capabilities*, han tenido así acogida en la literatura jurídica anglosajona (entre otros, Deakin, 2005 y 2009, y, en el marco de una propuesta muy distinta, Langille, 2009). Parece haber sido Deakin quien con más rigor ha procurado proyectar esa concepción sobre el Derecho del Trabajo, tal vez inspirado en la idea de que el ordenamiento legal demanda el establecimiento de precondiciones institucionales necesarias para facilitar el desarrollo de las capacidades individuales que permitan la participación deliberada y efectiva de los individuos en las actividades de mercado, función que en cierta medida en los derechos de pertenencia continental asume la dominante normativa estatal³³. No alcanza para ello, se sostiene, la asignación de las capacidades contractuales de derecho o de hecho o el reconocimiento del derecho de propiedad –hasta allí la pura lógica neoclásica–, sino que es necesario dotar al trabajador de otras formas de soporte institucional, además de las tradicionales de la acción colectiva, para mejorar las condiciones de su participación en la operación de los mercados.

Desde esta perspectiva, sintetizada por Deakin, el de las *capabilities* parece ser un ejercicio en construcción, que trasciende la norma imperativa –pero no necesariamente la excluye– y que permite en su interior hacer los ajustes necesarios junto a los mecanismos de la seguridad y la asistencia social o de otras políticas públicas, todo ello con el objeto de fortalecer la capacidad del trabajador en el mercado³⁴.

³³ Parece ser desde esa lógica que ese autor entiende que un régimen laboral basado en la idea de las *capabilities*, antes que en la aproximación habitual a la conceptualización anglosajona del intercambio económico, “...luciría en buena medida como el tipo de régimen que se observa hoy en el sistema europeo (y en otros), es decir, regímenes en los que los clásicos principios de libertad de contratación y *pacta sunt servanda* son complementados por normas imperativas y supletorias de varios tipos, en su mayor parte originadas en la *legislación*” (Deakin, 2009) (la traducción es nuestra).

³⁴ Distinta es la perspectiva de Langille (2009), para quien la idea de la *capability*, entendida en él como un instrumento de liberación del capital humano limitado por instrumentos normativos que de algún modo obstruyen su despliegue, debe jugar un rol más bien sustitutivo de las instituciones de tutela preexistentes.

4) “*Law and economics*”

Finalmente, sin que ello implique menor importancia, es evidente que el *análisis económico del Derecho*, fuertemente instalado en el mundo anglosajón desde los tempranos años 60, habilita construcciones que tienden a apartar sus ordenamientos de aquella idea básica del Derecho del Trabajo. Si de lo que se trata es de concebir el ordenamiento de modo de suprimir los obstáculos que obstruyen los acuerdos privados³⁵, ciertamente menor es el espacio que queda para un régimen jurídico como el del Derecho del Trabajo que, en su idea original, parte de la estructural desigualdad de poderes de negociación y consiguiente ineptitud de la autonomía de la voluntad y, en su consecuencia, del contrato para regular las condiciones de trabajo. Va de suyo que un sistema jurídico que ha brindado acogida a esa concepción –la del *análisis económico del Derecho*– ha de tener, como efectivamente tiene, una mayor propensión a tomar distancia de aquella idea original.

c) *En América Latina*

1) *Algunos rasgos comunes*

Para el caso de los países latinoamericanos no nos limitaremos a marcar las transformaciones que pudiera entenderse que afectan sus “ideas particulares” del Derecho del Trabajo. Presentaremos antes, de manera harto sucinta, algunos rasgos comunes de esos Derechos. Hay que decir, en cualquier caso, que este tratamiento conjunto no implica sostener la existencia de algo que pueda caracterizarse como *un Derecho del Trabajo latinoamericano*; se trata apenas de un esfuerzo metodológico para presentar una “idea particular”, algo más inclusiva que la que resultaría de trabajar sobre un específico régimen nacional³⁶.

³⁵ En ese sentido, el teorema de Coase según Cooter y Ulen, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998; en el mismo sentido, con particular referencia al Derecho chileno, UGARTE C., José Luis, *Análisis económico del Derecho; el Derecho Laboral y sus enemigos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.

³⁶ Así como en este caso destacaremos los rasgos comunes de los Derechos del Trabajo de América Latina, podríamos en cambio marcar sus diferencias y destacar,

Si algo cabría anticipar, a los efectos que hoy nos ocupan, es que la totalidad de estos Derechos parecen enmarcarse con comodidad en la estilizada “idea básica” del Derecho del Trabajo que propusiéramos en las primeras líneas.

En ese cometido, habría que decir que los Derechos del Trabajo de América Latina comparten una común pertenencia al sistema jurídico continental; luego, desde esa perspectiva, su *idea particular* del Derecho del Trabajo se distingue de modo nítido de las que responden a otras construcciones culturales (v. gr., la del *common law*).

Una de las diferencias significativas que distinguen a los Derechos del Trabajo de América Latina de otros pertenecientes a países en desarrollo es que aquéllos son *derechos influenciados* que, como se viene de señalar, expresan la tradición jurídica heredada de la Europa continental, pero no son *derechos trasplantados*; la mayoría de esas naciones accedieron a su independencia en las primeras décadas del siglo XIX y, por lo tanto, antes del desarrollo del proceso de industrialización y, por consiguiente, de la instalación de un verdadero sistema jurídico laboral en sus potencias coloniales.

En función de esa condición, los ordenamientos laborales de los países de América Latina expresan un Derecho fundado sobre la ley como experiencia jurídica primera³⁷, la idea de orden público social, una activa intervención estatal, el predominio de la norma imperativa y por lo tanto “inderogable” “a la baja”, y un sistema de fuentes que es una mezcla, en dosajes diversos en cada una de esas naciones, de leyes y convenciones colectivas que, en su conjunto, constituyen un sistema complejo de técnicas de limitación de la autonomía de la voluntad.

Desde luego, la pertenencia al sistema continental no implica necesariamente que esos países constituyan expresiones del denominado “modelo social europeo”. En razón de variados factores de la experiencia (histórica, cultural, política) de los países de la región,

en consecuencia, la singularidad de cada ordenamiento nacional; desde luego, esta última opción no resulta útil a los efectos que se proponen en este documento.

³⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Madrid, 1973.

abrigo la hipótesis de que estos Derechos expresan, en diversa medida, una pertenencia *débil* al modelo social europeo, circunstancia que, diría, les ha hecho más sensibles a las compulsiones neoclásicas que tuvieran su más enérgica implantación en los 90, por lo tanto, a su impacto abrupto y desmesurado, la consiguiente introducción de reformas sesgadas e inconsistentes, la ineptitud para la puesta en marcha de un proceso más riguroso para reaccionar a los desafíos que evocamos líneas arriba e, incluso, la propensión a las ulteriores restauraciones anacrónicas o desviadas (la contrarreforma...) que se produjera en algunos países a partir de los primeros años del nuevo milenio.

Otro de sus rasgos, entre los más señalados por la literatura, es el de la crisis de autenticidad (Deveali, 1983) o, dicho de otro modo, la brecha interpuesta entre Derecho y realidad (Ermida, 1990), y la consiguiente falta de efectividad de estos ordenamientos, desde luego en diversa medida, en dos niveles vinculados entre sí, pero ciertamente diferenciables:

- La presencia generalizada de trabajo informal (tanto en el sector informal en sentido propio como en empresas formales que, sin embargo, no registran a partes más o menos extendidas de sus propias plantillas)³⁸. Va de suyo, por tanto, que la informalidad y la necesidad de su reducción forman parte de la idea particular de los Derechos del Trabajo de América Latina (como de otras naciones en desarrollo)³⁹.
- Una cierta tendencia a la implantación de normas que exorbitan los contextos o prácticas regionales y que, por tanto, no se aplican o, cuando menos, no se aplican siempre o no plenamente. Lo cual puede tal vez atribuirse a:
 - Un desarrollo legislativo que ha sido más bien producto de concesiones de gobiernos de diverso signo y con diversas moti-

³⁸ Se trata de los trabajadores no registrados o clandestinos que, junto con aquellos que se desempeñan en el sector informal en sentido propio, constituyen la denominada *economía informal*.

³⁹ Lo que magnifica la importancia de temas como inspección del trabajo, acceso a la justicia, diseño normativo, reducción de costos de la formalidad, apreciación y puesta en valor de las ventajas de la formalidad, etc.

vaciones, pero, a diferencia de la Europa continental, no como respuesta a los reclamos y la lucha de los trabajadores; son derechos que en muchos casos se instalan antes del advenimiento de un verdadero proceso de industrialización⁴⁰.

- La indudable influencia de precedentes europeos y, a partir de los años 20, de las convenciones de la OIT que, después de todo, en su mayor parte también fueron inspiradas en las experiencias europeas; todo ello sin un necesario correlato con la realidad social, tecnológica e industrial imperante en la región.
- Y también la influencia de experiencias autoritarias tanto autóctonas⁴¹ como importadas de la vieja Europa. Entre esas últimas, las de la España de Franco, el Portugal de Oliveira Salazar (particularmente intensa en el caso de Brasil) y la Italia de Mussolini, con la singularidad notable de que, abandonadas en sus países de origen tan pronto éstos transitaran desde el totalitarismo hacia las instituciones de la democracia, han subsistido en algunos países de la región hasta nuestros días; es el caso de los regímenes de sindicato único aún subsistentes en Argentina y Brasil, o de las restricciones a la libertad sindical no superadas aún en los ordenamientos de naciones que, no obstante, han adquirido ya interesantes credenciales democráticas, como Chile y Costa Rica.

⁴⁰ Gérard Lyon-Caen (2004) dice del Derecho del Trabajo francés que *es un Derecho nacido de la presión de los trabajadores sobre el parlamento, el gobierno o los empleadores; luego, un Derecho no otorgado sino conquistado*. Deveali (1983) refiere en cambio que el Derecho del Trabajo en América Latina nace de un modo distinto: en el viejo mundo, confirma, cada progreso es resultado de la lucha del proletariado (plazas, movimientos revolucionarios, huelgas cruentas o discusiones agitadas en los órganos parlamentarios, con el liderazgo de los líderes del proletariado, contra la tenaz resistencia de las fuerzas conservadoras), “...En América Latina, o cuanto menos en la mayoría de sus países (en cambio) se dicta una generosa legislación industrial cuando el proceso de industrialización está todavía en sus inicios y mucho antes de que se plantee una verdadera «cuestión social»”.

⁴¹ Como recuerda Bronstein (1997), no son pocos los códigos latinoamericanos que han llevado los nombres de los dictadores que los introdujeron. Tal el caso del Código Trujillo, en la República Dominicana, del Código Stroessner en Paraguay, del Código Somoza en Nicaragua.

2) *Las reformas laborales en América Latina: la contrarreforma*

Estos ordenamientos no salieron indemnes de los procesos reformistas desplegados en muchos de ellos en los años 90.

Puede, en primer lugar, reconocerse un cierto proceso de *convergencia institucional* entre esos ordenamientos, que en el caso de las relaciones individuales del trabajo transitara, obviamente, por el rumbo de la denominada *flexibilidad laboral* en varias de sus manifestaciones, y en materia de relaciones colectivas de trabajo tuviera a los convenios de libertad sindical y los principios que de ellos emanan como *punto de convergencia*⁴². Esos trayectos de convergencia fueron impulsados en cada uno de esos ámbitos por factores políticos e ideológicos simultáneos, pero de bien diversa estirpe: el pensamiento neoclásico en el marco de la liberalización de los intercambios y la consiguiente homogeneidad en los discursos de contestación de los ordenamientos laborales, en el primer caso; la recuperación de la democracia y una concepción más extendida del sistema de libertades, en el segundo.

En esa dimensión convergente, los procesos de reforma laboral que tuvieran lugar en América Latina parecen haber sido más sensibles a los reclamos de *flexibilidad externa y numérica*⁴³, concebida para impulsar la reducción nominal de los costos de la mano de obra, y mucho menos receptivos, en cambio, de esa otra perspectiva que se sustenta más en la denominada *flexibilidad interna y funcional y la simultánea perdurabilidad de los vínculos*.

En línea con el proceso correlativo desencadenado en los países de la Unión Europea, aunque de modo ciertamente menos incisivo, se

⁴² Si la convergencia es acción o efecto de dirigirse dos o más líneas a unirse en un punto, una acción de convergencia supone el desplazamiento común de los diversos elementos convergentes en el sentido de un mismo punto de destino (*punto de convergencia*). Éste puede estar más cerca de uno u otro de los sistemas (o elementos de ellos) que se relacionan en un punto intermedio entre ellos o en un lugar exterior al espacio que los vincula (Feldman, Silvio y Goldin, 1995, p. 47).

⁴³ En algunos casos se advierte también una voluntad manifiesta de sustituir técnicas tradicionales para la provisión de la tutela por otras más complacientes con los mercados, tales como los esquemas de capitalización individual o colectivo –principalmente en los sistemas de pensiones, pero también en regímenes de seguridad en el empleo– y el recurso al seguro privado (accidentes del trabajo, prestaciones de salud).

descubre también en los países de la región una incipiente tendencia a la exaltación de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo, los específicos, consagrados en los ocho convenios fundamentales de la OIT, y los “inespecíficos”⁴⁴ de la persona en su consideración en el ámbito de trabajo.

Pero en los albores del nuevo milenio se había hecho ya evidente que esas reformas laborales, en el marco de las concomitantes reformas económicas, no habían tenido un efecto virtuoso sobre la situación sociolaboral ni los mercados de trabajo de los países de la región: alto desempleo, informalidad creciente, precariedad e inseguridad en el empleo, inaplicación de la tutela del trabajo, caída en los salarios reales y la protección social, incremento notable de la pobreza y la desigualdad⁴⁵. En ese marco, sobreviene una virtual suspensión de los procesos de reforma de inspiración neoclásica y, en algunos de ellos, una tendencia de reflujo (¿contrarreforma?) de diversa intensidad⁴⁶.

⁴⁴ Así les llama Palomeque (1991) en terminología que ya “ha hecho carrera”. Tales como los de intimidad, opinión y expresión, libertad ideológica y religiosa, preservación de la propia imagen, no discriminación, cumplimiento de deberes familiares, restricción en el tratamiento de los datos sobre el asalariado, evaluación de datos genéticos, prevención de excesos en el uso de nuevas tecnologías de control laboral, preservación de la privacidad de la correspondencia electrónica, entre otras.

⁴⁵ En ese sentido, véase Pagés Serra (2004), quien admite que “las reformas estructurales no produjeron los cambios previstos en el mercado laboral”. Años antes, Lora y Pagés Serra (1996) reclamaban con vehemencia ese tipo de reformas donde se propiciaban “profundas reformas laborales para adecuar la legislación laboral al nuevo contexto de flexibilidad y competencia”. Y, como se menciona *supra*, se denunciaba el hecho de que, en tanto, se habían producido cambios profundos en política comercial, cambiaria, tributaria, financiera, y en privatizaciones, las reformas laborales habían sido de más baja intensidad.

⁴⁶ A excepción de unas pocas reformas que se propusieron aligerar los costos laborales de las pequeñas empresas. Tal es el caso del Perú, donde en julio de 2003 se adoptaron nuevas normas mediante las cuales se redujeron los derechos laborales en las empresas de no más de diez trabajadores, y el de Paraguay, donde la ley 1980 de septiembre de 2002 permite a las pequeñas empresas contratar hasta el 20 por ciento de su personal bajo contrato de primer empleo (las que no superan cinco trabajadores pueden contratar uno bajo esta modalidad), sin que ello imponga aportar por ellos al régimen de pensiones, ni seguro social, asignación familiar, indemnización por preaviso ni vacaciones, y deduciendo los aportes jubilatorios y pensiones del impuesto a la renta.

3) *El devenir de la idea del Derecho del Trabajo en América Latina*

Hay que decir, de todos modos, que las reformas producidas en las últimas décadas –señaladamente, en los 90– no alcanzaron a conmovier los fundamentos estructurales de los derechos sociales en América Latina⁴⁷, ni aun durante el período en que se materializaron las transformaciones más profundas. En todo caso, se ha tratado en su mayor parte de reformas que más han tenido que ver con *la intensidad tutelar* del sistema de protección que con transformaciones sustantivas que permitan decir, como sí pudo decirse de los Derechos del Trabajo europeos, que sus versiones tradicionales forman parte ya de la arqueología del derecho social. *Como consecuencia del carácter no sustantivo de esas reformas y, en su caso, de la restauración de las instituciones precedentes, resulta evidente que la idea particular de estos derechos, aún debilitada, no ha cambiado demasiado y, a fortiori, que tampoco se han apartado de aquella idea básica.*

4) *América Latina ante los debates más recientes*

¿Qué relevancia pueden tener para países en desarrollo, como los de la América del Sur, desarrollos teóricos como los que se encuentran actualmente en debate en las economías industrializadas?

Pareciera que el concepto de *capabilities* o *capacidades*, necesariamente mediatizado por las singularidades de cada uno de aquellos países, puede iluminar trayectos para el tratamiento de la informalidad, uno de los flagelos que más intensamente conspira contra un adecuado despliegue y generalización de los instrumentos de la protección laboral y social. Ciertamente, no se trataría de unas *capacidades* (o de unas “*capabilities*”) para sustituirlos, sino, bien por el contrario,

⁴⁷ Córdova (1996) destaca que ni aun la dictadura chilena, que redujo derechos, desactivó el control estatal –pasó del control del cumplimiento de las normas al control del sindicato y el conflicto–, procuró la descentralización de la estructura sindical y la negociación colectiva, y cercenó el derecho de huelga, alcanzó a conmovier las bases y fundamento del Derecho del Trabajo. En el mismo sentido, Bensusán (2006) afirma que esas reformas –se refiere a las que afectaron a la Argentina, Brasil, Chile y México– “no llegaron a afectar drásticamente las reglas preexistentes”. Desde otra perspectiva, pero confirmando la misma idea, Lora y Pagés Serra (1996) se agraviaban de la tibieza de las reformas laborales.

para facilitar el acceso al amparo de la ley y al goce efectivo de los derechos de la formalidad. Si al sujeto que se encuentra dentro del marco del amparo de las instituciones de la ley, la idea de las *capabilities* puede servirle para “moverse” con más autonomía en el mercado (en todo caso, unas *capabilities* además de los instrumentos tradicionales de protección y no *en lugar* de aquéllos), en el caso de las naciones en desarrollo, desde la misma perspectiva axiológica, este enfoque teórico debería servir *para acceder a los beneficios de la protección social y de ningún modo para sustituirlos*. Sirve al trabajador que se le dote de recursos suficientes para asegurarle el acceso a su amparo, allí donde la norma imperativa y las técnicas auxiliares tradicionales (señaladamente, la inspección del trabajo) no bastan para realizarlo. En suma, la norma imperativa, para tener efectiva vigencia, demanda un cierto mínimo poder de mercado, del que el trabajador informal carece y del que –*capacidades* o *capabilities* mediante– conviene dotarlo.

La idea de *flexicurity* tiene también, a mi juicio, algún aporte que hacer a la reflexión latinoamericana sobre la protección social. En una reciente actividad de la CEPAL sobre esa propuesta teórica⁴⁸ pareció, a juicio del autor, quedar claro que, con relación a ese esquema, *es el espacio de la protección social el que demandaba los más audaces avances y desarrollos*. Bien lejos del “descubrimiento” o la “revelación”, puede no obstante rescatarse la pertinencia para la región de la *idea compleja de la protección social* –explícita en la formulación teórica de la *flexicurity*– expresada en la utilización simultánea y armónica de un continuo en que a la protección contractual en sí –las normas tradicionales del Derecho del Trabajo– se agregan los instrumentos de la Seguridad Social, las diversas políticas activas del mercado de trabajo, la formación y el entrenamiento en su versión continua (*lifelong learning*), y el diálogo social como vehículo asociado al diseño de un conjunto de semejante contextura.

Hay que decir, finalmente, que también la identificación de los sujetos incluidos en el amparo del Derecho del Trabajo deberá afrontar

⁴⁸ Ver la síntesis de los documentos elaborados en esa oportunidad en Weller (comp.), 2009.

en América Latina ejercicios de redefinición. Habrá que tener en cuenta, en todo caso, que mientras que en las economías industrializadas prevalecen en esos procesos factores que son producto de la innovación tecnológica y organizacional (aunque se registra, bien que en menor medida, la presencia de otros menos “sofisticados” como la informalidad y el fraude), en los países en desarrollo el proceso de debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo⁴⁹ (allí, a su interior, las necesidades de redefinición de los sujetos) encuentra sus expresiones más arraigadas en la informalidad y en otros factores analógicamente primitivos (aunque también, en menor medida, pueden observarse otros más modernos, especialmente en la áreas tecnológicamente más avanzadas).

5) América Latina y la internacionalización de los mercados

También los efectos de la internacionalización de los mercados afectan a los Derechos del Trabajo de los países de América Latina, aunque no de modo idéntico a los que operan en los países desarrollados, y tal vez con más acuciante intensidad. En tanto estos últimos pueden afrontar la competencia internacional, particularmente en materia de inversión directa y de cara a las tendencias a la deslocalización de las inversiones, mediante los más diversos instrumentos de los que genéricamente se consideran factores de competitividad sistémica (Banks, 2006), las carencias imperantes en esas naciones en desarrollo les llevan a compensarlas por medio de la preservación de los bajos costos laborales, frecuentemente asociados a la degradación de los niveles de protección laboral. Es, pues, más compleja la defensa de los contenidos de los Derechos del Trabajo en estos países⁵⁰ afectados por esas pre-

⁴⁹ Que procuramos describir y explicar en *Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law*, en *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goal and Means in the Regulation of Work*, Guy Davidov y Brian Langille (comps.), Hart Publishing, Oxford, 2006.

⁵⁰ Luego, las presiones de la globalización no son parejas y producirán efectos negativos sobre todo sobre los países subdesarrollados, aumentando la segmentación (Banks, 2006). Fenómeno que tiende a producirse más a través del *outsourcing* que de la inversión directa. Y estos países sí pueden participar en una *race to the bottom* (carrera hacia la degradación de las condiciones de trabajo). Hay aquí tendencia a la actividad trabajo-intensiva, en el marco de una amplia oferta de trabajadores no ca-

siones y por las tendencias a la desintegración vertical de las empresas, fenómenos que tienden a desorganizarlos (Valdés, 2001); todo lo cual demanda las más creativas reacciones para “reorganizarlos”, so riesgo de que, privados de sus defensas inmunológicas, estos ordenamientos encuentren dificultades insalvables para garantizar su subsistencia⁵¹. Es desde esta perspectiva que la señalada inamovilidad de las “ideas particulares” de los Derechos del Trabajo de América Latina –en algunos casos, las restauraciones anacrónicas– no sea, tal vez, una noticia de la que regocijarse, como tampoco lo fueran en su momento de auge los ejercicios banalmente desregulatorios inspirados por los organismos internacionales de crédito⁵².

6) *Evaluación provisoria*

A modo de síntesis conclusiva, cabría decir que la idea básica del Derecho del Trabajo –en pocas palabras, la tutela del hombre que trabaja en forma personal en condiciones de desigualdad contractual– conserva para América Latina valores que sugieren y aconsejan su preservación. Cabría pensar, no obstante, que la falta de adecuación de los contenidos de la idea particular (o las ideas) de los Derechos del Trabajo de América Latina no es una buena noticia; esa evolución ausente podría distanciar a los Derechos del Trabajo locales de los hechos, los contextos y los procesos más recientes –las nuevas tecnologías, los nuevos arreglos organizacionales (del trabajo, de la producción), los arrebatos de la internacionalización de las economías, etcétera–, arriesgando hacerles tan poco capaces de resolver las viejas

lificados sin poder de mercado; prevalecen, por tanto, procesos más “movilizables” y, por tanto, más susceptibles a la deslocalización.

⁵¹ Hay, en efecto, estrategias políticas y normativas para combatir los efectos predatorios del *outsourcing*; en particular, en materia de subcontratación, cesión de personal, transmisión de empresas, despidos colectivos, garantía de créditos laborales en situaciones de quiebra o insolvencia del empleador, etc. (Rodríguez Piñero, 2006).

⁵² Tal el caso del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial. Desde esta perspectiva, no tiene importancia menor la decisión de esta última entidad de suspender la vigencia del *Employing Workers Indicator* (EWI), decidida en abril de 2009. Ese indicador aparece en *Doing Business*, la publicación anual del banco de más alta circulación; se trata de un informe que mide los costos que implican para las empresas ciertas regulaciones seleccionadas en 181 países.

carencias como los nuevos desafíos. Reflexión que sugiere una nueva hipótesis: *la posibilidad de conservar la “idea básica del Derecho del Trabajo”, en tanto valor, depende de que las “ideas particulares” de cada ordenamiento (o de cada conjunto) muestren capacidad de plástica adaptación. La “congelación” del ordenamiento tradicional, por confortable que resulte a los ojos del laboralista, puede ser un signo de necrosis que facilite el más masivo cuestionamiento de la idea matriz.*

3. *Las ideas particulares en tratamiento comparado*

a) *Sobre las demandas de la economía*

Todos los ordenamientos que hemos sometido a consideración en las líneas precedentes han sido objeto de sostenidos reclamos de adecuación a consideraciones de eficiencia y de racionalidad económica. Pero mientras que en los países del área del *common law* esos reclamos se han ajustado —con mayor o menor rigor— a concepciones afines al análisis económico del Derecho y no han tenido que afrontar un entramado legislativo consistente, en los países del área continental y también en los de la América Latina, en cambio, han asumido la forma de las demandas de flexibilidad que, por añadidura, han debido operar sobre regímenes legales extendidos y consistentes.

Como consecuencia de ello, las construcciones de los juristas anglosajones no han debido sortear insuperables restricciones al ejercicio de la libertad contractual, lo que tal vez facilita la opción que hacen algunos de ellos de tomar distancia de aquella idea básica y original del Derecho del Trabajo apoyada sobre la dominante técnica de la limitación de la autonomía de la voluntad.

Como queda dicho, en las áreas restantes (la Europa continental y la América Latina) los mismos reclamos hubieron de proyectarse bajo la forma de demandas de flexibilización de las normas legales, que no resultaron cuestionadas en su propia existencia sino en la hipotética rigidez de sus textos, de donde cuantiosísimas reformas que les afectaron habrían de derivar en ordenamientos que exhiben en conjunto una menor intensidad tutelar pero que no han abdicado su rol de poner límites a los contratos individuales, ni por lo tanto su compromiso

con la idea básica esquematizada en la primera sección. Cabría pues afirmar, una vez más, que *los mecanismos de flexibilidad laboral, instrumentados también en un poderoso arsenal legislativo, no son hoy sino propiedad y nota calificadora de normas que siguen siendo imperativas y que siguen imponiendo (tal vez menores) restricciones al ejercicio de la libertad contractual*⁵³.

Podría, pues, decirse que a la determinante virtualidad del *homo aeconomicus* que preside la evolución de las ideas particulares del Derecho del Trabajo de los países del área del *common law*, los países de raigambre continental tienden a oponer la concepción del *homo juridicus*, en tanto dogmática construcción del hombre y del Derecho, sea implícitamente⁵⁴ —es lo que estaría detrás de la preservación continental de la idea histórica del Derecho del Trabajo—, sea explícitamente, del modo que ilustra la monumental construcción conceptual de Alain Supiot en una obra relativamente reciente (2007)⁵⁵.

b) *En relación con el sistema de fuentes*

Ni que decir que “en el corazón” de esa diversa incidencia de la

⁵³ Puede el Derecho del Trabajo ser un *failing paradigm* (Hyde, 2006) o bien un paradigma puesto en dificultades por un cambio en el contexto, que requiere consecuentemente un cambio y adecuación de sus instrumentos. Audazmente se podría decir que en la literatura norteamericana se evidencia una cierta percepción compartida de un paradigma que se agota, destino que algunos parecen aceptar, en tanto que otros lo contemplan con desazón y voluntad de resistencia (Stone, 2007; Arthurs, 2006). En la dimensión continental, esa percepción tiene un espacio sensiblemente menor. En Latinoamérica, salvo excepciones, ha habido flujos y reflujos del Derecho del Trabajo en punto al grado de intensidad de las instituciones de protección, sin que su idea básica haya sido puesta seriamente en cuestión en el pensamiento laboral.

⁵⁴ Tal vez como en la recordada comedia-ballet: *El burgués gentilhomme* de Moliere, cuyo protagonista descubre que hablaba en prosa sin saberlo...

⁵⁵ En una obra de aún más reciente aparición (Supiot, 2010) el mismo autor justifica esa perspectiva —esa función antropológica del Derecho— como el producto de un conjunto de principios dogmáticamente afirmados por el hombre (no provienen de Dios ni de la ciencia), pero que no constituyen sólo un acto de fe, sino también de razón, en tanto proceden de la experiencia trágica resultante de la cosificación del ser humano. Esos principios se materializan en el de la dignidad del hombre, de cuya custodia la ley no puede abdicar en nombre de la libertad, del mismo modo en que no es lícito postergar las libertades en nombre de la seguridad.

lógica económica está la radical diferencia en los sistemas de fuentes. Si bien en el espacio continental se modifican las relaciones entre las fuentes –en general, a favor de la autonomía colectiva y en detrimento de la fuente de naturaleza legal– y se incorporan al sistema reglamentaciones no vinculantes (*soft law*), se puede todavía decir que la ley es algo menos vigorosa... *sed lex*, y que el *soft law* no tiene la misma dimensión en el contexto de un ordenamiento enmarcado en la fuerza de la ley y de las constituciones que regulan el hecho laboral, que en otros en que unas y otras no juegan un rol relevante en esa materia.

En el caso de las naciones de América Latina, puede decirse que su afiliación continental y su pertenencia *débil* al modelo social europeo les ha hecho más sensibles a las compulsiones neoclásicas desplegadas particularmente durante los 90 y, por lo tanto, a su impacto abrupto y desmesurado, a la introducción de reformas intensas, sesgadas e inconsistentes e, incluso, a las restauraciones anacrónicas o desviadas (las contrarreformas) que se produjeran en algunos de esos países a partir de los primeros años del nuevo milenio.

Cabe, pues, concluir que, desde la perspectiva del sistema de fuentes, se altera la idea original del Derecho del Trabajo si el sistema abandona la función igualadora de la norma imperativa (autónoma o heterónoma), y no en cambio si se alteran los modos de *internormatividad*, en la medida en que no se restituya la fijación de las condiciones de trabajo y los niveles de protección social al puro juego de la libertad contractual. Desde esa perspectiva, la contextura del sistema de fuentes –más o menos voluntarista– alienta la adopción de rumbos diferentes cuando los desafíos comunes ponen en cuestión la continuidad de los ordenamientos. En el marco de la ley y con el soporte de las constituciones, los sistemas jurídicos de pertenencia continental tienden a evolucionar en el marco de la idea básica y original del Derecho del Trabajo, en tanto los ordenamientos anglosajones parecen tener menos restricciones para apartarse de aquella idea.

c) *Sobre el concepto de dependencia o subordinación laboral*

En cuanto a la aptitud inclusiva de la tradicional idea de la *subordinación laboral* los trayectos son también diversos. En la experiencia

continental, ese “desafío” tiende a resolverse sin dismantelar el concepto tradicional –no se posterga conceptualmente la narrativa de la determinante situación de inferioridad contractual del trabajador, sino más bien ampliando el concepto, o bien agregando otras categorías susceptibles de tutela–, en tanto florecen en los países anglosajones construcciones que sugieren el liso y llano dismantelamiento de la idea de la subordinación, cuando no la construcción –en su sustitución– de otras ideas de mayor alcance inclusivo.

Correlativamente, los cambios acentuados en la figura del empleador, producto de los procesos de descentralización productiva y de desintegración vertical de las empresas, reclaman en los países de pertenencia continental renovadas estrategias legislativas tendientes a la asignación de deberes, derechos y, en general, responsabilidades, en tanto en los países del área del *common law* esos fenómenos se presentan más bien como retos a la estructura de la negociación colectiva.

De tal modo, cuanto menos intensa es la trama normativa de fuente legal, menores cautelas parecen oponerse a la apertura, a la disolución, incluso, de las categorías que determinan el centro de imputación de un régimen jurídico y, correlativamente, cuanto más densa es esa trama, más inquietante es la desorganización que infieren los fenómenos de la desintegración vertical de las empresas.

En este particular aspecto resta decir, a modo de conclusión, que no toda evolución en la definición de los sujetos de las relaciones individuales del trabajo implica una desviación de la idea básica y original del Derecho del Trabajo. No lo son aquellas que incorporan categorías de dependencia atenuada, en la medida en que no priven a la categoría dominante de límites compensatorios del desnivel en los poderes de negociación. Sí, en cambio, las técnicas de reconocimiento que no incluyen de modo definitorio esa condición de desequilibrio como condición de aplicación del ordenamiento.

d) *Las construcciones teóricas de las “capabilities” o de las “capacidades”*

La construcción teórica de las *capabilities* parece un mecanismo de intervención más requerido en unos ordenamientos –los del sistema

jurídico del *common law*— a los que la ley no provee de otros mecanismos institucionales para la realización de sus fines, particularmente en un contexto en que los instrumentos de la acción colectiva parecen haber sufrido un empobrecimiento que en estos ámbitos la ley no está en condiciones de compensar.

Claro está que esta perspectiva puede invocarse para acompañar el desempeño de la norma legal, para suplirla donde falta y hasta para trascenderla, o bien, simplemente, para ocupar su lugar y sustituirla⁵⁶. Mientras que las primeras opciones no parecen llevar necesariamente al abandono de aquella idea básica del Derecho del Trabajo a partir de la cual se desarrolla esta reflexión, la segunda, claramente, importa un apartamiento respecto de esa idea.

e) *Nuevos espacios para la Seguridad Social*

Nuevos roles parecen asignarse también al Derecho de la Seguridad Social cuando el vínculo dependiente, antaño dominante, pierde esa condición; cuando menos, cuando pierde su vocación histórica de permanencia. La relación deviene inestable, incorpora nuevos perfiles —por ejemplo, los de los diversos niveles de “semidependencia”— y se sucede con instancias de trabajo autónomo, desempleo, períodos formativos, etcétera. Allí, las construcciones tendientes a asegurar la continuidad de los ingresos, cuya adscripción al campo de la Seguridad Social parece pertinente. Ese cometido de dar cobertura a las transiciones y a los intersticios de ninguna manera implica apartamiento de la idea básica del Derecho del Trabajo; bien por el contrario, aporta a su enriquecimiento, suplementando un rol que la Seguridad Social viene cumpliendo desde bien tempranas instancias del desarrollo del Derecho del Trabajo.

⁵⁶ Es, en cierta forma, la posición de Langille, que entiende necesaria esa sustitución para posibilitar el despliegue irrestricto del “capital humano” del que dispone cada trabajador. Hay que decir, en todo caso, que la idea de “capital humano” (que Langille recoge en este caso de las elaboraciones del propio Amartya Sen) no queda sin crítica; Supiot (2009) evoca, en efecto, expresiones similares: “...popularizada (*esa idea*) por Stalin (cita *L’homme, le capital le plus précieux. Pour une formation bolchévik*, Paris, Editions Sociales, 1945) ha servido de equivalente comunista a la noción nazi de material humano”.

Hay que decir, finalmente, que un Derecho del Trabajo que, preservando su esquema básico (su función indelegable en todo aquello que sólo puede actuarse sobre el sujeto que es, más o menos categóricamente, un empleador), traslada o incorpora instrumentos de tutela de la seguridad social o de ciertas políticas activas de mercado de trabajo, podría estar modificando su propia “idea particular”, pero no necesariamente su idea histórica (se trata, desde luego, de una cuestión de grado, pues un tránsito masivo de sus instituciones implicaría, esta vez sí, un cambio sustantivo en esa idea).

III. Para terminar

En su dimensión normativa, los Derechos del Trabajo europeos históricos han experimentado fuertes cambios en sus *ideas particulares*; los ordenamientos resultantes, no obstante, no se han apartado de la *idea básica* y original del Derecho del Trabajo⁵⁷. La idea del orden público y, como derivación de la misma, la limitación de la autonomía individual y el principio de irrenunciabilidad tienen todavía un rol preeminente. Las tendencias de flexibilidad no constituyen sino una propiedad del sistema de protección y no es de descartar que, paradójicamente, tengan la virtualidad de servir a la preservación del modelo histórico. En síntesis: más cambios normativos (lógicos, por el rol dominante que ha desempeñado y sigue desempeñando la ley); menos propensión al apartamiento de la *idea básica*.

Los Derechos del Trabajo de América Latina, de innegable perfil continental, tienden igualmente a mantenerse en el marco de la idea histórica del Derecho del Trabajo; su *débil* afiliación al modelo social europeo tal vez contribuya a explicar el impacto notable –de reformas sesgadas e inconsistentes, de restauraciones anacrónicas o desviadas– que algunos de estos ordenamientos experimentaran en los últimos años.

⁵⁷ Tal vez pueda decirse que en los Derechos del Trabajo continentales, como en la bella imagen de la Carcassonne restaurada por el arquitecto Violet Le Duc, no se sabe ya qué es nuevo y qué es original, por el modo indiscernible en que se han insertado las piedras nuevas en las antiguas murallas: “...on a tellement bien inséré des pierres nouvelles dans les anciennes murailles, que tout a l’air nouveau alors qu’en réalité tout existait déjà il ya plusieurs siècles [...] mais, tout a bougé parce qu’on a changé toutes les pierres...” (G. Lyon-Caen, 2001).

En los países del *common law*, cuyos ordenamientos están menos estructurados en torno de la ley y, por tanto, tienden a demandar menos cambios normativos, se constata, en cambio, una mayor inclinación de los juristas a la revisión de la “idea básica” del Derecho del Trabajo. Se advierte en ellos una mayor sensibilidad para los replanteamientos económicos, una cierta disposición a la sustitución de las técnicas de la tutela, a la apertura de las categorías que definen el centro de imputación del Derecho del Trabajo, al abandono del concepto de la dependencia (como molde referencial o directamente como categoría) y al diseño de otras categorías más inclusivas. Es natural que un ordenamiento que no hace de la ley su experiencia jurídica primaria tenga menos reparos en apartarse de aquella idea histórica.

Todo lo cual permite afirmar sobre la hipótesis inicial formulada ahora en los siguientes términos: *el modo de ser de algunas de las “ideas particulares” del Derecho del Trabajo puede facilitar un apartamiento respecto de la “idea básica y original” de esa rama del Derecho, que otras “ideas particulares” son menos propensas a transitar.*

IV. Bibliografía

- ARTHURS, Harry X. (2006), *Who is afraid of globalization? Reflections on the future of Labour Law*, en *Globalization and the Future of Labour Law*, John D. R. Craig y S. Michael Lynk (eds.), Cambridge University Press, Cambridge.
- (2007), *Compared to what? The UCLA comparative Labor Law project and the future of comparative Labor Law*, en 28-3 *Comp. Lab. L. & Policy J.*
- ARUP, Chris (2001), *Labour Law as Regulation: Promise and Pitfalls*, en *Australian Journal of Labour Law*, 14-230.
- BANKS, Kevin (2006), *The impact of globalization on labour standards. A second look at the evidence*, en *Globalization and the future of Labour Law*, John D. R. Craig y S. Michael Lynk (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, ps. 77/107.
- BARNARD, Catherine; DEAKIN, Simon y MORRIS, Gillian S. (2004), *The future of Labour Law, introduction*, en *The Future Of Labour Law, Liber Amicorum Bob Hepple QC*, Barnard, Deakin y Morris (eds.), Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon.

- BARTHÉLÉMY, Jacques (2007), *Peut-on dissocier le Droit du Travail et le Droit de la Sécurité Sociale?*, en *Droit Social*, N° 7/8, juillet-août, ps. 787 y ss.
- BENSUSÁN, Graciela (2006), *La distancia entre normas y hechos: instituciones laborales en América Latina*, en *Revista de Trabajo*, año 2, N° 2, Nueva Época, Buenos Aires.
- BIRK, Rolf (2002), *Labor Law scholarship in France, Germany, and Italy: some remarks on a difficult question*, en *23-3 Comp. Lab. L. & Policy J.* 679.
- BLANC-JOUVAN, Xavier (2007), *Lessons from an experiment in comparative Labor Law (reflections on the comparative Labor Law group)*, en *28-3 Comp. Lab. L. & Policy J.* 407.
- BÖHEIM, René y MUELHBERGER, Ulrike (2006), *Dependent forms of self-employment in the UK: identifying workers on the border between employment and self-employment*, Work Paper N° 91 (february 2006), Vienna University of Economics and B.A., Department of Economics Working Paper Series.
- BONNECHERE, Michèle (2007), *Sur l'ordre public en Droit du Travail: les principes sont toujours là...*, en *Droit Ouvrier*, 2007, 714, ps. 11-13.
- BRONSTEIN, Arturo (1997), *Labour Law reform in Latin America: between state protection and flexibility*, en *International Labour Review*, vol. 136-1.
- (1997), *Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad*, en *Revista Internacional del Trabajo* (Ginebra), vol. 116-1, ps. 5-27.
- (2009), *International and Comparative Labour Law; Current Challenges*, ILO/Palgrave MacMillan, Great Britain/Geneva.
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2008), *The status of self-employed workers in Spain*, en *International Labour Review*, vol. 147-1, p. 91.
- CARUSO, Bruno (2007), *Changes in the workplace, and the dialogue of labor scholars in the "Global village"*, en *28-3 Comp. Lab. L. & Policy J.* 501.
- CÓRDOVA, Efrén (1996), *The Challenge of Flexibility in Latin America*, en *17-2 Comp. Lab. L. y Policy J.* 314.
- DAVIDOV, Guy (2002), *The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection*, en *The University of Toronto Law Journal*, vol. 52, N° 4 (autumn 2002), ps. 357-418.
- (2005), *Who is a worker?*, en *34 Indus L. J.* 2005, 57.
- (2007), *The (changing?) idea of Labour Law*, en *International Labour Review*, vol. 146, 3-4, 311.

- DEAKIN, Simon (2005), *Does the “Personal Employment Contract” Provide a Basis for the Reunification of Employment Law?*, en *Industrial Law Journal*, vol. 36, N° 1, march 2007, ps. 68-83.
- (2005), *The “capability” concept and the evolution of european social policy*, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper N° 303, march 2005.
- (2009), *Capacitas: Contract Law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market*, en *Capacitas*, Simon Deakin y Alain Supiot (eds.), Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, ps. 1 y ss.
- DEAKIN, Simon; LELE, Priya y SIEMS, Mathias (2007), *The Evolution of Labour Law: Calibrating and Comparing Regulatory Regimes*, en *International Labour Review*, vol. 146, 3-4 133.
- DEAKIN, Simon y NJOYA, Wanjru (2007), *The legal framework of employment relations*, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper N° 349, sept. 2007.
- DEVEALI, Mario (1983), *El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias*, textos elegidos, ordenados y anotados por José I. Brito Peret, Adrián O. Goldín y Roberto Izquierdo, Astrea, Buenos Aires, t. I.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1973), *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Madrid.
- DOCKÉS, Emmanuel (2004), *Le pouvoir dans les rapports de travail (Essor juridique d’une nuisance économique)*, en *Droit Social*, N° 6, juin 2004, p. 620.
- DUKES, Ruth (2008), *Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the Role of Labour Law*, en *Journal of Law and Society*, vol. 35, N° 3, september 2008, ps. 341-363.
- ERMIDA URIARTE, Oscar (1990), *Las relaciones de trabajo en América latina*, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, Temas Laborales, N° 18, Albolote, España.
- FAVRE-MAGNAN, Muriel (1998), *Le contrat de travail défini par son objet*, en *Le travail en perspectives*, dirigido por Alain Supiot, L. G. D. J., Collection *Droit et Société*, p. 101.
- FELDMAN, Silvio y GOLDÍN, Adrián (1995), *Relaciones colectivas de trabajo en el Mercosur; una hipótesis de convergencia*, en RELASUR, *Revista de Relaciones Laborales en América Latina-Cono Sur*, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, N° 7, Montevideo, p. 47.
- FREEDLAND, Mark (2003), *The personal employment contract*, Oxford University Press, Oxford.

- FREEDLAND, Mark (2006), *From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus*, en *Industrial Law Journal*, vol. 35, Nº 1, march 2006, ps. 1 a 29.
- (2007), *Developing the European Comparative Law of Personal Work Contracts*, en *28-3 Comp. Lab. L. & Policy J.* 487.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín (2007), *Deslocalización y tutela de los derechos sociales; la perspectiva europea*, en *Relaciones Laborales*, Nº 6, año XXIII, Madrid.
- GAUDU, Francois (2008), *L'accord sur la "modernisation du marche du travail"; érosion ou refondation du Droit du Travail?*, en *Droit Social*, Nº 3, mars 2008, p. 267.
- GOLDÍN, Adrián O. (2003), *Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo*, LexisNexis, Buenos Aires.
- (2006), *Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law*, en *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goal and Means in the Regulation of Work*, Guy Davidov y Brian Langille (comps.), Hart Publishing, Oxford.
- (2007), *Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina*, International Institute for Labour Studies, ILO, Geneva, DP/173/2007.
- (2009), *Labour Flexibility and Worker Security; an Argentine Perspective*, en *Regulations, Worker Protection and Active Labour. Market Policies in Latin America*, Jurgen Weller, United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, ps. 89 y ss.
- GRUMBACH, Tiennot (2003), *Le simple et le complexe dans le Droit du Travail*, en *Droit Social*, Nº 1, janvier 2003, ps. 48 y ss.
- HYDE, Alan (2006), *What is Labour Law?*, en *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work*, Guy Davidov y Brian Langille (eds.), Hart Publishing, Oxford.
- ICHINO, Pietro (1998), *The labour market: a lawyer's view of economic arguments*, en *International Labour Review*, vol. 137-3.
- JACOBY, Sanford M. (2008), *The future of labor and finance*, en *Comp. Lab. L. & Policy J.* 30-1, 111.
- JEAMMAUD, Antoine (2009), *Évaluer le Code du travail? Évaluer le Droit du Travail? Controverse, sous la responsabilité*, en *Revue de Droit du Travail*, Nº 7/8, juillet-août 2009, p. 421.

- KAHN FREUND, Otto (1987), *Trabajo y Derecho*, Colección Estudios (Serie *Relaciones Laborales*), trad. de J. M. Galiana Moreno, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- LAFORE, Robert (2009), *Droit du Travail et Sécurité sociale: la revanche de la protection sociale?*, en *Droit Social*, N° 11, novembre 2009, p. 1076.
- LANGILLE, Brian (2009), *Imagining Post “Geneva Consensus” Labour Law for Post “Washington Consensus” Development*, Rough Draft, june 11 2009, prepared for the conference *Regulating for Decent Work: Innovative Regulation as a Response to Globalization*, ILO, Geneva.
- LANGLOIS, Philippe (2008), *Une loi négociée*, en *Droit Social*, N° 3, marzo de 2008, ps. 346 y ss.
- LINDER, M. (1999), *Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: an Ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness*, en *21 Comp. Lab. L. & Policy J.* 187.
- LOKIEC, Pascal (2009), *Le travailleur et l’actif*, en *Droit Social*, N° 11 (numéro spécial), novembre 2009, p. 1017.
- LORA, Eduardo y PAGÉS SERRA, Carmen (1996), *La legislación laboral en el proceso de reformas estructurales de América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington.
- LYON-CAEN, Antoine (sous la responsabilité scientifique de) (2008), *L’évaluation du Droit du Travail: problèmes et méthodes*, Institut International Pour les Etudes Comparatives –DARES Appel a Projets de recherche 2005– *L’analyse économique du Droit du Travail. Rapport final* (vol. I), Rapport de Synthèse, 11 avril 2008.
- (2009), *Derecho Comunitario del mercado versus Europa social*, en *Relaciones Laborales*, N° 13, año XXV, Madrid, julio de 2009, p. 83.
- (2009), *Droit du Travail et protection sociale; brèves observations sur un couple*, en *Droit Social*, nov. 2009, N° 11, p. 1015.
- LYON-CAEN, Gérard (2001), *La pertinence des catégories juridiques du Droit du Travail*, en *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, COMPTRASEC, Bordeaux, p. 113.
- (2001), *L’Etat des sources du Droit du Travail (agitations et menaces)*, en *Droit Social*, décembre 2001, 1031.
- (2004), *Permanence et renouvellement du Droit du Travail dans une économie globalisée*, en *Droit Ouvrier*, février 2004.

- MARLEAU, Veronique (2006), *Globalization, decentralization and the role of subsidiarity in the labour setting in memory of Marco Biagi*, en *Globalization and the future of Labour Law*, John D. R. Craig y S. Michael Lynk (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, ps. 108-142.
- MOREAU, Marie-Ange (2008), *La recherche de nouvelles méthodes de régulation sociale: quelles fonctions, quelles complémentarités*, European University Institute, Florence, Department of Law, EUI Working Paper Law N° 2005/08.
- MÜCKENBERGER, Ulrich y SUPIOT, Alain (1999), *Ordre public social et communauté; deux cultures du Droit du Travail*, dans *Le travail et la nation, Histoire croisée de la France et de l'Allemagne*, sous la direction de Bénédicte Zimmermann, Claude Didry et Peter Wagner, Editions de la Maison des Sciences de l'homme, Paris.
- NERON, Sylvain (2009), *La rénovation de la démocratie sociale: perspectives et prospectives*, en *Revue de Droit du Travail*, N° 7/8, Dalloz, juillet-août 2009, p. 426.
- NOGLER, Luca (2009), *The concept of "subordinations"*, en *European and Comparative Law*, University of Trento.
- OIT (2006), *Tendencias de la legislación laboral*, del informe del director general a la 95 Conferencia *Cambios en el mundo del trabajo*.
- OJEDA AVILES, Antonio (2002), *La saturación del fundamento contractualista*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 111, mayo-junio de 2002, p. 333.
- (2007), *La genealogía del contrato de trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, julio/septiembre de 2007, N° 135, p. 533.
- (2009), *La externalización del Derecho del Trabajo*, en *International Labour Review*, 1-2, vol. 128, junio, ps. 51 y ss.
- (2010), *La evolución reciente del Derecho norteamericano del trabajo* (mimeo), a publicarse próximamente en Buenos Aires.
- PAGÉS SERRA, Carmen (2004), *Good jobs wanted. Labor markets in Latin America. Overview*, en *Report on Economic and Social Progress in Latin America* (IPES), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington.
- PALOMEQUE, Manuel Carlos (1991), *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PIERENKEMPER, Toni (2009), *The Rise and Fall of the "Normalarbeitsverhältnis" in Germany*, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit (Institute for the Study of Labor), Discussion Paper Series IZA DP N° 4068.

- POURZAND, Pejman (2008), *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue*, L. G. D. J., Paris.
- PUEBLA, Eduardo Martín (2009), *La modernización del mercado de trabajo en Francia o la tímida versión de la "flexicurité a la française"*, en *Relaciones Laborales*, N° 4, Año XXV, febrero de 2009, p. 91.
- RODIÈRE, Pierre (2008), *L'influence du Droit Communautaire et du Droit International*, en *Droit Social*, sept.-oct. 2008, N° 9/10, ps. 895.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (2002), *What do we talk about when we talk about Labor Law*, en *Comp. Lab. L. & Policy J.* 23-3, 701.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (2006), *Derecho del Trabajo y racionalidad*, en *Relaciones Laborales*, N° 5, Madrid, p. 1.
- (2007), *Los cambios en el mundo del trabajo y su respuesta jurídica*, en *Relaciones Laborales*, N° 9, Madrid, p. 1.
- (2007), *¿Un modelo social europeo o varios? Europa social y competitividad*, en *Relaciones Laborales*, N° 22, Madrid, p. 1.
- ROJOT, Jacques (2007), *Future directions for Labor Law scholarship and international collaboration*, en *Comp. Lab. L. & Policy J.* 28-3, 583.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo (2009), *Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones Laborales*, Madrid, N° 7, año XXV, p. 17.
- SALAI, Robert (1999), *Liberté du travail et capacités: une perspective pour la construction européenne?*, en *Droit Social*, N° 5, mai 1999, p. 467.
- SCIARRA, Silvana (2005), *The evolution of Labour Law (1992-2003)*, vol. I: *General Report for the European Commission, Employment & Social Affairs* (manuscript completed in jun 3, 2005), report financed by and prepared for the use of the European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities.
- SEN, Amartya (1999), *Commodities and Capabilities*, Oxford University Press, Oxford.
- (2000), *Desarrollo como libertad*, Planeta, Madrid.
- SPECTOR, Horacio (2005), *Philosophical foundations of Labor Law*, en *Florida State University Law Review* 1120, vol. 33:1119.
- STONE, Katherine V. W. (2007), *A new Labor Law for a new world of work: the case for a comparative-transnational approach*, en *Comp. Lab. L. & Policy J.* (2007) 28-3, 565.

- SUPIOT, Alain (2003), *Un faux dilemme: la loi ou le contrat*, en *Droit Social*, janvier, 2003, N° 1, ps. 59 y ss.
- (2004), *Le Droit du Travail*, PUF (Que sais-je), Paris.
- (2005), *Le Droit du Travail bradé sur le “marché des normes”*, en *Droit Social*, N° 12, dic. 2005, p. 1087.
- (2007), *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del Derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.
- (2009), *En guise de conclusion: la capacité une notion a haut potentiel*, en *Capacitas*, Simon Deakin y Alain Supiot (eds.), Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, ps. 161 y ss.
- (2009), *Justice sociale et libéralisation du commerce international*, en *Droit Social*, N° 2, fevrier 2009, p. 131.
- (2010), *L’esprit de Philadelphie*, Éditions du Seuil, Paris.
- UGARTE C., José Luis (2001), *Análisis económico del Derecho; el Derecho Laboral y sus enemigos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- VALDÉS DAL RE, Fernando (2001), *Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones Laborales*, Madrid, N° 20, Año XVII, octubre de 2001, p. 1.
- (2009), *El debate europeo sobre la “modernización del Derecho del Trabajo” y las relaciones laborales triangulares*, en *Relaciones Laborales*, N° 3, año XXV, febrero de 2009, p. 1.
- VIGNEAU, Christophe (2004), *Labor Law between changes and continuity*, en *Comp. Lab. L. & Policy J.* 25-1, 129.
- WEISS, Manfred (2007), *Convergence and/or Divergence in Labour Law Systems? An European Perspective*, en *Comp. Lab. L. & Policy J.* 28-3, 469.
- WELLER, Jürgen (ed.) (2009), *Regulations, Worker Protection and Active Labour. Market Policies in Latin America*, United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, dec. 2009, ps. 89 y ss.

HACIA UNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

por RICARDO A. GUIBOURG

SUMARIO: 1. El género próximo. 2. Las ramas del Derecho. 3. El Derecho del Trabajo y el principio protector: una pincelada histórica. 4. La paz social y sus límites. 5. La justicia social. 6. El principio protector como género. 7. Trayectoria y perspectivas del Derecho del Trabajo. 8. El camino hacia un Derecho del Trabajo equilibrado. a) Equilibrio dinámico interno de las estructuras operativas. b) Objetivos claros y consistentes a perseguir como política de Estado. c) Técnica normativa adecuada.

1. El género próximo

Existe una secular dificultad para definir qué se entiende por Derecho. No tiene por qué ser tan difícil averiguar el uso que una comunidad hablante da a un vocablo del idioma, que es tarea propia de filólogos. El caso es que la palabra “Derecho” está dotada de tal contenido emotivo que cada uno trata, en la medida de lo posible, de emplearla para designar sus propias preferencias. Este fenómeno, tan humano, tan lingüístico, tan político, tan imprudentemente pasado por alto, ha hecho que, en lugar de preguntarnos qué se entiende por Derecho, nos preguntemos qué *debe* entenderse por tal denominación: en otros términos, quién ha de quedarse con el botín encubierto por el uso del idioma.

Cuando la convivencia de cada pueblo se regía por costumbres inmemoriales, generalmente ratificadas por una religión que a su vez servía de fundamento y justificación a una dinastía o a un régimen

político, el problema casi no se planteaba. No porque no existiera, sino porque no era advertido. Todos los miembros de la sociedad acababan al mismo rey, reverenciaban a los mismos dioses y se consideraban ligados por las mismas costumbres. Esta uniformidad, claro está, nunca era unánime; pero medios muy ejecutivos se empleaban para reducir las divergencias, a menudo junto con la duración de la vida de los disidentes.

Con el Renacimiento, la situación sufrió una modificación cosmética. El Derecho natural, que Santo Tomás de Aquino había postulado como originado en la voluntad divina, aunque apreciable por la simple razón humana, se adaptó a la creciente tolerancia religiosa transformándose en una entidad nacida de la naturaleza del hombre, de la naturaleza de las cosas o de la simple razón especulativa. Digo que el cambio fue cosmético por las siguientes razones:

La *naturaleza* del hombre, de las cosas o de cualquier otro objeto o clase de objetos no es más que un modelo descriptivo de la realidad o de un segmento de ella. Cualquier segmento de la realidad tiene infinitas características, por lo que es imposible describirlo por entero: es preciso escoger unas pocas condiciones que, a juicio del observador, merezcan ser incluidas en el modelo descriptivo. Este *juicio de relevancia* no es impuesto por la realidad misma: es asumido, en forma deliberada o implícita, por quien lo ejerce, y susceptible de controversia pragmática, pero no de refutación lógica ni empírica. Es muy común que el mecanismo descrito quede oculto por las circunstancias culturales que operan sin generar crítica en la mente del sujeto, de tal modo que el observador es llevado a pensar que, así como las cosas son en realidad como son, las clases de cosas son en realidad como su cultura viene clasificándolas, las palabras tienen en realidad el significado que su idioma viene dándoles y los acontecimientos tienen en realidad el valor con el que el medio social viene juzgándolos.

De esta manera, así como el pensamiento fundado en la fe atribuía a la voluntad divina cierto orden natural de la convivencia asequible a la razón, la relativa prescindencia de la fe operada a partir del Renacimiento dejó incólume la segunda parte de aquella convicción, de contenido epistemológico, cuyos efectos han llegado hasta nuestros días.

Por cierto, se trata de un contenido epistemológico inconsistente. La razón era en un principio proporción, significado que se manifiesta en el uso de la palabra “razón” para designar la tasa de interés devengada por un capital. Luego se extendió al cálculo en general y, como los frutos del cálculo –en el paradigma científico antiguo, cuyo modelo era la matemática– se mostraban como inmovibles, “tener razón” empezó a significar hallarse en lo cierto, haber hecho el cálculo preciso, sustentar la opinión verdadera.

De allí que el hombre haya encontrado tanto orgullo en autocalificarse de animal racional¹ y depositado tanta confianza en el razonamiento, al que llegó a identificar con algo parecido al sentido común, frente a lo que le parecía *irracional* (fundado en la fe, contrario a la verificación empírica o difícil de justificar desde la posición política del observador)². Esta exageración tuvo graves consecuencias epistemológicas, pues condujo a suponer que un método por sí solo era capaz de alcanzar la verdad, sin necesidad de ser aplicado a premisas que le sirvieran de punto de partida. Es como si dispusiéramos papel y pluma sobre un escritorio y le ordenáramos escribir una novela: para imaginar que esa orden fuera cumplida sería preciso asignar a la pluma un conocimiento y un impulso propios. De modo semejante, nuestra razón es incapaz de llegar a resultado alguno si no le proporcionamos algunos datos externos a ella y si no le indicamos qué tipo de resultado queremos perseguir.

La religión permitía resolver este problema remitiendo a Dios tanto

¹ Es curiosa la persistencia de esta definición a lo largo de los siglos: los humanos tenemos uso de razón, mientras que los animales (irracionales) sólo se mueven por el instinto. En la antigüedad, cuando se empleaba la palabra griega *logos* para nombrar la palabra tanto como el razonamiento, podía explicarse que el hombre encontrara su diferencia específica en el lenguaje (cuya ausencia puede interpretarse como falta de razonamiento o al menos impide comunicarlo). Pero ya se ha averiguado que muchos animales se comunican entre ellos, en tanto cualquier persona que tenga un perro sabe que los animales perciben, aprenden y razonan a su manera. Al mismo tiempo, el examen de la historia y hasta la lectura de los periódicos permiten apreciar hasta qué punto los humanos son movidos por sus instintos.

² Durante la Revolución Francesa, la catedral de Notre Dame llegó a consagrarse al culto de la Diosa Razón. Aparte de la curiosa contradicción que ese nombre comporta, parece claro que la razón se esgrimía como una suerte de fe alternativa.

la creación de principios trascendentes como el aliento que impulsa nuestras almas a la verdad y al bien (definidos, a su vez, de acuerdo con aquellos principios). Pero, revelación aparte, tanto la fe más intensa como la falta de fe carecen de un punto de apoyo sólido para sostener su razonamiento.

Creyentes y ateos, enfrentados a este problema, adquirieron casi por igual el hábito de resolverlo del mismo modo: suponer la existencia de tales principios trascendentes y atribuir a la mente humana una capacidad especial, una especie de sentido, capaz de hacer percibir los valores y distinguir el bien del mal.

Esta tranquilizadora versión, una especie de fe con opción laica, encierra sin embargo una grave dificultad práctica: que, cuando el análisis *racional* perfora la gruesa capa de palabras hermosas que sueñan como música en los oídos de nuestra cultura (libertad, dignidad, paz, honor, bienestar, igualdad, democracia, defensa de la vida, autonomía, justicia), aparecen los más notables desacuerdos entre las personas acerca de cuáles conductas son más justas que otras alternativas, o qué valores pueden vulnerarse hasta qué punto con tal de satisfacer qué otros valores también proclamados. Por proponer preguntas conocidas para los laboristas, ¿se justifica que, para proteger en general a los trabajadores, se vulnere la libertad de contratación? ¿No es la libertad uno de los bienes más preciados? Tal vez esto se haga para restablecer la igualdad entre partes desiguales, pero ¿acaso las partes de un contrato comercial son siempre iguales en capacidad de negociación? Con el objeto de proteger a la parte más débil, ¿no convendría establecer un control estatal de todos los contratos privados, mediante alguna forma de homologación capaz de garantizar la justicia de los términos convenidos? Si —como es previsible— rechazamos esta perspectiva, ¿dónde y por qué estableceremos un límite a la protección del más débil frente a la libertad del mercado? Una vez establecido ese límite, ¿no estaremos vulnerando la igualdad entre partes débiles protegidas y partes débiles no protegidas? ¿No podría sostenerse que *discriminamos* al pequeño empresario al proteger ante él al trabajador, pero le negamos protección frente a proveedores o compradores más poderosos que él?

Ya que ponemos el énfasis en la igualdad, podríamos contentarnos

con la conocida expresión según la cual la igualdad exige tratar del mismo modo a los iguales, pero de manera distinta a los desiguales. El caso es que no hay dos personas o situaciones completamente iguales, ni dos personas o situaciones completamente distintas: entre las infinitas características que ellas muestran, siempre pueden encontrarse semejanzas y desemejanzas. ¿Cuáles de esas semejanzas nos servirán para decidir que se trata de casos iguales, merecedores de igual trato? ¿Cuáles de esas desemejanzas nos dirán que los casos son distintos? ¿Cuánto hay de subjetivo en la respuesta que demos a estas preguntas? ¿Cuánto de recogido acriticamente del discurso que nos rodea? ¿Cuánto de asumido como *natural*, simplemente porque no hemos conocido otra opinión?

Preguntas como las que anteceden se consideran hoy casi subversivas. El pensamiento jurídico mundial ha sido en su mayoría conquistado por una suerte de nuevo iusnaturalismo, de sentido político opuesto al anterior pero fundado en parecidos supuestos epistemológicos. Si antes se predicaban la autoridad, el orden, la obediencia y la resignación, ahora se da por sentado el valor de la democracia, se glorifican la libertad y la igualdad, se condena toda discriminación y se entroniza a la justicia y a la equidad; se da la bienvenida a la lucha individual o grupal por los derechos, y se encomienda a los jueces dar respuesta apropiada a todo reclamo mediante la aplicación de los principios, que sirven tanto para interpretar las leyes como para completarlas o aun para sustituirlas cuando las normas vulneren derechos fundamentales.

La dificultad que pueda encontrarse en esa tarea aparece minimizada por la insistencia en el método de la *ponderación*. Cuando dos o más principios estén en conflicto en un caso, hay que ponderarlos (figuradamente, comparar su peso): habrá alguno que en el caso sea más “pesado” que otros y la solución justa residirá en garantizarlo, acaso con una fórmula de transacción que permita reconocer también el valor de los otros principios en juego en la medida de lo posible. Grandes pensadores de nuestro tiempo sostienen que esto es posible: Dworkin afirma que los derechos son como cartas de triunfo en el tute cabrero³

³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Planeta, Buenos Aires, 1993. Dworkin no identifica el juego de cartas al que se refiere, pero es razonable suponer que piensa en el *bridge*. Una traducción más folklórica puede proponerse al lector criollo.

del ámbito jurídico y Alexy propone una fórmula matemática para ejercer la ponderación y hallar la respuesta adecuada aun en los “casos difíciles”. Ninguno de los dos permite al usuario de su teoría averiguar con alguna certeza los datos necesarios para ponerla en práctica. Las cartas del triunfo existen en la baraja, pero ¿cuándo estamos seguros de tener una en la mano? Es de suponer que los principios tienen algún valor, pero ¿cuál es la lista de todos los principios? ¿Cuál es el valor de cada uno frente a todos los demás principios? ¿Cómo puede medirse el grado de participación de cada principio en un conflicto determinado, de tal modo que –para seguir con la metáfora– el peso específico del principio, multiplicado por el volumen de su presencia en el caso, tenga por resultado el peso concreto a considerar? A esto conviene agregar que las palabras con las que nombramos los principios, como libertad, vida, dignidad, igualdad o justicia, concitan emociones positivas pero, a la hora de ser definidas, se pierden en otras palabras tan vagas como ellas mismas, porque en el fondo dependen de opiniones valorativas que cada sujeto ejerce a su modo.

En materia de identificación del fenómeno jurídico, pues, podría decirse que estábamos un poco mejor cuando creíamos en Dios. En efecto, no todos creían en el mismo Dios, pero en muchas sociedades predominaba el monoteísmo, lo que permitía a los más tolerantes identificar a una misma divinidad bajo distintos nombres. Las escrituras (parcialmente distintas para cada religión) debían ser interpretadas, pero en gran parte del hemisferio occidental se aceptaba una autoridad interpretativa central como suprema e infalible, capaz de recortar lo que entendiera como disidencias inaceptables. El actual principialismo, apoyado en el neoconstitucionalismo, aparece hoy como una religión politeísta al estilo de la griega, en la que Hermes se encargaba de revelar a Hefestos que su esposa Afrodita lo engañaba con Ares, mientras Zeus miraba para otro lado por temor a los celos de Hera, pero todos eran dioses, inmortales, poderosos, falibles e imprevisibles.

El mundo está hoy entusiasmado con esa idea, probablemente como reacción visceral frente a lo que, en nombre del Derecho, han hecho en los últimos cien años gobiernos tiránicos, dictaduras elegidas por el pueblo, democracias compradas por el poder financiero, repúblicas que legalizaron golpes, regímenes amenazados por otros más poderosos

o simplemente sociedades en las que el discurso jurídico ha quedado devaluado ante la inflación política. Como el sistema de pensamiento jurídico que acabo de describir reposa sobre ficciones, esperanzas y expresiones retóricas, lo que en él se opera realmente es una paulatina transferencia de poder hacia los jueces, muchos de los cuales ni siquiera la desean y se ven obligados a soportarla. Cuando se advierta que los jueces, aun cuando hagan frente valerosamente a ese desafío, no tienen la formación específica ni la información genérica necesarias, y, sobre todo, que la multiplicidad de órganos de decisión, la lentitud de las reacciones y la poca practicidad de los mecanismos para unificar criterios conducen derechamente a una suerte de anarquía, alguna clase de reflujo acabará por imponerse. Ojalá no sea violento. Ojalá no elimine la independencia judicial ni la división de poderes. Ojalá.

Mientras tanto, se hace preciso bajar a la realidad de los hechos para determinar en qué consiste ese fenómeno al que llamamos Derecho. Una descripción provisional podría identificar el Derecho como el conjunto de los criterios que tienen perspectivas de ser utilizados para resolver las controversias entre las personas contando, en caso necesario, con el uso de una fuerza centralizada. Como esos criterios son muy numerosos, es posible clasificarlos en ramas temáticas. Como a menudo entran en conflicto entre sí, es posible describirlos atendiendo a su mayor o menor probabilidad. Como esa probabilidad está sujeta a cambios según el poder de los argumentos (o según el gran argumento del poder), cada observador u operador se siente más o menos libre de proponer como Derecho los criterios que él mismo prefiere. Si cree posible convencer a otros aquí y ahora, plantea sus ideas como interpretación *de lege lata*. Si lo cree difícil por el momento, las plantea como propuestas *de lege ferenda*.

En todo este manejo, sin embargo, es necesario contar con la persistencia de algunas costumbres mentales que han venido rigiendo durante los últimos dos siglos, a saber, la importancia que se concede a la ley positiva y la idea generalizada de que el juez está para aplicar el Derecho y que el Derecho es (principalmente o al menos en una parte importante) la ley. Estas convicciones se hallan hoy reducidas a un queso gruyer, lleno de agujeros por donde se cuelan otros criterios

de decisión, pero existen y ejercen todavía una fuerza considerable en la mente de los juristas.

Resulta de lo dicho que lo que habitualmente llamamos Derecho puede dividirse en dos segmentos parcialmente superpuestos. Uno, que usamos con ánimo descriptivo y relativamente desinteresado, es un conjunto dinámico y un tanto flexible de criterios que, según una estimación conjetural que consideramos probable, hayan de prevalecer en caso de que una conducta o controversia actual, o una clase de ellas, llegue a requerir la acción del Estado. El otro, que esgrimimos con ánimo persuasivo, es el conjunto de criterios cuya aplicación esperamos obtener en un supuesto semejante. Los dos conjuntos reposan, de hecho, en las predicciones o esperanzas que nos consideremos en condiciones de concebir respecto de la conducta de otros operadores del poder estatal, por lo que en ambos casos es preciso tomar en cuenta los motivos capaces, de hecho, de condicionar aquellas conductas. Entre tales motivos hay que contar cierta dosis de respeto por el texto de las normas (actitud que Ross llamó *conciencia jurídica formal*), así como las inclinaciones valorativas que, aun independientemente de aquellos textos, puedan influir sobre cada operador (para Ross, la *conciencia jurídica material*)⁴. Esta explicación puede ser útil para entender la extraordinaria complejidad conceptual del discurso jurídico.

En efecto, la tradición quiere que el Derecho sea un objeto consistente, susceptible de ser aprehendido por cualquiera. Ese objeto incluye las normas positivas, que son tratadas con cierta reverencia, pero también otras pautas prescriptivas, habitualmente llamadas principios o valores, que con independencia de su mención explícita en los cuerpos normativos sirven para interpretar, precisar y completar las normas, pero también para hacer sus veces donde ellas no existen y hasta para sustituirlas en caso de conflicto. Todos estos elementos pueden hallarse en distintos y hasta cambiantes niveles jerárquicos del Derecho, pero de todos ellos se supone que comparten la característica de *estar ahí*, disponibles para ser conocidos y aplicados. Esta suposición requiere una fuerte apuesta ontológica, de corte idealista, que no siempre se ve justificada por la disponibilidad de un método apropiado para el

⁴ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 134.

conocimiento de los entes postulados⁵. A esto se agrega que, como el Derecho no se concibe desconectado de la realidad social, a menudo se propone esta misma realidad, al menos en la parte consistente en conductas humanas, como integrante del Derecho mismo⁶; otras veces se la proyecta como una condición para la validez del Derecho positivo⁷, o como fuente de los principios⁸, o como requisito necesario para la utilidad práctica del sistema de normas⁹. Todos estos intentos de in-

⁵ Todo el mundo habla de la *realidad* como si se tratara de un concepto tan manido que no merece mayor análisis. Sin embargo, hay divergencias acerca de su contenido. Algunos piensan que la realidad es sólo el conjunto de los objetos y acontecimientos materiales. Otros, sin perjuicio de aceptar los entes materiales, postulan además la existencia real de entes ideales (clases de cosas, conceptos, esencias, valores). Creo que esta discusión es inútil si se la plantea en busca de una verdad trascendente, porque en el fondo se trata de decisiones metodológicas que cada uno puede adoptar para mejor organizar su pensamiento. Esto no significa que tal decisión sea indiferente desde el punto de vista práctico (que es el que importa): postular un objeto como real vale poco si no se dispone de un método intersubjetivamente dotado de consenso y, además, eficiente para los casos concretos, que —llegado el caso— permita aprehender el objeto postulado y demostrar su existencia. Los objetos y acontecimientos materiales tienen a su favor que la observación empírica permite acabar con cualquier controversia. Los objetos y acontecimientos ideales, en cambio, suelen reposar sobre métodos subjetivos, cuyos resultados están sujetos a discusión y apenas encauzados por contingentes tradiciones culturales.

⁶ Así, las tesis realistas dan prioridad a los hechos sobre las normas; el trialismo considera la conducta como una de las dimensiones del Derecho, junto con las normas y los valores; la tradición cossiana insiste en definir el Derecho como *conducta en interferencia intersubjetiva* aunque, cuando el planteo se observa con mayor rigor, se lo advierte referido a la interferencia intersubjetiva de la conducta, tal como aparece regida por las normas.

⁷ Kelsen sostiene, en su teoría pura, que la validez de cada norma se funda en el contenido de las normas superiores, hasta llegar a la norma fundamental, y que la validez de la norma fundamental depende directamente de su eficacia (cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1981, ps. 223 y 224).

⁸ Cfr. DWORKIN, *Los derechos en serio* cit.

⁹ Alchourrón y Bulygin, en su estudio de los sistemas normativos, prescinden por completo de la eficacia de las normas al definir la validez como una característica intrasistemática (cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, ps. 84 y ss.). Sin embargo, no cualquier sistema normativo es útil para manejarse en la vida de relación, lo que sirve para explicar con mayor rigor lo que Kelsen entreveía con cierto involuntario énfasis ontológico (cfr. KELSEN, ob. cit., ps. 23 y ss.).

tegrar los elementos en un mismo plano ontológico traen consigo la imposibilidad de averiguar con certeza el contenido de un sistema jurídico determinado, ya que la “realidad jurídica” aparece superpuesta de elementos subjetivos, condicionados por actitudes valorativas de dudosa intersubjetividad.

Tales dificultades nacen, probablemente, de que el operador jurídico adopta una actitud prescriptiva al escoger los parámetros de la descripción que haya de proponer acerca de elementos de naturaleza otra vez prescriptiva. La actitud descriptiva, apretada como el jamón del sándwich entre dos poderosas actitudes prescriptivas (la del legislador y la del intérprete), acaba por parecerse demasiado a ellas mientras proclama inútilmente su propia objetividad¹⁰.

2. Las ramas del Derecho

Las grandes oficinas tradicionales se conciben como inmensos salones con hileras de escritorios en los que se afanan presurosos empleados; aquí y allá unos tabiques de baja altura aíslan virtualmente los sectores especializados; de vez en cuando, desde una pequeña oficina individual con divisiones de cristal (una “pecera”), un jefe de sección alza la vista de sus propios papeles para vigilar a sus huestes administrativas. Los jefes de mayor jerarquía gozan de tabiques de madera y, si su rango lo justifica, tienen baño privado y una antesala donde la secretaria filtra llamados y visitas. En otras palabras, la altura de un individuo en la pirámide de la organización se manifiesta y se premia con un mayor grado de privacidad: con un ámbito en el que el interesado puede moverse con creciente autonomía.

De modo comparable, los juristas exhiben con orgullo la autonomía

¹⁰ Hart distinguía entre el punto de vista externo, en el que se sitúa el observador desinteresado que examina el Derecho como el entomólogo estudia la conducta de las hormigas, y el punto de vista interno, en el que opera el individuo que se siente parte de la sociedad regida por ese mismo Derecho (cfr. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, ps. 125 y ss.). El problema parece residir en que los operadores jurídicos mezclan los dos puntos de vista: en el interno conciben sus pareceres y luego los exportan al externo con el objeto de ganar en poder persuasivo.

de su especialidad, como si el grosor de los límites que la aíslan de otras ramas del Derecho determinara la seguridad de la propia ciudadanía: el Derecho de la Navegación mira con cierto recelo sus vínculos tradicionales con el Derecho Comercial; el del Trabajo muestra tendencia a considerar cosa del pasado (o del futuro, según la orientación del observador) cualquier relación con el Derecho Civil; el de la Seguridad Social reniega de su prolongada asociación con el Laboral; el Penal sostiene orgullosamente sus propios principios mientras se debate entre Jakobs y Roxin, y cada nueva rama del conocimiento jurídico (piénsese en el reciente ejemplo del “Derecho Informático”¹¹) busca con denuedo argumentos para sostener su autonomía, como si esta condición, una vez lograda en mayor o menor medida, fuera una victoria para sus cultores antes que una característica más o menos neutra de una decisión clasificatoria.

¿A qué llamamos autonomía? Las provincias son autónomas porque, aun dentro del Estado federal que integran, se dan su propia Constitución y eligen sus gobiernos locales. En la navegación aérea, se llama autonomía de vuelo a la capacidad de cada avión para volar cierta distancia sin reabastecerse de combustible. En la teoría general de los sistemas, la palabra se define, de un modo más extenso y riguroso, como la aptitud de un sistema para mantener cierta estabilidad de su propio funcionamiento a pesar de las variaciones del entorno y —a veces y en diversa medida— aun a pesar de las fallas que afecten su propia estructura. La autonomía, en este sentido, comprende las reservas (energía almacenada para hacer frente al funcionamiento normal y, llegado el caso, a las emergencias), el esquema de variabilidad (estructura que permite echar mano de las reservas y aplicarlas donde y cuando hagan falta) y el subsistema regulador (estructura que registra el modelo de estabilidad, advierte las variaciones y aplica en cada caso los criterios de reacción destinados a promover el mantenimiento de aquel modelo). Esta definición de “autonomía” puede parecer un poco difícil para quien no esté familiarizado con los enfoques sistémicos; pero, bien mirada, abarca razonablemente la mayoría de los usos que damos a esa palabra en los más diversos contextos.

¹¹ Cfr. GUIBOURG, Ricardo A.; ALENDE, Jorge O. y CAMPANELLA, Elena M., *Manual de informática jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1996, ps. 217 y ss.

¿De qué manera podría concebirse la autonomía de una rama del conocimiento humano? Ni la astronomía ni la biología son autónomas respecto de la física, puesto que en gran medida dependen de ella; pero puede reconocerse que los campos de estudio de los astrónomos y el de los biólogos tienen escasa relación entre sí. ¿Llamaremos a esto autonomía? ¿Diremos que, puesto que cada una de esas ciencias tiene un objeto propio muy distinto del de la otra, la astronomía y la biología se bastan a sí mismas?

Afirmarlo sería una exageración. Negarlo sería terquedad. Por un lado, un buen biólogo podría conformarse con un conocimiento apenas superficial acerca de cuásares y agujeros negros. Pero, por otra parte, la biología no es ajena al marco epistemológico en el que todas las ciencias empíricas se desarrollan y no pretende haber elaborado una epistemología propia. Si reflexionamos de este modo, podemos llegar a una conclusión moderada y seguramente desapasionada, rasgos que nuestra cultura suele identificar con la sensatez pero muchos militantes menosprecian. Según esta conclusión posible, el conocimiento empírico es uno solo, como una sola es la realidad del universo al que se refiere, pero las especialidades en las que dividimos ese conocimiento, segmentos convencionalmente concebidos como unidades por razones puramente pragmáticas, se hallan vinculadas entre sí por un tronco común (o, según sea el caso, por mucho más que eso) y pueden distinguirse unas de otras, si lo deseamos, por las características a las que se nos ocurra atribuir relevancia para tal distinción.

No es ese, sin embargo, el modelo de autonomía que suele esgrimirse en el discurso jurídico. Aunque todos los juristas aceptaran la premisa de que el Derecho es uno solo, postularían de inmediato características capaces de aislar algunas de sus ramas invocando principios, objetivos y hasta métodos propios. Si así fuera, tales ramas encontrarían dentro de su ámbito todos o casi todos los elementos necesarios para el razonamiento práctico y aun para la reflexión teórica. Un ejemplo típico de este fenómeno llegó a adquirir, a su vez, la fuerza de una norma jurídica. El artículo 1º de la Ley de Contrato de Trabajo dispone: “El contrato de trabajo y la relación de trabajo se rigen: a) por esta ley; b) por las leyes y estatutos profesionales; c) por las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales; d) por la voluntad de las partes;

e) por los usos y costumbres”. La omisión de cualquier otra rama jurídica entre las fuentes del Derecho individual del Trabajo trataba de evitar la aplicación residual del Código Civil, que en 1974 se juzgaba falto de sentido social. Las cosas han cambiado: hoy la protección civil es a veces mayor que la social, por ejemplo, en materia de accidentes. Pero, sean cuales fueren los motivos de aquella limitación o su justificación política, aquella norma es una manifestación del sentimiento de omnipotencia sectorial. Hay que considerar que la teoría general del contrato sigue siendo una elaboración de origen civil; todas las instituciones, incluso las laborales, están regidas por el Derecho Constitucional y, por esa vía, todas ellas han de convivir en una armonía que no excluye una multitud de vínculos horizontales.

No quiero decir con esto que el discurso acerca de la autonomía de las ramas del Derecho carezca de todo contenido. Y menos aún al hablar de ciertas especialidades que, como la laboral o la penal, se dirigen a constituir y proteger ciertos derechos aplicando para ello una peculiar elaboración de garantías y principios. Me limito a señalar que el énfasis que tan a menudo se pone en la defensa de la autonomía encuentra poca base en la compleja red de interdependencia en la que cada rama del Derecho, y aun cada institución, cuenta con mayor o menor elaboración normativa y se halla unida al resto del sistema jurídico por lazos más o menos numerosos, pero siempre sólidos.

Una mente suspicaz podría sospechar motivos interesados en el discurso acerca de la autonomía. Si una institución o un grupo de instituciones alcanza a formar en torno de sí una nueva rama del Derecho, a ella corresponderá una flamante sección en los repertorios jurídicos y en los catálogos editoriales. Sus cultores quedarán convertidos en pioneros de una disciplina, lo que redundará en mayor relevancia personal. Si la nueva materia se convierte en asignatura universitaria, y más aún si se obtiene la creación de un fuero judicial específico, la afirmación de la autonomía contribuirá a la formación de círculos relativamente cerrados en cuyo seno se discuten y distribuyen cargos, cuotas de prestigio y porciones de los recursos que la sociedad toda (y no sólo el Estado) dirija al manejo de aquellos temas.

No sostengo, por cierto, una tesis tan malévola. Me limito a expresarla porque creo útil que cada uno de nosotros, frente a las pre-

tensiones que esté dispuesto a sostener acerca de la autonomía de las ramas del Derecho, examine en su conciencia tanto sus pautas descriptivas de la realidad como las emociones que lo lleven a postularlas y, así, quede en condiciones de cooperar más eficazmente a la tarea común de construir un modelo consistente para la ciencia del Derecho.

En efecto, más allá de los intereses u opiniones de cada persona o de cada grupo, inevitables y generalmente legítimos, hay un interés más extenso que se refiere al conocimiento de la realidad jurídica y al perfeccionamiento de las herramientas conceptuales con las que haya de describírsele, aplicársela y modificársela. Esto es lo que las ciencias empíricas han hecho hace siglos, sea cual fuere el uso que cada uno esté dispuesto a dar a la tecnología que en ellas se funda. Los juristas estamos en mora en aquella tarea: debemos acordar aún la definición de nuestro objeto, determinar el método apropiado para su conocimiento, y ordenar y clasificar ese conocimiento de tal suerte que cada uno de sus segmentos muestre sin recelo los vínculos que lo unen a los demás en la universalidad de la ciencia y, a la vez, exhiba sin orgullo las circunstancias que justifiquen, en mayor o menor medida, su propia identificación como ramas del Derecho.

En ese contexto, creo, conviene recordar que la relativa separación entre las distintas ramas no obedece a imperativos ontológicos eternos sino a motivos pragmáticos, siempre contingentes y modificables. No estoy hablando aquí de realidades, sino de actitudes. Los juristas conocemos poco de los hechos que nos importan, pero en ese punto no estamos peor que los físicos, los químicos o los economistas. Lo que traba nuestro avance no es el desconocimiento de la realidad, sino la actitud fuertemente emotiva que nos permitimos inyectar en nuestro modelo descriptivo de aquello que conocemos. El debate acerca de las autonomías no es el ejemplo más grave de esa inyección, pero nos conmueve a veces de tan cerca que no somos capaces de advertirlo.

Con las aclaraciones precedentes, la determinación de los límites del Derecho del Trabajo pierde casi todo su dramatismo y queda sujeta a una decisión clasificatoria pragmática. Si se atiende a los propósitos de cada conjunto y a la identidad de las partes cuya con-

ducta es afectada por las normas, convendría reservar el nombre de Derecho del Trabajo para el sistema normativo que rige las relaciones entre empleadores y trabajadores, ya sea individualmente en el marco del contrato de trabajo, ya sea grupalmente en el ámbito de la representación sindical y de la negociación colectiva. A este centro podrían agregarse sus accesorios en materia administrativa e internacional. Otras denominaciones podrían darse al Derecho de la Seguridad Social y a las normas destinadas a reducir, paliar o reglar el desempleo, sistemas que rigen situaciones donde el contrato de trabajo no está presente.

3. El Derecho del Trabajo y el principio protector: una pincelada histórica

Las normas jurídicas se establecen casi siempre como una reacción frente a una situación que se estima inconveniente y merecedora de corrección. A veces se trata de una situación nueva; otras, de una muy antigua que sólo recientemente ha obtenido visibilidad en las emociones de quienes rigen una sociedad.

Este último es el caso del trabajo. Durante toda la historia de la humanidad, los hombres y las mujeres trabajaron. Durante toda la historia de la inhumanidad, el fruto del trabajo fue aprovechado de manera desigual, de tal suerte que quien ejerce la labor –esclavo, siervo, indígena “encomendado”, trabajador asalariado– participa de él de manera mínima, y quien es dueño, señor, encomendero o empleador de quien trabaja recibe una porción mayor del resultado. Hay –siempre hubo– explicaciones para esta desigualdad: el derecho del vencedor, la propiedad del esclavo, la desigualdad de las razas, el orden natural de las cosas, la propiedad de la tierra o de las máquinas, la autonomía de la voluntad, la retribución del capital, de la iniciativa, del riesgo y de la dirección, la rentabilidad necesaria para asegurar la competitividad de las empresas y el desarrollo de la economía.

Algunas reacciones se produjeron, a lo largo de los siglos, contra los abusos más graves. Las que no fueron reprimidas –la de Espartaco es una referencia clásica– generaron cambios que, aunque trascendentes

en otros aspectos, en éste no hicieron más que cambiar el discurso que lo enmarcaba: la Revolución Francesa sirve para ejemplificar este caso. Ya andando el siglo XIX sobre las ruedas de la Revolución Industrial, el avance tecnológico aumentó la producción de bienes pero requería mucho trabajo organizado. La esclavitud había dejado de ser un buen negocio, lo que permitió a la humanidad concebir la sorprendente y maravillosa idea de los derechos del hombre. Todos fueron, con el tiempo, iguales ante la ley, aunque no ante la economía: el poder que antes derivaba predominantemente de la propiedad de la tierra y hasta de las personas era reemplazado por la propiedad de las máquinas, la capacidad comercial y el creciente predominio de las finanzas. La artesanía ya no era una opción válida para la producción de bienes de amplio consumo. Las industrias se desarrollaron y convocaron a ejércitos de trabajadores que se hacinaban en las ciudades: se iniciaba la concentración urbana que, si no era desconocida en la antigüedad, puede considerarse característica de la Edad Contemporánea. Pero las jornadas eran agotadoras, las condiciones de trabajo inhumanas y los salarios apenas permitían la subsistencia. Cuando las personas están muy juntas y comparten las mismas condiciones, es normal que se quejen de ellas y acumulen resentimientos comunes. Si las circunstancias que les toca vivir son terribles, no es extraño que sus reacciones también sean de temer.

Así, la situación en las ciudades fabriles se hizo tan intolerable que dio lugar a dos reacciones poderosas: el anarquismo y el socialismo. Esa reacción traía consigo la esperanza de obtener mejoras mediante la presión o la revolución; la idea central consistía en abolir la propiedad privada de los medios de producción o, al menos, debilitarla paulatinamente hasta quitarle todo poder de decisión. Algunos fragmentos pueden servir para simbolizar esa tendencia:

Un sistema que se basa en la caridad y la clemencia en vez de la justicia, da demasiado al rico e inspira gratitud servil al pobre, acostumbrándolo a recibir las migajas que se le otorgan y a no darse cuenta de que se le adeudan. Que no son graciosos donativos de los opulentos. La riqueza se adquiere, por lo general, engañando al semejante y se gasta infiriéndole injurias [...] El resultado del sistema de propiedad establecido es el espíritu de opresión, el de servilismo y el de dolo. Y es tan hostil al

progreso intelectual como al progreso moral [...] Es realmente mío lo que requiero para mi uso; el resto, aunque lo consiga trabajando, no me pertenece y retenerlo es una usurpación¹².

Ante la propiedad tuya y vuestra no retrocedo asustado, sino que la miro siempre como propiedad mía, que no necesito “respetar”. Haced, pues, lo mismo con lo que yo llamo mi propiedad [...] La cuestión de la propiedad no puede resolverse satisfactoriamente de la manera que sueñan los socialistas y aun los comunistas. Sólo puede resolverse por la guerra de todos contra todos¹³.

No más partidos. No más autoridad. Libertad absoluta del hombre y del ciudadano. Ésta es nuestra profesión de fe política y social. Se ha dicho que la explotación del hombre por el hombre es un robo. Pues bien, el gobierno del hombre por el hombre es servidumbre y la religión que sostenga la infalibilidad del papa es adoración del hombre por el hombre, o sea: idolatría¹⁴.

Ninguna legislación tuvo otro fin que consolidar un sistema de despojo del pueblo trabajador por medio de la clase dominante [...] La tierra, los instrumentos de trabajo y toda clase de capital deben ser propiedad colectiva de toda la sociedad, y sólo pueden usarse en interés exclusivo de las asociaciones o uniones agrícolas e industriales¹⁵.

Esta organización monstruosa hace que cuando el hijo del trabajador ingresa en la vida, no tiene campo que cultivar, ni máquina que manejar, ni mina que explotar si no le cede al amo la mayor parte de lo que produzca. Vende entonces su fuerza de trabajo a cambio de una ración mezquina e insegura¹⁶.

Los proletarios no pueden apoderarse de las fuerzas productivas sociales sino aboliendo el modo de apropiación que les atañe particularmente, y por consecuencia, todo modo de apropiación en vigor hasta nuestros días. Los proletarios no tienen nada que salvaguardar que les

¹² GODWIN, William (1756-1836), en PROUDHON, BAKUNIN, KROPOTKIN y otros, *Ideario anarquista*, Longseller, Buenos Aires, 2001, ps. 54 y 55.

¹³ STIRNER, Max (1806-1856), en PROUDHON, BAKUNIN, KROPOTKIN y otros, ob. cit., ps. 68 y 73.

¹⁴ PROUDHON, Pierre-Joseph (1809-1865), en PROUDHON, BAKUNIN, KROPOTKIN y otros, ob. cit., p. 92.

¹⁵ BAKUNIN, Mijail (1814-1876), en PROUDHON, BAKUNIN, KROPOTKIN y otros, ob. cit., ps. 114 y 116.

¹⁶ KROPOTKIN, Piotr (1843-1921), en PROUDHON, BAKUNIN, KROPOTKIN y otros, ob. cit., p. 159.

pertenezca; tienen que destruir toda garantía privada, toda seguridad privada existente [...] ¡Estáis sobrecogidos de horror porque queremos abolir la propiedad privada! Pero en vuestra sociedad la propiedad privada está abolida para las nueve décimas partes de sus miembros. Precisamente porque no existe para esas nueve décimas partes existe para vosotros. Nos reprocháis, pues, el querer abolir una forma de propiedad que no puede existir sino a condición de que la inmensa mayoría sea privada de toda propiedad. En una palabra, nos acusáis de querer abolir vuestra propiedad. Efectivamente, eso es lo que queremos¹⁷.

La primera reacción conservadora, suficiente y despectiva, rechazaba de plano cualquier legislación protectora sin dar muestras siquiera de alarma frente a las ideas *extremistas*. Ese tipo de rechazo, del que pueden reconocerse vestigios en el discurso de la clase alta argentina de mediados del siglo XX, puede ejemplificarse con un fragmento de Spencer, publicado en 1884 y representativo de una posición que el tiempo ha ido disimulando:

Cuando se toma un coche en una calle de Londres, causa asombro el ver con cuánta frecuencia hay personas que abren oficiosamente la portezuela, esperando recibir alguna recompensa por su trabajo. La sorpresa disminuye si se observa el gran número de vagos que hay a las puertas de las tabernas y la multitud de desocupados que atrae cualquier procesión o espectáculo callejero. Viendo cuán numerosos son en tan corto espacio de terreno, se comprende que millares de individuos semejantes deben hormiguar en Londres. “No tienen trabajo”, se me objetará. Dígase más bien que, o rehúsan trabajar o se hacen despedir inmediatamente por aquellos que los emplean.

Son sencillamente parásitos de la sociedad, que de un modo u otro viven a expensas de los que trabajan, vagos e imbéciles, criminales o en camino de serlo, jóvenes mantenidos forzosamente por sus padres, maridos que se apropian del dinero ganado por sus mujeres, individuos que participan de las ganancias de las prostitutas; y a su lado, aunque menos visible y numerosa, hay una clase correspondiente de mujeres. ¿Es natural que la felicidad sea el lote¹⁸ de tales gentes? ¿No lo es más

¹⁷ MARX, Karl y ENGELS, Friedrich (1848), *Manifiesto comunista*, 60, 85, 86.

¹⁸ Esta palabra puede atribuirse a un error de traducción: *lot*, en inglés, significa botín.

bien el que atraigan la desgracia sobre sí y sobre cuantos les rodean? ¿No es evidente que debe haber en medio de nosotros multitud de miserias que sean resultado lógico de la mala conducta y que nunca debieran separarse de ésta? Hay una opinión, que siempre ha prevalecido más o menos y que hoy se preconiza mucho, según la cual todo mal social puede ser remediado y debe serlo por unos u otros. Esta creencia es errónea. Separar la pena de la mala conducta es luchar contra la naturaleza de las cosas, y el pretenderlo sólo conduce a agravar la situación. Para ahorrar a los hombres el castigo de una vida disoluta, se hace necesario muchas veces aplicarles castigos artificiales, como el de encerrarlos en celdas solitarias o el de someterlos al tormento del látigo y la rueda¹⁹.

Es que había en Inglaterra una tendencia legislativa que alarmaba a Spencer, tanto como para compararla con la monarquía absoluta anterior a Cromwell: leyes que establecían el control bromatológico de alimentos y bebidas, prohibían emplear en las minas a menores de doce años, regulaban los precios del transporte, obligaban a vacunarse, limitaban el número de inquilinos por habitación, fundaban escuelas municipales y ejercían otros desaguisados semejantes contra la libertad de iniciativa²⁰.

Hacia fines del siglo XIX la situación se había complicado y el fenómeno ya no podía negarse. Los socialistas minaban las conciencias conservadoras de los jóvenes. Los comunistas predicaban la revolución. Los anarquistas se distinguían por atentados contra reyes, príncipes y ministros²¹. Los observadores más lúcidos sentían miedo, porque preveían que la ofensiva no era fácilmente tratable por medios represivos, al menos en el largo plazo, de modo tal que convendría actuar sobre las causas que la habían originado. De este modo, con tono paternalista exhortaban a las empresas (de modo muy genérico) a moderar las aristas más graves de su relación con los trabajadores, y proponían a

¹⁹ SPENCER, Herbert (1820-1903), *La esclavitud del porvenir*, en *El hombre contra el Estado*, Yerba Buena, Buenos Aires, 1945, ps. 47/49.

²⁰ SPENCER, Herbert, *Los nuevos conservadores*, en *El hombre contra el Estado* cit., ps. 21 y ss.

²¹ Una canción anarquista de alrededor de 1900, dedicada a ensalzar la dinamita, la llamaba “un producto maravilloso, experimentado por la ciencia”.

unas y a otros colaborar en armonía, pero dejando bien en claro que la propiedad privada era inviolable y sagrada, y que la huelga u otras formas de rebelión debían condenarse y reprimirse por la fuerza, incluso preventivamente. El paradigma de esta actitud se observa en los orígenes de la “Doctrina Social de la Iglesia”.

En efecto, León XIII publicó en 1891 su encíclica *Rerum Novarum*, de la que vale la pena transcribir algunos pasajes:

La naturaleza ha tenido que dar al hombre el derecho a bienes estables y perpetuos [...] No hay razón alguna para recurrir a la providencia del Estado [...] Todo ello se halla sancionado por la misma ley divina, que prohíbe estrictamente aun el simple deseo de lo ajeno: No desearás la mujer de tu prójimo; ni la casa, ni el campo, ni la sierva, ni el buey, ni el asno, ni otra cosa cualquiera de todas las que le pertenecen [...] Luego cuando los socialistas sustituyen la providencia de los padres por la del Estado, van contra la justicia natural, y disuelven la trabazón misma de la sociedad doméstica [...] Por lo tanto, cuando se plantea el problema de mejorar la condición de las clases inferiores, se ha de tener como fundamental el principio de que la propiedad privada ha de reputarse inviolable [...] Maldita sea la tierra en tu trabajo, tú comerás de ella fatigosamente todos los días de tu vida [...] Y, por lo tanto, el sufrir y el padecer es herencia humana; pues de ningún modo podrán los hombres lograr, cualesquiera que sean sus experiencias e intentos, el que desaparezcan del mundo tales sufrimientos. Quienes dicen que lo pueden hacer, quienes a las clases pobres prometen una vida libre de todo sufrimiento y molestias, y llena de descanso y perpetuas alegrías, engañan miserablemente al pueblo [...] En la presente cuestión, la mayor equivocación es suponer que una clase social necesariamente sea enemiga de la otra, como si la naturaleza hubiese hecho a los ricos y a los proletarios para luchar entre sí con una guerra siempre incesante [...] Obligaciones de justicia, para el proletario y el obrero, son éstas: cumplir íntegra y fielmente todo lo pactado en libertad y según justicia; no causar daño alguno al capital, ni dañar a la persona de los amos; en la defensa misma de sus derechos abstenerse de la violencia, y no transformarla en rebelión; no mezclarse con hombres malvados, que con todas mañas van ofreciendo cosas exageradas y grandes promesas, no logrando a la postre sino desengaños inútiles y destrucción de fortunas. He aquí, ahora, los deberes de los capitalistas y de los amos: no tener en modo alguno a los obreros

como a esclavos; respetar en ellos la dignidad de la persona humana, ennoblecida por el carácter cristiano. Ante la razón y ante la fe, el trabajo, realizado por medio de un salario, no degrada al hombre, antes le ennoblece, pues lo coloca en situación de llevar una vida honrada mediante él [...] Pero es verdaderamente vergonzoso e inhumano el abusar de los hombres, como si no fuesen más que cosas, exclusivamente para las ganancias, y no estimarlos sino en tanto cuando valgan sus músculos y sus fuerzas [...] Por lo tanto, a los amos corresponde hacer que el obrero tenga libre el tiempo necesario para sus deberes religiosos; que no se le haya de exponer a seducciones corruptoras y a peligros de pecar; que no haya razón alguna para alejarle del espíritu de familia y del amor al ahorro. De ningún modo se le impondrán trabajos desproporcionados a sus fuerzas, o que no se avengan con su sexo y edad [...] Y el principalísimo entre todos los deberes de los amos es el dar a cada uno lo que se merezca en justicia [...] Defraudar, además, a alguien el salario que se le debe, es pecado tan enorme que clama al cielo venganza [...] que, por lo tanto, deben temblar los ricos, ante las amenazas extraordinariamente severas de Jesucristo; y que llegará el día en que habrán de dar cuenta muy rigurosa, ante Dios como juez, del uso que hubieren hecho de las riquezas [...] Nadie, es verdad, viene obligado a auxiliar a los demás con lo que para sí necesitare o para los suyos, aunque fuere para el conveniente o debido decoro propio, pues nadie puede dejar de vivir como a su estado convenga; pero, una vez satisfecha la necesidad y la conveniencia, es un deber el socorrer a los necesitados con lo superfluo: lo que sobrare dadlo en limosna [...] Mas, si las dos clases obedecen a los mandatos de Cristo, no les bastará una simple amistad, querrán darse el abrazo del amor fraterno [...] Justo es, por lo tanto, que el gobierno se interese por los obreros [...] Ahora bien: interesa tanto al bien privado como al público, que se mantenga el orden y la tranquilidad públicos [...] Por lo tanto, si, por motines o huelgas de los obreros, alguna vez se temen desórdenes públicos; si se relajaren profundamente las relaciones naturales de la familia entre los obreros; si la religión es violada en los obreros, por no dejarles tiempo tranquilo para cumplir sus deberes religiosos; si por la promiscuidad de los sexos y por otros incentivos de pecado, corre peligro la integridad de las costumbres en los talleres; si los patronos oprimieren a los obreros con cargas injustas o mediante contratos contrarios a la personalidad y dignidad humana; si con un trabajo excesivo o no ajustado a las condiciones de sexo y

edad, se dañare a la salud de los mismos trabajadores, claro es que, en todos estos casos, es preciso emplear, dentro de los obligados límites, la fuerza y la autoridad de las leyes [...] Lo más fundamental es que el gobierno debe asegurar, mediante prudentes leyes, la propiedad particular. De modo especial, dado el actual incendio tan grande de codicias desmedidas, preciso es que las muchedumbres sean contenidas en su deber, porque si la justicia les permite por los debidos medios mejorar su suerte, ni la justicia ni el bien público permiten que nadie dañe a su prójimo en aquello que es suyo y que, bajo el color de una pretendida igualdad de todos, se ataque a la fortuna ajena [...] Intervenga, pues, la autoridad pública; y, puesto freno a los agitadores, defienda a los obreros buenos de todo peligro de seducción; y a los dueños legítimos, del de ser robados [...] A este mal, ya tan frecuente como grave, debe poner buen remedio la autoridad del Estado, porque las huelgas llevan consigo daños no sólo para los patronos y para los mismos obreros, sino también para el comercio y los intereses públicos; añádase que las violencias y los tumultos, a que de ordinario dan lugar las huelgas, con mucha frecuencia ponen en peligro aun la misma tranquilidad pública. Y en esto el remedio más eficaz y saludable es adelantarse al mal con la autoridad de las leyes e impedir que pueda brotar el mal, suprimiendo a tiempo todas las causas de donde se prevé que puedan surgir conflictos entre obreros y patronos [...] El trabajo cotidiano no puede prolongarse más allá de lo que toleren las fuerzas [...] gran cautela se necesita para no admitir a los niños en los talleres antes de que se hallen suficientemente desarrollados, según la edad, en sus fuerzas físicas, intelectuales y morales [...] Ahora bien; si en esta muchedumbre se logra excitar su actividad ante la esperanza de poder adquirir propiedades estables, poco a poco se aproximará una clase a la otra, desapareciendo la inmensa distancia existente entre los extraordinariamente ricos y los excesivamente pobres [...] Ventajas éstas, que no pueden lograrse sino tan sólo con la condición de que la propiedad privada no sea recargada por excesivos tributos e impuestos [...] Por ello vemos con sumo placer cómo doquier se fundan dichas asociaciones, ya sólo de obreros, ya mixtas de obreros y patronos; y es de desear que crezcan tanto en número como en actividad [...] Cuando ocurra que algunas sociedades tengan un fin contrario a la honradez, a la justicia, o a la seguridad de la sociedad civil, el Estado tiene derecho de oponerse a ellas, ora prohibiendo que se formen, ora disolviendo las ya formadas.

En 1931 el mundo empresario estaba escandalizado y atemorizado por el ejemplo del comunismo soviético, pero muchos en Europa creían haber encontrado la solución: una política populista, férreamente dirigida por un Estado totalitario, que sin embargo asegurara el orden social y eliminara todo vestigio de rebelión contra el capitalismo. En Italia, ese régimen se había instalado desde hacía nueve años. En Portugal se hallaba en proceso de consolidación. En Alemania llegaría dos años más tarde, con las consecuencias conocidas, y en España hacia el fin de la década, mientras la *buena nueva* empezaba a extenderse también por América Latina. Así la encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pío XI, adaptaba las enseñanzas de León XIII a la nueva situación y, a la vez que reconocía el nuevo Derecho del Trabajo, agregaba varias prédicas explícitas:

De esta labor ininterrumpida e incansable surgió una nueva y con anterioridad totalmente desconocida rama del derecho, que con toda firmeza defiende los sagrados derechos de los trabajadores, derechos emanados de su dignidad de hombres y de cristianos: el alma, la salud, el vigor, la familia, la casa, el lugar de trabajo, finalmente, a la condición de los asalariados, toman bajo su protección estas leyes y, sobre todo, cuanto atañe a las mujeres y a los niños [...] Las leyes llamadas económicas, fundadas sobre la naturaleza de las cosas y en la índole del cuerpo y del alma humanos, establecen, desde luego, con toda certeza qué fines no y cuáles sí, y con qué medios, puede alcanzar la actividad humana dentro del orden económico; pero la razón también, apoyándose igualmente en la naturaleza de las cosas y del hombre, individual y socialmente considerado, demuestra claramente que a ese orden económico en su totalidad le ha sido prescrito un fin por Dios Creador [...] Tampoco quedan en absoluto al arbitrio del hombre los réditos libres, es decir, aquellos que no le son necesarios para el sostenimiento decoroso y conveniente de su vida, sino que, por el contrario, tanto la Sagrada Escritura como los Santos Padres de la Iglesia evidencian con un lenguaje de toda claridad que los ricos están obligados por el precepto gravísimo de practicar la limosna, la beneficencia y la liberalidad [...] Fue debido a esto que se acercaran a los oprimidos trabajadores los llamados “intelectuales”, proponiéndoles contra esa supuesta ley un principio moral no menos imaginario que ella, es decir, que, quitando únicamente lo suficiente para amortizar y reconstruir el capi-

tal, todo el producto y el rendimiento restante corresponde en derecho a los obreros [...] El cual error, mientras más tentador se muestra que el de los socialistas, según los cuales todos los medios de producción deben transferirse al Estado, esto es, como vulgarmente se dice, “socializarse”, tanto es más peligroso e idóneo para engañar a los incautos: veneno suave que bebieron ávidamente muchos, a quienes un socialismo desembozado no había podido seducir [...] Ahora bien, no toda distribución de bienes y riquezas entre los hombres es idónea para conseguir, o en absoluto o con la perfección requerida, el fin establecido por Dios [...] Por consiguiente, no viola menos esta ley la clase rica cuando, libre de preocupación por la abundancia de sus bienes, considera como justo orden de cosas aquel en que todo va a parar a ella y nada al trabajador; que la viola la clase proletaria cuando, enardecida por la conculcación de la justicia y dada en exceso a reivindicar inadecuadamente el único derecho que a ella le parece defendible, el suyo, lo reclama todo para sí en cuanto fruto de sus manos e impugna y trata de abolir, por ello, sin más razón que por ser tales, el dominio y réditos o beneficios que no se deben al trabajo, cualquiera que sea el género de éstos y la función que desempeñen en la convivencia humana [...] Y no deben pasarse por alto que a este propósito algunos apelan torpe e infundadamente al Apóstol, que decía: Si alguno no quiere trabajar, que no coma [...] Pero el Apóstol no enseña en modo alguno que el único título que da derecho a alimento o a rentas sea el trabajo [...] Hay que luchar, por consiguiente, con todo vigor y empeño para que, al menos en el futuro, se modere equitativamente la acumulación de riquezas en manos de los ricos, a fin de que se repartan también con la suficiente profusión entre los trabajadores, no para que éstos se hagan remisos en el trabajo –pues que el hombre ha nacido para el trabajo, como el ave para volar–, sino para que aumenten con el ahorro el patrimonio familiar [...] Ante todo, al trabajador hay que fijarle una remuneración que alcance a cubrir el sustento suyo y el de su familia. Es justo, desde luego, que el resto de la familia contribuya también al sostenimiento común de todos [...] Las madres de familia trabajarán principalísimamente en casa o en sus inmediaciones, sin desatender los quehaceres domésticos. Constituye un horrendo abuso, y debe ser eliminado con todo empeño, que las madres de familia, a causa de la cortedad del sueldo del padre, se vean en la precisión de buscar un trabajo remunerado fuera del hogar, teniendo que abandonar sus peculiares deberes y, sobre todo, la educación de los hijos [...] Unidos

fuerzas y propósitos, traten todos, por consiguiente, obreros y patronos, de superar las dificultades y obstáculos y présteles su ayuda en una obra tan beneficiosa la sabia previsión de la autoridad pública [...] Ahora bien, siendo el orden, como egregiamente enseña Santo Tomás, una unidad que surge de la conveniente disposición de muchas cosas, el verdadero y genuino orden social postula que los distintos miembros de la sociedad se unan entre sí por algún vínculo fuerte [...] Y ese vínculo se encuentra ya tanto en los mismos bienes a producir o en los servicios a prestar, en cuya aportación trabajan de común acuerdo patronos y obreros de un mismo “ramo”, cuanto en ese bien común a que debe colaborar en amigable unión, cada cual dentro de su propio campo, los diferentes “ramos”. Unión que será tanto más fuerte y eficaz cuanto con mayor exactitud tratan, así los individuos como los “ramos” mismos, de ejercer su profesión y de distinguirse en ella [...] Como todos saben, recientemente se ha iniciado una especial manera de organización sindical y corporativa, que, dada la materia de esta encíclica, debe ser explicada aquí brevemente, añadiendo algunas oportunas observaciones [...] La propia potestad civil constituye al sindicato en persona jurídica, de tal manera, que al mismo tiempo le otorga cierto privilegio de monopolio, puesto que sólo el sindicato, aprobado como tal, puede representar (según la especie de sindicato) los derechos de los obreros o de los patronos, y sólo él estipular las condiciones sobre la conducción y locación de mano de obra, así como garantizar los llamados contratos de trabajo [...] Inscribirse o no a un sindicato es potestativo de cada uno, y sólo en este sentido puede decirse libre un sindicato de esta índole, puesto que, por lo demás, son obligatorias no sólo la cuota sindical, sino también algunas otras peculiares aportaciones absolutamente para todos los miembros de cada oficio o profesión, sean éstos obreros o patronos, igual que todos están ligados por los contratos de trabajo estipulados por el sindicato jurídico [...] Si bien es verdad que ha sido oficialmente declarado que este sindicato no se opone a la existencia de otras asociaciones de la misma profesión, pero no reconocidas en derecho [...] Los colegios o corporaciones están constituidos por delegados de ambos sindicatos (es decir, de obreros y patronos) de un mismo oficio o profesión y, como verdaderos y propios instrumentos e instituciones del Estado, dirigen esos mismos sindicatos y los coordinan en las cosas de interés común [...] Quedan prohibidas las huelgas; si las partes en litigio no se ponen de acuerdo, interviene la magistratura.

Espero que se me disculpe haber recurrido a citas un tanto largas de documentos tan conocidos. Es que los documentos y sus autores son frecuentemente recordados y mencionados, pero es raro que las ideas (y las elocuentes palabras) contenidas en los textos se tengan presentes al pie de la letra.

A partir de la segunda posguerra, aquel temor que había impulsado tímidas reformas se había visto duramente confirmado: en nombre de los trabajadores, una fuerza política hostil al capitalismo dominaba ya la mitad del mundo y generaba constantes revueltas en la otra mitad. Y no se podía prescindir de la mano de obra: el constante avance de la tecnología multiplicaba las exigencias de capacitación y creaba empleos antes desconocidos, lo que alimentaba la idea del progreso indefinido. La producción tenía un alto componente de trabajo y era extremadamente sensible a las huelgas. Afortunadamente, todo esto sucedía en medio de un desarrollo económico que, al menos en los países centrales, permitía elevar el nivel de vida general, mantener el pleno empleo y asegurar la rentabilidad de las empresas sin dejar por eso de conceder, poco a poco, mejores salarios y condiciones de trabajo capaces de mantener a raya la mayor parte las rebeldías. Los instrumentos de control social habían cambiado mucho en el último siglo y medio. Del látigo privado se había pasado primero a la represión policial y militar; pero ahora estos métodos quedaban reservados a los casos extremos que pusieran en peligro el *modo occidental y cristiano de vida*: el sindicato y la negociación colectiva eran ya las instituciones centrales de la nueva paz social, que proponía una suerte de capitalismo “con rostro humano”, capaz de proteger a sus propios trabajadores contra los abusos individuales y de reconocerles colectivamente el carácter de interlocutores, aunque no el de socios. Así quedó implícitamente delineado el principio protector, símbolo ideológico del derecho social²².

Terminada la Guerra Fría, que los observadores describieron como

²² Es ésta una expresión curiosa, porque todo el Derecho es “social” en cuanto rige las conductas del hombre en sociedad. Acaso como una concesión verbal al socialismo con el que la paz social capitalista buscaba competir, el adjetivo “social” fue usado para calificar cualquier medida política o institución jurídica que encarase alguna forma de redistribución de recursos o de protección de los menos favorecidos.

una implosión del mundo socialista, el desmoronamiento del sistema que durante tanto tiempo había sido el gran antagonista fue rápidamente aceptado por la ideología contraria como el *fracaso del socialismo*. De esta manera, se asumía que no sólo los métodos del socialismo al estilo soviético se habían demostrado inconvenientes, también era preciso abandonar las ideas que le habían dado origen: en especial las pretensiones de mayor igualdad, así como toda sugerencia de que el Estado desarrollase políticas redistributivas tendientes a mejorar la suerte de los más necesitados. El nuevo lema podía resumirse así: todo está en el mercado, nada fuera del mercado y nada en contra del mercado²³. Los primeros resultados de esta concepción fueron la intensificación de la desigualdad en el reparto de la riqueza y una especie de dictadura mundial a cargo del poder financiero, pero veinte años más tarde una sonora explosión²⁴ obligó al mundo a relativizar su renovada fe en el libre cambio, sin abrazar por eso un sistema alternativo²⁵.

Hoy, con el anarquismo convertido en un episodio ideológico pintoresco, el comunismo –dictaduras aparte– tiende a recordarse folklóricamente como un ideario utópico, probablemente mal llevado a la práctica, que intentaba establecer un grado mayor de justicia social. Hasta la revolución mundial conservadora de 1990, las políticas favorables a las empresas solían disfrazarse con el nombre de *economía*

²³ Me he permitido parafrasear a Benito Mussolini, quien sostuvo: “Según mi concepción del fascismo, todo está en el Estado, nada fuera del Estado y nada es contra el Estado” (cfr. WALKER LINARES, Francisco, *Doctrinas sociales contemporáneas y Derecho del Trabajo*, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dir. por Deveali, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 159). Hay que decir, sin embargo, que este nuevo fascismo de mercado nunca se privó de contradecir su propio culto mediante prácticas restrictivas de la libre competencia cuando la concentración de poder financiero, la hegemonía militar o la corrupción de los gobiernos se lo permitió.

²⁴ Si la caída del sistema soviético fue una implosión, porque afectó a los países comprendidos en él dejando el espacio libre a sus competidores, el colapso de 2008 fue una explosión, porque nadie salió de ella ileso.

²⁵ He adaptado aquí un par de párrafos del artículo *La cuestión social* (presentado en colaboración con las Dras. Silvia Garzini, Beatriz Ragusa y Liliana Rodríguez Fernández al XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, 1997), publicado en la revista *Trabajo y Seguridad Social* (doctrina y práctica), Lima, noviembre de 1997, p. 5.

social de mercado. La misma expresión “justicia social” se usa a menudo para honrar la Doctrina Social de la Iglesia, cuyas aristas de hace cien años, apenas menos feroces que las amenazas de Spencer, se olvidan a favor de encíclicas más modernas y amables, invariablemente enmarcadas en el paternalismo preventivo que dio nacimiento a aquella tendencia. El panorama del mundo actual es, en muchos aspectos, diferente del que dio nacimiento a todos los textos citados y diferente también del que sirvió de telón de fondo a la Guerra Fría; es preciso lanzar una mirada nueva a los problemas actuales, pero sería un grave error menospreciar el recuerdo de sus orígenes y de las tendencias y argumentos a los que ellos dieron lugar. Aunque sea para evitar que en las actuales controversias acerca del Derecho del Trabajo se filtre, de un lado y del otro, el *déjà-vu* de los conflictos pasados.

4. La paz social y sus límites

El Derecho del Trabajo se considera regido por el *principio protector*²⁶, con el objetivo declarado de alcanzar o mantener la *paz social*. Esta última expresión no deja de recordar los intentos de cooperación entre clases representados por algunos de los textos antes transcritos y, si uno tiene la piel histórica sensible, puede evocar cierta paz impuesta a la fuerza por los totalitarismos más conspicuos del siglo XX. ¿Debería este recuerdo alarmarnos? Creo que no. Pero no por las *buenas razones* (a saber, que los seres humanos son capaces de ejercer la cooperación y olvidar hasta cierto punto sus propios intereses para perseguir ideales comunes), sino por otra razón un poco más realista: salvo en comunidades angélicas²⁷, ninguna paz deja de estar enmarcada

²⁶ Antes he mencionado las dificultades del principialismo. El principio protector integra el objeto de aquella crítica en cuanto se lo postule como una realidad ideal susceptible de aprehensión evidente o intuitiva. En este razonamiento me atendré a la noción del principio protector como el propósito genérico de proteger a la parte más débil del vínculo laboral, sin pretender que de ella puedan extraerse consecuencias normativas indubitables.

²⁷ Ni siquiera ahí: recordemos que, según la tradición cristiana, hubo entre los ángeles una guerra y los que perdieron, constituidos en demonios, fueron arrojados al infierno por toda la eternidad.

en un juego de poder, en última instancia apoyado en la fuerza. Los Estados se formaron y los imperios se erigieron en la medida en la que un grupo pudo acumular poder suficiente para regirlos; se disgregaron o desaparecieron cuando ese poder se redujo y el conjunto quedó a merced de otros factores. La paz entre las naciones fue el resultado de guerras de conquista y de tratados de paz entre vencedores y vencidos, que no hacían otra cosa que formalizar el resultado de las batallas, desde la rendición más o menos incondicional hasta el reconocimiento de un empate. Cuando existen intereses en conflicto, la paz es siempre un estado en el que cada parte piensa que tiene más que perder avanzando sobre la otra que soportando —acaso con una sonrisa— la situación en la que se encuentra. Por eso mismo, la paz es un estado de equilibrio inestable: si la ecuación de poder se modifica, la paz sólo puede mantenerse o restablecerse mediante una nueva relación entre las partes. La negociación y la mediación son sumamente útiles para mantener o restablecer la paz, pero difícilmente lo consigan si alguna de las partes se cree en situación de imponer a la otra una condición más favorable²⁸.

La paz social, concebida como la ausencia de agresión e incluso el ejercicio de cierto grado de cooperación entre los trabajadores y los empleadores²⁹, no es diferente de cualquier otra paz. Requiere, como punto de partida, que unos y otros acepten, ya sea de buen grado, con resignación o (momentáneamente) mediante la imposición violenta, que la situación es como es y que no vale la pena rebelarse contra ella, al menos por un tiempo prolongado, de tal modo que es mejor para cada uno seguir ciertas reglas de juego. Por cierto, estas reglas de juego incluyen siempre —si son sensatas en su pretensión de continuidad— mecanismos capaces de introducir cambios en la situación. Los mecanismos de cambio, sin embargo, tienen dos límites prag-

²⁸ Todas estas alternativas se han dado en nuestro país en diferentes momentos de su historia y en ocasiones en forma simultánea en diversos segmentos.

²⁹ Ya hemos ganado algo de paz con este lenguaje común: antes se hablaba de obreros y patronos (e incluso de *amos*) o bien de proletarios y burgueses. Toda diferencia de nomenclaturas, sobre todo si está cargada de sentido emotivo, es combustible para el conflicto. Su unificación contribuye a facilitar los acuerdos, aunque no los garantiza.

máticos: no pueden generar modificaciones cualitativas, porque en ese caso las partes ya no serán las mismas y los acuerdos caducarán como estructuras vacías; tampoco pueden ser ficticias, inútiles o meramente cosméticas, porque la conciencia del engaño suscitará una reacción poco pacífica en la parte que se haya visto defraudada. Deben, pues, permitir que las partes negocien permanentemente cambios paulatinos que no pongan en peligro la identidad de cada una de ellas.

La paz social que puede pretenderse en un sistema económico capitalista es el establecimiento de una regla de juego creíble dentro del mismo capitalismo: una de las principales reglas de juego necesarias para esa paz es el Derecho del Trabajo. No implica esto que el Derecho del Trabajo sea privativo del capitalismo: dentro de regímenes socialistas o comunistas también hubo siempre normas laborales, porque –mientras el trabajo sea un factor importante de la economía de los Estados y de la vida de las personas– de algún modo deben reglarse los derechos y las obligaciones de los trabajadores³⁰. La diferencia reside en que, cuando las empresas o los organismos empleadores son estatales, el empresario es el Estado y sus representantes son los dirigentes políticos. La situación de partida –cualesquiera sean las diferencias en el contenido de las normas– es empero muy parecida: en un caso hay empresarios, o sus representantes, que desean generar utilidades para sí o para sus accionistas; en el otro hay funcionarios responsables de la evolución de la economía nacional, en la cual el costo y la eficiencia laborales son un factor importante pero no único³¹. En ambos casos, la ecuación costo-beneficio, para cada una de las partes, es extremadamente semejante, aunque los mecanismos de decisión sean diferentes: a mayor salario del trabajador (u otras prestaciones o beneficios que importen costo laboral), menor es la disponibilidad de recursos que la empresa, privada, cooperativa, socializada o estatal, puede destinar a otras prioridades, cualesquiera sean ellas.

³⁰ El Derecho cubano, por ejemplo, contiene cláusulas laborales en los artículos 45 a 47 de la Constitución y en su Código del Trabajo, ley 49 del 28-12-84. También ha ratificado 87 convenios de la OIT.

³¹ A menudo inciden también los propósitos políticos, como el deseo de fomentar un clima económico favorable a las inversiones privadas, beneficiar a determinado sector gremial o influir en resultados electorales.

Sin que importe, pues, cuál sea la relación de fuerzas existente, el concepto de paz social implica un compromiso común (entre partes eventualmente enfrentadas) acerca de la continuidad de aquella relación, aunque admita reacomodamientos paulatinos. No se trata necesariamente de un compromiso de ideales morales ni políticos, sino de un reconocimiento del campo donde se desarrollará la controversia. Tampoco se requiere una vocación de eternidad acerca de sus límites, pero sí al menos un consenso pragmático del *aquí y ahora* que permita a cualquiera de las partes advertir, retórica aparte, cuándo una pretensión queda fuera del ámbito de equilibrio tácitamente aceptado³².

Lo dicho implica que el concepto de revolución, concebido como un cambio radical de las condiciones externas de la controversia e independientemente de la justificación moral o política que se le atribuya, es ajeno al marco de la paz social y, por lo tanto, el principio protector no puede invocarse en su apoyo, ni viceversa. Quien propugne una revolución –como la abolición de las utilidades empresariales a favor de los trabajadores, o la vuelta al régimen civil de locación de servicios como modelo de contratación del trabajo– bien puede fundar su posición en argumentos que unos u otros encuentren plausibles; lo que puede decirse es que su discurso se encuentra fuera del marco del Derecho del Trabajo corriente y pretende romper con él en busca de otro Derecho del Trabajo, tendiente a otro modelo de *paz social*, fundado en una relación de poder muy diferente, cuya futura estabilidad propugna y es continente de un nuevo principio protector que ya no proteja lo mismo que por ahora se intenta proteger.

Para decirlo con mayor claridad, cualquiera puede ser la visión estratégica que cada uno abrigue acerca del futuro deseable para la sociedad; pero el principio protector de los trabajadores, como su opuesto, el de subsistencia y rentabilidad de las empresas, es un instrumento de alcance táctico que se desdibuja por sí solo cuando se lo invoca fuera de sus límites en un momento histórico dado para suprimir a la contraparte de la ecuación de poder que le sirve de presupuesto.

³² El verbo “advertir” tiene una referencia subjetiva. Cada sujeto, a su riesgo, advierte lo que puede advertir y, en ocasiones, lo que quiere. Aplicado a un colectivo, remite a la percepción predominante en él, con el riesgo que cada uno asuma.

Por cierto, el equilibrio de cada momento puede imaginarse como una compensación dinámica entre fuerzas opuestas. La fuerza centrífuga, en esta metáfora, puede identificarse con las presiones externas que operan sobre las partes: de las utilidades que obtengan las empresas en sus balances dependen la cotización de sus acciones y la retribución o incluso el empleo de sus administradores; de los beneficios que se alcancen (o parezcan alcanzarse) día tras día depende, a la vez, el apoyo interno de los representantes sindicales y, con él, la permanencia de tales dirigentes en una posición que –por lo visto– es el fruto de denodadas competencias. La fuerza centrípeta, por su parte, tiene por límite externo las condiciones definitorias de la paz social, antes mencionadas, y por límite interno las condiciones generales de la economía en el momento concreto³³. Dentro de este límite, la negociación y el conflicto permiten a las partes medir sus fuerzas y alcanzar acuerdos siempre provisionales.

5. La justicia social

Como puede advertirse, la paz social como estado disposicional de las partes, al internalizarse con vistas a su permanencia, remite al tema de la justicia social. Ninguna idea ha tenido tanta influencia en la evolución de las leyes laborales como la de justicia social, hasta tal punto que todo el Derecho del Trabajo y aun el de la Seguridad Social suelen proclamarse como sistemas normativos inspirados en ese ideal e instrumentos destinados a acercarnos a él. Acerca de su vaguedad, sin embargo, cabe recordar un juicio de Cabanellas de hace ya muchos años:

Para los partidos revolucionarios, por *justicia social* se entiende la implantación de sistemas socialistas o comunistas más o menos auda-

³³ Las condiciones de la economía constituyen sin duda un límite a los cambios que pueden negociarse, pero a menudo se las invoca como una suerte de Derecho natural: el Derecho, se dice, no puede ir contra las leyes económicas. La afirmación no es falsa, pero sí ideológicamente exagerada. La ley de gravedad rige todos los fenómenos físicos; pero, si la encarásemos con la fe prescriptiva de la que hacen gala los economistas liberales, debería prohibirse la construcción de bibliotecas y estanterías, que impiden a los libros desparramarse sobre el piso en acatamiento a la ley natural.

ces; para los enemigos de estas tendencias, pero temerosos de la fuerza popular, por *justicia social* se acepta toda concesión mínima que halague a las masas sin comprometer gravemente el statu quo económico y de clases; para el liberalismo sincero y progresivo, la *justicia social* se condensa en el intervencionismo del Estado, tendencia propensa al reconocimiento de ciertas reivindicaciones de los trabajadores, pero sin destrucción de las bases capitalistas de la sociedad burguesa. La amplitud de la expresión, de moda en todos los regímenes políticos del siglo XX, se comprueba con sólo recordar que han declarado servirla y hasta realizarla desde totalitarios fascistas hasta totalitarios comunistas³⁴.

Es claro que aquella vaguedad (la peor especie de vaguedad, que es la dependiente de las valoraciones del observador) hace difícil el empleo de la noción de justicia social en el marco de una teoría del Derecho del Trabajo que se pretenda *general*. Pero, incluso dentro de ese resbaladizo terreno, es aún posible establecer el matiz que pueda atribuirse al concepto.

En efecto, el concepto de justicia social tiende a poner de resalto, dentro del conjunto de los criterios de justicia, aquellos que se refieren a la protección de intereses colectivos. Estos intereses, claro está, no eran ajenos al tradicional concepto de justicia, que ya incluía los criterios (controvertidos, por cierto) del modo y del grado en que el Estado, por motivos de “bien común”, podía interferir en los intereses y asuntos de los ciudadanos. Si quisiéramos poner nombres, podríamos llamar justicia *política* al conjunto de estos criterios. También se manejaban pareceres sobre el modo en que debían conducirse las naciones entre sí (justicia internacional). Tanto la justicia política como la internacional son formas de justicia colectiva (es decir, criterios concernientes a las relaciones entre grupos, o entre ellos y sus miembros), por oposición a la justicia individual o conmutativa, destinada a balancear los intereses de los seres humanos entre sí³⁵.

³⁴ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, He-
liasta, Buenos Aires, 1980, t. IV, p. 69.

³⁵ Empleo en este pasaje el término “justicia”, de cuyo contenido cognoscitivo genérico desconfío mucho, como indicador de un conjunto vago de criterios y sólo para explicar el significado que se asigna al adjetivo “social”.

Como ya he expuesto, dentro de ese panorama decimonónico de la justicia comenzaron a abrirse paso nuevos criterios colectivos, destinados a reglar conductas y actitudes grupales que no correspondían simplemente al Estado como entidad política sino a los diversos sectores que, con intereses colectivos diferenciados, conviven dentro de la comunidad. Con esto la conciencia moral del mundo empezó a tomar en cuenta ciertos factores que antes le parecían irrelevantes, tales como la notable diferencia de poder efectivo que distingue a empresario y asalariado en su relación recíproca. No sólo nuevos factores, sino nuevos modos de enfocar la conducta humana: el modo que consiste en conceder una suerte de *personería moral* a los sectores sociales para atribuirles los caracteres genéricos de la conducta de sus integrantes. Así, algunas circunstancias que hasta entonces se llamaban *libertad* empezaron a llamarse *desamparo*. La fuerza de la evolución social conquistaba de este modo uno de los bastiones más preciados de la humanidad: el lenguaje. A partir de allí, la dinámica emotiva de las palabras se sumó a la dinámica efectiva de los grupos sociales para impulsar el cambio, aunque —como es notorio— las palabras se desgastan y envejecen como cualquier otra herramienta que se use para horadar la dura cáscara axiológica del interés satisfecho³⁶. Nacía en aquel contexto la noción de principio protector.

6. El principio protector como género

El principio protector suele entenderse como típico del Derecho del Trabajo, donde hace las veces de propósito rector. Pero ya Cesarino Jr. había definido el derecho social como el *derecho de los hiposuficientes*. Esta expresión es claramente comparativa: indica que alguien es menos suficiente que otro o que los otros en general; que tiene menos recursos para subvenir a sus necesidades, para defender sus intereses o para desenvolverse en otros aspectos de la vida. Pero también presupone la existencia de cierto umbral que separe la suficiencia

³⁶ En este apartado he adaptado ideas expuestas en *Las lagunas del Derecho del Trabajo y cómo rellenarlas*, ponencia presentada y publicada en el VIII Congreso Iberoamericano y VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, 1983, t. II, ps. 1311 y ss.

de la insuficiencia. Tal umbral es naturalmente subjetivo: lo que se juzga insuficiente en Alemania podría considerarse más que satisfactorio en Somalia.

Interesa destacar aquí que el principio protector, aunque inseparable del Derecho del Trabajo y del de la Seguridad Social, no nació con ellos ni se halla por naturaleza limitado a esos ámbitos: se manifiesta cada vez que el Derecho pretende proteger a una de las partes en alguna de las infinitas desigualdades que la vida social exhibe. El Derecho Civil reconoce desde hace al menos dos siglos el *favor debitoris* y más adelante advirtió los riesgos de los contratos de adhesión³⁷. Los informáticos propugnaron obligar al proveedor de equipos y programas a dar información adecuada y veraz al adquirente, normalmente ignorante de detalles técnicos³⁸. El presente Derecho del consumo extiende el principio protector al vastísimo campo del comercio minorista, donde el consumidor no tiene perspectivas de discutir precios, controlar calidades ni prevenir engaños publicitarios³⁹.

Es más: en el propio Derecho del Trabajo el principio protector ha funcionado a veces al revés, para proteger al empleador, tanto bajo dictaduras como por medio de gobiernos electos. Los decretos 1783 y 3032, de 1975, rechazaron y suspendieron aumentos de salarios emanados de la negociación colectiva. En 1976, las leyes 21.261 y 21.400 suspendieron el derecho de huelga y lo convirtieron en delito; en tanto la ley 21.476 ponía límites máximos a las cláusulas convencionales; el decreto 1772, de 1991, desprotegió el trabajo marítimo al someterlo a la ley de banderas de conveniencia; los decretos 1553, 1554 y 1555, de 1996, limitaron la ultraactividad de los convenios e introdujeron un arbitraje obligatorio hacia la baja. La ley 24.013 fomentó la precarización de las relaciones de trabajo; el decreto 1477, de 1989, reintrodujo el pago del salario en vales “no remunerativos”. La ley 25.013

³⁷ Luego de una larga elaboración doctrinaria y jurisprudencial, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor protege a la parte más débil contra las cláusulas abusivas (art. 37).

³⁸ Cfr. GUIBOURG, ALENDE y CAMPANELLA, *Manual de informática jurídica* cit., ps. 221 y ss.

³⁹ Cfr. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2004, ps. 105 y ss.

recortó las indemnizaciones por despido, y la ley 24.557 pretendió excluir a los trabajadores de la protección del Código Civil en caso de accidente.

Cualquiera sea la apreciación valorativa que se sustente respecto de aquellas normas u otras de cualquier orientación, el enfoque de una teoría general no puede dejar de incluir la amplitud con la que el tema se presenta.

En efecto, proteger significa defender a alguien de algún peligro o asechanza. Las leyes siempre se hacen con el propósito de proteger a alguien: al débil contra los abusos del fuerte, al fuerte contra las rebeliones del débil, al hombre contra los imprevistos perjudiciales, al responsable de los imprevistos contra el incremento de sus costos, a la sociedad contra el delito, al imputado contra las condenas improvisadas o excesivas, al acreedor contra la falta de pago, al deudor contra ciertas consecuencias extremas de su insolvencia, al Fisco contra la evasión impositiva, al contribuyente contra los excesos tributarios. Si se lo mira con esta amplitud, el concepto de un principio protector se vuelve inútil porque acaba por confundirse con la función misma del Derecho, cualquiera sea su contenido.

Es razonable, pues, limitar aquel concepto al propósito de proteger al más débil en una relación jurídica cualquiera tal que, si quedara sometida a la intemperie de la libertad contractual o de las atribuciones legales genéricas, conduciría previsiblemente a un resultado con beneficios desiguales. Cabe, sin embargo, advertir que esta restricción en el alcance del principio depende de una apreciación valorativa que, por eso mismo, lo hace más frágil. En efecto, es el observador el encargado de decidir a su riesgo: a) en un universo de infinitas desigualdades, cuáles desigualdades merecen un juicio de relevancia; b) en las mismas condiciones, qué umbral cuantitativo de desigualdad vale la pena tomar en cuenta; c) cuándo, en qué medida y por qué la desigualdad del resultado, a partir de la desigualdad preexistente, ha de ser desaprobada; d) de qué manera, en qué medida y bajo qué condiciones la parte identificada como relevantemente débil ha de ser protegida de su debilidad en relación con la otra.

Si todas aquellas decisiones se incluyen en el concepto a modo de variables, el resultado es el mismo de la amplitud precedentemente

examinada: ellas se dan por sentadas en el discurso del observador, que de este modo se revela ideológico. Nada hay de malo en eso (sobre todo si coincidimos con esa ideología), pero en casos como éste es una buena precaución intelectual tener presentes los límites y las condiciones de naturaleza valorativa que afectan nuestro propio discurso y, sobre todo, abstenernos de ontologizar nuestros conceptos valorativos como entes que todos deban reconocer del mismo modo. Si adoptamos esa actitud, en la misma medida, ponemos obstáculos a la comunicación y trabas a cualquier eventual entendimiento con el interlocutor circunstancialmente adverso. Es cierto, por supuesto, que la actitud filosófica que aquí critico es la más común en la base del discurso jurídico. También es cierto que sus resultados están a la vista desde hace siglos y han dejado hasta ahora al Derecho fuera de la revolución copernicana de la que el restante pensamiento humano tanto se ha beneficiado.

Si hacemos por un momento el esfuerzo de alejarnos en lo posible de nuestras preferencias personales en lo político y en lo jurídico para poner énfasis en lo conceptual y en lo clasificatorio, es posible concluir que el Derecho del Trabajo, en cualquier condición política, económica o social, depende de la noción de contrato de trabajo, siempre que el sistema jurídico de referencia esté dispuesto a tratar los acuerdos acerca de la actividad personal de los individuos de modo diferente al resto de los contratos, a fin de proteger a una de las partes frente a la otra. De este modo, el Derecho del Trabajo puede ser más o menos protector de los trabajadores o de los empresarios; pero —en la taxonomía que aquí propongo— no incluye la esclavitud, ni el trabajo prestado fuera de todo compromiso, ni el que se encuadra (salvo fraude) en figuras civiles o comerciales sujetas al Derecho común. En ese contexto fáctico y jurídico, son propias y centrales del Derecho del Trabajo las normas acerca del cumplimiento de la labor y del pago del salario. También son propias las reglas sobre formación y modalidades del contrato, obligaciones y derechos de las partes, descanso, suspensión y terminación del vínculo, responsabilidades, procedimientos para la solución de conflictos individuales y todo lo relativo a partes, conflictos y negociaciones de orden colectivo. Cada uno de estos aspectos ha ido creciendo, a lo largo del tiempo, a partir del hecho de que los traba-

jadores son contratados como tales para ejercer su labor en beneficio de otra persona o de una organización total o parcialmente ajena, a cambio de una retribución. Este crecimiento, operado entre impulsos, conflictos y retrocesos, engaños, hegemonías, heroísmos y represiones, conduce otra vez hacia la historia antes de dirigir la vista al porvenir.

7. Trayectoria y perspectivas del Derecho del Trabajo

Es sabido que, en la República Argentina, el Derecho del Trabajo ha evolucionado, a lo largo de su historia, de manera un tanto espasmódica, tanto en el aspecto general de su carácter tuitivo como en la distribución de su protección entre distintos grupos de trabajadores. Nació conflictivamente, a principios del siglo XX, en parte como consecuencia directa de las luchas obreras y en parte como su consecuencia indirecta (reacción preventiva de los estamentos afines al sector empresario). Evolucionó en esos mismos términos hasta mediados del siglo, cuando se extendió e intensificó ampliamente a favor del apoyo político con el que contaba. Cuando ese apoyo político empezó a perderse, el nivel de protección se mantuvo todavía por bastante tiempo en los aspectos básicos; sufrió algunos retrocesos entre 1966 y 1973, algunos desbordes entre 1973 y 1976, otros retrocesos aún mayores e incluso sangrientos entre 1976 y 1983, resistió todavía la tormenta ideológica desatada entre 1983 y 1989 y, en la última década del siglo, acabó por sucumbir ante dos poderosas fuerzas. Una, la voluntad política puesta al servicio de doctrinas económicas fundadas de manera más ortodoxa que sincera en la “mano invisible” del mercado; la otra, una pavorosa crisis de la industria, inducida por un tipo de cambio más favorable a la especulación financiera que a la contratación de mano de obra. Los resultados, como todos sabemos, fueron una oleada inversa a la sustitución de importaciones de cincuenta años atrás, un nivel de desempleo que sólo se recordaba de la crisis de 1930, evocada por los tangos de Discépolo, la emigración de muchos argentinos que desandaron el camino de sus abuelos por las mismas razones que ellos habían tenido para venir a América, la aparición de los cartoneros, la proliferación de ciudadanos que dormían en las calles, el agravamiento del desamparo infantil, el aumento de la prostitución, de la mendicidad

y de la criminalidad, el atrincheramiento de los pudientes, que fueron buscando en los barrios cerrados una seguridad de murallas y policías privadas que dejase a los excluidos físicamente separados del goce del poder social y, como era de esperar, la acumulación de un resentimiento y de una hostilidad que habrían hecho las delicias de los belicosos anarquistas de 1900 y aterrizado a quienes ya entonces eran partidarios de concesiones de apariencia paternalista.

En esta última etapa, el Derecho del Trabajo se vio recortado de varias maneras formales: introducción de variantes en la contratación con diversos pretextos, el retorno –bajo vistosos nombres– del salario en vales que inmortalizara La Forestal en los obrajes del norte, la limitación de la protección contra los accidentes y su conversión en un negocio privado, una mayor licuación del ya menguado derecho jubilatorio y medios procesales para obtener que, en la práctica, los trabajadores asumiesen los quebrantos de sus empleadores. Pero poco de todo esto importaba ya, porque el empleo se había convertido en un raro privilegio del que el empresario era distribuidor discrecional y el trabajador debía considerarse un beneficiario afortunado, agradecido y –por encima de todo– prudente hasta la exasperación. Los jóvenes peregrinaban sin esperanzas en busca de un conchabo en cualquier condición. Bajo la amenaza explícita o velada del despido, muchas empresas redujeron jornadas, bajaron salarios, suprimieron beneficios, obligaron a sus empleados a renunciar para ser contratados nuevamente, “sin relación de dependencia”, por compañías fugaces y volátiles y, desde luego, para todo esto obtuvieron de los trabajadores firmas, ratificaciones, telegramas y cuanto requisito legal fuese necesario para disminuir la responsabilidad de los empleadores o, para emplear una expresión cara a los sectores financieros, reducir su exposición al riesgo laboral. El propio Estado se sumaba a este festival de reducción de costos mediante fictos contratos de locación de servicios, pasantías y becas, así como con la instauración de “asignaciones no remunerativas”.

La situación se ha modificado en algunos de sus parámetros básicos. Con el comercio exterior sujeto a un tipo de cambio más elevado, las importaciones se redujeron, las exportaciones se incrementaron y la industria volvió a la actividad con insospechada rapidez. Las finanzas estatales se tornaron positivas, el mercado interno empezó a recom-

ponerse, el desempleo se redujo sin dejar por eso de constituir un grave problema y la rentabilidad empresarial empezó a distribuirse con mayor equidad hacia el sector (empresario) productivo. Conseguir un empleo ya no es tan difícil, pero obtener uno legalmente registrado sí lo es. El nivel de vida de los trabajadores no se ha recompuesto, la pobreza sigue alcanzando a la mayoría de los argentinos y todavía se ven los efectos de la indigencia en calles y plazas. Los economistas, mientras tanto, pronostican un nuevo ciclo inflacionario y estiman que se ha alcanzado una meseta dotada de un peligroso declive⁴⁰.

En las actuales condiciones, el Derecho del Trabajo que hoy tenemos es el residuo que quedó en los papeles luego de la gran crisis; la protección que él ejerce, ya desigual en su origen por las diferencias históricas de poder sindical entre los distintos gremios, está mediatizada también por la proporción de empleo no registrado, porque el empleo permanente se finge transitorio y el transitorio es tan fugaz que no provee una base sólida de subsistencia. Muchos jubilados compiten en el mercado de trabajo para complementar sus mínimos ingresos, gran parte del gasto social se dirige por necesidad hacia el asistencialismo y, como trasfondo, la distribución del ingreso sigue siendo notablemente desigual. Se aprueban otra vez normas laborales fundadas en un principio protector favorable a los trabajadores, pero ellas constituyen a veces restauraciones simbólicas y, en general, siguen la tradición espasmódica con la que la sociedad argentina expresa sus cambios de humor político.

8. El camino hacia un Derecho del Trabajo equilibrado

La palabra “equilibrio” es a menudo objeto de abuso cuando cada persona la emplea para calificar un hipotético estado de cosas que satisfaga sus propios intereses. De acuerdo con todo lo expuesto precedentemente, una situación equilibrada es la que, en un momento histórico dado, reconoce y expresa una situación de paz generada por cierto estado de cosas donde el poder de las partes relevantes se halle

⁴⁰ He adaptado aquí un par de párrafos del artículo *Después de tocar fondo: “de lege ferenda”*, en D. T. 2008-245 y ss.

compensado a grandes rasgos. Claro está que esta definición también contiene un vocablo valorativo: “relevantes”. Como ninguna descripción de infinitas circunstancias puede ser completa, quien la proponga debe hacerse responsable de las características que escoja para integrar su modelo y resignarse a ser criticado por las condiciones que mantiene fuera de él.

He aquí, pues, mi juicio de relevancia que, dentro de la situación social, política y económica como yo creo verla, responde inevitablemente a mis preferencias descriptivas acerca de lo que considero central o periférico, importante o accesorio, parte del buque en el que todos viajamos o rémora que traba su navegación. En este tema, pues, no pretendo afirmar verdades, sino proponer un modelo descriptivo cuyas bases valorativas (juicios de relevancia) se hallan sujetas a controversia por parte de cualquier observador y condicionan la verdad que de aquel modelo pueda predicarse.

Las relaciones del trabajo incluyen partes con intereses enfrentados. Llevados idealmente hasta su extremo, convendría a los empleadores disponer de mano de obra abundante y calificada con costos y riesgos laborales cercanos a cero. Convendría a los trabajadores reducir al mínimo sus obligaciones laborales y obtener por ellas un salario y otras ventajas –estabilidad incluida– que absorbiesen la totalidad de las disponibilidades de la empresa, aun contando para ello con subsidios de otra fuente en cuanto fuese posible. Es claro que ambos extremos son impracticables: ambas partes lo saben y este conocimiento compartido constituye el impulso y a la vez el límite del debate y de la negociación.

El juego del poder entre las partes tiene un campo acotado, desde (relativamente) afuera, por las leyes y datos de la economía. No hay empresa sin trabajo ni trabajo sin una retribución que lo motive. No hay trabajo sin empresa ni empresa sin una rentabilidad que –en el marco capitalista, al menos– justifique económicamente su subsistencia. La justificación económica de la empresa y el mínimo motivador de la remuneración suelen ser objeto de estimaciones interesadas, lo que es natural en el curso de la confrontación; pero en definitiva se trata de datos objetivos o intersubjetivos que acaban por verificarse financiera y estadísticamente.

Dentro de ese campo, hay algunas reglas de juego. Los empresarios cuentan con el poder de dirección de sus empresas, los trabajadores con sus organizaciones sindicales, y ambos con la influencia que puedan ejercer en el electorado y –por medio de él o en forma directa– en los representantes políticos.

Sin embargo, el juego que se desarrolla dentro de esas reglas, aun dotadas ellas de cierta flexibilidad, no siempre sigue pautas racionales en términos colectivos. Nótese que no estoy hablando de justicia –concepto éste demasiado dependiente de los puntos de vista de cada observador–, sino del horizonte general de la actividad, en el que puedan establecerse (al menos para cada parte) objetivos coordinados entre sí y susceptibles de arbitraje legislativo en consideración de la situación social, política y económica.

En efecto, como en todo sistema, el cumplimiento de cada función demanda la constitución de una estructura que la encauce o la lleve a cabo. La creación y consolidación de una estructura requiere una dosis de energía (bajo la forma de trabajo, dinero, información, debate y consenso) que se detrae del flujo central de recursos destinados al cumplimiento de la función misma. Así es cómo se establecen impuestos, contribuciones sindicales y otros institutos semejantes destinados a mantener estructuras. Desde luego, tal detracción es justificada en la medida en la que las estructuras sirvan para su propósito y no se conviertan en simples parásitos del sistema. Pero este fenómeno rara vez es susceptible de apreciación cualitativa, por sí o por no. Es más, cualquier estructura, especialmente en el ámbito de las organizaciones humanas, tiende a desarrollar sus propios objetivos internos que compiten, en mayor o menor medida, con el objetivo externo que es el cumplimiento de la función. Hasta cierto punto esto se justifica también porque las estructuras requieren mantenimiento y mejoras para subsistir como tales. En qué medida estos objetivos internos sean justificados, a partir de qué umbral empiezan a incluir en el esquema un componente parasitario, es materia de juicio valorativo. Desde una teoría general, sin embargo, podría apreciarse a grandes rasgos si los recursos invertidos en la estructura redundan en una mayor eficiencia en el cumplimiento de la función tal como se la haya definido, o si,

por el contrario, contribuyen a trabarla. Intentaré en este punto expresar mis observaciones, sin postularlas como verdades objetivas.

Uno de los personajes en el drama del Derecho del Trabajo es el sector empresario. Cada empresa es en sí misma una estructura, como lo son también, en un nivel de abstracción más elevado, las organizaciones empresariales. Las primeras tienen por misión fundamental ganar dinero, aunque a menudo cumplan también otras secundarias. Las segundas están destinadas a coordinar la acción colectiva de las empresas en pos de objetivos comunes que faciliten, naturalmente, aquella función primordial. Pero las organizaciones son conjuntos de empresas, y las empresas son instrumentos creados y utilizados por los empresarios, que son seres de carne y hueso. Cuando una estructura es eficaz, se supone que debe preservarse como tal para cumplir la función que le ha sido asignada; pero esto no siempre sucede con las empresas. Ellas pueden trazar planes de mediano o largo plazo, pero sus accionistas se sienten acuciados por el corto plazo de los balances y las cotizaciones bursátiles. En medio del vendaval financiero que sopla sobre todo el mundo desde la globalización de los mercados, las empresas se confunden, se dividen, cambian de dueño o de ramo, modifican sus políticas de empleo o desaparecen de acuerdo con la conveniencia del momento, lo que genera una falta de credibilidad de sus proyectos duraderos y afecta directamente uno de sus principales insumos, el trabajo, cuyos proveedores dependen enteramente del mediano plazo y son obligados por la vida misma a concebir planes personales de largo plazo.

Otro de los personajes es el sector de los trabajadores. Cada trabajador es individualmente un pésimo negociador, porque necesita un ingreso dependiente de su labor, en tanto la contraparte no tiene más que publicar un anuncio para encontrar una fila de postulantes. Ésta es la razón, sobradamente conocida, que justifica los sindicatos como estructura capaz de conducir esa función de manera colectiva. El sindicato, en sus diversos niveles de asociación, tiene medios de presión que no están al alcance del individuo y es capaz de negociar convenciones colectivas de trabajo en beneficio de todos sus representados. En este lado del drama, los problemas no provienen de los objetivos de corto plazo de las bases, como en el caso anterior, sino de los de

la cúpula. Los trabajadores eligen a sus representantes, que a su vez gozan de ciertas inmunidades garantizadas por la Constitución y por la ley. Pero la función del representante gremial, que en los inicios del sindicalismo era un ejercicio altruista y requería a menudo poner en riesgo la propia vida, ha ido rodeándose, desde mediados del siglo pasado, de ventajas y sinecuras que dan lugar a la figura del sindicalista profesional, dueño de sorprendentes riquezas y a veces convertido a su vez en empresario de otros trabajadores. Es claro que esa situación de privilegio hace los cargos gremiales tan apetecibles que de tanto en tanto se los ve perseguidos o mantenidos a cualquier costo, con obvia detracción del carácter democrático que el artículo 14 bis de la Constitución exige para las organizaciones sindicales. Ella adquiere así un componente parasitario, no tanto ni tan sólo por los recursos internos que consume, sino porque a veces resulta funcional a los objetivos de su contraparte.

La tercera estructura que opera en el drama es el propio Estado. La función que se le encomienda es múltiple. Por un lado, el Estado es depositario y garante de ciertos objetivos comunes de la sociedad, establecidos en la Constitución y en el conjunto de las leyes, laborales o no laborales: para eso dispone de información muy amplia acerca de todos los aspectos de la realidad nacional e internacional y para eso cuenta con el poder que le otorga el pueblo en su conjunto mediante elecciones periódicas de los representantes políticos. Por otra parte, en ejercicio del mismo poder y teniendo a la vista la misma información, compete al Estado facilitar la negociación entre las partes privadas colectivas, así como controlar los resultados y vigilar su cumplimiento, lo que no excluye la facultad de orientar el debate, sin pretensiones de dominarlo, hacia los objetivos de largo plazo de la sociedad por él representada. Estas funciones de la estructura estatal, empero, pueden verse entorpecidas por los objetivos internos que ella desarrolla, objetivos que, como en el caso sindical, involucran a la cúpula. En efecto, es natural que los representantes del pueblo, que han propuesto en la competencia electoral un programa político, intenten mantenerse en el gobierno para llevarlo a cabo. Pero esa tendencia se vuelve parasitaria en la medida en la que el objetivo interno de permanencia se torna prioritario respecto de la función externa, hasta el punto de ponerla en peligro o de vulnerar otras

reglas del juego constitucional y democrático. Tal como en el campo gremial, la corrupción se convierte así, en forma circular, en motor y resultado del aspecto parasitario de las estructuras destinadas a cumplir una función social ciertamente indispensable.

Lo dicho puede resumirse, en lenguaje sistémico, de la siguiente manera. El sistema social busca mantener una situación de equilibrio dinámico, más allá de las variaciones de su entorno y de sus propias variaciones internas. La elección y especificación de la forma de equilibrio, cuya permanencia se pretende, está contenida en el sistema jurídico en general, que tiene como trasfondo la opinión pública. El mantenimiento de ese equilibrio, o su restablecimiento cuando se pierde momentáneamente, se halla a cargo de estructuras que componen el subsistema regulador (en su conjunto llamadas Estado o gobierno). El subsistema regulador estatal requiere a su vez su propio equilibrio (un equilibrio de segundo nivel), que sirve como condición para el cumplimiento de la función destinada a mantener el equilibrio de primer nivel⁴¹. Si el Estado no mantiene su propio equilibrio para preferir, a su costa, el equilibrio de quienes componen su cúpula, todo el sistema queda en peligro. Y una parte del sistema que empieza a peligrar es el equilibrio de las relaciones laborales, dependiente –además– del equilibrio de segundo nivel de las organizaciones patronales y sindicales.

El equilibrio dinámico de las relaciones laborales requiere, pues, condiciones que permitan enfrentar las variaciones del entorno y de la propia realidad económica y social mediante la constante negociación entre empresas y asociaciones sindicales, cada uno mediante el empleo de su propio poder de presión en el marco de la ley y con la orientación, facilitación y control del aparato estatal encargado de asegurar el equilibrio social en un ámbito más amplio, que incluye la macroeconomía, las relaciones internacionales, el cumplimiento de las leyes y la puesta en obra de las políticas de Estado de mediano plazo. No hay una receta de equilibrio que pueda postularse desde una teoría general del Derecho del Trabajo: si la teoría ha de ser *general*, es preciso que se halle abierta a muchas variaciones de contenido dentro de su definición

⁴¹ Cfr. GUIBOURG, Ricardo A., *Juristas en la cuerda floja*, en *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, ps. 67 y ss.

conceptual, cualquiera sea la opinión política que cada uno de sus usuarios u observadores esté dispuesto a sustentar. Sin embargo, es posible enunciar algunos requisitos:

a) *Equilibrio dinámico interno de las estructuras operativas*

Es necesario que las empresas, en pos de sus objetivos conjuntos y por medio de sus organizaciones, establezcan qué tipo de equilibrio prefieren mantener a lo largo de los años mediante su propia actividad coordinada con la de los trabajadores y con las políticas estatales. Es necesario que las organizaciones sindicales hagan lo mismo por su lado y que, en lo interno, se dediquen menos a los negocios y más a la defensa de sus representados frente a la parte empresaria, con estricta defensa de la libertad de la acción gremial, pero también con formal cumplimiento de las reglas democráticas. Es necesario que el Estado preserve, mediante algún sistema perfeccionado de frenos y contrapesos, su propia aptitud para perseguir su función, disminuyendo los contenidos parasitarios de sus objetivos internos.

b) *Objetivos claros y consistentes a perseguir como política de Estado*

Es conveniente que la sociedad, con consulta a las partes colectivas interesadas, pero teniendo a la vista todos los demás factores en juego, establezca por medio de su representación política ciertos objetivos de equilibrio económico, político y social que no sean contradictorios, sean previsiblemente realizables con el esfuerzo de todos y tengan perspectivas de mantenerse en el tiempo, aun frente a eventuales cambios de gobierno, de tal modo que los ciudadanos, aunque no vean totalmente satisfechos sus deseos, entiendan que la paz social (cierta forma de paz social previamente acordada) es, por ahora, preferible al enfrentamiento violento.

c) *Técnica normativa adecuada*

Éste es un punto fundamental del equilibrio, al cual no suele prestarse atención suficiente. Los textos jurídicos, trátase de leyes, decretos, resoluciones o convenios colectivos de trabajo, deberían usar un len-

guaje comprensible para todos, incluso para aquellos que estén en desacuerdo con el contenido de tales normas; evitar contradicciones y superposiciones redundantes, que más tarde crean difíciles y conflictivos problemas de interpretación; no incurrir en subdivisiones sectoriales innecesarias o no justificadas, que –más allá de las condiciones propias de la actividad– sólo se expliquen por el favor o la influencia de un gremio frente a otros; coordinar las normas laborales en un sistema dotado de perspectiva conjunta (para lo que no estaría mal dictar un código del trabajo sistemático y completo); desconfiar del valor emotivo de las palabras y renunciar a las normas de contenido puramente simbólico o revanchista, que sirven para enaltecer la popularidad mediática de quien las propone a costas de la claridad y la racionalidad de la legislación.

¿Existen perspectivas de que esta forma de racionalidad llegue a penetrar el Derecho del Trabajo en la Argentina? Por el momento, una respuesta afirmativa es más que dudosa: desde fines del siglo XIX hasta nuestros días, el ámbito del Derecho del Trabajo ha estado teñido de temores, odios, agravios, rencores y revanchas, elementos azuzados por las apetencias de las personas más que por la justificada conveniencia de los sectores y, a ratos, disimulados bajo acuerdos forzados por un Estado poderoso y también desequilibrado hacia un lado u otro. Sin embargo, el equilibrio de segundo nivel, tan esquivo, sigue estando bajo la autoridad del pueblo. El desinterés o la apatía de los ciudadanos en el restablecimiento de los equilibrios, determinados por la frustración o por esperanzas y resentimientos de cortísimo plazo, pueden revertirse por la conciencia y la acción del propio pueblo, cuyo voto es decisivo en todos los órdenes y ha sido mediatizado durante los últimos cien años por campañas, engaños, ocultamientos, sobornos, amenazas y acuerdos más o menos secretos. En otras palabras, mientras haya democracia el Derecho del Trabajo, como todas las ramas jurídicas, es el fruto de la obra de todos, por acción, omisión o delegación. El pueblo puede equivocarse, claro está: pero también puede aprender de sus errores y acertar en otros casos. Es más: sólo él puede determinar, a su riesgo y a su costa, qué forma de equilibrio desea perseguir y mantener, de qué medios prefiere disponer para hacerlo y hasta qué punto ha de controlar las estructuras destinadas a cumplir esa función.

EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL CONTEXTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. PRESENTE Y PERSPECTIVAS

EL DESAFÍO DE LA REDEFINICIÓN PRÁCTICA DE SU
ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN COMO MODO
DE REALIZACIÓN DEL PRINCIPIO PROTECTORIO

UN ANÁLISIS QUE PARTE DE LOS POSTULADOS
IUSFILOSÓFICOS DE LA *TEORÍA EGOLÓGICA*
DEL DERECHO DE CARLOS COSSIO

por **DIEGO LEDESMA ITURBIDE***

SUMARIO: 1. ¿Qué pautas generales deben emplearse para distinguir el Derecho (de cualquier rama) de otras prescripciones o recomendaciones y para identificar el contenido del Derecho frente a las controversias concretas? 1.a) Introducción. 1.b) Primera cuestión: La distinción entre normas jurídicas de otras prescripciones o recomendaciones. 1.c) Segunda cuestión: La identificación de la norma jurídica aplicable en el proceso jurisdiccional. 2. ¿Presenta el Derecho del Trabajo –como rama específica relativa al contrato de trabajo y a temas aledaños– alguna peculiaridad dentro de esas pautas? En su caso, ¿cuál es esa peculiaridad? 2.a) Introducción. La especificidad y evolución del Derecho del Trabajo. 2.b) Primer estadio: El surgimiento del Derecho del Trabajo en la era moderna. Su contexto. 2.c) Segundo estadio: Fuerte crecimiento y consolidación del Derecho del Trabajo. Su contexto. 2.d) Tercer estadio: La transformación y reposicionamiento del Derecho del Trabajo. Su contexto. 3. ¿En qué consiste el principio protector? ¿Qué alcance corresponde atribuir a este principio? 3.a) Introducción. 3.b) La controversia en torno al significado de la expresión “principios generales del Derecho”. 3.c) El

* El autor aclara que en la elaboración de este aporte al *Anuario* ha seguido el cuestionario propuesto por la Secretaría de Redacción.

principio protectorio como juicio estimativo de expresión de justicia racional de contenido variable. 4. ¿Qué otros principios específicos del Derecho del Trabajo cabe identificar? ¿Qué alcance ha de dárseles? 4.a) Principios generales y medios técnicos. 4.b) La exigibilidad de los principios y derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional. Planteo de algunos aspectos problemáticos. 5. ¿Ha de contribuir el Derecho del Trabajo a mantener la paz social? ¿Qué contenido tiene este concepto? 5.a) La noción de paz social en el contexto del Estado constitucional de Derecho. 5.b) El diálogo social. 6. ¿Qué evolución futura –en términos de tendencias generales– es deseable imprimir al Derecho del Trabajo? ¿Por qué? 6.a) La necesaria redefinición práctica de su ámbito subjetivo de aplicación por el legislador en procura de brindar efectiva protección al contratante débil de una relación de trabajo productivo. El caso de los “nuevos trabajadores autónomos”. 6.b) Dentro del ámbito de aplicación subjetiva del Derecho del Trabajo, a partir de una reelaboración de la categoría. 6.c) Fuera del ámbito de aplicación subjetiva del Derecho del Trabajo, a partir de la creación de regulaciones propias de trabajo autónomo. 6.d) Una propuesta superadora de la distinción entre trabajo asalariado y dependiente. 6.e) La *flexiseguridad*. El Derecho del empleo y la tutela de los derechos fundamentales. El cambio de paradigma. De la protección del trabajador a la protección de su empleabilidad. 7. ¿Es probable que esa evolución se concrete? ¿Por qué? ¿Qué prevenciones o esperanzas cabe concebir para el futuro del Derecho Laboral?

1. ¿Qué pautas generales deben emplearse para distinguir el Derecho (de cualquier rama) de otras prescripciones o recomendaciones y para identificar el contenido del Derecho frente a las controversias concretas?

1.a) *Introducción*

La primera cuestión problemática, reformulada en función de los argumentos que sintéticamente se desarrollarán luego, suministrados por la *Filosofía del Derecho*¹, y que a grandes rasgos tienen que ver con concebir al Derecho positivo como *objeto cultural*, como *conducta en interferencia intersubjetiva*, se intitulará *La distinción entre normas jurídicas de otras prescripciones o recomendaciones*, y se desarrollará

¹ Ver COSSIO, Carlos, *Sobre las relaciones entre la Filosofía del Derecho y las ciencias jurídicas*, publicado en el apéndice de su obra *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Los Andes, ps. 273 y ss.

desde una perspectiva propia de la *teoría general del Derecho*, en tanto disciplina que estudia sus conceptos generales, y que se diferencia de aquel otro saber cuyo objeto lo constituye el estudio del orden jurídico o el Derecho vigente en una comunidad determinada, usualmente denominado *ciencia del Derecho*, *dogmática jurídica* o simplemente *teoría del Derecho*². Tratamiento que, dado el marco de la pregunta, se limitará sólo al análisis acerca de qué *es* o en qué *consiste* una norma jurídica³. Cuestión de la mayor importancia a partir de concebir al Derecho como disciplina *normativa*. Se tratará así, de la búsqueda e identificación de todos aquellos elementos que hacen que determinado objeto sea una norma jurídica, y con actitud *teorética de objetividad*, que se pretende materializar recurriendo al *método científico*, como práctica para el conocimiento que exige, por un lado, un *objeto* de estudio único, bien delimitado conceptualmente y, por el otro, un *método* objetivo, riguroso y sistematizado, para la formulación de proposiciones válidas y verificables, *descriptivas* del fenómeno, en pos de la construcción de un conocimiento en contacto con la realidad que se percibe⁴. No obstante se trate fundamentalmente de desarrollos teóricos, y en tanto se procura reflexionar aquí sobre la práctica jurisdiccional cotidiana, se harán menciones puntuales, generalmente a modo de notas al pie, relativas a nuestro ordenamiento normativo vigente.

La segunda de las cuestiones a tratar, reformulada también en base a idénticos presupuestos epistemológicos que los que fundamentan la

² Según distinción y denominación que realiza GUARINONI, Ricardo V., *Derecho, lenguaje y lógica. Ensayos de Filosofía del Derecho*, LexisNexis, Buenos Aires, ps. 6 a 10.

³ Como objeto de una realidad que no es universal ni permanente, sino que es intersubjetividad comunicativa históricamente determinada y socialmente dada.

⁴ Afirma Deleuze que en la teoría sería válido elevarse desde el plano de immanencia al de consistencia (de los hechos a las reglas), pero no a la inversa, pasar de las reglas a los hechos, tratando de que éstos se acomoden a aquéllas, lo que implicaría un retorno a la metafísica. El autor distingue entre un plano de trascendencia (el metafísico), un plano de consistencia (el de la lógica) y un plano de immanencia (el de los hechos) (DELEUZE, Gilles y GUATTARI, Félix, *Mil mesetas*, Pre-Textos, Valencia, 1994, p. 269, cit. por RUSSO, Miguel Ángel, en VV. AA., *Filosofía del Derecho argentino*, coord. por Andrés Botero Bernal, Temis, p. 98, nota 53).

revisión del planteo de la primer cuestión, y en tanto, y en definitiva, se procura dilucidar acerca de *cómo* o *con qué criterios* el juez, en tanto órgano jurídico, identifica la *norma jurídica general* que aplicará al caso concreto, consistirá, a partir de la consideración de la *necesidad lógica*, de la inmanencia, de la función judicial en el Derecho, como objeto de la ciencia, en una *descripción* del proceso de conocimiento que el funcionario judicial desarrolla y construye en todas las controversias jurisdiccionales concretas en las que interviene, y que se plasma en la sentencia como *norma jurídica individual*. Así, el segundo apartado se intitulará y tratará sobre *La identificación de la norma jurídica aplicable en el proceso jurisdiccional*. En su desarrollo comenzaré con una breve descripción y conceptualización, en general, de la función judicial, y luego, de manera más específica, acerca del proceso de *comprensión e interpretación jurídicos* que allí se llevan a cabo, en la denominada *experiencia jurídica*, y destacando y señalando la ubicación que allí cumplen los *valores* y las *valoraciones* del juez, como órgano.

1.b) *Primera cuestión: La distinción entre normas jurídicas de otras prescripciones o recomendaciones*

1.b.1) *Derecho, norma jurídica y sistema jurídico*

1.b.1.1) *El Derecho como objeto cultural. Sus implicancias*

Para comenzar, es preciso una conceptualización o determinación relativa al objeto de la ciencia del Derecho⁵. En efecto, vislumbro necesario para la coherencia y comprensión del desarrollo posterior, comenzar afirmando la postura que en este aspecto y en otros en estas líneas se comparte para de este modo integrar los razonamientos y las proposiciones que se formularán, y que pretenderán ser descriptivos

⁵ Tema controversial y que, según enseña Cárcova, ha sido reconocido o identificado por diferentes escuelas *iusfilosóficas* como conjunto de normas, como práctica social estilizada, como conducta en interferencia intersubjetiva, como declinación de la ley eterna, como racional organización de la convivencia social y como sistema de expectativas congruentemente generalizadas, y ello sólo según las vertientes más divulgadas (CÁRCOVA, Carlos M., *Las teorías jurídicas positivistas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 3 y 4).

de una específica área del fenómeno jurídico en particular. En este sentido, se tomarán como punto de partida las conclusiones que a este respecto ha sostenido Carlos Cossio, en el marco de los postulados de su *Teoría Ecológica del Derecho*, quien a partir de una reelaboración de la *teoría de los objetos* de E. Husserl, formulada dentro del campo de la *Filosofía del conocimiento*, ha concebido al Derecho como un *objeto cultural*. Proposición que se erige, por cierto, como fundamental en su teoría.

Según afirma Cossio, el hombre siempre conoce acerca de objetos, caracterizando como tales a todas las cosas de las que se pueda predicar algo. Sin embargo, destaca el autor el hecho de que (y en contra de lo que era el pensamiento científico corriente del siglo XIX) se incurre en un error cuando se pretende estudiar a todos ellos del mismo modo. Así, y siguiendo las investigaciones efectuadas por Husserl, reconoce cuatro diferentes familias de objetos, distinguiendo entre objetos *ideales*, objetos *de la naturaleza*, objetos *culturales* y objetos *metafísicos*. Cossio entiende con relevancia para la ciencia jurídica a los tres primeros en función de la nota de *positividad* que les es común⁶.

Los objetos *ideales* son puras creaciones humanas, irreales, es decir, sin vinculación con el tiempo ni el espacio, no están en la experiencia y son neutros al valor (v. gr., los números, las figuras geométricas). Cossio cita a la matemática y a la lógica como ciencias que estudian objetos de este tipo. Los objetos *de la naturaleza*, por su parte, son reales, están en la experiencia, lo que significa que podemos llegar a ellos por medio de los sentidos, y también, como en el caso

⁶ El *positivismo* es una teoría del saber que se niega a admitir otra realidad que no sean los hechos y a investigar otra cosa que no sean las relaciones entre los hechos. En lo que toca por lo menos a la explicación, el *positivismo* subraya decididamente el *cómo* y elude responder al *qué*, al *por qué* y al *para qué*. Se une a ello, naturalmente, una decidida aversión a la metafísica, y ello hasta tal punto que algunas veces se ha considerado este rasgo como el que mejor caracteriza la tendencia *positivista*. Pero el *positivismo* no sólo rechaza el conocimiento metafísico y todo conocimiento *a priori*, sino también cualquier pretensión a una intuición directa de lo inteligible (inclusive en el caso de que lo inteligible no esté metafísicamente fundado y designe simplemente uno de los reinos ontológicos). El *positivismo* pretende atenerse, pues, a lo dado y no salir jamás de lo dado. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Montecasino, p. 456, voz *Positivismo*.

de los objetos ideales, son neutros al valor (v. gr., las flores, los animales). El autor enuncia a la botánica y a la zoología como ciencias que estudian objetos de este tipo. Cabe aclarar que la neutralidad en relación con los valores significa que la valoración que el hombre pueda efectuar sobre todos estos objetos (v. gr., belleza, utilidad) en ningún caso modifica lo que podemos saber acerca del objeto en sí (así, todas las propiedades de un triángulo son sólo propiedades geométricas), y que ello determina que el sujeto cognoscente se coloque siempre en situación de espectador, siendo, por tanto, un ente extraño al objeto. Con relación a los objetos *culturales*, cabe precisar, en primer lugar, que se entiende por cultura todo lo que el hombre hace en base a *valoraciones*. Los objetos culturales contienen un juicio valorativo, es decir, son valiosos positiva o negativamente, valiosos siempre con relación al sujeto cognoscente en forma de *vivencia psicológica*, lo que necesariamente implica una toma de posición de quien valora. Esto permite afirmar que en esta clase de objetos, y a diferencia de lo que acontece con los anteriores, el sujeto *forma parte* del objeto conocido, integrándolo. Estos objetos, por su parte, se componen de un *substrato* (elemento objetivo) que puede ser alguna cosa material o la propia conducta, y un *sentido* (elemento subjetivo). Además son reales y están en la experiencia (v. gr., una obra de arte, la propia conducta humana ya mencionada). Por último, están los objetos *metafísicos*, que se caracterizan por ser reales, por no estar en la experiencia y por ser valiosos al igual que los objetos culturales (v. gr., una divinidad).

La pertenencia a una de las regiones *ópticas* individualizadas *determina*, en términos científicos, cuál será el *método* adecuado para conocer el objeto de que se trate; cuál el *acto de conciencia* sobre el que tal conocimiento se constituye; y cuál la *estructura gnoseológica* del todo conocido. Así, los objetos *ideales*, que se constituyen a partir de axiomas o principios preestablecidos, se presentan como verdades autoevidentes, verdades de razón, juicios *apodícticos*, que llegan a conformar, por derivación, sistemas formales de mayor o menor complejidad, y cuyas proposiciones aspiran a la consistencia, es decir, a la ausencia de contradicciones, se conocen por aplicación del *método racional-deductivo*. Media allí, como acto de conciencia, un acto de

intelección (intuición o percepción intelectual⁷) y *derivación*. Por último, el objeto *ideal* se presenta al conocimiento como un todo *simple* y *cerrado*, lo primero significa que los componentes que integran el objeto de conocimiento se encuentran relacionados unos en función de otros, constituyendo una unidad que no se puede descomponer sin modificar el objeto (v. gr., los guarismos de una operación matemática), lo segundo, por su parte, refiere la *finitud* del conocimiento posible (v. gr., cuando se resuelve una operación matemática no queda nada más por conocer).

Las corrientes del *racionalismo jurídico* conceptualizan al objeto de la ciencia del Derecho dentro de este campo. En una primera y simplificada aproximación diré que esta escuela limita la noción al conjunto objetivo de normas válidas, asociando el término validez más a la forma que al contenido y distinguiéndolo tanto de las consideraciones políticas y/o sociales que participan en el proceso de su conformación, como de los valores y las valoraciones que participan del proceso de aplicación de la norma por medio de la interpretación judicial en la experiencia jurídica.

Por otro lado, los objetos *de la naturaleza* se analizan y se explican a partir de la relación de *causa-efecto*, y la conciencia que se tiene de ellos se construye por aplicación del método de razonamiento *empírico-inductivo*, el que básicamente consiste en obtener conclusiones generales a partir de la repetición de datos particulares suministrados y fundados en la experiencia. Media aquí un acto de *explicación*⁸. El conocimiento de este tipo de objetos se presenta como un todo *compuesto* y *abierto*. Compuesto en atención al hecho de que en tanto explicación causal, que es la que tiene relevancia jurídica, resulta válida la metodología consistente en seleccionar ciertas y determinadas causas

⁷ A diferencia de la intuición sensible, que sería un *ver* con los sentidos, la intuición intelectual consistiría en un *ver* con la inteligencia. COSSIO, C., *El Derecho en el Derecho Judicial. Las lagunas del Derecho. La valoración judicial*, El Foro, ps. 34 y 35.

⁸ Explicar es descomponer algo en sus partes más simples por análisis, o es también considerar algo como efecto para conocerlo con respecto a su causa. Es, pues, pasar de los efectos a la causa o es descender del todo a sus partes. COSSIO, *El Derecho en el Derecho Judicial...* cit. p. 37.

para su estudio y análisis e ignorar otras que, sin embargo, también convergen y determinan los efectos. Y es abierto, considerando que son un número infinito de causas las que inciden en un hecho, pudiéndose siempre buscar la causa de la causa y así sucesivamente.

El *Empirismo Psicológico*, surgido en Francia a principios del siglo XIX, ha identificado a la ley, en tanto intención del legislador, como objeto de la ciencia del Derecho, siendo tal dato subjetivo el que ocupa el centro de las investigaciones jurídicas⁹. Por su parte, el Derecho como ciencia empírica a partir del hecho creador de la decisión judicial constituye el postulado de las escuelas denominadas *realistas* del Derecho. La causa del Derecho sería, para ellas, el conjunto de motivaciones concretas que conducen al juez a adoptar una decisión jurídica determinada (J. Frank). Las normas sancionadas por el legislador serían sólo un juguete vistoso (K. Llewellyn O.). La ciencia del Derecho sólo se constituiría como un conjunto de profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto (O. W. Holmes). Otra postura, en sentido *empirista-fisicalista* es que el lenguaje jurídico es la causa de la realidad jurídica (K. Olivecrona). Esta línea de pensamiento intenta captar, en interés del jurista, y a partir de la experiencia jurídica concreta, cuáles son las reglas vigentes en un sistema jurídico determinado, negándole normatividad o fuerza obligatoria a la norma jurídica formal, así como también rechazando la existencia de un necesario contenido valorativo, la afirmación de que una norma vigente sería la proposición hipotética y su verificación empírica consistiría en un acto posterior, su efectiva utilización en la función judicial. Estas escuelas se han originado y desarrollado fundamentalmente en países que cuentan con sistemas jurídicos basados en el Derecho no escrito, confrontando con el *racionalismo* y el *historicismo jurídico*, surgidas dentro de un movimiento preocupado por captar la experiencia jurídica concreta, que Cossio denomina *crisis de sociologización*¹⁰.

Por último, en relación con los objetos *culturales*, éstos se perciben emocionalmente y se conocen por medio de la denominada *vivencia de protagonista*, que consiste en un proceso de tipo *empírico-dialéctico*

⁹ COSSIO, C., *Teoría de la verdad jurídica*, El Foro, p. 25.

¹⁰ Ídem, ps. 33 a 40.

de construcción de significado, en recorrido circular, que conduce del *substrato* al *sentido* y viceversa, hasta formar convicción. Aquí media un acto de *comprensión*¹¹. Este conocimiento, en tanto implica valoración, es un conocimiento de tipo *axiológico*, y se exhibe a la percepción como un todo *simple y abierto*. Así, la primera característica revela que el *substrato* de los objetos culturales se comprende por su *sentido*, y viceversa, el *sentido* se comprende por su *substrato*. Y es un todo abierto, dado que el recorrido circular descrito es, por definición, infinito.

Según la *Teoría Ecológica del Derecho*, el Derecho, en tanto objeto cultural, es conducta¹² enfocada desde cierto ángulo particular¹³. Esta teoría define ontológicamente el objeto del Derecho como *conducta en interferencia intersubjetiva*, es decir, un hacer compartido con otros. Esta escuela *iusfilosófica* adopta el *método fenomenológico* de Husserl, toma para sí los avances de la lógica jurídica formal¹⁴, e intenta dar una explicación sistemática de la *experiencia jurídica*, concebida como una praxis que integra tres elementos, la *estructura lógica* de la norma jurídica (como el *modo* de razonar propia y específicamente jurídico); los *contenidos dogmáticos* por ella mentados (que dependen de un acto de voluntad del legislador), y la *valoración jurídica* existente¹⁵, en un intento de superar la antinomia de las posturas que ven al Derecho, o bien como norma, o bien como hecho. La nominación de *ecológica* se desprende del dato de que el objeto a conocer, que no es otro que el sentido jurídico de la conducta en interferencia subjetiva, es un objeto que a su vez ha de conocerse como tal¹⁶, un conocimiento que parte de la propia conducta y que vuelve reflexivamente sobre ella¹⁷.

¹¹ Cossio define la comprensión como un ver con la inteligencia del espíritu, un sentido, pero poniéndolo al propio tiempo que se lo ve (COSSIO, *El Derecho en el Derecho Judicial...* cit., p. 39).

¹² La fundamentación de esta afirmación se puede encontrar en COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica* cit., Cap. II, punto 2, *Análisis del objeto cultural*, ps. 57 a 69.

¹³ Ídem, p. 42.

¹⁴ Ídem, p. 43.

¹⁵ Ídem, p. 119.

¹⁶ Ídem, p. 115.

¹⁷ CÁRCOVA, *Las teorías jurídicas pospositivistas* cit., p. 170.

1.b.1.2) *La norma jurídica como estructura compleja*

Concebida la ciencia del Derecho como ciencia normativa, cabe mencionar que existen diferentes alcances para esta conceptualización, según lo revela un acercamiento a los postulados de diferentes escuelas *iusfilosóficas positivistas*. Así, según el *racionalismo jurídico*, y en tanto el objeto del Derecho lo constituyen las normas jurídicas, es ciencia normativa porque conoce de ellas; para el *realismo jurídico*, en cambio, es normativa en tanto que, a partir del hecho empírico de la decisión judicial, se pueden conocer las normas que probablemente apliquen en el futuro los jueces en sus sentencias; y, por último, para la *Teoría Ecológica*, tal condición deriva del hecho de que conoce su objeto, el señalado sentido jurídico de la conducta en interferencia intersubjetiva mediante normas jurídicas¹⁸. Se hace preciso, por tanto, una caracterización conceptual de norma jurídica y sistema jurídico.

Para conceptualizar *ontológicamente* a la norma jurídica, cabe afirmar, en primer lugar, que toda norma es *pensamiento que se expresa mediante palabras*, no es cosa perceptible por los sentidos, sino sólo intelectualmente¹⁹. Es una abstracción, y en tanto *prescripción*²⁰, está estructurada lógicamente a partir de la cópula del *deber ser*. Cabe aclarar que la norma no es en sí un *deber ser*, como en cambio sí lo es cualquier valor jurídico, como la justicia, sino que aquélla es sólo

¹⁸ COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica* cit., p. 18.

¹⁹ Ídem, p. 88.

²⁰ Según Von Wright, existen tres usos de la palabra norma, distinguiendo así entre reglas *definitorias*, cuya correcta observancia es condición de existencia de la actividad reglada, y donde ubica el autor a las reglas del juego, la gramática, la lógica y la matemática; las *directrices* o reglas *técnicas*, que son aquellas que proponen ciertas conductas como medios para alcanzar un determinado fin (v. gr., reglas para el correcto uso de un electrodoméstico), y las *prescripciones*, a las que conceptualiza como órdenes o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad a alguien en una posición de sujeto, y donde ubica a las normas jurídicas (VON WRIGHT, George H., *Norma y acción, una investigación lógica*, según cita de GUIBOURG, Ricardo A., *El fenómeno normativo*, Astrea, ps. 61 a 64). Cabe aquí mencionar que esta noción de norma jurídica como *orden respaldado por amenazas* ha sido criticada concluyentemente por HART, Herbert, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Caps. I a IV, y por COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica* cit., ps. 132 a 137.

su estructura lógica²¹. Una norma jurídica es una *significación* que menta conducta y cuyo fin es motivar comportamientos. En este sentido la norma es aquello que dice que *algo* debe ser sin confundirse con lo mentado. Ese *algo* es un objeto *real*, la conducta en interferencia subjetiva.

En cuanto a su composición, ésta se ofrece a su percepción como un ente *complejo* con, por un lado, una *estructura lógica formal* de carácter necesario y *apriorístico* en Derecho que se constituye como el *modo* de pensar propio del jurista, y por el otro, con un *material dogmático* de contenido variable o contingente que, en la *norma jurídica general* es producto de la voluntad del legislador, y que en la *norma jurídica individual*, que es norma derivada necesariamente de aquella otra, es producto de una valoración jurídica del juez, en tanto órgano, y constituida en la *experiencia jurídica*.

Según afirma Cossio, la *estructura lógica* de toda norma jurídica consiste en un *juicio* que menta o refiere a un objeto, la conducta en interferencia subjetiva. Según la *Teoría Ecológica del Derecho*, la norma jurídica, que, como se dijo, se constituye como el *esquema de pensamiento* propiamente jurídico, tiene una existencia y configuración que no depende de la voluntad del legislador, sino que es *apriorística*, una necesidad lógica, una verdad de razón en cualquier sistema jurídico. Esta estructura consiste en una abstracción cuya configuración lógica sería: *Dada una situación vital como hecho antecedente, debe ser la prestación por alguien obligado frente a alguien titular; o dado*

²¹ Dice Cossio: “El valor es un deber ser que se refiere a algo cuyo ser consiste precisamente en deber ser; por eso el valor *debe ser* y aunque se realice sigue debiendo ser; en este sentido, por ejemplo la Justicia es un deber ser. En cambio una norma es la representación conceptual de determinada conducta y ella simplemente dice que algo debe ser, sin hacer referencia a que esto que debe ser sea, por su ser, un deber ser. Cuando un valor se realiza sigue siendo algo que debe ser; en cambio, cuando una norma se realiza, lo normado se trueca en un ser histórico, abriéndose recién las puertas de aquellas otras ciencias que, de algún modo, interrogan por el histórico del Derecho. Esta diferencia fundamental entre el valor y la norma se hace patente advirtiendo que aquél es un deber ser axiológico, es decir algo que vale porque el valer es su esencia; en tanto que la norma es un deber ser lógico, es decir la simple relación entre dos términos de los cuales el segundo está imputado al primero” (COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 288).

*el entuerto debe ser la sanción a cargo de un funcionario obligado por la comunidad pretensora. Lógicamente formalizada sería, dado H, debe ser P por Ao frente a At; o dada no-P, debe ser S por Fo frente a Cp, y cuyo contenido material o dogmático concreto surge provisto por el sistema jurídico en su totalidad, y, en tanto totalidad lógica que este sistema es, no se lo puede identificar con el conjunto de todas las normas jurídicas generales vigentes sancionadas por la autoridad legislativa, las que se exhiben tan sólo como una pluralidad²². Así expuesta la teoría, la lógica jurídica formal sería una lógica que sólo conoce juicios disyuntivos. La disyunción o, expresa la libertad propia de toda conducta, entendida como posibilidad²³. Distingue Cossio, dentro de la estructura lógica de toda norma jurídica, una denominada *endonorma*, donde la prestación es lo que debe ser, y una *perinorma*, donde, en cambio, lo que debe ser es la sanción²⁴. No obstante ello, destaca el autor que la *endonorma* tiene un rango axio-*

²² Kelsen, en cambio, y a partir del postulado básico de la *Teoría pura del Derecho* acerca del carácter de objeto positivo, autónomo e independiente de toda norma jurídica, construye su pensamiento a partir de la norma válida sancionada por el legislador sin practicar la abstracción lógica que promueve Cossio. Así, aquél distingue entre normas o disposiciones normativas *completas*, que son aquellas que contienen una *sanción*, de aquellas *incompletas*, en tanto no la contienen, y que en todo caso forman parte de las primeras. A su vez, distingue entre norma *primaria*, que es aquella que contiene la *acción* que motiva la *sanción*, y a la que considera la norma genuina, y norma *secundaria*, que refiere a la conducta que se pretende motivar desalentando su inobservancia mediante el castigo, y es la que, por su parte, establece el deber jurídico. Para Hart, existen dos tipos de normas, las *primarias* y las *secundarias*, cuya fusión conforma un sistema jurídico. Las primeras son aquellas que prescriben obligatoriamente determinados comportamientos, imponen deberes; las segundas, en cambio, confieren potestades, públicas o privadas, en pos de la creación o modificación de deberes u obligaciones. Entre las segundas ubica a la reglas de *reconocimiento*, de *adjudicación* y de *cambio* (HART, *El concepto de Derecho* cit., ps. 61 y 113 a 123).

²³ Para Kelsen, en cambio, la estructura lógica de la norma jurídica *válida*, noción limitada, como se dijo, a *cada una* de las prescripciones adoptadas por el legislador con por lo menos un mínimo de eficacia, se configura como una proposición que expresa un juicio *hipotético*, donde dado un acto determinado ilícito, como antecedente, debe ser la *sanción*, como consecuente (KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo, 9ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 17).

²⁴ COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica* cit., ps. 119 a 125.

lógico superior a la *perinorma*, porque afirmar la libertad, con el sentido de la libertad, es algo más valioso que la libertad, con el sentido de la fuerza²⁵.

En la *endonorma* la conducta puede ser permitida (en sentido fuerte o débil, es decir, no prohibida) u obligatoria. Existe un sujeto titular de una *facultad* jurídica y otro obligado a una *prestación*, que puede ser una acción o una omisión. En la *perinorma*, por su parte, existe un *entuerto o incumplimiento* a la prestación debida por parte del sujeto obligado y una *sanción* que debe ser impuesta por el funcionario como consecuencia de dicha falta. La relación *facultad-prestación* y *entuerto-sanción* son, por aparte, conductas en interferencia subjetiva.

Como se afirmó, conforme la entidad compleja que es, toda *norma jurídica general* exhibe, además de una estructura lógica que, como se dijo, resulta ser la forma del razonamiento jurídico, un *contenido dogmático* concreto que constituye su sustancia o material contingente, que depende de la voluntad del legislador y que será el fundamento dogmático de la sentencia constituida como *norma jurídica individual*.

Este contenido dogmático puede disponer lo que *debe ser* y, en este sentido, estar integrado por expresiones (palabra o conjunto de palabras) cuyos significados exhibirán, frente a los hechos concretos, una menor o mayor dosis de *vaguedad*, con un consecuente menor o mayor margen de autonomía del intérprete u operador a la hora de decidir qué objetos se hayan denotados por la expresión normativa en tanto *significación*. Así, en un intento por reflejar la diversidad, puedo afirmar que pueden encontrarse desde expresiones que contienen guarismos matemáticos, como la determinación del preciso momento en que se adquiere la mayoría de edad²⁶, a aquellas que refieren a conceptos con un alto nivel de indeterminación, como el de la noción de orden y moral públicos²⁷. El análisis del contenido sustancial de cualquier norma, así como determinar cómo aquél se relaciona con el contenido dogmático del sistema jurídico en tanto *totalidad lógica*, se presenta como parte importante de lo que conforma el objeto de interés del jurista dogmático.

²⁵ Ídem, p. 136.

²⁶ Art. 21, CCN.

²⁷ Art. 19, Const. Nac.

Por otro lado, y para el caso de que el juez valore el *silencio*, *oscuridad* o *insuficiencia* de ley, el legislador puede, válidamente, proporcionarle, en carácter de contenido dogmático de la norma jurídica, los *criterios* que, como regla de conducta, aquél debe emplear para individualizar la *norma jurídica general no formulada*²⁸.

1.b.1.3) *Sistema normativo. Totalidad lógica, orden coactivo y autónomo*

Toda norma jurídica forma parte, necesariamente, de un sistema jurídico compuesto por normas o reglas que son todas prescripciones. Existen diferentes tipos de reglas o normas que constituyen otros tantos sistemas normativos, tales como el orden religioso, el orden moral, las reglas de un juego, etcétera. Como todo sistema, el sistema jurídico es la resultante de la reunión de tres elementos, un *cúmulo de cosas* que lo conforman, en este caso, normas jurídicas (generales e individuales), una determinada *relación entre sus componentes*, la denominada *cadena de validez*, y una *función u objeto* que es del conjunto, en este caso, la realización del valor justicia como orden de coexistencia que, como *deber ser*, es “conciencia común del modo de vida colectiva”²⁹. Pero además, como ya se dijo, un sistema es una *totalidad lógica*. Noción de totalidad que es algo diferente a la simple suma de todas las partes³⁰. La totalidad lleva la pluralidad a la unidad, siendo la *síntesis* de los conceptos de *unidad* y *pluralidad*³¹. Esto implica, concretamente, que todo sistema normativo jurídico, cualquiera sea el número de normas con el que cuente, no presenta *lagunas*, lo que significa, a su vez, que un juez, en tanto órgano, *siempre* cuenta con una *norma jurídica general* en la cual basar su decisión³². Cossio enfatiza que el Derecho no tiene lagunas porque hay jueces. Que ser

²⁸ Esta cuestión será tratada nuevamente más adelante, en el punto relativo a la controversia en torno al significado de la expresión *principios generales del Derecho*.

²⁹ Expresión autoría de SAVIGNY, Federico C., *La ciencia del Derecho*, citado por DEVEALI, Mario L. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., La Ley, p. 459.

³⁰ COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 181.

³¹ Ídem, p. 179.

³² Ídem, p. 202.

juez significa administrar justicia, donde la necesidad de juzgar en que están los jueces resulta una *verdad de razón*, con lo que su enunciación en un código está de más³³, y que un juez no cumple su función *sólo* cuando se abstiene de sentenciar, lo que es usualmente denominado *denegación de justicia*. La verdad de estas conclusiones yace en el hecho de que, como se afirmó, la función judicial es inmanente al Derecho, o, en otros términos, de que *no hay Derecho sin función judicial*³⁴. Es el juez quien actuando en el marco de una *norma jurídica general*, en cuya configuración no participa, sino que le viene impuesta, crea Derecho cuando adopta una *norma jurídica individual*, la sentencia para el caso singular, es decir, una norma con eficacia sólo para las partes del proceso en el que interviene³⁵.

Un sistema jurídico conforma un orden *coactivo*. Según Kelsen, a partir del hecho de enlazar la conducta contraria a una *sanción*³⁶; según Hart, en cambio, en virtud de que sus reglas son internamente consideradas obligatorias por la sociedad. Para Cossio, por su parte, y a partir de su noción de conocimiento normativo como conocimiento de un *sentido* de la conducta, la obligatoriedad de las leyes deriva naturalmente del hecho de que ellas traducen el *entendimiento colectivo* propio de la coexistencia humana³⁷. Para el *realismo jurídico*, en cambio, la regla jurídica formal carece de normatividad, por lo tanto no

³³ Ídem, p. 188.

³⁴ Ídem, p. 181.

³⁵ Del Vecchio agrega un elemento práctico a esta necesidad *lógica* del Derecho de brindar una respuesta para todos los casos de interferencia intersubjetiva cuando dice: “Ningún argumento es tan adecuado para mostrar la naturaleza eminentemente práctica del Derecho, y su plena y perfecta adherencia a la vida, como el siguiente: no hay interferencia alguna entre hombres, no hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta”, y agrega que esto ocurre “por la necesidad práctica que cada uno siente de coordinar en cierto modo su actuación propia con la de los demás. En esto consiste esencialmente el Derecho; y un Derecho que resolviendo algunos casos de la vida, se mostrara incapaz de resolver los demás, se anularía *ipso facto* a sí mismo, puesto que resultaría inferior a su función, que consiste precisamente en establecer un orden entre los seres que viven juntos” (DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del Derecho*, 2ª ed., trad. de Juan Osorio Morales, Bosch, ps. 41 y 42).

³⁶ KELSEN, *Teoría pura del Derecho* cit., p. 129.

³⁷ COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica* cit., p. 136.

es obligatoria para el juez, sino que tal nota de coactividad existe tan sólo en la sentencia efectiva.

La otra característica fundamental de cualquier sistema jurídico es su *autonomía*. Pero determinar acerca del fundamento de dicha autonomía, de su unidad, de su validez, es una cuestión que también ha sido objeto de debate entre los juristas. Especialmente, en la escuela *iuspositivista*, que postula la normatividad como atributo de toda norma jurídica válida. Así, Kelsen, en su *teoría pura*, refiere a la *norma fundante básica*, que no es una norma positiva sino una norma hipotética presupuesta por la razón, sobre la que reposa la validez y unidad de todas las normas del sistema, y cuyo contenido sería un mandato que establecería que uno debiera comportarse como la Constitución lo prescribe en tanto norma de jerarquía superior de todo el ordenamiento jurídico positivo³⁸. Para Bobbio, por su parte, el fundamento de un determinado sistema jurídico normativo no sería una norma presupuesta, como la formulada por Kelsen, sino un poder de “facto”, con la virtualidad de convertir en *eficaz* a una Constitución, que de esta forma se constituiría como norma suprema y última de todo un sistema jurídico. Según Hart, en cambio, el fundamento de un sistema jurídico gira en torno al concepto de *obligación* y reposa en un hecho positivo que consiste en una *práctica jurisdiccional compartida* que determina el criterio de validez último del sistema, la *regla de reconocimiento*. Esta norma obligaría a cada juez a comportarse como lo hace el conjunto de los jueces. Para Dworkin, que cuestiona la conceptualización de la regla de reconocimiento que realiza Hart, el fundamento de validez radica en un deber moral a cuya observancia los jueces están obligados.

1.b.2) *La distinción de las normas jurídicas frente a otras prescripciones o recomendaciones*

Según Cossio, la distinción entre norma jurídica y otras prescripciones, como lo son, por ejemplo, las de orden moral, radica en la diferente *estructura lógica* de cada una de ellas. Así, el *juicio disyuntivo*

³⁸ KELSEN, *Teoría pura del Derecho* cit., ps. 205 a 214. Cuestión compartida en sus fundamentos por Cossio. Ver COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., ps. 178 a 181.

propio de la ciencia jurídica es diferente del *juicio categórico* del pensamiento moral. Concluye el autor en que la distinción entre Derecho y moral es de orden *metodológico*, no de contenido³⁹. En este sentido, la estructura lógica del pensamiento moral es *dado A debe ser B*. La norma moral sólo considera las posibilidades *valiosas* de la conducta, pero deja sin referencia normativa al resto de las posibilidades. En consecuencia, ella sólo resulta eficaz cuando se cumple el deber previsto. Concluye el autor que la norma moral sólo concibe bien su objeto (la conducta) en tanto valioso, pero mal en cuanto conducta, porque, según enfatiza, la conducta es *libertad*, es decir *posibilidad*. En el universo jurídico, en cambio, el juicio *disyuntivo* permite que el Derecho sea eficaz, tanto cuando se cumple la prestación debida como cuando se cumple la sanción⁴⁰⁻⁴¹.

³⁹ COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 210.

⁴⁰ COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica* cit., ps. 123 a 125.

⁴¹ Para Kelsen, la nota específica para distinguir una norma jurídica (objeto independiente y autónomo en su teoría) de cualquier otra prescripción radica en que aquella prevé una *sanción* con determinados caracteres. Sanción que es el resultado de la imputación normativa efectuada por la autoridad. Esta penalidad no denota cualquier acto que implique una consecuencia disvaliosa genérica, como puede ser la aprobación o desaprobación de conducta, que sería lo propio de cualquier norma de un orden normativo determinado, sino sólo a un acto coactivo socialmente organizado, y que, en última instancia, implica el recurso a la fuerza física (KELSEN, *Teoría pura del Derecho* cit., p. 75). Hart, por su parte, también destaca este carácter más gravoso de la sanción que prevé la norma jurídica, en comparación a otras normas o prescripciones, dato que se constituye así, y de esta manera, como expresión de la insistencia en el cumplimiento de la conducta deseada, lo que resulta revelador de un mayor grado de interés en el cumplimiento de la prescripción jurídica de que se trate, en tanto la genérica observancia de cada una de las normas que integran el ordenamiento jurídico se entiende necesaria, según afirmación textual del autor, para la preservación de la vida social, o de algún aspecto de ella a la que se le atribuye gran valor. Sin embargo, continúa este autor, y en función de la vaguedad y falta de certeza de la distinción práctica entre una norma jurídica, en relación con cualquier otra prescripción, conforme los parámetros señalados, la discriminación deseada será finalmente determinada, nuevamente, sólo recurriendo a la denominada *regla de reconocimiento*, es decir, al criterio que revela una práctica jurisdiccional compartida. En este caso, ésta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce (HART, *El concepto de Derecho* cit., p. 117). En torno a esta regla,

Por otro lado, en consideración del *material dogmático* que contiene toda *norma jurídica general* (recuérdese aquí la complejidad estructural que le es propia) éste sólo puede estar válidamente constituido únicamente a partir del accionar de la *autoridad legislativa* legitimada por la Constitución, sea ésta escrita o consuetudinaria, con la atribución de poderes para adoptar eficazmente tales prescripciones. Accionar que, cabe señalarlo aquí, debe llevarse adelante dentro de los límites formales y sustanciales (de contenido) a los que se halle sujeta, según lo disponga la propia Constitución vigente⁴². He aquí otra distinción con relación a las restantes prescripciones

Ruiz Manero ha dicho que los jueces *obedecen* la regla de reconocimiento en tanto norma jurídica obligatoria perteneciente al sistema jurídico que establece, con carácter último, cuáles son las normas que los jueces tienen el deber de aplicar. En cambio, para E. Bulygin, los jueces no obedecen, sino que *usan* la regla de reconocimiento, en tanto éstos emprenden una *práctica* de reconocimiento. La regla de reconocimiento se configura así, para este último, como una regla conceptual, regla que no pertenece al sistema jurídico. La controversia entre estos autores fue tomada del artículo de CARACCIOLO, Ricardo A., *Sistema jurídico y regla de reconocimiento*, disponible en www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/.../cuaderno9/doxa9_16.pdf.

⁴² En nuestro orden normativo, la norma de jerarquía máxima y donde halla expresión el poder soberano de la Nación es la Constitución Nacional, adoptada entre 1853-1860, con sus reformas posteriores. Esta norma establece, en nuestro territorio, una República Federal, y en su parte orgánica dispone que la autoridad con la función general de introducir prescripciones obligatorias para todos los habitantes de la Nación, conformando el contenido de *normas jurídicas generales*, es el Poder Legislativo nacional. Sobre las cuestiones no delegadas conservan autonomía dispositiva, bajo ciertos límites y condiciones, las legislaturas provinciales y la propia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cfr. arts 121 a 129, y 5°, Const. Nac.). Los tres poderes constituidos tienen a su vez y cada uno de ellos, la atribución constitucional de dictar, mediante normas jurídicas, sus propios reglamentos (cfr. art. 75, inc. 22, Const. Nac.). La Carta Fundamental reconoce también en su parte dogmática autonomía y autoridad a los gremios para adoptar normas de aplicación general y obligatoria para regular las relaciones profesionales entre trabajadores y empleadores, los denominados Convenios Colectivos de Trabajo (CCT).

Por su parte, la Constitución Nacional establece, también en su parte *dogmática*, un núcleo de principios, garantías y derechos de los que resultan titulares todos y cada uno de los habitantes de la Nación, que se integran con lo que disponen determinados instrumentos internacionales sobre derechos humanos (cfr. art. 75, inc. 22, Const. Nac.), y cuyo ejercicio será, en todos los casos, conforme a la norma reglamentaria que se dicte, la que a su vez no podrá alterarlos, provocando la desnaturala-

o recomendaciones que no integran el orden constitucional y que, por este mismo motivo, no pueden conformar, por su propio valor, por fundamental y compartido que sea, el *contenido* de norma jurídica alguna, ni de sistema jurídico alguno, y como consecuencia directa, en términos de la *Teoría Ecológica*, no pueden formar parte del sentido jurídico de la conducta en la experiencia jurídica. Esto no quiere significar que la costumbre (o cualquier otra prescripción *no jurídica*) en ningún caso pueda instituirse como el contenido dogmático de una *norma jurídica general*, sino que sólo lo podrá ser en tanto y en cuanto exista una mención positiva en norma válida que concretamente remita a ella⁴³. Circunstancia, por cierto, nada excepcional en nuestro sistema jurídico.

1.c) *Segunda cuestión: La identificación de la norma jurídica aplicable en el proceso jurisdiccional*

1.c.1) *La inmanencia de la función judicial en el Derecho*

En tanto la cuestión propuesta se responderá en el marco de lo que sucede en la práctica jurisdiccional, entiendo corresponde comenzar por tratar brevemente la cuestión acerca de lo que *es* o en qué *consiste* la función judicial. En tal sentido, comenzaré afirmando y destacando su centralidad dentro del fenómeno jurídico, y que, como afirma Cossio, ella resulta una estructura *necesaria* en términos lógicos en cualquier sistema jurídico⁴⁴.

lización del derecho reglamentado (cfr. art. 28, Const. Nac.). Este núcleo constituye un límite *sustancial* o *de contenido* a la potestad normativa de los poderes constituidos.

⁴³ Para la distinción de la costumbre como valor (*deber ser*) y como experiencia (*ser*), ver COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 235.

⁴⁴ COSSIO, *El Derecho en el Derecho Judicial...* cit., p. 78. En la misma obra, p. 245, el autor afirma: “Las concepciones tradicionales se han desenvuelto bajo el pensamiento de que el juez es algo externo al ordenamiento jurídico; de que el juez, situado afuera de él, encuentra un derecho acabado y concluso que simplemente aplica pero que halla en su exterior como quien halla una piedra o una herramienta que se va a utilizar”. Esta relación de la función judicial como formando parte del Derecho objeto de la ciencia del Derecho es también sostenida por Kelsen, en cuanto afirma que de entre el conjunto de normas jurídicas que conforman tal objeto se puede distinguir a las generales y a las individuales, siendo ejemplo de estas últimas, las sentencias judiciales (KELSEN, *Teoría pura del Derecho* cit., ps. 246 a 251).

La función judicial consiste en *juzgar*, esto es, *conocer* jurídicamente y *decidir* dentro del marco y con el fundamento provisto por una *norma jurídica general*, a través de la adopción de una *norma jurídica individual*, cuya eficacia se limitará a las partes en el proceso, o, en caso de rechazo *in limine* de la pretensión esgrimida (que también es un modo de juzgar), en relación con quien acciona. La función judicial procura determinar acerca de la juridicidad de una conducta o comportamiento intersubjetivo concreto, ya sea éste pasado, presente o futuro, en el marco de un conflicto de derecho, actual o potencial, con otra persona, conjunto de personas, o la colectividad en su conjunto. Cuestión que en ningún caso puede resolver una *norma jurídica general*. *Juzgar* significa *administrar justicia*.

Este *consistir* de la función judicial se funda en la *autarquía* y *coercibilidad* del Derecho⁴⁵, forma parte de la *lógica jurídica*, y por ello no depende, como se dijo, de la voluntad del legislador. Sin embargo, éste tiene la atribución de, en ciertos aspectos fundamentales, determinar la sentencia por medio de la decisión sobre el contenido *dogmático* de las *normas jurídicas generales*⁴⁶. O, en todo caso, puede determinar el legislador, como se dijo, en el supuesto de que el juez valore, en relación con las circunstancias del caso, que existe *silencio*, *oscuridad* o *insuficiencia* de ley, el *criterio* que como comportamiento, debe desplegar el juez para extraer la *norma jurídica general no-formulada*. Los contenidos dogmáticos o contingentes de las normas jurídicas se conforman como los márgenes dentro de los cuales se despliega la labor del juez, en tanto órgano, y tienen origen a partir de lo dispuesto por la norma jurídica de máxima jerarquía en nuestro ordenamiento normativo, la Constitución Nacional. Así, toda conducta del órgano judicial en ejercicio de la función, y salvo la de *administrar justicia* (la que es, como se dijo, *apriorística*), que no halle justificación, en última instancia, en una expresa habilitación constitucional, será, por este solo motivo, susceptible de invalidación⁴⁷.

⁴⁵ COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., ps. 181 y 182.

⁴⁶ Ídem, p. 191.

⁴⁷ En el orden nacional, la Constitución sancionada en el período 1853-1860, con sus posteriores reformas, prevé que esta función, tanto en el orden nacional como el provincial, se encuentra a cargo, con un carácter definitivo exclusivo, de un poder

1.c.2) *El proceso de comprensión del sentido jurídico de la conducta en la función judicial*

Para las corrientes *iusfilosóficas* que refieren la existencia *positiva* de la norma jurídica, que afirman de ella su *independencia* y su *autonomía*, que limitan a ella el *objeto* de la ciencia del Derecho, que afirman que conocer reglas es conocer Derecho, y que, sobre todas las cosas, consideran al juez como algo separado del Derecho, el tema de la interpretación de la norma es el central. Así, la labor fundamental de todo operador jurídico y en particular la del juez, sería conocer el sentido *correcto* de la norma jurídica. Un saber que se construye, de esta manera, desvinculado de la actuación judicial. Conocer el objeto de la ciencia del Derecho pasaría a ser, entonces, un problema de *método*. Así, en procura de este conocimiento *objetivo* de la norma es que en tiempos diversos se han elaborado distintos métodos de interpretación, no acumulables, sino, más bien, y en mayor o menor medida, incompatibles entre sí⁴⁸, y cuya puesta en práctica, cual receta, dejaría a la ley interpretada y lista para resolver todos los casos concretos⁴⁹. Entre ellos se destacan como los más importantes e influyentes en la actualidad, el método *exegético*, propio del *empirismo psicológico*, que identifica al significado de la ley con la intención del legislador; el método *dogmático*, propio del *racionalismo jurídico*, que tacha esa

independiente de los restantes dos de la República, el Poder Judicial. Siendo ejercida por funcionarios públicos, denominados jueces, cuyos poderes para actuar, conforme lo afirmado, no serán otros que los expresamente atribuidos por la norma fundamental en su parte orgánica. Dentro de estos poderes, y conforme al régimen de control de constitucionalidad difuso impuesto por la propia Constitución, se encuentra el de ser garante de su supremacía. Dato que evidencia la necesidad de un equilibrado ejercicio de la función, en procura de no desvirtuar la organización republicana del Estado nacional. Ello en tanto, y de acuerdo a lo dicho, el Poder Judicial contaría, frente a los demás poderes, con atribuciones exclusivas para decidir en última instancia y con carácter definitivo, acerca de la validez constitucional de todos los actos que éstos decidan llevar a la práctica. Todo esto es contingente, es decir, es así, pero pudo y puede ser de otra manera en el futuro.

⁴⁸ Afirma Cossio que los sistemas interpretativos son espíritu objetivo, son trozos de cultura histórica que traducen el clima espiritual de su tiempo (COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 206).

⁴⁹ COSSIO, *El Derecho en el Derecho Judicial...* cit., p. 112.

identificación antes señalada, y afirma de la norma una existencia y sentido propio, de una *ratio legis*; y, en el otro extremo, la *escuela de Derecho libre*, que deja el tema de la interpretación librado a la sola conciencia del juez.

Kelsen, quien reconociera que todo acto jurídico sólo está determinado en parte, nunca de manera completa, y que la indeterminación puede ser intencional o no por parte de la autoridad que instauró la norma, afirmaba que el intérprete cuenta *siempre* con varias posibilidades válidas de asignación de sentido a una expresión lingüística, no pudiendo ninguna de ellas considerarse la única correcta en relación con las demás, por lo menos no en el campo de la teoría jurídica positiva. El autor descartaba así, y mediante estos fundamentos, la existencia de un método de interpretación que resulte preferible por sobre otros, y limitaba a este punto sus investigaciones acerca de la valoración judicial por considerar que la búsqueda del sentido correcto de una expresión normativa era, en todo caso, un problema de naturaleza política⁵⁰.

Para Cossio, como se afirmara más arriba, el juez está *dentro* del ordenamiento jurídico, y el Derecho es en parte el propio hecho del juez, éste no interpreta la norma, sino que *conoce* mediante ella por comprensión, en proceso *empírico dialéctico*, el *sentido* jurídico de la conducta, como *substrato material* sobre la que le toca expedirse. Afirma el autor argentino que la solución se integra *necesariamente* con los hechos sobre los que se haya de actuar⁵¹. De esta forma, y en tanto interpretar, como acto de asignación de sentido, es un modo de conocer, la problemática real no sería, así, la de la interpretación del sentido de la norma, sino la de la interpretación del sentido jurídico de la conducta en interferencia subjetiva, *mediante* la norma⁵².

⁵⁰ KELSEN, *Teoría pura del Derecho* cit., ps. 349 a 358.

⁵¹ COSSIO, *El Derecho en el Derecho Judicial...* cit., ps. 197 a 198, nota 7.

⁵² Ídem, ps. 189 a 190. Cossio tacha la pretendida función de cientificidad de los métodos interpretativos, sin embargo, destaca la utilidad que éstos pueden tener en tanto se constituyan como *fundamentos objetivos*, es decir, argumentos que pueden ser compartidos y valorados por otros, en procura de darle a la sentencia que se pronuncie una mayor *fuerza de convicción*. Elemento del que puede carecer si el fundamento es sólo la propia valoración de quien juzga, y que puede ser percibido

De todas maneras, y en base a una concepción *convencionalista* del significado de las palabras, y del hecho de que las normas jurídicas se expresan mediante ellas, el proceso de interpretación de las palabras es ineludible para el operador jurídico. Pero se interpretan las palabras en tanto *signos gramaticales* y no en tanto *significaciones*. Interpretación cuya finalidad es determinar qué objetos se hayan denotados por la expresión de que se trate. La distinción no es menor. En efecto, el *ser o esencia* de una palabra es ser *significación o concepto*, es decir, ser *mención* de un objeto *real*. Una expresión verbal es *algo* que dice *algo* acerca de *algo*⁵³. Ninguna palabra se confunde con el objeto que menta (v. gr., la palabra árbol no es el árbol). Ella se hace *objeto* sólo cuando se duda acerca de los objetos que denota. En este caso resulta de utilidad el diccionario, en cuanto nos ilustrará acerca del alcance de las palabras, pero nada nos aportará sobre los objetos denotados en sí.

1.c.3) *El papel de los valores y de las valoraciones en la función judicial*

También en perspectiva de la función judicial, considerando que, en tanto ciencia normativa, y formando él mismo parte del Derecho, el juez cumple su función actuando *necesariamente* conforme lo dispuesto por las *normas jurídicas generales*, toca analizar, por su importancia, y a partir del reconocimiento de que más allá del ejercicio de una función jurídica, el juez es un ser humano, el papel que juegan, en la decisión jurisdiccional, los valores y las valoraciones. Esta cuestión ha sido preocupación de las escuelas *iusfilosóficas* de mayor tras-

como arbitrariedad. Así, los métodos han sido frecuentemente utilizados en los cambios de jurisprudencia y cuando no existe jurisprudencia sobre el sentido y alcance de determinada norma. Mientras que carecen de toda utilidad cuando ya existe jurisprudencia sobre la cuestión.

⁵³ Según afirma Husserl, citado por COSSIO, *El Derecho en el Derecho Judicial...* cit., p. 174. Dice Cossio que, “Según Husserl, en todo acto de expresión encontraremos, como cosas distintas, las siguientes: en primer lugar, el signo o expresión misma, que en el caso de una ley serían las palabras de su texto. En segundo lugar, encontramos el concepto o significación, es decir, aquello que una expresión dice: el ‘dice algo’ a que aludimos recién. En tercer lugar, tenemos el objeto, es decir, aquel algo acerca del cual se ha dicho algo” (ob. cit., p. 175).

endencia. En este sentido, se puede analizar si, desde una perspectiva *racionalista*, existen valores que participen del contenido dogmático del Derecho objetivo, ya sea complementándolo (en posición de subordinación), ya sea corrigiendo posibles desviaciones o excesos (en posición preeminente a su respecto), o ya sea integrando el ineludible proceso de interpretación o de asignación de sentido de las expresiones lingüísticas empleadas por las normas jurídicas, o, en todo caso, si existen constituyendo un elemento inmanente a la *experiencia jurídica*, como lo postula la *Teoría Ecológica del Derecho*.

En la búsqueda de un orden que exprese de manera general las diferentes conceptualizaciones relativas a la participación de los valores en la experiencia jurídica, recorreré la opinión de varios autores representativos de diferentes escuelas jurídicas.

Antes, una distinción conceptual preliminar. En atención a que el tratamiento de la cuestión de los valores es una cuestión recurrente en los análisis del concepto de Derecho, cabe destacar, y así prevenirse, que existen varios significados para la locución *valor*, con relevancia en distintas escuelas jurídicas. A estos significados se los puede distinguir según su utilización en un sentido *moral*, como es el planteado por Kant, o en un sentido *filosófico general*, donde el concepto se constituye como central de la *teoría de los valores* o *axiología*. En el sentido *kantiano*, el valor moral constituye una prescripción, forma parte, entonces, del mundo del *deber ser*, y consiste en instituirse como un modelo o pauta para la acción. En el sentido filosófico, que es el ámbito de la reflexión en torno al concepto valor, por su parte, se pueden distinguir diversas corrientes o líneas de pensamiento que contrastan entre sí. Así, por un lado, se encuentran los *relativistas*, quienes sostienen una actitud denominada *nominalista* de los valores, donde el valor es siempre relativo al hombre o a cualquier portador de valores. El valor es entonces un criterio fundado en la *subjetividad* de quien valora, en el agrado o desagrado, en el deseo o repugnancia, en la atracción o repulsión. Los valores consisten, en tal caso, en el hecho de que la cosa considerada valiosa produzca agrado, deseo, atracción, etcétera, y, en conclusión, se reduce la determinación del valor al acto de *valoración*. Y, por el otro, los denominados *absolutistas extremos*, que, sobre la teoría *platónica* del valor, sostienen que el

valor es algo absolutamente independiente de las cosas; más aún, que es algo en que las cosas valiosas están fundadas, de tal suerte que un bien lo es sólo por el hecho de participar de un valor situado en una esfera metafísica, y aún mitológica. Los valores serían, para esta concepción, entidades ideales, pero de una idealidad “existente”, seres en sí, perfecciones absolutas y, a fuerza de tales, absolutas existencias. El *absolutismo* llega a negar la necesidad de que haya una conexión entre el valor y el objeto depositario de los valores, y, sobre todo, llega a aniquilar a la persona, concibiéndola como un medio y no como un fin. Entre estas dos corrientes extremas existen autores que describen a los valores como entidades *irreales*, en tanto carentes de corporeidad, *perceptibles* y *objetivos*, en tanto mantienen entidad más allá de todo accionar humano valorativo, *no independientes*, es decir, que exhiben necesaria adherencia a las cosas, en tanto son predicaciones del ser, que se presentan siempre *polarmente* (v. gr., belleza-fealdad, bondad-maldad, útil-inútil), independientes de una estimación cuantitativa sino como *cualidad pura* y, además, ordenadas *jerárquicamente*⁵⁴.

Prevenidos de la multivocidad de la locución *valor*, en una expresión que se puede enmarcar en aquella concepción *kantiana* que identifica valor con orden moral, se ha afirmado que los valores forman parte del concepto de sistema jurídico, en tanto todo comportamiento desajustado con relación a valores considerados *legítimos*, es decir, disvalioso, conduce a la determinación de su invalidez jurídica, o, en todo caso, desaparece el valor que prescribe la obediencia al Derecho⁵⁵ (D. Beyleveld y R. Brownsword); o donde sólo algunas conductas disvaliosas, aquellas catalogadas de *extrema gravedad*, conducen a la invalidez jurídica (G. Radbruch); o sólo de manera convencional o contingente, en tanto y en cuanto el ordenamiento normativo se refiera a ellos, como cuando las normas aluden a las *buenas costumbres*, al *bienestar general*, o a la *moral pública*, por citar algunos ejemplos (J. Coleman, Raz).

En sentido contrario, aunque girando una vez más en torno a la concepción *kantiana* de valor como valor moral, es decir como pres-

⁵⁴ Conceptos extraídos de FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía* cit., p. 869, voz *Valor*.

⁵⁵ HART, *El concepto de Derecho* cit., ps. 259 y ss.

cripción del *deber ser*, se ha afirmado, concluyentemente, que los valores no forman parte del concepto de Derecho, en tanto los valores universales y atemporales (objetivos) no existen, sino que existen sólo valoraciones, por lo que mal pueden formar parte del objeto de la ciencia del Derecho, con su exigencia de objetividad. Son, por lo tanto, ajenos al concepto de Derecho (H. Kelsen y J. Raz). O que el único valor universal existente es el del incremento de la felicidad del mayor número de personas. El denominado principio de *utilidad* (J. L. Austin y J. Bentham). Por su parte, y sin negar la exclusión, han existido manifestaciones en torno a la existencia de determinados valores legítimos, y que el desajuste en función de éstos, si bien no conduce a la invalidez jurídica, cualifica al Derecho como defectuoso (E. Kant y T. Hobbes).

En cambio Cossio afirma, como se dijo, que “...El Derecho es conducta, y una conducta sin valor, ontológicamente, no puede ser”⁵⁶, adscribe a la última corriente descripta de la *axiología*, la que afirma que existen valores *objetivos* propios del Derecho, valores bilaterales de conducta, positivos, entre los que reconoce a siete fundamentales, sin excluir la existencia posible de otros: el *orden*, que recae sobre el plan de vida contenido en la coexistencia y es su valor, siendo la anarquía su desvalor; la *seguridad*, que recae sobre la coexistencia en cuanto circunstancia y es su valor, siendo la inseguridad como peso de la fuerza bruta su desvalor; el *poder*, que recae sobre la jerarquía contenida en la coexistencia y es su valor, siendo la impotencia su desvalor; la *paz*, que recae sobre la coexistencia en cuanto unión y es su valor, siendo la discordia su desvalor; la *cooperación*, que recae sobre la autonomía personal contenida en la coexistencia y es su valor, siendo la masificación su desvalor; la *solidaridad*, que recae sobre la coexistencia en cuanto suerte en común y es su valor, siendo el aislamiento su desvalor, y la *justicia*, que toma la coexistencia como razón suficiente y es su valor, siendo la injusticia su desvalor⁵⁷. Afirma el autor que la *valoración* de estos valores, siendo vivencia individual, no tiene otra garantía contra lo arbitrario y personal que el regirse por

⁵⁶ COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 250.

⁵⁷ COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica* cit., p. 77. Tema también abordado por el autor en su obra *El Derecho en el Derecho Judicial...* cit., ps. 158 a 162.

valores objetivos. Y que el dato de objetividad de la valoración jurídica de estos valores se desprende del dato de la *intersubjetividad*, y de su naturaleza fundamentalmente histórica⁵⁸. Señala Cossio que el buen juez tiene que tener la aptitud de captar las valoraciones vigentes en la sociedad de la que él es órgano⁵⁹⁻⁶⁰.

1.c.4) *La práctica jurisdiccional. Descripción y fundamentación teórica*

Las modernas escuelas o tendencias *iusfilosóficas* resultan absolutamente críticas de las visiones que describen a la actividad judicial como un silogismo lógico de tipo *aristotélico*, donde la norma válida sería la premisa mayor y los hechos comprobados la premisa menor, y cuya puesta en práctica conduciría a una única conclusión verdadera. Así, ésta ha sido descrita, en cambio, como una tarea *constructiva*, en múltiples sentidos⁶¹.

Según Cossio, y como se dijo, la conducta objeto de la ciencia del Derecho, en tanto objeto cultural, *cuenta* con un substrato y un sentido. La norma, por su parte, *menta* un substrato y *contiene* un sentido. En la experiencia jurídica, este substrato mencionado por la norma puede *verificarse* en la realidad de la conducta por medio de la percepción sensorial. Cabe destacar que el substrato material de la conducta se exhibe como un complejo *indeterminable* de circunstancias concretas, diferenciándose de lo propio de toda norma jurídica, que presenta un número *determinado* de ellas, que se constituye como su contenido dogmático o contingente. El sentido de la norma, en cambio, que, como todo sentido, es emocionalmente perceptible, se *integra* al sentido de la conducta de manera inescindible, y es, en última instancia y en todos los casos, producto de una *valoración*. Así, como se dijo, el juez no interpreta la norma, sino la conducta. Conocimiento de la conducta por comprensión, que se construye en proceso secuencial y

⁵⁸ COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica* cit., p. 224.

⁵⁹ Ídem, p. 182.

⁶⁰ Aptitud que en nuestra disciplina Genoud denominó “sensibilidad social” (GENOUD, Héctor, *El juez del trabajo*, Cap. VI, *Caracteres particulares de la función judicial en materia de trabajo*, Abeledo-Perrot).

⁶¹ Ver CÁRCOVA, *Las teorías jurídicas pospositivistas* cit., ps. 39 a 43.

dialéctico a partir de la *norma jurídica general*. De esta manera, y mediante ella, el funcionario judicial, en ejercicio de su función, *objetiva* su criterio valorativo y su conocimiento de la conducta en perspectiva jurídica, lo que, además de ser propio de la función, favorece una aceptación plural y no meramente personal de su decisión. Este último resulta dato no menor en tanto fundamentar el fallo es, como se dijo, darle *fuerza de convicción*, siendo que la objetividad de los fundamentos resulta un dato necesario para que éstos puedan ser valorados, positiva o negativamente, por los demás, y, de esta manera, compartidos o rechazados⁶². Esta comprensión jurídica de la conducta, propia de la función judicial, se distingue de aquella que se podría describir como *libremente emocional*, es decir, no sujeta a cánones normativos, que es la propia de cualquier persona que no ejerce esta función, y que, a diferencia del juez, no forma parte del sistema jurídico.

Cossio se destaca, entre otras cosas, por reconocer en los jueces un amplio poder de creación jurídica en los casos individuales⁶³. Así, expresa explícita adhesión a la frase formulada por Pekelis, que se erige como expresión de la relación existente entre función judicial y norma general de que “los casos concretos no pueden resolverse por medio de proposiciones generales, ni sin ellas”⁶⁴. Este poder de creación jurídica se verifica incluso compartiendo la proposición que afirma que acreditada la existencia de las circunstancias concretas que hacen aplicable la norma, éstas pueden clasificarse en *facultativas*, cuando

⁶² Etala, en mismo sentido, refiriéndose a la relación entre los métodos de interpretación de las normas jurídicas y la actividad judicial, afirma: “Hemos llegado a la conclusión de que los métodos interpretativos constituyen, en la práctica, un repertorio de recursos que permiten al juez dar a su sentencia *fuerza de convicción*, para lo cual ha de buscar en el ordenamiento jurídico, y aun fuera de él, criterios de objetividad que le den el fundamento necesario para presentarla como una decisión *justa y razonable*, a fin de que sea apreciada como tal por un auditorio constituido principalmente por las partes, los tribunales superiores y, eventualmente, por la sociedad” (ETALA, Carlos A., *Interpretación y aplicación de las normas laborales*, Astrea, p. 59). La misma función de objetivación de los fundamentos de la sentencia la cumplen la remisión a decisiones jurisprudenciales y elaboraciones de doctrina.

⁶³ Afirma Kelsen, en este mismo sentido, que las sentencias no son *declarativas*, sino *constitutivas* de derechos (KELSEN, *Teoría pura del Derecho* cit., ps. 146 a 151).

⁶⁴ COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica* cit., p. 223.

conceden al juzgador un menú de opciones entre las que puede válidamente optar, y *regladas*, cuando este margen de maniobra no existe, y lo que el juez decide se exhibe como una *lisa y llana aplicación de la ley*. En este sentido, afirma Cossio que esta obligatoriedad no existe en ninguno de los dos supuestos, dado que el juzgador, luego de valorar positiva o negativamente la norma legal con relación a su aplicabilidad al caso concreto, puede siempre y válidamente destacar y exhibir una *circunstancia no mentada* por una norma *reglada* en particular, hecho que lo conduce directamente, y necesariamente, a aplicar *otra* disposición normativa⁶⁵. En todo caso, en ambos supuestos de normas, *facultativas* o *regladas*, es el juez quien por medio de la elección y relevo de determinadas circunstancias de la conducta, en función de lo que le dicta su conciencia y en pos de la realización de los valores jurídicos objetivos, se coloca por detrás de las *normas jurídicas generales*, decidiendo su utilización y empleo para la construcción del que en definitiva se constituirá en el argumento jurídico de la decisión adoptada⁶⁶. En consonancia con lo dicho hasta ahora, se podría afirmar

⁶⁵ En sus investigaciones Cossio reconoce en la conducta dos tipos de *circunstancias no mentadas por la ley*, distinguiéndolas según se constituyan, por su generalidad, en circunstancias que puedan ser relevadas en casos similares, y aquellas otras que, en cambio, son únicas y específicas del caso en análisis, y que, según afirma, conducirían al problema de la equidad (COSSIO, *El Derecho en el Derecho Judicial...* cit., p. 82). Un ejemplo de las primeras, dentro de nuestro ámbito, entiendo, sería la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal en autos “Rodríguez, Juan c/Cía. Embotelladora Argentina SA y otro” (1993), para restringir la aplicación de la responsabilidad solidaria a la empresa principal mediante la exclusión de la noción de actividad propia y específica de la principal, *cuando se acredite que éste suministre a otro un producto determinado desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución*. Se trata ésta de una circunstancia no mentada por la norma legislada.

⁶⁶ La *Teoría Ecológica del Derecho* describe al proceso de comprensión jurídica de la conducta en interferencia intersubjetiva desplegada por el juez en la función judicial de la siguiente forma: “El juez va a partir de las circunstancias que forman el caso que le traen a resolución; luego vivenciará el sentido del mismo expresado en la ley como si esbozara una sentencia; volverá después a considerar el caso, a ver si el predibujo de la sentencia que ha hecho se acomoda bien o no a él como su sentido; volverá después al sentido que vivencia a través de las normas, destacando acaso algún detalle de los hechos que no había tenido en cuenta antes; una vez más regresará al caso y sus circunstancias quizás valorando otro precepto legal pero siempre

que la constatación de la eficacia práctica de una norma determinada sancionada por el legislador, de su peso específico en la función judicial, se vincularía así, y de manera directa, con el grado de impacto que ella logre en la sensibilidad ética del juzgador. Todo esto se relaciona con la concluyente afirmación del autor, en el sentido de que un juez nunca se desentiende de las consecuencias de su pronunciamiento⁶⁷.

2. ¿Presenta el Derecho del Trabajo –como rama específica relativa al contrato de trabajo y a temas aledaños– alguna peculiaridad dentro de esas pautas? En su caso, ¿cuál es esa peculiaridad?

2.a) Introducción. La especificidad y evolución del Derecho del Trabajo

Las conceptualizaciones y descripciones hasta aquí efectuadas se exhiben como derivados lógicos a partir de concebir ontológicamente al Derecho como objeto *cultural*, y como formando parte de la *estructura lógica formal* que yace en la experiencia jurídica, como dato

ya con un mayor afinamiento del sentido jurídico del caso; y así, en una forma circular, pasando de los hechos al sentido de conducta de estos hechos, el juez se va formando su idea, por comprensión, de lo que es el sentido del caso” (COSSIO, *El Derecho en el Derecho Judicial...* cit., p. 42). En mismo sentido Stone afirma: “La discriminación de los tribunales entre lo que es importante y lo que no lo es, no es de carácter lógico sino ético, en el amplio sentido de una valoración creadora en cuanto que opuesta a una aplicación mecánica. Los tribunales no pueden, correctamente, aducir que la ley no les deja una opción [...] Este estudio no se refiere a los méritos de las decisiones judiciales, sino que quiere destacar que los procesos que implicamos en ellas, por muy intrépidos que sean los esfuerzos para darles la apariencia de una validez lógica y aun de la forzosidad, son, de hecho, el resultado de una elección por los jueces, basada más o menos conscientemente en ideas de justicia aplicadas a los hechos que se llevan ante ellos” (STONE, Julius, *Fallacies of the Logical Form in English Law*, citado por COSSIO, C., *El principio “nulla pœna sine lege” en la axiología egológica*, Apéndice y Anexo de *Teoría de la verdad jurídica* cit. p. 260).

⁶⁷ Afirmación convalidada por doctrina judicial de nuestro más alto tribunal en sentencia “Saguir y Dib” (CSJN, *Fallos*: 302:1284), mencionada en los considerandos de la acordada de la CSJN 36/2009, de fecha 9-9-2009, mediante la cual crea la *Unidad de Análisis Económico*, como organismo especializado para analizar y evaluar los efectos de sus resoluciones en las variables económicas.

positivo. Resultan de esta forma, verdades de razón, juicios *apodícticos*, cosas que, en el plano de lo jurídico, son necesariamente así. Con validez para *todas* las ramas jurídicas, incluida entre ellas, y como una más, la del Derecho del Trabajo, a partir de considerar que ésta contiene todas las condiciones y características específicas y definitorias de lo jurídico en sí, que son las propias del *género* del que nuestra disciplina participa como una de sus *especies*, al igual que las demás disciplinas jurídicas.

Sin embargo, y no obstante esta participación común, existe una conformación propia del Derecho del Trabajo, que mixtura cuestiones del tipo que corresponden a un análisis *histórico* y *sociológico* del Derecho, a la par que otros asuntos propios de la *teoría jurídica*, y de sus fundamentos filosóficos, las que en conjunto hacen a una *especificidad* que inevitablemente impacta sobre la experiencia jurídica en este campo. Especificidad que subyace contenida en su *objeto nuclear*, que es *el conjunto de las relaciones profesionales entre empleadores y trabajadores en el marco de relaciones de trabajo productivo*, y que el sistema jurídico trata en forma diferencial, con la finalidad última de hacerlas *viabiles* en múltiples aspectos (social, económico, cultural, jurídico, etc.) en el sentido de resultar una práctica que esté en armonía con la noción de justicia.

La *relación de trabajo* es, de esta forma, el objeto de imputación última de toda la disciplina jurídica laboral, y en procura del fin de *viabilidad* señalado, el que así descrito, entiendo, contiene la suficiente amplitud como para abarcar dentro de un concepto *único*, los diferentes y contrastantes entre sí *estadios* por los que ha transitado la rama, respondiendo a las exigencias del momento, y con relación a los cuales, luego haré breve y esquemática mención.

Resulta evidente que un dato que ha acompañado a la disciplina jurídica laboral, tal como la concebimos, desde su surgimiento y hasta nuestros días, ha sido su *dinamismo*, su *adaptabilidad a las circunstancias*. Dato que se explica en tanto se comprende que su consistir precisa de alcanzar una necesaria dosis de *eficacia* y *eficiencia* para el logro de sus fines, en tanto radica allí la justificación y el fundamento *sociológico* de su misma existencia. Y, en este sentido, con el transcurrir del tiempo han variado, y de modo sensible, tanto los *modos* de trabajar

y producir como las *concepciones* políticas, económicas, sociales, filosóficas, etcétera, que, formando parte del acervo cultural de una comunidad, son el *prisma* a través del cual aquellos *modos* se valoran e interpretan, y que el Derecho plasma sintéticamente en un determinado *orden de coexistencia*, que, como *deber ser*, es resultado y expresión de un *juicio estimativo* fundado, en última instancia, en el *valor justicia*.

Este análisis, que se desarrolla dentro de lo que se constituye como el objeto de la *sociología jurídica*, disciplina que forma parte de las ciencias del *ser*, y que se exhibe como *fuerza material* del ordenamiento normativo laboral, se complementa con la consideración de la *función* que el Derecho del Trabajo cumple en la sociedad⁶⁸. Entendiendo por tal al conjunto de consecuencias ocasionadas a causa de la aplicación concreta de las prescripciones de esta rama del Derecho. En este sentido, se destaca que el Derecho del Trabajo se ha conformado como *un medio o instrumento para alcanzar la paz social*, en particular procurando la coexistencia pacífica en un sector de la sociedad particularmente conflictivo, como suele ser el del mundo del trabajo⁶⁹. Esto deriva en la postulación del Derecho del Trabajo como un Derecho *transaccional* entre trabajadores y empresarios. Por otra parte, también se destaca su función de *regulación de la competencia*. Desde un punto de vista más crítico de sus funciones, se ha afirmado, por un lado, que constituye un mecanismo para la conservación del *statu quo social*, por medio de la mejora de las condiciones de trabajo⁷⁰, y a su vez,

⁶⁸ En este apartado se siguen, en cuanto a la distinción, clasificación y conceptualización de los fines y funciones del Derecho del Trabajo, fundamentalmente, las enseñanzas de VALVERDE, Antonio Martín, *Relaciones de trabajo y Derecho del Trabajo. Fines y funciones del Derecho del Trabajo*, Cap. I de la obra de VALVERDE, Antonio M.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, ps. 60/65.

⁶⁹ En este sentido, Khan-Freund destaca que el conflicto entre capital y trabajo es consustancial a la sociedad industrial y, por ello, a las relaciones laborales. El autor afirma que existe, sin embargo, un interés compartido entre empresarios y trabajadores: el de que sus necesarios e inevitables conflictos sean regulados periódicamente mediante procedimientos razonablemente preestablecidos (KHAN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, trad. de Jesús M. Galiana Moreno, 3ª ed., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 1987, ps. 63/64).

⁷⁰ El Derecho del Trabajo contiene, desde sus orígenes en la Revolución Industrial,

por otro lado, se lo ha catalogado como una interferencia perjudicial al libre juego del mercado, según los postulados esgrimidos por la tesis económica neoliberal.

Pero frente a las circunstancias que en todo momento impulsaron, legitimaron, justificaron y, en definitiva, hicieron conveniente y propicia su aparición, desarrollo posterior, y su permanencia al día de hoy, como datos *sociológicos* propios del mundo del *ser*, existe una razón de pura estirpe *jurídica*, es decir, del *deber ser*, que valida la existencia del Derecho del Trabajo como rama jurídica autónoma, aunque dentro del ámbito del Derecho Privado, y que básicamente yace en la contradicción que se percibe entre los fundamentos filosóficos del Derecho Civil y la regulación jurídica de la relación de trabajo. En efecto, el Derecho Civil moderno concibe a las relaciones intersubjetivas como relaciones que se dan entre sujetos *libres e iguales*, y, en consecuencia, y a partir de allí, consagra, como fundamento y justificación de la existencia de las obligaciones jurídicas, a la *autonomía de la voluntad*⁷¹. Sin embargo, éste no era el fundamento filosófico que subyacía en la figura del contrato de *locación de servicios*, que era el único previsto para regular las relaciones intersubjetivas que se daban dentro de una relación de trabajo. El contrato de locación de servicios (*locatio hominis*) corresponde a una cultura jurídica anterior, la cultura *romanista*. Cultura que no postulaba esa *igualdad y libertad* de todas las personas, y extraña, por lo tanto, a los postulados liberales de la Revolución Francesa. En efecto, la equiparación inicial de todas las personas, ausente en Grecia, y por derivación cultural, ausente en Roma, tiene el efecto jurídico de privar de fundamento a la noción jurídica del arrendamiento de personas, considerado como una variedad dentro del arrendamiento de *cosas*⁷².

reglas cuya finalidad expresa consiste en mantener dentro de determinados límites el despliegue del poder del movimiento obrero y en impedir a priori toda perspectiva de superar al sistema. DÄUBLER, Wolfgang, *Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, ps. 90 y ss.

⁷¹ No se puede soslayar que la noción de igualdad esencial de todos los seres humanos ha sido un aporte del cristianismo.

⁷² No obstante ello, aún hoy en día, nuestro Código Civil prevé y reglamenta el contrato de la locación de servicios, en el mismo título donde se reglamenta la locación de cosas.

Esta yuxtaposición de términos contradictorios en materia cultural y filosófica desbarata las soluciones del Derecho Civil moderno, y obliga a una total reelaboración de la regulación jurídica de la relación de trabajo, alejada de la figura de la locación de servicios, en pos de cumplir eficazmente con el fin principal del Derecho, la realización de la justicia en las relaciones intersubjetivas. Cuestión jurídicamente difícil en tanto la relación de trabajo tiene una *estructura relacional* específica y peculiar que se caracteriza por ser *jerárquica*. En efecto, el *objeto* (en términos de lo dispuesto por los arts. 1167 y ss. del Cód. Civ.) del contrato de trabajo es la *prestación de una actividad dirigida, productiva, personal e infungible*. A partir de allí, y como consecuencia lógica, los frutos de dicha prestación *pertenecen anticipadamente* al empleador, quien debe contar, consecuentemente, y como el propio objeto lo prevé, con las atribuciones de *organización y dirección* de la prestación. La noción es central, el dato de la *ajenidad* es el que configura y define a la relación de trabajo como tal⁷³.

⁷³ Asimismo, como dato de análisis jurídico, se ha afirmado que el Derecho del Trabajo es un Derecho unitario, en tanto comprende Derecho Privado y Derecho Público. No comparto la hipótesis. Entiendo que el Derecho, en la actualidad, no puede tolerar que entre dos sujetos privados (o que actúan como tales, como es el caso del Estado empleador) exista, legitimada, una relación *jurídica* de *poder*, que confiera la titularidad de un *derecho subjetivo* en cabeza del empleador, y un correlativo *deber jurídico*, en cabeza del trabajador, a exigir y prestar *sumisión y obediencia*. Relación de *poder* naturalmente propia de las relaciones *jurídicas* de Derecho Público. Así, y no obstante el grado de desigualdad social y económica que *contingentemente* se configure, como dato de la *realidad*, entre un empleador y un trabajador, y que se plasme, en los *hechos*, en una injusta situación de absoluta sumisión y obediencia, siempre se tratará, en términos *jurídicos*, de una relación que se rige por los postulados del Derecho Privado. En consecuencia, a la relación de trabajo, aunque matizadas sensiblemente por el principio *protectorio* y por su propia especificidad jurídica, le resultan aplicables todas sus reglas, y entre ellas, y fundamentalmente, el principio de *libertad jurídica* y de *autonomía de la voluntad* de las partes, principios absolutamente extraños en las relaciones jurídicas de Derecho Público, por sus propias características.

Por su parte, con la calificación del conflicto señalado, como de pura estirpe jurídica, debo concluir en que no basta con recomponer una situación *fáctica* de igualdad *pregnegocial* para así alcanzar la solución de los problemas que la relación de trabajo regulada por medio del contrato de locación de servicios acarrea en este plano, el del *deber ser*, y cuya disfuncionalidad se proyecta sobre las relaciones profesionales concretas. El conflicto jurídico, con base filosófica, que implica la existencia

A consecuencia de la inaplicabilidad de los postulados jurídicos fundamentales de *igualdad* del Derecho Civil en las relaciones inter-subjetivas propias y típicas de toda relación de trabajo, y negadas las formas de organización por corporaciones de oficios, típicas de tiempos anteriores, y, fundamentalmente, a partir de las consecuencias sociales de las extendidas formas de trabajo en la sociedad capitalista, que exigían un accionar urgente, el Derecho ha reaccionado mediante la formulación de distintas y sucesivas soluciones de técnica jurídica, acordes a las exigencias, evolución, expectativas y particularidades del momento. Así, la historia del Derecho del Trabajo moderno y de su contexto reconoce tres estadios contrastantes que lo conducirán, no sin contradicciones y conflictos de armonización entre sí, desde un primer paradigma de invocación y defensa de una protección heterónoma de fuente estatal de tipo *paternalista*, al reclamo de la defensa y promoción del *diálogo social* en un ambiente político de participación democrática.

El análisis histórico resulta relevante en tanto se pretenda emprender la tarea de señalar finalmente *qué es o en qué consiste* hoy el Derecho del Trabajo. En efecto, la determinación de su *especificidad* en su presente *existencial*, que es el metodológicamente adecuado para conocerlo, conlleva el análisis de su pasado que persiste e irrumpe vital en su presente *biológico*, y donde también encuentran lugar el conjunto de las aspiraciones que proyecta para su futuro. Este presente *existencial* tiene sus raíces en la *Modernidad*, como punto de partida inicial, y exhibe los signos de haber transitado y de haberse nutrido de concep-

del *contrato de locación de servicios* subsistiría aún si existiese excedente de oferta de puestos de trabajo. En este sentido, el *contrato de locación de servicios* genera, con los parámetros culturales del Derecho moderno, una tensión irresoluble y contradictoria entre un elemento estático y otro dinámico. Lo primero, en tanto la prestación personal, como *cosa* que el locatario tiene el derecho a dirigir, y cuyos frutos y riesgos le corresponden. Y lo segundo, contingente, incierto, donde las *personas* implicadas, libres e iguales, tienen la aptitud de negociar las condiciones de la prestación comprometida. Y en tanto la prestación, como *cosa*, es inseparable de la *persona* que trabaja, o el empleador anula la condición de *persona* de quien compromete su prestación como una *cosa*, o la *persona* anula el poder de dirección que sobre la prestación, como *cosa*, tiene el locatario, quien no obstante será dueño de los frutos de la prestación, como *cosa*, y quien debe cargar con todos los riesgos.

ciones y factores de distinta índole (económicos, jurídicos, filosóficos, sociales, políticos, etc.), que de manera absolutamente incontestable, lo han configurado y reconfigurado en procura de la señalada *viabilidad* en múltiples aspectos de la relación de trabajo en la comunidad.

2.b) *Primer estadio: El surgimiento del Derecho del Trabajo de la era moderna. Su contexto*

En sus primeras manifestaciones, últimas décadas del siglo XIX, una versión prototípica del Derecho del Trabajo surgió formando parte de un fenómeno jurídico, filosófico y político que luego crecería hasta su establecimiento definitivo y que se denominaría *constitucionalismo social*. Tal versión lo presentaría como un conjunto de normas jurídicas dispersas e independientes entre sí, tendientes a mejorar asistemáticamente las paupérrimas condiciones de trabajo que padecía el colectivo social compuesto por los trabajadores asalariados y sus familias, situación de indignidad cuya importancia y trascendencia sería consagrada por la frase *cuestión social*. Esta asistematicidad, entre otras cosas, fue la que llevó a nominar al conjunto de estas disposiciones protectorias de fuente heterónoma tan sólo como *legislación industrial*, o *legislación obrera*, adoptada por el Estado en ejercicio de su *poder de policía*, y no como una rama del Derecho autónoma.

La idea jurídica general era hacer *viable* la relación de trabajo mediante el aseguramiento de condiciones *mínimas* de trabajo, por medio de normas imperativas, sustraídas por tanto, y por vía de *excepción*, al poder regulador de la *autonomía de la voluntad* de las partes. Se trataba de brindar cierta *protección* a una persona que no podía hacerlo por sus propios medios, a un *hiposuficiente*. Tarea que se encargaba al Estado nacional⁷⁴.

El contexto que rodeaba a la incipiente disciplina era el *Estado moderno, soberano y liberal* de Derecho, el *Estado gendarme*, custodio de las libertades individuales, afirmado jurídicamente, como se dijo, en un discurso dogmático de la igualdad *formal* y libertad *individual*

⁷⁴ Una expresión cabal de este estadio es el nombre del primer antecedente de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), fundado en el año 1901, la “Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores”.

de todas las personas, y con una concepción *abstracta* del hombre (sin consideración de tiempo y espacio). La *autonomía de la voluntad* era considerada la gran regla jurídica para la organización de las relaciones interpersonales y la distribución de bienes en la esfera de las relaciones de Derecho Privado. Categorías de lo *público* y lo *privado* perfectamente delimitadas y separadas, tanto en clave jurídica (en las nociones de Derechos Público y Privado) como política y social (principio de no interferencia, escasa participación en el ejercicio del poder público, voto limitado, etc.).

2.c) *Segundo estadio: Fuerte crecimiento y consolidación del Derecho del Trabajo. Su contexto*

Éste es el período que puede válidamente afirmarse comienza a partir de la puesta en marcha del denominado *New Deal* (1933) hasta la llamada *Crisis del Petróleo* (1973). En él se afirma el Derecho del Trabajo como rama jurídica autónoma, y donde adquiere la configuración que actualmente se le reconoce, digamos, en su versión típica. Y con una función social absolutamente relevante. En efecto, derivado de su aplicación, el trabajador asalariado, hasta ese entonces un *excluido social*, conseguía, por medio del trabajo (y en particular, por obra de la puesta en práctica de las reglas técnicas de protección diseñadas por la especialidad) su ingreso en la sociedad con una identidad, un estatus y un rol social determinados. Complementado, por cierto, por mecanismos de protección y tutela provistos, en primer lugar, por los *seguros sociales* y, luego, por un *Derecho de la Seguridad Social* en expansión. Disciplinas que en este tramo exhiben una fuerte vinculación con el colectivo de trabajadores asalariados y sus familias. De hecho, en nuestro país, la expansión de muchos de los beneficios de la incipiente Seguridad Social al colectivo de trabajadores se debió al accionar de los sujetos colectivos en la negociación colectiva.

En este período se procura alcanzar una *igualdad real* entre empleadores y trabajadores, y garantizar el ejercicio efectivo de la *libertad* en la empresa, y constituye la máxima aspiración lograr la *participación* de los asalariados, tanto en lo que se refiere al reparto de las ganancias de la empresa como en el aspecto organizacional, por medio de la

colaboración en su dirección, esto último, a través, por ejemplo, de la institucionalización y puesta en marcha de los denominados *consejos de empresa*.

En términos estrictos de *dogmática jurídica*, es la noción *jurídica* de *empresa*, como organización de medios con finalidad productiva, la central en la materia. Elección fundada sociológica y axiológicamente en el dato de que tanto el empleador como el trabajador, más allá de perseguir su propio bienestar y prosperidad, cumplen, en realidad, un rol social más importante y que los trasciende, el de realizar un aporte para el éxito de la empresa y contribuir, de esta manera, al progreso de la comunidad. Así, es el concepto jurídico de los *finés empresariales* el que justifica y viabiliza, en términos del valor justicia, la existencia y los límites del ejercicio de los poderes de organización, dirección y disciplinario del empleador, a la vez que, simultáneamente, legitima *jurídicamente* los mismos aspectos, pero en relación con el deber de sumisión y obediencia que corresponde al trabajador⁷⁵.

El contexto que propició esta situación fue el del establecimiento y auge del *Estado de Bienestar (Welfare State)*, el *Estado Social* de Derecho. Las nefastas consecuencias sociales de un mercado *autorregulado* avalaban el intervencionismo estatal. Período, además, de incesante crecimiento económico, de pleno empleo y de protagonismo de las formas de producción *taylorista-fordista*. Se presentaba, por su parte, un determinado marco social, político y cultural, fuertemente influenciado por las dos grandes guerras mundiales (la segunda en particular).

A su vez, el *constitucionalismo social*, ya adoptado y afirmado mundialmente, imponía una concepción del hombre *situado o en si-*

⁷⁵ Esta forma de regulación respondería al fenómeno que Supiot graficó como *La inserción del estatuto en el contrato*. Expresión que remite a una síntesis de las concepciones *romanista* y *germánica* de las relaciones de trabajo, culturas antagónicas que por medio de la doctrina *iustlaboral* italiana se unen en una noción de contrato o relación de trabajo que combina simultáneamente una *relación de cambio* entre iguales, que proviene de la primera tradición, y un vínculo de subordinación *personal*, propio de la segunda, influenciando a países latinos como España o Portugal (ver al respecto SUPLOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, trad. de José L. Gil y Gil, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, ps. 29 a 50).

tuación (espacial y temporal), lo que permitía que el legislador pueda considerar en el proceso de adopción del que se constituirá como el *contenido dogmático* de las *normas jurídicas generales*, y particularmente en la valoración e interpretación de la realidad, qué ineludiblemente debe hacer, y qué se exhibe como la fuente material de su producción jurídica, tanto el contexto histórico, la pertenencia a grupos, como, en general, las condiciones de vida de sus habitantes, como cuestiones todas con relevancia jurídica, a fin de poder brindarles tratamiento normativo especial y diferenciado, sin que ello constituya en absoluto violación al principio de trato igual. Se imponía el mandato fundado en el valor justicia de procurar la igualdad *real* entre las personas, la igualdad de oportunidades. Así, en el Estado Social la libertad individual se entiende como un *poder hacer concreto*. No alcanza con ser titular de derecho y de que no haya impedimentos para su ejercicio, sino que se precisa, además, que ese derecho se constituya como una *pretensión lograble*, es decir, que el individuo cuente con los medios necesarios para poder ejercitarlo efectivamente⁷⁶.

En este tiempo, la distinción social en *clases productivas*, antes fenómeno social espontáneo, era ahora propiciada, avalada y legitimada por el Derecho. En materia filosófica, las corrientes de pensamiento *existencialista*, negadoras de una supuesta *naturaleza humana esencial*, impulsaban, en general, la activa participación y compromiso del hombre con su tiempo y su contexto, diferenciándose así de los postulados deterministas de otrora, ya sea de corte teológico o racional, que, al contrario, le concedían una actitud pasiva en función de un orden que le era impuesto y que, en el mejor de los casos, apenas podía comprender.

En materia política, los efectos de la bipolaridad política y económica expresada en el transcurso de la denominada *Guerra Fría* producían una especial preocupación en los Estados de economía *capitalista* relacionados con procurar el bienestar de su clase trabajadora y desalentar de esta forma planteos revolucionarios de ideología marxista.

⁷⁶ SAGÜÉS, Néstor P., *El constitucionalismo social*, en VÁZQUEZ VIALARD, A. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Astrea, t. II, p. 700.

Por otro lado, el auge de las *democracias* como forma de gobierno, de participación política y de organización social, y la extensión del voto al universo de los ciudadanos constituyen sin duda factores que impulsan y determinan la activa intervención de la *clase trabajadora* en las decisiones políticas.

En este marco, descolla la propia acción colectiva de los trabajadores, robustecida y canalizada por las organizaciones sindicales, y su creciente participación en el ámbito público, ya sea conformando una estructura asociada al poder gubernamental, ya sea conformando un fuerte sector de opinión y presión en materia de política económica y social, y, por otro lado, su aporte en el específico desarrollo de la disciplina, fundamentalmente mediante la adopción y el posterior reconocimiento estatal de existencia y validez de normativa sobre condiciones de trabajo de aplicación general y fuente no estatal, los convenios colectivos de trabajo.

Era el tiempo de las *soberanías absolutas* y de la ineficacia práctica del Derecho Internacional, concepción materializada especialmente en el sostenimiento de una concepción *dualista del Derecho* y una extendida comprensión de las disposiciones de fuente *internacional* como normas meramente *programáticas*, es decir, como meros compromisos asumidos por los Estados firmantes para adecuar su legislación a futuro, y no constituyendo en absoluto *derechos subjetivos* de los particulares. Esta doctrina permitía que los Estados nacionales conservaren el manejo, exclusivo y excluyente, de la iniciativa y dirección de los mecanismos y estándares de protección laboral (como de todas las áreas del Derecho y de la vida pública en general) sin injerencias foráneas.

En materia de la denominada *ciencia* del Derecho, entiendo de relevancia puntualizar dos cuestiones, por un lado, la prevalencia de los métodos de interpretación jurídica inspirados en la escuela *exegética* (interpretación lógica y gramatical), a pesar de que, aun en segundo plano, se formulan teorías en procura de establecer una dinámica relación entre Derecho y cambio social (interpretación *histórica*, interpretación *funcional a objetivos sociales*, etc.), y, por el otro, el sistema de fuentes del Derecho, integrado por el conjunto de normas vigentes, imperativas, coactivas y heterónomas de fuente estatal, y, por la influencia del positivismo jurídico normativo con su teoría de la validez

formal, conformando un sistema *lógico-jurídico* ordenado en estructura *jerárquica piramidal*. Esta forma prevalente de interpretación y esquema de fuentes del Derecho, sumada a un fuerte apego a la doctrina de la *división de poderes*, determina además la sumisión del juez, tercero imparcial, al texto de la norma y su (supuesta) significación *objetiva* o, en su defecto, al propósito del legislador. Esta situación era reflejada, en nuestro país, en un limitado alcance del *control judicial de constitucionalidad* sobre la producción legislativa.

2.d) *Tercer estadio: La transformación y reposicionamiento del Derecho del Trabajo. Su contexto*

Finalizado dicho período, y consecuencia de grandísimas transformaciones de diverso orden, esta rama, y el Derecho en general, comenzó a evidenciar importantes mutaciones, cambios que se siguen produciendo hoy día y que la reconfiguran, y entiendo también le quitan la autonomía e independencia de otrora.

2.d.1) *El desarrollo tecnológico y su impacto en los modos de producción. Efectos sobre las categorías jurídicas paradigmáticas del Derecho del Trabajo: Trabajadores, empleadores y empresa*

Una enumeración de las circunstancias que pesaron en la transición del período anterior al actual debería considerar necesariamente la aparición y desarrollo de nuevas *tecnologías*, en especial las vinculadas al procesamiento de información y facilitación de las comunicaciones. Ellas propician el pasaje desde una *sociedad industrial* a una *sociedad de la información y del conocimiento*, con formidable secuela en la evolución de las economías nacionales, así como en la estructura de las relaciones económicas internacionales. En este sentido, se han profundizado y acelerado los procesos de *globalización*, con efectos en los mecanismos para el intercambio de bienes, del flujo de finanzas, de la migración de establecimientos productivos, y el desplazamiento de trabajadores⁷⁷.

⁷⁷ Cabe señalar que los intercambios y movilidad de los factores señalados –bienes, finanzas, establecimientos productivos, trabajadores– entre los diferentes Estados que integran el globo ha sido claramente dispar.

En el ámbito estrictamente laboral, estas innovaciones han implicado una mejora en los niveles de productividad así como impulsado cambios en el modo de llevar adelante la gestión empresarial, con consecuencias sobre el empleo y su regulación normativa. En efecto, debido a la mayor *eficiencia* del trabajo prestado, se produce una lógica reducción del número de mano de obra requerida, constituyendo así una de las causas del crecimiento de los índices de desempleo, y conduciéndolo de uno calificable de *coyuntural* a uno *estructural*; por su parte, para el empresario surge también la necesidad de implementar nuevas políticas y técnicas para dar respuesta a un mercado más comunicado, interrelacionado y competitivo. Es así que se recurre fundamentalmente a la adopción y puesta en práctica de técnicas de *descentralización* y *externalización* productiva, como también a novedosas formas de *gestión empresarial*. Estas últimas, en general, importan una delegación de sus tradicionales poderes (de organización y dirección empresarial) a los trabajadores, quienes cuentan así con un mayor grado de autonomía funcional, y de esta manera procurar potenciar sus aptitudes y calificaciones para hacer frente de manera más eficaz y en mejores condiciones a las mayores exigencias que requiere un aumento de la productividad, la fabricación de productos más sofisticados, como la prestación de servicios más complejos.

Estas circunstancias reseñadas afectan necesariamente la regulación normativa tradicional, forjada durante años, del fenómeno del trabajo asalariado. Y ello en tanto la realidad pone en riesgo la eficacia y eficiencia de las *tres categorías jurídicas paradigmáticas* de la disciplina laboral, esenciales para la delimitación de su ámbito de aplicación subjetivo, lo que implica decir, de su propio objeto. Hago referencia a la idea de trabajador asalariado, la de empleador, y la noción de empresa.

La de los *trabajadores*, y en tanto, como se dijo, cuenten con un mayor grado de autonomía funcional (flexibilidad horaria, indeterminación de lugar de trabajo, independencia técnica, etc.), se aleja, por decirlo de alguna manera, de la vieja figura del trabajador industrial (dependiente económico, jurídico y técnico, inserto en una organización empresarial ajena que le impone rígidas condiciones de trabajo), modelo de persona hiposuficiente y en tal condición necesitada de protección. Dato que afecta, además, el *criterio de dependencia jurídica*, que ha

sido el criterio de reconocimiento más utilizado por los operadores jurídicos desde el surgimiento de la disciplina para la identificación del sujeto trabajador dependiente. Por otra parte, constituyen, asimismo, factores problemáticos a la tradicional conceptualización del trabajador asalariado y su diferenciación con el empresario independiente, la aparición de una categoría intermedia de trabajadores, entre autónomos y dependientes, los que han sido denominados *parasubordinados o cuasi asalariados*, quienes si bien resultan ser jurídicamente independientes, son a su vez económicamente dependientes de quienes le proveen trabajo, denominados *nuevos trabajadores autónomos*; o el caso de los *teletrabajadores*, cuyas condiciones de trabajo (a distancia y mediante el uso de tecnologías de la información y del conocimiento), en clave jurídica, lo asemejan más a un trabajador independiente que a uno dependiente, debido a que dejan de estar *a disposición* del empleador para que éste utilice su fuerza de trabajo, en tanto sus obligaciones parecen ser más bien de *resultado* que de *medios*. Éstos son todos casos que desdibujan las ya de por sí conceptualmente débiles fronteras entre trabajadores autónomos y dependientes, y por su parte, y lo que considero más grave, tal distinción ya no es tan útil ni eficaz a efectos de identificar al sujeto trabajador necesitado de protección, lo que priva a esta rama de la eficacia que exige como justificación de su misma existencia.

También se produce un desdibujamiento, ocultamiento y/o fraccionamiento de la típica figura del *empleador* y de sus poderes inherentes, con la aparición de la organización de empresas en red, filiales, etcétera. Estructuras que conforman una compleja, dinámica y funcional distribución de ámbitos de decisión empresarial. Y con directo impacto en la eficiencia de las reglas instauradas por la rama, en tanto el empleador es la persona a quien normalmente se le imponen los costos de la protección establecida a favor de los trabajadores.

Ligado a todo esto, también se ha producido el resquebrajamiento de su tradicional *ámbito* de competencia, fin último y bastión en el estadio anterior, la regulación de la convivencia en la *empresa*, porque se han diluido críticamente los elementos caracterizantes de su conceptualización *práctica*, principalmente los de ámbito físico determinado y autonomía organizacional.

2.d.2) *El Derecho del empleo, el moderno Derecho de la Seguridad Social y el impacto sobre los estándares de protección diseñados por el Derecho del Trabajo*

El desempleo estructural ha dado lugar a la configuración en paralelo al Derecho del Trabajo, de un *Derecho del empleo*, con una clara finalidad de creación de puestos de trabajo productivo, cuya delimitación con relación a nuestra disciplina es en muchas ocasiones imperceptible, pero que claramente impacta en el diseño y alcance de los estándares de protección que la disciplina laboral ha puesto en vigencia, todo en la inteligencia de que los mayores costos empresarios que éstos implican inhiben la contratación.

También ha propiciado un cambio significativo el avance del *Derecho de la Seguridad Social*, en procura de una protección universal, y ya no sólo limitado a los sujetos que desarrollen trabajo asalariado, y cuya financiación también compromete costos empresariales.

El desempleo estructural ha fisurado las otrora eficaces barreras de protección obtenidas a partir del trabajo (el Derecho del Trabajo no protege a quien no tiene trabajo) y conformado a un nuevo colectivo crítico, el de los *desocupados*. Las extendidas técnicas de protección social y las que procuran el fomento de la contratación provocan que las diseñadas por el Derecho del Trabajo, por sí solas, sean insuficientes, en tanto las necesidades de tutela *rebasan* sus posibilidades de cobertura. Existe, por lo tanto, un serio cuestionamiento con relación al alcance y costo de sus estándares de protección, proponiendo su modernización y flexibilización para de esta manera hacer frente en mejores condiciones a un contexto más globalizado y competitivo, principalmente a través del otorgamiento de un margen de maniobra mayor a la empresa. De esta forma, reconfigurando al Derecho del Trabajo, adquiere una relevancia protagónica, la noción de empresa económicamente sustentable.

2.d.3) *El contexto político y jurídico*

En el ámbito político, y si bien el fin del mundo bipolar ha exacerbado un renacimiento de la ideología liberal más cruda, expresada en el denominado *neoliberalismo*, cabe señalar que esta corriente fue

rápida y relativizada en importancia debido a la crisis económica mundial, donde nuevamente se discute el rol del Estado en la vida social y económica; lo cierto es que, más allá de ello, la considerada *amenaza marxista* ha dejado de serlo, por lo menos hasta el día de hoy, y con ello ha perdido un argumento de peso la decisión estatal de implementar políticas sociales de protección.

En materia *jurídica*, los cambios no son menos notorios, en especial, reflejo de una creciente integración internacional, particular y especialmente desarrollada en Europa, con la implantación y vigencia de normativa y órganos supranacionales. Éste resulta un fenómeno que con un mayor o menor grado de desarrollo existe y progresa en todas partes de mundo. Esta situación implica un debilitamiento crítico de la noción de soberanía estatal a manos de una creciente *internacionalidad* y la consecuente pérdida de autonomía decisional de los Estados nacionales. Son manifestaciones de este fenómeno la consolidación de un *ius cogens* en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el reconocimiento de autoridad y competencia jurisdiccional a determinados organismos internacionales pertenecientes a los distintos sistemas de protección universal y regional sobre la misma materia. Derechos que son considerados *fundamentales* en la mayoría de las Constituciones de las naciones del mundo, conformando en algunos casos los denominados *bloques de constitucionalidad*, y que constituyen verdaderos *derechos subjetivos* para los particulares, en tanto les confieren a éstos auténticos *poderes jurídicos*, en el sentido de brindar *acción procesal* para su ejercicio ante la autoridad competente y amparo frente a su violación, tanto con relación a la autoridad estatal como ante otros particulares.

Esta época marca la transición del Estado *Social* de Derecho al *Estado constitucional antropocéntrico*⁷⁸. En éste se produce la superación de la dicotomía entre derechos individuales y sociales, por una concepción *integradora y superadora* que, a partir de la dignidad del *ser humano*, reflejada jurídicamente en su condición de sujeto de derecho, reconoce su legítima y natural aspiración a procurar su desarrollo cultural, en un

⁷⁸ Con relación a la noción de Estado constitucional y su crítica al tradicional sistema de fuentes del Derecho ver HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2003.

marco de libertad individual y social. En esta concepción, la mayor jerarquía del orden normativo internacional sobre los derechos humanos conforma una estructura de valores jurídicos que funciona, frente a todo orden jurídico, como *patrón axiológico imperativo*, a lo que debe sumarse el *patrón ético-político* conformado por los principios democráticos de participación y defensa del pluralismo y de la diversidad social. Estas estructuras constituyen un *contenido normativo dogmático obligatorio* a nivel constitucional con la virtualidad de determinar y condicionar la producción y actuación de los poderes constituidos⁷⁹.

Esta nueva configuración conmueve particularmente la percepción que se tiene respecto de la normativa fundamental de un Estado donde exista efectiva participación democrática. Así, estas circunstancias constituyen el fundamento de una visión crítica sobre los sistemas jurídicos que se justifican y legitiman en la búsqueda de una supuesta interpretación aséptica, unívoca, aislada, autónoma e invariable, de la autoridad habilitada, y que propone su reemplazo por otra que, atenta a múltiples posibilidades, afirma que todos los que componen una sociedad, en forma individual o colectiva, resultan intérpretes *legítimos* de la Constitución, no sólo diciendo, sino realizando y *viviendo* el Derecho. Esta postura resulta armónica con la conceptualización y concepción de la norma fundamental material como el resultado de la conjunción entre *texto* y *cultura*. En tal orientación, el órgano social con competencia para dirimir conflictos intersubjetivos deberá valorar y aplicar *funcionalmente* los preceptos normativos, cuidando de respetar el marco jurídico, filosófico, axiológico, político e institucional

⁷⁹ Cabe recordar, como contraste, lo que expresaba Kelsen en relación con la obligatoriedad de contenido, o material, de las normas constitucionales: “La Constitución [...] determina, por lo común, sólo el órgano Legislador y el procedimiento legislativo, dejando al órgano Legislador la determinación del contenido de las leyes. Sólo excepcionalmente determina [...] el contenido de la ley que se dictará al excluir ciertos contenidos”, y luego agrega con otras palabras: “la Constitución representa Derecho de forma, Derecho Procesal, predominantemente, mientras que el escalón inmediatamente subordinado de producción de Derecho, representa tanto Derecho de forma, como Derecho de fondo (material)” (KELSEN, *Teoría pura del Derecho* cit., p. 142). Esta misma conceptualización de la norma constitucional ha sido sostenida por autores como ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza*, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo de Hombres, Universidad de los Andes, 1997.

imperante, y, fundamentalmente, la legítima y autónoma decisión de los componentes de la sociedad, que constituye la suprema manifestación de su condición de sujetos libres.

En este estadio de fuerte internacionalidad la *Organización Internacional del Trabajo* (OIT) alcanza su grado máximo de reconocimiento *universal*⁸⁰. La organización, por su parte, en procura de la adaptación a los cambios reseñados y de un reordenamiento y jerarquización en orden a la exigibilidad de los múltiples convenios adoptados a lo largo de su historia comienza, a partir de fines de la década del 80, una fuerte política de revisión de normas que culmina clasificando a dichos instrumentos en *prioritarios*, *no prioritarios* y *obsoletos*, con efectos directos sobre el régimen de control regular, y luego, en 1998 adopta la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, donde promociona e impulsa la ratificación de los ocho convenios considerados fundamentales. Ellos son los relativos a la Libertad Sindical y la Negociación Colectiva, a la Eliminación de Todas las Formas de Trabajo Forzoso, a la Abolición Efectiva del Trabajo Infantil y la Eliminación de la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, los que considera obligatorios con relación a todos los Estados que la componen, derivado de la sola condición de miembro⁸¹.

Estos distintos estadios y contextos por los que ha transitado y transita el Derecho del Trabajo, cada uno con sus características distintivas y contrastantes con relación a los otros, tienen la virtualidad de crear *conciencia* y *convicción* acerca de lo que esta disciplina *es*, o en qué *consiste*. En este sentido, el primer estadio sedimentó la noción jurídica de que se trata, en esencia, de una *técnica de protección al trabajador* por medio de la imposición a las partes de una serie de derechos considerados básicos de los trabajadores, para la viabilidad de las relaciones de trabajo. El segundo estadio, por su parte, además de justificar científicamente la

⁸⁰ Particularmente en los Estados no europeos. Allí el derecho social se desprende básicamente de lo que disponen los órganos e instrumentos normativos de la Unión Europea.

⁸¹ Esta política de la Organización es vista negativamente desde algún sector de la doctrina nacional e internacional, a mi modo de ver, de manera injusta, como una mera flexibilización normativa en perjuicio de los trabajadores.

existencia de la rama, fomentó una visión jurídica equilibrada e igualitaria (en términos reales, no formales) de la relación entre trabajadores y empleadores, procurando, a partir de la noción de los fines empresariales y de la activa participación de los sujetos colectivos, organizar un régimen de derechos y obligaciones recíprocas entre sujetos libres e iguales, lo que virtualmente fomentó y estimuló la construcción conceptual de la relación de trabajo como el marco propicio para la realización de la convivencia pacífica, armónica e igualitaria, en clima de colaboración entre los sujetos que la integran, y a partir de cuyas prestaciones resulta posible materializar el logro de fines sociales más elevados que aquel al que las propias partes podrían aspirar por separado. Y el tercer estadio, por último, que es el que actualmente transita, parece expresar la necesidad primordial de que el Derecho del Trabajo, en este contexto, y a partir de las dinámicas nociones de *trabajo decente* y *diálogo social*, adecue, revise y actualice sus herramientas jurídicas en pos de brindar una protección *funcional* al bienestar general, con relación a todo sujeto que inmerso en una relación de trabajo productivo se exhiba como *contratante débil*. Noción de relación de trabajo ahora amplificada, donde pasan a segundo plano sus características *formales* y *sustanciales* de otrora, en tanto en cuanto se trate siempre de la constatación de una prestación personal por parte del trabajador⁸².

3. ¿En qué consiste el principio protector? ¿Qué alcance corresponde atribuir a este principio?

3.a) *Introducción*

En primer lugar, entiendo, corresponde hacer una breve mención de la concepción a la que adhiero con relación a la cuestión de la

⁸² Se hace referencia aquí a los procesos de cambio jurídico. Pero la evolución del Derecho del Trabajo no puede ser concebida de manera lineal, ni que se manifieste de manera igual o similar en todas partes. Dependerá en gran medida de los modos de producir. Y diferirá sustancialmente en aquellas sociedades que recurren masivamente al *teletrabajo*, es decir, el trabajo a distancia mediante la utilización de tecnología de la información y del conocimiento, de aquellas sociedades, donde aún hoy predomina el trabajo en la gran industria *fordista-taylorista*, principal modo de producción de principios del siglo pasado.

determinación de *qué son* o en *qué consisten* los denominados *principios generales del Derecho*, para luego analizar el *principio protector*, como una de sus especies, y determinar su alcance actual.

3.b) *La controversia en torno al significado de la expresión “principios generales del Derecho”*

A partir del mismo momento en que entrado el siglo XIX las normas codificadas indican como fuente del Derecho a los *principios generales del Derecho* existe controversia doctrinaria en relación con la determinación de *qué son* o *en qué consisten* estos principios, paso previo a la determinación de *cuáles* son esos principios y *cuál* es el contenido dogmático que debiera asignársele a cada uno. Refiero a ellos, y no específicamente a los *principios generales del Derecho del Trabajo*, que son los propios de nuestro interés, por ser aquéllos los que han sido objeto en la disputa y, asimismo, los propios y específicos de nuestra disciplina reconocen raíz conceptual en aquéllos, por ello es que los términos del debate y sus conclusiones resultan aquí directamente aplicables.

Una postura doctrinaria identifica a los *principios generales del Derecho* con los principios lógicos del Derecho. Otra postura, con aquellas reglas de máxima generalidad susceptibles de derivación, por abstracción, del conjunto de las normas legisladas. Y una última que, por su parte, y a la vez que también asocia la noción a reglas generales, invoca el carácter *metanormativo* de las mismas, como *juicios estimativos* de justicia *racional* capaces de determinar el comportamiento de las personas en razón de su intrínseco valor.

Según enseña Cossio, la frase que invoca los *principios generales del Derecho* tiene su raíz conceptual en la *escuela iusnaturalista* de los siglos XVII y XVIII⁸³, como *juicios estimativos reputados inherentes a la naturaleza humana*⁸⁴. Se exhiben así como verdades su-

⁸³ Ilustra Cossio, con relación a la escuela *jusnaturalista*: “Esta escuela quería llegar al derecho positivo deduciéndolo de la naturaleza humana, a la que suponía inmutable y cognoscible como la naturaleza física. Validez ilimitada del conocimiento deductivo y colocación del problema humano en el mismo plano que el de la naturaleza, fueron sus supuestos filosóficos más generales” (COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 246).

⁸⁴ *Ibidem*.

premas del Derecho *in genere*, o sea a aquellos elementos lógicos y éticos del Derecho que, por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos⁸⁵, y además, universales y perennes. Esta unívoca y, en ese entonces, incontrovertida conceptualización de los principios elaborada por la Escuela de Derecho natural sufrió, luego, dos embates. El primero como consecuencia del descubrimiento de la *gnoseología jurídica*, que permite que se pueda entender como tales también a los principios lógicos que estructuran todo comportamiento jurídico, con lo que la expresión se torna equívoca⁸⁶. El segundo embate a la univocidad del concepto tiene que ver con el derrocamiento y desplazamiento que sufrió la *escuela iusnaturalista* en el siglo XIX, y su reemplazo por una visión exclusivamente *histórica* o *positivista* del fenómeno jurídico, y que se materializa cuando la fórmula “principios generales del Derecho” resurge expresa, con la codificación, en el artículo 15 del Código Albertino de 1837, fórmula reproducida luego en otros códigos, incluido el nuestro, como *critério* impuesto por el legislador al órgano judicial para *decidir* en los casos *dudosos*. Es en ese momento que, en un clima científico que niega absolutamente los juicios estimativos del *Derecho natural*, surge la tarea del jurista, que, compartiendo los postulados de las *escuelas iuspositivas* en auge, debe dar, sin embargo, algún sentido a la expresión. Y la respuesta más frecuente consiste en la postura que se anticipó, y que considera a los mencionados principios como reglas generales derivadas, por abstracción, del conjunto de las normas que integran un orden normativo, para solucionar los casos de *lagunas* del Derecho⁸⁷. Sin embargo, y en función de los *presupuestos epistemológicos* de los que aquí se ha partido⁸⁸, las agudas y contundentes

⁸⁵ DEL VECCHIO, *Los principios generales del Derecho* cit. p. 49.

⁸⁶ COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 247.

⁸⁷ Ídem, p. 249.

⁸⁸ Los *presupuestos epistemológicos* han sido brevemente tratados en el desarrollo de la respuesta a la primera pregunta de este cuestionario, a la que remito. Sin embargo, y por su importancia, pongo de resalto aquí, como especialmente importantes a estos fines, la noción de Derecho como objeto *cultural*; la noción de *norma jurídica*, como entidad de estructura compleja, donde participan, por un lado, una estructura *lógica* de carácter *necesario* y *apodíctico*, y, por el otro, un contenido *material* o *contingente*, que, como tal, depende de la *voluntad* del legislador; la noción de *sistema jurídico*,

críticas formuladas en su tiempo por Del Vecchio, aún vigentes en razón de la profundidad de sus fundamentos, y sumado a los motivos históricos señalados, es que entiendo que ambas posturas deben ser descartadas.

En este punto, dos aclaraciones. En primer lugar, debe mencionarse el hecho de que no obstante se comparte aquí, en función de los mencionados presupuestos epistemológicos, la tesis que sostiene la *necesaria* o *apriorística* carencia de *lagunas* en el Derecho⁸⁹, puede darse la circunstancia de que, como problema, el juez, interpretando las circunstancias del caso, valore que existe *silencio*, *oscuridad* o *insuficiencia* de ley. Éste y no otro sería el supuesto previsto por el artículo 16 del Código Civil, como el de su correlativo en nuestra disciplina, el artículo 11 de la LCT. Y, en tal situación, puede el legislador afrontar el problema de dos maneras. Una forma es establecer que todo lo que no esté contemplado en la ley es lícito (limitación interpretativa), y la otra, estableciendo un régimen sobre la manera para determinar el *criterio* que, como regla de *comportamiento*, debe seguir el juez para la búsqueda y configuración de la norma general *no formulada* (extensión interpretativa)⁹⁰. Recuerdo aquí que el juez, en tanto órgano, carece, por su propia esencia, de la atribución jurídica de crear una *norma jurídica general*. Estos *criterios*, en nuestro ordenamiento positivo de Derecho común, son, en primer lugar, el de la aplicación de los principios de leyes *análogas*, y, en segundo lugar, el recurso a los

no como mera yuxtaposición de normas, sino como *totalidad* lógica; y la *función judicial*, como *necesidad* lógica dentro de la noción de Derecho, y como derivación de su *inmanencia* en él, y de lo que ella *es* en sí (que, como un *deber ser*, consiste en *juzar*, o, lo que es lo mismo, *administrar justicia*), la firme negación, en términos lógicos, de la existencia de las denominadas *lagunas* en el Derecho. Esquema donde el dato de *positividad*, como *lo dado*, yace en la *experiencia jurídica*, que es el ámbito donde conjugan, también como necesidad lógica, la *estructura lógica* del razonamiento jurídico, los *contenidos dogmáticos* mentados por las normas jurídicas y la *valoración jurídica* del intérprete.

⁸⁹ COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 62.

⁹⁰ Ídem, ps. 192 y 193. Señala allí Cossio: “Frente a un texto oscuro o insuficiente o frente a la falta de texto legal, bajo el régimen de la limitación interpretativa no cabe encontrar una laguna, sino calificar aquellas circunstancias como sendos desaciertos del derecho positivo, al permitir como lícito un comportamiento que sería mejor prohibirlo”.

principios generales del Derecho. Éstos, en tanto dependen de una *valoración* y decisión positiva del legislador, forman parte del material *contingente* de la *norma jurídica general*, y, en tal condición, así como han sido éstos los *criterios* seleccionados, otros pudieron válidamente haberlo sido (v. gr., los postulados de un libro considerado sagrado), o ninguno en particular (en cuyo supuesto el juez individualizará la norma general *no formulada*, basándose para ello sólo en *valores jurídicos*, fundamentalmente, en el *valor supremo de justicia*). En segundo lugar, entiendo, no puede válidamente limitarse la importancia y trascendencia de los *principios generales del Derecho* tan sólo a estos supuestos problemáticos. En este sentido, como bien ilustra Cossio, además de la importancia práctica que indudablemente tienen en los supuestos señalados, ellos exhiben una importancia teórica. En este último sentido, el conjunto de estos principios hace las veces de “...telón de fondo sobre el que se proyectan todas las figuras jurídicas de la legislación”, y enfatiza con acierto el autor que “...en cierto sentido, cada artículo de un código es sólo una concreción específica y cristalizada de esos principios generales del Derecho...”⁹¹

A partir de los señalamientos y las aclaraciones efectuadas en los párrafos que preceden, se descarta, en primer lugar, la noción que identifica a los *principios generales del Derecho* con los principios de la lógica jurídica, en tanto éstos son sólo principios de *conocimiento*, en cuya configuración no participa la voluntad del legislador. En tanto éste legisla siempre sobre principios de *comportamiento*⁹². Y, en segundo lugar, también se rechaza la postura que afirma que los *principios generales del Derecho* están referidos al propio código en sus instituciones más *generales*⁹³, en este punto Del Vecchio afirmaba que a partir de la propia expresión “principios generales del Derecho”, le resultaba difícil convencerse de que por tales debían entenderse tan sólo los principios relativos a un ordenamiento particular, como sostiene esta postura⁹⁴. Se puede agregar, además, que no resulta posible derivar

⁹¹ Ídem, p. 140.

⁹² Ídem, p. 247.

⁹³ Ídem, p. 249.

⁹⁴ La afirmación de que los principios generales del Derecho son válidos solamente para cada pueblo en particular, es decir, que existen tantas series de principios generales

lógicamente, del contenido material provisto por el sistema jurídico, como totalidad, una prescripción diferente de aquella que el mismo sistema provee. Y esto es así salvo que, en evidente error, se sostenga que en el tratamiento de los casos las normas jurídicas se aplican aisladamente. En este sentido, es bien sabido que ningún caso se soluciona de esta manera, sino siempre mediante la aplicación del ordenamiento jurídico, como plenitud. Así, y en tanto los *principios generales del Derecho* se erigen como el *criterio* último impuesto por voluntad del legislador al juez, ante el caso de que éste valore el *silencio, oscuridad o insuficiencia* de ley, circunscribir tales principios a las mismas normas ya formuladas, y pretender que aquéllos se obtengan exclusivamente de éstas, equivale, paradójicamente, a introducir de nuevo el obstáculo que el legislador ha querido remover⁹⁵. La escuela *iusfilosófica* que haría posible una conceptualización como la formulada, y que aquí se ha cuestionado, sería sólo aquella que identifica al objeto de la ciencia del Derecho con las normas jurídicas, consideradas cosas *autónomas e independientes*. Tesis que, como se ha afirmado y fundamentado, no se comparte.

Una última postura, a la que adhiero, señala que los *principios generales del Derecho* son prescripciones *metanormativas*. Según enseña Cossio, son “...estos juicios estimativos de valor muy general o supremo capaces de determinar la conducta de los hombres en razón de su intrínseco valor, de manera que faltando la norma legal que configure el comportamiento, siempre es posible traer a cuento una norma que surja de aquel juicio estimativo preexistente a la acción legislativa, y al juicio de valor original que ella pueda implicar”⁹⁶. Aclara el autor que no lo son *todos* los juicios estimativos, sino sólo aquellos que sean expresión de justicia, que son los que corresponden

cuantos son los sistemas particulares, además de ser en puridad una *contradictio in adjecto*, no corresponde ciertamente a la creencia en una *ratio juris* de carácter universal que, desde los romanos acá, dígase lo que se quiera en contrario, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica y, sin duda, inspiró también a los autores del Código vigente (haciendo referencia al italiano). DEL VECCHIO, *Los principios generales del Derecho* cit., p. 49.

⁹⁵ DEL VECCHIO, *Los principios generales del Derecho* cit., ps. 58 y 59.

⁹⁶ COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 250.

al concepto lógico del Derecho, en tanto *conducta compartida*. En este sentido señala, como tercer equívoco, identificar la expresión *principios generales del Derecho* con el conjunto de aquellas máximas de *sana moral* que son por todos reconocidas⁹⁷. Al respecto, afirma Cossio, el Derecho no puede ser confundido con la moral, ni con la pureza, ni con la nobleza, ni ningún otro contenido moral puede sustituir o desalojar a la justicia en cuanto principio ético del comportamiento jurídico⁹⁸.

Toda esta conceptualización de los principios, como reconoce Cossio, implica un inequívoco retorno a la *Escuela de Derecho natural*, en su expresión *racional*⁹⁹, pero no un retorno al pensamiento del siglo XVIII, sino actualizado conforme la altura que la ciencia jurídica ha alcanzado en la actualidad. En este sentido, afirma Cossio, este regreso debe considerarse en dos estratos. El primero, en perspectiva de la *teoría de los objetos* u *ontología formal*, donde, y a partir de la citada expresión de que “...El Derecho es conducta, y una conducta sin valor, ontológicamente, no puede ser”¹⁰⁰, es que señala el autor que los *juicios estimativos* forman parte necesaria del Derecho, objeto de la ciencia. Esta conclusión conduce directamente a la conceptualización de los *principios generales del Derecho*, formulada en el párrafo precedente. Pero existe también un segundo estrato para la consideración de este retorno, que consiste en el análisis de la disyuntiva que subyace y que no ha sido objeto de tratamiento hasta aquí, y que estriba en la trascendental tarea de determinar la naturaleza de estos *juicios estimativos de valor muy general o supremo capaces de determinar la conducta de los hombres en razón de su intrínseco valor*, si son ellos productos *empíricos* o *racionales*. Comparando claramente ambas concepciones, señala

⁹⁷ DEL VECCHIO, *Los principios generales del Derecho* cit., p. 7. Citado por COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 251.

⁹⁸ “Bien se comprende que un juez no puede sentenciar por piedad ni por caridad, pero que puede resultar injusto violentar la piedad o la caridad de una persona, en cuyo caso es siempre la justicia el fundamento de la sentencia” (COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 251).

⁹⁹ Escuela que se refiere al ideal del Derecho o Derecho justo y de fundamentar este ideal en su conformidad con la razón. KANT, *Principios metafísicos del Derecho*, p. 45, citado por COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico* cit., p. 255, nota 58.

¹⁰⁰ Ídem, p. 250.

Cossio que “...para el historicismo la calidad de justo o injusto es un carácter histórico que se enuncia en un juicio estimativo de valor relativo, en tanto que para el racionalismo la calidad de justo o injusto es un carácter racional que se enuncia en un juicio estimativo de valor absoluto”¹⁰¹. Cossio sostiene la idea de la existencia de una *justicia racional*, cuyo contenido, por lo tanto, se puede determinar *racionalmente*¹⁰², pero advierte que, en tanto no puede tratarse de una razón en pugna con la historia, refiere a la justicia como “un ideal de la razón de variable contenido en los términos de un derecho natural, porque su fundamento participa, sin moverse, del movimiento de la historia [...] tal como el punto céntrico de una esfera permanece inmóvil en su movimiento de rotación”¹⁰³.

3.c) *El principio protectorio como juicio estimativo de expresión de justicia racional de contenido variable*

El principio protectorio, en tanto auténtico principio jurídico, se coloca, en expresión ya utilizada, como *telón de fondo* de la disciplina, donde todas y cada una de las *instituciones jurídicas y reglas técnicas* de la rama, en toda su extensión (normas de fondo, de forma, del sistema de inspección estatal¹⁰⁴, de las relaciones colectivas, etc.), impuestas por el legislador, son un modo de *concretización* de aquél¹⁰⁵.

¹⁰¹ Ídem, p. 254.

¹⁰² Señala Cossio a la analogía jurídica como principio de *justicia racional* fundamental en la cultura jurídica occidental. Y es justicia racional en tanto afirma: “la justicia de la igualdad se defiende con la razón y que es suficiente la razón para buscarle un fundamento [...] En cambio, para defender con sentido la justicia de la desigualdad, necesitamos recurrir a otros contenidos axiológicos como fundamento porque esta proposición es un sinsentido en el ámbito de la razón, tal como si dijéramos que dos cosas iguales a una tercera no son iguales entre sí” (ídem, p. 232).

¹⁰³ Ídem, p. 257.

¹⁰⁴ La CSJN afirmó en el considerando 5° de la sentencia dictada en la causa “Aerolíneas Argentina SA c/Ministerio de Trabajo s/Recurso de hecho”, de fecha 24-2-2009: “El establecimiento de un régimen legal de policía o inspección del trabajo, con un alto nivel de eficiencia, es un corolario preceptivo que se desprende, naturalmente, del principio protectorio reconocido por el art. 14 bis de la Const. Nac.”

¹⁰⁵ Dice Ramírez Bosco, refiriéndose a las normas que tengan un sentido *anti-protectorio*: “La lógica básica del ordenamiento jurídico-laboral suele funcionar des-

Lo que suele describirse como su función *informadora*. Y, además, cumple también con la función denominada *normativa*, en caso de *silencio, oscuridad o insuficiencia de ley*¹⁰⁶.

Cabe hacer notar que la conceptualización y legitimidad de este principio ha variado al ritmo de la transformación de la disciplina en sus diferentes estadios, con relación a los cuales se ha hecho breve y esquemática mención más arriba. En efecto, resulta oportuno relevar que este principio, en sus comienzos, iba a contramano de uno de los principios jurídicos de la dogmática jurídica del Derecho Privado, derivado natural de sus fundamentos filosóficos, el *principio de autonomía de la voluntad*, el que partía, como se dijo, del reconocimiento de sujetos de derecho, *libres e iguales, de todas las personas*. En ese marco teórico inicial, y en circunstancias donde la teoría jurídica no tenía respuesta científica para procesar técnicamente los desastrosos efectos sociales que la vigencia de sus propios principios ocasionaba en la sociedad, era entendible que el principio protectorio luciera como un *juicio estimativo* que tendía a introducir un *desequilibrio jurídico* para remediar un *desequilibrio social*. Lo que conducía a una solución tuitiva del trabajador, recurriendo a la imposición de normativa imperativa, como medida de *excepción*, enmarcada dentro del ejercicio del poder de policía estatal, y a fin de garantizar la viabilidad social de esta forma de producir. Esta circunstancia llevó a un sector de la doctrina a considerar al Derecho del Trabajo como el Derecho sólo de una *clase social*.

Luego, los avances de la ciencia jurídica, en general, y de la axiología jurídica, en particular, provocaron que este principio resulte le-

baratando, inhibiendo o expulsando en mayor o menor medida la norma asistemática, sea a través de la jurisprudencia o del puro incumplimiento de los interesados”. Cita como ejemplo el plenario 206 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT) y explica “que frente a la obligación del trabajador que renuncia sin preaviso de indemnizar a su empleador con el valor de un mes de remuneración (lo cual crea una indemnización tarifada a favor del empleador, relevando la exigencia del derecho común de probar los daños), le agregé pretorianamente la necesidad de que se pruebe la mala fe del trabajador o propósito explícito de evadir la carga legal de preavisar...” (RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Para una introducción al Derecho del Trabajo*, Universidad, p. 29).

¹⁰⁶ Art. 11, LCT.

gitimado ya no sólo en términos *sociales*, lo que implicaba una consideración evaluativa sujeta al grado de eficiencia y eficacia que en tal ámbito se alcance, sino también, y fundamentalmente, en términos de ser *estimación* de expresión de auténtica *justicia racional*. Así, y luego de que la concepción de Estado liberal sostuviera que la libertad es un precipitado de la igualdad; que esta última es un dato y no un objetivo a alcanzar; que cada ciudadano goza de una libertad general de autodeterminación, y que se debe asumir las responsabilidades por las consecuencias que se derivan de su ejercicio¹⁰⁷, sostiene Rawls que “una teoría de la justicia no merece ser reconocida como tal si permite que las personas resulten beneficiadas o perjudicadas por circunstancias ajenas a su voluntad, esto es, por circunstancias ajenas a sus propias elecciones”¹⁰⁸, y que ella debe garantizarle a *todos* los *bienes primarios*, que son aquellos necesarios para satisfacer cualquier plan de vida. Así, el principio protectorio es *juicio estimativo, o preferencia axiológica, expresión de justicia racional*. Lo justo racional, en tanto modo de estimar propio de la razón, en cuanto modo, es invariable, no obstante la estimación resulte diferente a causa de los diferentes contenidos apreciados, y, además, en tanto valor *jurídico*, es *positivo*, es decir, dado a la percepción¹⁰⁹.

¹⁰⁷ BILBAO UBILLOS, Juan M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Colección Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Boletín Oficial del Estado, España, p. 240.

¹⁰⁸ RAWLS, John, citado por GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, p. 40.

¹⁰⁹ El concepto de justicia, enseña Cossio, parte de la concepción *platónica* que, sin asignarle contenido material propio, la describía como *virtud* consistente en dar *unidad* al sistema ético, con un sentido de *totalidad*. A esta función Cossio la define como el *vivir a conciencia*. Por su parte, y siguiendo las enseñanzas de Aristóteles, la justicia, en tanto valor jurídico, no se refiere a la conducta de un individuo aislado, sino que implica el despliegue de *conducta compartida*. Lo que a su vez le permite hablar de una justicia *positiva*. Siendo, además, el valor jurídico *supremo*, es una *cierta* realización de los restantes valores jurídicos. En este sentido, la justicia, como *totalidad*, da el equilibrio y proporción recíprocos de los restantes valores jurídicos (entre los que el autor identifica el *orden*, la *seguridad*, la *paz*, la *cooperación* y la *solidaridad*, sin negar la existencia de otros). Así, afirma el autor, “si una institución realiza el orden pero no la solidaridad, ya, por aquéllo, es parcialmente justa” (COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica* cit., ps. 77 a 80).

Por su parte, en relación con los alcances del principio protectorio diré, en primer término, como dice Rawls, que “una sociedad justa debe tender, en lo posible, a igualar a las personas en sus circunstancias, de modo tal que lo que ocurra con sus vidas quede bajo su propia responsabilidad”¹¹⁰. Y, en segundo término, advirtiendo, como advierte Supiot, que una de las prohibiciones fundadoras del Derecho del Trabajo consiste en “la prohibición de hacer responsable de su suerte a quien no tiene los medios concretos de ejercer su libertad”¹¹¹. Es que comparto la afirmación de Cossio cuando dice que la verdadera justicia consiste no en la *igualdad*, sino en la creación de *igualaciones de libertad*; porque “La razón que hay en la verdadera justicia no viene desde afuera; opera en la libertad y dentro de ella, con total inmanencia. La verdadera justicia no es un estado a alcanzar, sino vida viviente porque está en juego la personalidad. Con la igualdad, referida a los resultados, se hiere a la personalidad en su libertad, porque cada cual tiene su vocación y su destino. La verdadera justicia reclama la personalidad y, con ello, que cada cual se diferencie de los otros, teniendo la libertad necesaria para ello, como realización de su vocación y destino”¹¹². He allí los que considero deben ser los términos *ideales* del alcance de la protección que el principio exige, en tanto juicio estimativo de expresión de justicia racional, cuya puesta en práctica procurará satisfacer los “presupuestos sociales de realización de la libertad”¹¹³.

4. ¿Qué otros principios específicos del Derecho del Trabajo cabe identificar? ¿Qué alcance ha de dárseles?

4.a) Principios generales y medios técnicos

Además del protectorio, reconocido expresamente por la Constitución Nacional, y unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia, el

¹¹⁰ RAWLS, J., citado por GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls...* cit., p. 40.

¹¹¹ SUPIOT, Alain, *Derecho del Trabajo*, Heliasta, p. 121.

¹¹² COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica* cit., p. 267.

¹¹³ Expresión que corresponde a BÖCKENFÖRDE, E. W. citado por BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos...* cit., p. 239.

Derecho del Trabajo no tiene otro principio con el alcance que el propio concepto exige, según se analizó en la anterior pregunta. Sin embargo, la doctrina ha identificado otros principios distintos, además del protectorio, y hoy nos encontramos con aportes muy variados, donde no existe acuerdo en determinar, en concreto, cuáles son esos principios, ni cuál el alcance que debe asignársele a cada uno de ellos. Ackerman¹¹⁴ y Ramírez Bosco¹¹⁵ a este respecto afirman que el único principio es el principio protectorio, y que los demás “principios” de la rama son, en realidad, o bien *principios generales del Derecho* aplicados y adecuados al Derecho del Trabajo (v. gr., buena fe, igualdad de trato, justicia social, equidad y primacía de la realidad), o bien *medios técnicos* que derivan de aquél, como una entre tantas respuestas posibles, decididas por el legislador para resolver los problemas jurídicos y sociales que plantea el especial objeto de la rama, y, especialmente, del sistema de fuentes (v. gr., *in dubio pro operario*, la aplicación de la norma más favorable, la aplicación de la condición más beneficiosa, de irrenunciabilidad, de continuidad). En todo caso, entiendo que estos *medios técnicos* fueron *originalmente* expresión de la función *normativa* del principio protectorio para el caso de “lagunas”, y luego incorporados expresamente (la mayoría de ellos) por el legislador, con lo que tal supuesto de *silencio, oscuridad o insuficiencia* de ley dejó de configurarse en la práctica. En este sentido, Vázquez Vialard nos enseña que el sentido innovador que significaron como solución ante los casos de “lagunas” estaría inversamente relacionado con la evolución y el perfeccionamiento de la regulación de la normativa en esta disciplina. En función de la necesaria tarea de compatibilización con el principio de seguridad jurídica¹¹⁶. En estos términos, en la actualidad,

¹¹⁴ ACKERMAN, Mario (dir.), *Tratado del Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, t. I, ps. 315 a 317.

¹¹⁵ RAMÍREZ BOSCO, *Para una introducción al Derecho del Trabajo* cit., p. 71.

¹¹⁶ Vázquez Vialard, citando a Alonso García, afirma: “...a medida que el legislador va perfeccionando los institutos jurídicos laborales mediante la adopción de reglas positivas incorporadas al ordenamiento jurídico, sin duda alguna habrá de decrecer la importancia de la aplicación innovadora de este principio a ciertas y determinadas circunstancias”. En *Teoría general de Derecho del Trabajo*, en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Tratado del Derecho del Trabajo* cit., t. II, p. 192.

la mayoría de los *medios técnicos* conocidos integran, a texto expreso, el sentido jurídico de la conducta en interferencia intersubjetiva mentado por las normas jurídicas.

4.b) *La exigibilidad de los principios y derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional. Planteo de algunos aspectos problemáticos*

Entiendo que hoy en día el Derecho del Trabajo, como otras ramas del saber jurídico y la ciencia jurídica en general, debe tratar y dar repuesta a cuestiones de índole jurídica y política que se exhiben conflictivas, y que resultan propias de la vigencia de un *Estado constitucional de Derecho*. Cuestiones que en breves líneas pretendo dejar apenas planteadas en algunos de sus aspectos, y que derivan de la incorporación al texto de nuestra Constitución, de principios y derechos fundamentales enunciados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y del impacto concreto que de tal hecho se deriva en las relaciones entre los Poderes Judicial y Legislativo.

En primer lugar, afirmar que los principios y derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son manifestaciones de *Derecho natural* (con el alcance dado a esta expresión en la pregunta anterior, es decir, como *juicios estimativos de expresión de una justicia racional de contenido variable*), a partir de una determinada concepción del hombre y de la sociedad. No son una *creación* del legislador. Con relación a esta afirmación, recordaré el fenómeno que con gran sensibilidad jurídica Del Vecchio, ya en el año 1921, ponía de resalto, y que es de utilidad recordar y considerar aquí. Y consistía, ni más ni menos, en el dato verificable de la evolución y dinámica del Derecho legislado. Donde, desde una primera época de producción de reglas particulares, fragmentarias, referidas a casos particulares, se ha ido produciendo la incorporación paulatina de preceptos y principios con carácter más general, los que, afirma, fueron reflejando, con mayor o menor intensidad, la elaboración *racional* verificada en torno al Derecho por las escuelas filosóficas precedentes. Afirma el autor que, en este proceso, el jurista encuentra a los principios ya formulados por obra del mismo legislador. Pero

aclara que el intérprete cumpliría mal con su deber si por un simple prejuicio declarase ser de mera creación legislativa aquello que se funda, ante todo y substancialmente, en la razón natural¹¹⁷. Así, la serie de instrumentos jurídicos de fuente internacional en materia de derechos humanos que, a partir de la reforma del año 1994, nuestra Constitución Nacional ha incorporado con la máxima jerarquía normativa contienen *declaraciones* de principios, preexistentes a la actividad valorativa del legislador, y que los Estados, en tanto miembros de las organizaciones internacionales o intergubernamentales que los adoptaron para sí, o en calidad de partes en una convención internacional, afirman compartir y asumen el compromiso de hacerlos efectivos.

4.b.1) *Derechos fundamentales sociales e individuales. Exigibilidad. Análisis sincrónico y diacrónico de la cuestión*

Una primera cuestión conduce al análisis del grado de *efectividad* o *exigibilidad* de estos principios. Y aquí cabe hacer notar que entre éstos existe una ya clásica distinción entre derechos *individuales* y *sociales*, con consecuencias en este punto. Los primeros, cuyas primeras manifestaciones datan de la antigüedad, pero que han logrado la configuración actual que se les reconoce recién a partir del siglo XVIII, concebidos como mecanismos de protección y garantía contra el poder absoluto. Y, a pesar de que no existe una única teoría *liberal*, resulta razonable concluir en que éstos se apoyan en una concepción abstracta del hombre, iguales por naturaleza unos a otros, cuya condición lo hace titular de una serie de derechos que le son inherentes, fundamentalmente su derecho a la vida, a la propiedad y a la libertad. De esta perspectiva surgen los derechos *civiles*, entendidos como valla infranqueable por el Estado, y luego los *políticos*, entendidos como la participación del individuo en la organización del Estado. Los derechos *sociales*, en cambio, parten de una concepción que tiene en cuenta en particular la comunidad a la que pertenece cada hombre, su historia y su desarrollo concreto, es el hombre en situación, y la solidaridad, y la comunión de intereses diversos. Esta concepción, aun en mayor

¹¹⁷ DEL VECCHIO, *Los principios generales del Derecho* cit., ps. 67 a 69.

medida que la anterior, también tiene muchas diferentes expresiones. Esta división entre derechos *individuales* y *sociales* se ve reflejada en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, exhibiéndose nítida en los pactos de Nueva York del año 1966. En efecto, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) es relativo a los derechos *individuales*, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) hace referencia a los derechos *sociales*. El tratamiento diferenciado responde a la idea de que el grado de compromiso en relación con el cumplimiento de unos y de otros derechos no debía ser el mismo. En este sentido, se concebían de más fácil cumplimiento los derechos civiles y políticos que los económicos, sociales y culturales, en tanto aquéllos consistían, a grandes rasgos, en una *abstención*, mientras los segundos en un *hacer* que debía adecuarse al grado de desarrollo (económico, social y cultural) del país de que se trate. Así, mientras que los primeros serían de cumplimiento *inmediato*, los segundos, de cumplimiento *progresivo*¹¹⁸.

Un análisis jurídico *sincrónico* refleja que la relación conceptual que existe entre unos y otros no resulta pacífica, y refleja una cierta tensión entre la adecuada relación entre individuo y comunidad; libertad e igualdad; responsabilidad y asistencialismo. Sin embargo, un análisis jurídico *diacrónico* de la misma temática expresa la continuidad y evolución que se ha llevado a cabo, y que la distinción no divide opuestos. En efecto, en un Estado constitucional, social, democrático y antropocéntrico de Derecho, el individuo, digno por naturaleza (cuya condición es reflejada jurídicamente por medio de su reconocimiento como sujeto de derecho), goza de una serie de derechos fundamentales inalienables, orientados a permitir y facilitar la igualación de porciones reales de libertad con sus congéneres, así como la consecución de su propio desarrollo y destino, y a la vez, como parte de un colectivo determinado (económico, social, familiar, nacional, etc.), se halla también comprometido en procurar el bien común de la comunidad que integra. En este último sentido, y si bien el individuo encuentra limitación a su libre iniciativa por efecto de la determinación colectiva, tal limitación carecerá de legitimidad si el efecto último es la desna-

¹¹⁸ El derecho de libertad sindical, por su parte, está expresado en ambos instrumentos.

turalización de la expresión individual, derecho fundamental en una democracia de tipo pluralista preocupada, especialmente, por el derecho de las minorías.

4.b.2) *Doctrina fundamental de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de teoría constitucional. Relación de los principios internacionales sobre derechos humanos con las normas jurídicas generales sancionadas por el legislador. El control “difuso” de constitucionalidad y los límites del Poder Judicial*

Como segunda cuestión, destacar, como dato, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), aun antes de la reforma del año 1994, ha asumido una postura propicia para la promoción y eficacia de estos principios de fuente internacional en el Derecho interno, pudiéndose destacar *tres aspectos*. Por un lado, la decidida adscripción a los postulados de la teoría *monista*, que sostienen, básicamente, que no existe un Derecho Internacional distinto del Derecho interno, sino una derivación de uno respecto del otro, y que, entonces, ratificada una norma internacional, ésta se incorpora automáticamente a nuestro plexo normativo¹¹⁹, resultado de una evo-

¹¹⁹ La doctrina *monista*, expuesta por H. Kelsen en su obra *Teoría pura del Derecho*, sostiene la concepción del Derecho como unidad, y se construye con fundamento en el “principio de subordinación”. En virtud de este principio se afirma que la totalidad de las normas se encuentran ordenadas en una rigurosa escala jerárquica. Por su parte, entre los que sostienen esta tesis están aquellos que otorgan mayor jerarquía a las normas internacionales, tal el caso del autor citado, y por otro lado quienes otorgan jerarquía superior a las normas internas. La doctrina contraria es la denominada *dualista*, basada en la división Derecho Internacional-Derecho interno, conceptualizados como ámbitos independientes, distintos, separados e impenetrables. Teoría que exige como condición de eficacia de una norma internacional en el ámbito interno la existencia de un nuevo acto legislativo, distinto de la ratificación que reciba, reglamento o transforme la norma internacional en Derecho estatal. La tesis *dualista* basa su fundamento en el hecho de que no siendo el hombre sujeto del Derecho Internacional, no podría éste utilizar sus normas sin una pertinente adecuación-adaptación, por parte del Estado al cual pertenece, del orden jurídico internacional al Derecho interno. Por su parte, de esta concepción, orden jurídico internacional diferenciado del orden jurídico interno, se deriva el hecho de que no puede emanar de ninguno de los dos órdenes jurídicos una norma de aplicación obligatoria respecto del restante. En este punto el

lución jurisprudencial en tal sentido¹²⁰. Por el otro, la asignación a los tratados internacionales de una jerarquía normativa superior frente

Estado, en su carácter de sujeto del Derecho Internacional, suscribe tratados internacionales y asume la obligación frente a los restantes Estados de conformar su Derecho interno a las disposiciones del instrumento internacional, y, para el caso de no hacerlo, asume las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento en dicho ámbito, el internacional. Otra consecuencia que se desprende de ello es el hecho de la imposibilidad de existencia de conflicto entre ambos órdenes jurídicos. En este sentido y para el supuesto de contradicción entre lo dispuesto por la norma internacional y la norma de Derecho interno, por aplicación de esta doctrina, existirá únicamente la referida responsabilidad internacional del Estado que incumple con la norma interestatal, mas nunca conflicto normativo, dado que quienes ostentan la atribución legal de aplicar el Derecho, al juzgar, deben únicamente basar sus fallos en normas de Derecho interno.

¹²⁰ En efecto, la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha ido evolucionando en este tema. Así, en primer término, en la causa “Alonso, Gregorio c/Haras Los Cardos” (CSJN, *Fallos*: 186:2589), de los años 40, donde se analizaba por primera vez la aplicación de una norma internacional, particularmente el Convenio 12 de la OIT, nuestro máximo tribunal le asignó un mero valor *programático*, cuya aplicación en el orden local requería necesariamente la aprobación de una norma del Congreso que recepte su contenido y que la reglamente. Una norma de suyo distinta del acto de ratificación. A partir de los fallos “Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida”, 1984, y “Campillay, Julio c/La Razón”, 1986 (L. L. 1986-C-411), casos en los que se aplica la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la CSJN mostró principios de la doctrina *monista* al reconocer vigencia, por su sola ratificación, a un convenio internacional. Particularmente, en el caso “Campillay” si bien el organismo jurisdiccional no receptó la postura de la operatividad del “derecho de réplica o respuesta”, contenido en el art. 14.1, de la CADH, aplicó el art. 13.1, de la Convención, en punto a la libertad de pensamiento y expresión. En otro estadio de la evolución jurisprudencial, la CSJN en autos “Costa, Héctor R. c/Municipalidad de Buenos Aires y otros”, 1987 (L. L. 1987-B-269), y “Ekmekdjian, Miguel A. c/Neustadt, Bernardo y otros”, 1988 (L. L. 1989-C-18), también en referencia a la aplicación del “derecho a réplica o respuesta”, sentenció en un todo conforme a la teoría *dualista*, exigiendo la reglamentación legal como condición para que dicho derecho reconocido en el instrumento internacional sea tenido como Derecho positivo interno, basándose asimismo en la propia redacción de la Convención, que en el referido artículo remitía la regulación del derecho en cuestión a las condiciones que estableciera la ley. La jurisprudencia de la CSJN en este punto tuvo un giro fundamental en autos “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros”, 1992 (CSJN, *Fallos*: 315:1492), en donde decididamente se vuelca por la tesis *monista*, al otorgar operatividad al “derecho de rectificación o respuesta” citado, así como a cualquier norma proveniente de una norma internacional sin necesidad de la existencia de reglamentación legal, condicionando su aplicación a la circunstancia de que la norma en cuestión “contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”.

a las normas de Derecho interno, también producto de una evolución jurisprudencial en tal sentido¹²¹. Y, por último, la determinación de que cada uno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que se incorporan a nuestro Derecho interno lo hace en *las condiciones de su vigencia*, expresión que según nuestro máximo tribunal significa, tal como éste, "...efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"¹²². Y, sumado al triple apuntalamiento señalado, dos disposiciones de teoría constitucional de enorme trascendencia, y que la CSJN ha establecido, una de ellas, en el año 1957, en el sentido de que los derechos establecidos por la Constitución Nacional son exigibles por los particulares¹²³, y, al año si-

¹²¹ En este sentido, la CSJN, a partir del fallo "SA Martín y Cía. Ltda. c/Administración General de Puertos", 1963 (L. L. 113-458), donde resolvió afirmativamente la cuestión relativa a si una norma de Derecho interno *posterior* podía modificar un tratado internacional, como norma *anterior*. Dicha doctrina, basada en la propia de la *Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica*, invocaba la igualdad jerárquica entre leyes y tratados internacionales, y, consecuencia directa de ello y por aplicación del principio *lex posterior derogat lex prioris*, la posibilidad cierta de que una ley posterior derogue a un tratado internacional anterior, y viceversa. Criterio sostenido en otros precedentes de la CSJN, hasta que el fallo "Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros", 1992 (CSJN, Fallos: 315:1492), provoca un giro a la cuestión, al concederles a los tratados internacionales ratificados por la República jerarquía superior a las leyes internas. Consecuencia de ello, estas últimas no pueden derogar a aquellas normas. Como fundamentación normativa de esta nueva interpretación del Derecho, la CSJN invoca el art. 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados*. Este último criterio jurisprudencial fue ratificado en otros fallos, sito, por ejemplo, el fallo "Fibraca Constructora SA c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", 1993 (E. D. 154-161 y ss.), y el fallo "Café La Virginia SA s/Apelación", 1994 (E. D. 160-246 y ss.).

¹²² Consid. 11 de la sentencia dictada en autos "Giroldi, Horacio D. y otro s/Recurso de casación", 1995 (CSJN, Fallos: 318:514). No obstante esta clara posición asumida por la CSJN desde hace tiempo, existe una postura doctrinaria que señala que por "condiciones de su vigencia" deben entenderse tan sólo las reservas y cláusulas interpretativas que un gobierno introduce en el momento de la ratificación. Según señala el *Dictamen sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional*. Dictado por la *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, de fecha 25-8-2005.

¹²³ Así lo estableció la contundente doctrina judicial del fallo "Siri, Ángel S.

guiente, que esta exigibilidad no es válida sólo frente a los poderes constituidos, sino también frente a particulares¹²⁴⁻¹²⁵.

s/Interpone recurso de hábeas corpus”, 1957 (CSJN, *Fallos*: 239:495): “...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, las cuales sólo son requeridas para establecer «en qué caso y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación», como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: «No son, como puede creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina»”.

¹²⁴ La eficacia horizontal de la Constitución Nacional ha sido también contundentemente impuesta por la CSJN en los considerandos del fallo “Kot, Samuel SRL s/Recurso de hábeas corpus”, 1958 (CSJN, *Fallos*: 241:295), donde expresa: “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ –porque son los derechos esenciales del hombre– esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada –que es, desde luego, la del hábeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.– por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos”.

¹²⁵ Estas dos manifestaciones que calificué de trascendentes, la Constitución como norma y la aplicación horizontal de los derechos fundamentales, no son conclusiones pacíficamente aceptadas en doctrina correspondiente a sistemas jurídicos de los que nuestra cultura jurídica es heredera. Así, por un lado, la conceptualización de la Constitución como *norma*, que determina la exigibilidad de los derechos fundamentales (o constitucionales) por los particulares frente a los poderes públicos, contradice lo que la cultura del Estado liberal de Derecho sostenía en función de la división tajante entre Derecho Público (donde la ley es el fundamento de la actuación) y Derecho Privado (donde la ley es el límite externo de la actuación). En tal sentido, la doctrina del Estado liberal afirmaba que el orden constitucional operaba sólo como garantía de limitación al poder estatal y, por lo tanto, funcionaba absolutamente separado del Derecho Privado, que le era anterior y que contaba con sus propias reglas. En este sentido, sostiene Bilbao Ubillós que “el debate sobre el concepto de Consti-

Este escenario, sumado a un sistema *difuso* de control de constitucionalidad, frente a un ingreso masivo y continuo de principios y decisiones jurisprudenciales provistas por organismos y órganos internacionales con competencia en materia de derechos humanos, genera indisimulables problemas jurídicos y políticos en nuestro sistema jurídico, particularmente en el sistema de fuentes legales. Pudiendo se-

tución y la aplicación de sus normas sigue abierto. Para Böckenförde, la alternativa podría formularse así: O la Constitución es un *ordenamiento-marco* que tiene por objeto organizar la vida político-estatal y regular la relación Estado-ciudadano y entonces no es el fundamento del ordenamiento jurídico en su conjunto, puesto que ya no contiene *el material que conduce a una armonización de las distintas posiciones jurídicas entre sí*. O es, como señala Hesse, el orden jurídico fundamental de la comunidad en su conjunto, con *una función dirigente universal*, y entonces es preciso que *todos los principios del Derecho y todas las posibilidades de compromiso para la conformación del ordenamiento jurídico estén ya 'in nuce' contenidos en ella*". Sin embargo, reconoce Bilbao Ubillos que, más allá de cuál sea la postura correcta o más sensata, el planteamiento más realista, más verosímil, es el de la última opción. Por otro lado, en relación con la segunda cuestión trascendente de teoría constitucional, la doctrina de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (o *drittwirkung der grundrechte*), fue propuesta por primera vez en Alemania por un prestigioso especialista en Derecho Civil y Laboral, H. C. Nipperdey, en el año 1954, quien concebía a la Constitución como un orden de valores del que se pueden extraer directamente reglas para resolver jurídicamente casos concretos. Los argumentos en contra de esta teoría se centraron en el hecho de que potenciaba el papel del juez a costa del legislador democrático. Afirma Bilbao Ubillos que también este debate, abierto en la década del 50, continúa aún sin cerrarse, y destaca tres posturas diferentes a su respecto. Una que la niega, cada vez más minoritaria, otra que la promueve, en crecimiento, y otra que sostiene la *eficacia mediata* de los derechos fundamentales frente a terceros (*mittelbare drittwirkung*). Esta última consiste en condicionar la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, en tanto éste sería el único vinculado a estos derechos como legitimado pasivo de un derecho de protección del que resultan titulares todas las personas. Esta postura exige, en consecuencia, la intervención del juez o del legislador. Sin embargo, la elección de quien en definitiva sea el órgano encargado de proveer a este auténtico deber de tutela tiene enormes connotaciones prácticas. Así, será más amplio si es el juez quien carga con este deber, y más restrictivo si el mismo pesa en cabeza del legislador, en tanto, la omisión en la que este último pudiera incurrir no sería fiscalizable en sede jurisdiccional, sólo dando lugar, en principio, a un juicio de tipo político (BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos...* cit., Cap. I, *La incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas como problema teórico: Una aproximación al debate doctrinal*, ps. 235 a 328).

ñalar dos aspectos problemáticos que se combinan. El primero, la relación entre estos principios generales y las normas jurídicas sancionadas por el legislador en ejercicio de la atribución *constitucional* de reglamentación de derechos (art. 14, Const. Nac.), y el segundo, la discusión sobre la determinación de los límites de la función judicial en el ejercicio de la atribución, también de fuente *constitucional*, de control de constitucionalidad. Así, por un lado, en los hechos, es tan vasto el material dogmático contenido y desarrollado en estos principios de fuente internacional, con forma de prescripciones, que el juez puede, en muchos casos, sentenciar con fundamento exclusivo en lo que ellos disponen. Siendo la tendencia que el Derecho de fondo se constituya en tan sólo una *concretización* del Derecho Constitucional, en desmedro del ejercicio de las atribuciones valorativas con las que cuenta el Poder Legislativo, que de los tres poderes es el que por su propia conformación, cuenta con mayor legitimidad democrática¹²⁶. Y, por otro lado, se reactiva la discusión sobre los límites del control de constitucionalidad sobre la producción normativa del legislador, que es “pieza clave en la arquitectura del Estado de Derecho”¹²⁷. Discusión que parte de una afirmación dogmática y que se desarrolla entre dos márgenes opuestos. La afirmación dogmática corresponde a la doctrina judicial de la CSJN, y consiste en que los jueces son servidores del Derecho para la realización de la justicia y contribuyen a la producción del Derecho

¹²⁶ Ingo Von Münch, citado por Bilbao Ubillos, con relación a esta cuestión comenta: “Una vez desmoronado el dique que [...] separaba el Derecho Constitucional del Derecho Privado, los derechos fundamentales se precipitaron como una cascada en el mar del Derecho Privado. Mientras el número de sentencias sobre esta materia del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores [...] todavía es, hasta cierto punto, manejable, la jurisprudencia de los tribunales inferiores [...] ha devenido inabarcable. Exagerando un poco [...] se puede decir que, en un número increíblemente alto de procesos civiles, demandante, demandado o ambas partes invocan uno o más derechos fundamentales. En no pocas ocasiones, incluso en litigios sobre nimiedades, se recurre a la artillería pesada de los derechos fundamentales. En este sentido, puede hablarse de un uso inflacionista de tales derechos”. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos...* cit., p. 269.

¹²⁷ Expresión perteneciente a CAYUSO, Susana G., *La Corte Suprema y la vigencia del Estado constitucional de Derecho*, en *Función política de la Corte Suprema. Obra en homenaje a Julio Oyhanarte*, Alfonso Santiago (h) y Fernando Álvarez (coords.), Ábaco, p. 105.

en “tarea común” con los legisladores¹²⁸. Y uno de los referidos márgenes, el que sostiene la primacía del legislador en la interpretación de la Constitución¹²⁹, lo que importa la declinación de la posición del Poder Judicial en la estructura del sistema y su sometimiento al accionar de los poderes netamente políticos¹³⁰, y el otro, que impulsa un estándar de revisión que, con independencia de la intensidad que se le asigne en relación con las normas, principios, valores, hechos e intereses en juego, excluya como único soporte la discrecionalidad en la toma de decisión jurídica¹³¹. Cayuso, por su parte, propone que el conflicto político que implica la revisión de la razonabilidad de las decisiones del legislador, lo que, en sustancia, es el control de constitucionalidad, se resuelva en torno a pautas objetivas de valuación constitucional. Tales como el interés insoslayable del Estado, la existencia de medios alternativos menos gravosos o intrusivos para los derechos fundamentales y la consideración de resueltos valiosos o disvaliosos respecto del sistema democrático republicano¹³². Sin perjuicio de lo dicho, está claro que uno de los límites propios derivados de la naturaleza de la función judicial es que la sentencia que se dicte responda a las circunstancias del caso concreto¹³³.

¹²⁸ Caso “Juan Carlos Manzanares”, 1961 (CSJN, *Fallos*: 249:37), citado por OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre el estado de desarrollo*, Paidós, Buenos Aires, p. 74.

¹²⁹ En esta línea, BARRA, Rodolfo C., *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la separación de poderes*, en L. L. 1993-E-797, sec. doct., citado por CAYUSO, *La Corte Suprema...* cit., p. 111.

¹³⁰ Ídem, p. 119.

¹³¹ Ídem, p. 118.

¹³² Ídem, ps. 118 y 119.

¹³³ Éste no parece haber sido el caso de la sentencia de la CSJN dictada en autos “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”, de fecha 11-11-2008, según afirma TOPET, Pablo A., *Modelos de libertad sindical en el Río de la Plata*, ponencia oficial para las XVI Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, República Oriental del Uruguay, Colonia del Sacramento, 25 y 26 de abril de 2009, disponible en <http://www.asociacion.org.ar/editorial/abril09/Topet.pdf>; conclusión compartida también por TOSTO, Gabriel, *La representación sindical del personal en el sector público. Libertad y restricción*, en *Revista de Derecho Laboral. Actualidad*, Número Extraordinario, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 211.

5. ¿Ha de contribuir el Derecho del Trabajo a mantener la paz social? ¿Qué contenido tiene este concepto?

5.a) *La noción de paz social en el contexto del Estado constitucional de Derecho*

La noción de paz social en el contexto del *Estado constitucional de Derecho* tiene una significación diferente a la que se le otorgara en la etapa liberal, donde la paz social se constituía como el fin primordial del poder estatal, como sinónimo de ausencia de conflicto entre los privados. Así, y en tanto el Derecho como fenómeno social pretende regular la convivencia con fundamento en el valor justicia, el *Estado constitucional, social, democrático y antropocéntrico de Derecho* exige pluralidad y participación de todos en procura de un acuerdo social de coexistencia que exprese, y no que suprima, el conflicto de intereses particulares y contradictorios que necesariamente yace en toda sociedad de iguales. Conflicto que el Derecho, como herramienta para la convivencia justa, debe pretender encauzar, para evitar que esta tensión se resuelva por la ley del más fuerte, creando e implementando para ello medios técnico-jurídicos conformes con el ideal democrático, tendientes a favorecer que aquellas disputas tengan su desenlace en acuerdos razonables. En este sentido, dice Chantal Mouffe: “La especificidad de una democracia pluralista no reside en la ausencia de dominación y violencia, sino en el establecimiento de un conjunto de instituciones a través de las cuales ellas puedan ser limitadas y enfrentadas”¹³⁴. Para ello, es requisito fundamental que se garantice el derecho y libertad de pensamiento y de expresión de todas las personas y grupos, piedra angular de toda sociedad democrática. Derecho y libertad que comprende el de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole; el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Derecho de expresión que se constituye, además, como medio para el intercambio entre las personas y que en esta perspectiva comprende el derecho de tratar de comunicar a los demás los puntos

¹³⁴ Citado por CÁRCOVA, *Las teorías jurídicas pospositivistas* cit., p. 250.

de vista que se sostengan, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias¹³⁵.

Este contexto político, jurídico y filosófico impacta sobre el modo de participación de las personas y los grupos en la configuración política y jurídica de la comunidad y, en general, en el proceso de toma de decisiones relativas a la vida de la organización social. Y es resultado de una evolución en tal sentido. Así, cabe tener en cuenta que el siglo XX ha sido testigo de una creciente *publitzación de lo privado*, por medio de la intervención del *Estado gestor* en este ámbito, y, a la vez, de una *privatización de lo público*, esto es, la intervención de entidades privadas en áreas de dominio típicas de la autoridad estatal, por ejemplo, en educación, seguridad y salud, así como el consecuente reconocimiento de un área de acción pública *estatal* y una *no estatal*, esta última, a cargo de entes privados.

5.b) *El diálogo social*

El Derecho del Trabajo ha acompañado e impulsado el desarrollo de este fenómeno a través del fomento a la intervención eficaz y legitimadora del colectivo de los trabajadores en la toma de decisiones relativas a las reglas de la organización social que tienen incidencia en el área de su natural competencia, esto es, todo lo concerniente a las relaciones de trabajo productivo, la promoción de las condiciones necesarias para su fortalecimiento y desarrollo, como, en general, todo lo atinente al fomento y defensa de los intereses de trabajadores o empleadores¹³⁶. Y ello, principalmente, mediante el reconocimiento de autoridad a las asociaciones profesionales de trabajadores y de empleadores para concertar convenciones colectivas de trabajo de eficacia general, y de esa forma regular y, en especial, establecer, en ejercicio de su autonomía colectiva, las condiciones de trabajo de la actividad, el oficio o la profesión de que se trate. Y en la actualidad ha profundizado ese apoyo, a través del impulso de una participación de las

¹³⁵ Doctrina judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso “La última tentación de Cristo” (“Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas”), sentencia de 5-2-2001, Serie C, N° 73, puntos 64 a 68.

¹³⁶ Cfr. art. 10, Convenio 87 de la OIT, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948.

asociaciones profesionales mucho más activa y vinculante que la anterior, y en un más amplio espectro de cuestiones de política social y económica en general. Esta última forma de participación colectiva se materializa, se institucionaliza y se analiza bajo la expresión *diálogo social*. Noción cuyo origen si bien data de la segunda parte del siglo pasado, es en la actualidad donde adquiere una relevancia y protagonismo significativo, en tanto el concepto abarca todas las formas de participación democrática y plural de las asociaciones profesionales de trabajadores y empleadores en la configuración y establecimiento de un determinado orden relativo a cuestiones directa o indirectamente vinculadas al ámbito de las relaciones de trabajo productivo, en procura de su promoción y defensa, con el objetivo de lograr un mejor nivel de vida de los trabajadores, de la viabilidad de la empresa, y, en general, un más armonioso funcionamiento de la organización social, a partir del involucramiento de los colectivos sociales representativos. Así, constituyen expresiones o formas de *diálogo social* los encuentros, los intercambios, las consultas y las negociaciones que se realicen con la activa participación de las partes involucradas. Y son sus *finés* impulsar el crecimiento económico con justicia social, la legitimación social y la democratización de las decisiones gubernamentales, la salvaguarda de la expresión de las minorías, la adaptación de las exigencias normativas internacionales a las circunstancias internas, la pacificación y armonía entre los diferentes sectores que componen la sociedad (reduciendo así probables hipótesis de conflicto), y el estímulo al compromiso social y la búsqueda de consenso, constituyendo, además, una herramienta fundamental para promover la gradual adaptación de los modos de producir al contexto socioeconómico mundial.

Cabe señalar que el *diálogo social* no impulsa el reemplazo de la autoridad estatal en la toma de decisiones en cuestiones que le sean inherentes a su competencia, o que afecten derechos de terceros. Sin embargo, la participación que se lleve a cabo, cualquiera sea, debe ser *eficaz*, es decir, debe ser, según la naturaleza del acto de que se trate y de sus razonables consecuencias, debidamente atendida, y referirse a cuestiones económicas y sociales concretas¹³⁷.

¹³⁷ OZAKY, Muneto y RUEDA, Marleen, *Diálogo social: teoría y práctica*, en

Por su parte, la trascendencia del *diálogo social* requiere, en general, de un contexto institucional de respeto a los derechos fundamentales de los individuos y de las organizaciones, y, específicamente, de los vinculados a la libertad sindical y la negociación colectiva, y, en referencia concreta a los interlocutores, de su autonomía, de su representatividad, de su organización en base al respeto a valores y principios democráticos, de su responsabilidad y de su actuación de buena fe. A su vez, resulta requisito insoslayable que los interlocutores cuenten con la garantía del respeto de su derecho y libertad de expresión, con el amplio alcance que más arriba se ha señalado.

Con lo dicho, el producto del *diálogo social*, en el marco de un *Estado constitucional de Derecho*, se instituye como fuente del Derecho y en garantía de la paz social.

Por último, destaco el fomento al diálogo social y el tripartismo, que resultan, por su importancia, uno de los cuatro objetivos prioritarios y estratégicos dispuestos por la OIT, como parte del objeto de *trabajo decente*. Según lo establece expresamente la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, aprobada el 10 de junio de 2008, en la 97ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo (CIT). Cabe señalar que la OIT es, en sí misma, expresión de diálogo social. La propia estructura tripartita de la CIT y del Consejo de Administración (CA), dos de sus principales órganos, exhibe diálogo, negociación y cooperación constante entre las representaciones de los sectores profesionales (trabajador y empleador) y gubernamentales, particularmente en el proceso de adopción de normas internacionales, y luego, con los propios gobiernos de los Estados miembros, en el posterior procedimiento de control regular sobre convenios ratificados. Vale también la mención a la intervención activa de organizaciones internacionales en su promoción, tales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU),

D. T. 2003-B-1473/1474; también en *Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, t. XLIV, N° 201, Montevideo, enero-marzo de 2001, ps. 68/69, citado por GARCÍA, Héctor Omar, *Tripartismos e institucionalización del diálogo social en la Argentina y el Mercosur*, en D. T. 2004-A-479/482.

y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), por medio de la asistencia técnica y financiera¹³⁸.

6. ¿Qué evolución futura –en términos de tendencias generales– es deseable imprimir al Derecho del Trabajo? ¿Por qué?

6.a) *La necesaria redefinición práctica de su ámbito subjetivo de aplicación por el legislador en procura de brindar efectiva protección al contratante débil de una relación de trabajo productivo. El caso de los “nuevos trabajadores autónomos”*

El problema central del Derecho del Trabajo, entiendo, yace hoy en día en la necesaria redefinición práctica de su ámbito subjetivo de aplicación, tarea que pesa en cabeza del legislador, en pos de brindar efectiva protección al *contratante débil* de una relación de trabajo productivo. Tarea trascendente en tanto se tome conciencia de que la desactualización de la noción de la categoría protegida puede hacer que se brinde protección a quien no la necesita, generándose un costo empresarial innecesario o, por el contrario, y lo que resulta apriorísticamente más grave, que no se proteja a quien de hecho lo necesita.

En primer lugar, cabe tener presente que nuestro Régimen del Contrato de Trabajo, aprobado por la ley 20.744 (1976), refiere que se aplicará a los casos donde se configure trabajo *dirigido, remunerado y productivo* (art. 4º), prestado dentro de una *organización instrumental ajena* (art. 5º), de carácter *voluntario* (art. 22), donde el trabajador sea *persona física* (art. 25), y su prestación *personal –infungible–* (art. 37)¹³⁹. La doctrina, por su parte, se ha referido al contenido conceptual de la categoría jurídica de trabajo asalariado, como aquel donde se dan las siguientes notas: la de *voluntariedad*, que excluye las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la de prestación *personal*, que excluye la posibilidad de que el trabajador pueda designar reemplazantes para

¹³⁸ GARCÍA, *Tripartismos...* cit., p. 483.

¹³⁹ Por su parte, el art. 27 de la ley incorpora el concepto de *habitualidad*, aunque vinculado a una figura especial, la del socio-empleado.

cumplir la prestación comprometida¹⁴⁰; la de un quehacer *productivo* (de bienes y servicios para el consumo)¹⁴¹, que excluye fundamentalmente las actividades lúdicas; *remunerado*, nota que excluye las distintas formas de trabajo benévolo, como el denominado de buena vecindad, o el que realizan los integrantes de una orden religiosa para su congregación, etcétera; por *cuenta ajena*, lo que implica la cesión anticipada a un tercero (normalmente el empleador) de los frutos del trabajo, circunstancia que determina, a su vez, la ajenidad en los riesgos de la actividad; y en relación de *subordinación o dependencia jurídica*, lo que significa poner la capacidad de trabajo a disposición de la contraparte, para que la dirija. Las notas de *subordinación y ajenidad* excluyen las formas de *trabajo autónomo o independiente* (autoorganizado).

Así, teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado, y particularmente las transformaciones señaladas, que afectaron y afectan, en mayor o menor medida, al mundo del trabajo, así como la dinámica inherente a la vida social, es que resulta tarea de particular proyección en esta materia la constante evaluación, actualización e incluso redefinición de las herramientas diseñadas para proteger a la persona física que trabaja, al contratante débil en una relación laborativa. En este sentido, es preciso atender el surgimiento de una categoría *intermedia* entre la figura típica de trabajador asalariado y de trabajador autónomo, denominados *nuevos trabajadores autónomos*, los que, no obstante su independencia funcional y organizacional, exhiben un alto grado de dependencia económica. Estos trabajadores no se encuentran comprendidos dentro de la figura típica y paradigmática del trabajador asalariado, y, sin embargo, exhiben la misma necesidad de protección que aquéllos. A estos fines es que se han elaborado y propuesto varias posibles soluciones, de las que daré cuenta a continuación.

¹⁴⁰ Sin embargo, la disciplina admite la posibilidad de que, en ciertas circunstancias y actividades, el trabajador se valga de ayudantes o auxiliares (v. gr., art. 3.a, Ley 12.713 de Trabajo a Domicilio; art. 2º, Ley 12.981 de Encargados de Casas de Renta; arts. 28, 47, 101 y 102 de la LCT).

¹⁴¹ La nota de la productividad, tal como se la conceptualiza, no se encuentra configurada en el servicio doméstico, ni tampoco en el cuidado a domicilio de personas enfermas, no obstante ser ambas manifestaciones de trabajo asalariado, y estando la primera de ellas regulada por decreto-ley 326/56.

6.b) *Dentro del ámbito de aplicación subjetiva del Derecho del Trabajo, a partir de una reelaboración de la categoría*

6.b.1) *La redefinición conceptual de la categoría trabajador asalariado, incluyendo al trabajador autónomo que se desempeña en forma personal y por cuenta ajena, dentro de los sujetos del Derecho del Trabajo*

Ésta era la propuesta de Alonso García formulada con vistas al futuro¹⁴². El autor señalaba que el objeto del Derecho del Trabajo es el *hecho social* trabajo, lo que abarca aquellos vínculos donde, no obstante no configurarse una vinculación de estricta y neta dependencia jurídica y económica, existe, sin embargo, lo que denomina una *situación* de dependencia. Concluye el autor en que existen entonces dos concepciones del objeto del Derecho del Trabajo, una estricta, de trabajo libre, por cuenta ajena y subordinado o dependiente, y otra amplia, de trabajo libre por cuenta ajena, sin atender al carácter subordinado o dependiente. Esta última es la que propone¹⁴³.

6.b.2) *La “teoría de los círculos” o el fraccionamiento del colectivo de trabajadores asalariados y de los mecanismos de tutela previstos por el Derecho del Trabajo, en base al nivel de subordinación o dependencia*

Raso Delgue¹⁴⁴ fue quien elaboró lo que denominó “teoría de los círculos”. Allí proponía la división y organización de los diversos mecanismos de protección previstos en el Derecho del Trabajo, en círculos concéntricos. El núcleo sería el ámbito de máxima protección, que incluye todos los mecanismos de tutela previstos por la disciplina y aplicables sólo a las formas típicas de trabajo asalariado. En cambio, en los restantes círculos sucesivos, y en tanto más alejados del núcleo, se hallarían estratos de protección cada vez menor. Estos diferentes

¹⁴² VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. I, ps. 255/256.

¹⁴³ ALONSO GARCÍA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Barcelona, ps. 35/59.

¹⁴⁴ RASO DELGUE, Juan, *Derecho del Trabajo, Seguridad Social y relaciones laborales: hacia una teoría de los círculos*, en *Derecho Laboral*, t. XLI, N° 190, Montevideo, ps. 583/595.

círculos sucesivos se alejarían del núcleo a medida que aumenta la autonomía del trabajador. Es decir, cuanto mayor sea el grado de dependencia, más cerca estará ubicado del núcleo de máxima protección, y viceversa. En el círculo de menor protección se hallarían reconocidos derechos de los que debería gozar cualquier persona que realice trabajo personal y productivo.

6.c) *Fuera del ámbito de aplicación subjetiva del Derecho del Trabajo, a partir de la creación de regulaciones propias de trabajo autónomo*

6.c.1) *Trabajo autónomo como categoría general y abstracta (sin considerar la actividad, oficio o profesión concreta). La “parasubordinación”*

Se trata de la exportación de algunas formas y mecanismos de tutela y autotutela utilizados por el Derecho del Trabajo para el logro de sus fines, sólo los que se consideren compatibles, a un sector específico de trabajadores autónomos, los hiposuficientes en relación con sus contratantes, y por ello necesitados de protección, los económicamente dependientes. Ello no implica, por cierto, que estos trabajadores dejen de ser considerados como trabajadores independientes o autónomos. Es el fenómeno conocido como de la *parasubordinación*. En algunos casos, como en España a partir de la ley 20/2007 (Estatuto del Trabajo Autónomo), se trata, además, de una regulación general con pretensiones de completitud que delimita de forma abstracta los contornos del colectivo que comprende a todos los trabajadores autónomos, y, entre ellos, los económicamente dependientes, destinatarios, en tal carácter, de determinados mecanismos de protección específicos. En otros casos, como en Alemania e Italia, será sólo la extensión particularizada de ciertos y determinados derechos típicos del Derecho del Trabajo a esta clase de trabajadores, pero sin que exista una regulación general para esta forma de trabajo¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Con referencia al caso alemán, en el año 1974, a partir de la reforma de la Ley sobre Contrato Colectivo, se crea allí la figura del trabajador *cuasi asalariado*. Según la norma, integran dicha categoría *aquellas personas que son económicamente dependientes y que son comparables con los trabajadores en cuanto a su necesidad de*

6.c.2) *Mediante la creación de regulaciones especiales de trabajo autónomo (considerando el oficio, la actividad o la profesión)*

6.c.2.1) *A partir de la intervención estatal*

Esta opción permitiría al legislador, según Ugarte Cataldo, y a diferencia de las anteriores, seleccionar del modo más exacto quiénes conformarán el colectivo específico a proteger y qué tipo o grado de tutela van a recibir¹⁴⁶. Sin embargo, agrega el autor, también despierta

protección social. Esta norma determina la incorporación de estos trabajadores al régimen de negociación colectiva. Se debe tratar de trabajo personal (sin otros asalariados), y bajo dependencia económica (se exige que, al menos, la mitad de los ingresos deban provenir del empresario principal). El trabajador cuasi asalariado es un trabajador autónomo que además de tener derecho a la participación en la negociación y aplicación de los efectos de los convenios que se celebren también es titular de otros derechos típicos del trabajo asalariado. En particular, al feriado anual; a la protección contra el acoso sexual en el lugar de trabajo; a la aplicación de la legislación sobre seguridad laboral y protección de la salud, y el derecho a gozar de las medidas de promoción en materia de empleo para las personas con discapacidad severa. Por su parte, en materia de Seguridad Social, su afiliación al régimen es obligatoria, pero sólo para las prestaciones de vejez. En Italia, por su parte, la figura del trabajador parasubordinado reconoce una primera consideración en el Derecho legislado de este país en el año 1959. Sin embargo, es a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil, por ley 53 del 11 de agosto de 1973, donde la figura adquiere particular importancia y trascendencia. En efecto, el nuevo texto ordenado del art. 409.3, dispone el sometimiento al procedimiento laboral de las controversias que surjan en las *relaciones de agencia, representación comercial, y otras relaciones de colaboración que se concreten en una prestación de obra continuada, coordinada y prevalentemente personal, aunque no de carácter subordinado*. El sometimiento a la jurisdicción laboral conlleva, por cierto, el reconocimiento de ciertas garantías específicas vinculadas a la protección del trabajador asalariado. Por otra parte, la misma ley de reforma modifica el art. 2113 del Cód. Civ., procediendo a extender el régimen de nulidad de las renunciaciones y transacciones sobre derechos derivados de los preceptos imperativos de la ley, los contratos y convenios económicos colectivos, para todas las relaciones que menciona el art. 409 (incluidas, por lo tanto, las de trabajo parasubordinado). A su vez, la Corte Constitucional italiana ha reconocido el derecho de huelga a este colectivo de trabajadores.

¹⁴⁶UGARTE CATALDO, José L., *La crisis de la subordinación y el nuevo trabajo autónomo*, en VV. AA., *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo en el proceso de transformación de la empresa*, Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo, LexisNexis, p. 134. En nuestro medio, PODETTI, Humberto A., *Un destino para el Derecho del Trabajo*, en D. T. 1997-B-1721.

críticas en tanto se ha dicho a su respecto que difumina en exceso los límites del Derecho del Trabajo, confunde sobre el criterio unitario de inclusión y, lo que es más importante y negativo, diversifica en extremo el contenido del mismo y termina por desdibujar la relación común. Finalmente, según afirma el profesor chileno, es un problema de política social que debe resolverse en función de una serie de criterios y factores.

6.c.2.2) *A partir del ejercicio de la autonomía colectiva*

Se propone aquí una regulación diferenciada de graduación de los mecanismos de protección, a partir de la plena, propia de las relaciones claramente subordinadas, hacia regímenes donde no existe tal nivel de dependencia. Regulación basada fundamentalmente en la negociación colectiva, con lo que además de la exportación de este paradigmático método de protección, el producto de la autotutela colectiva sería una regulación adecuada a las características de cada grupo, respondiendo a sus propias particularidades, desechando, de esta manera, una categorización abstracta del universo de trabajadores autónomos¹⁴⁷.

6.d) *Una propuesta superadora de la distinción entre trabajo asalariado y dependiente*

Existe una tercera forma de analizar el problema, y es la que propone Supiot. Este autor, y ante lo que considera la *ruina* del modelo jurídico de trabajo asalariado, propone exorbitar la distinción entre este tipo de trabajo y el independiente. Se basa para ello en el análisis de las

¹⁴⁷ Ésta es la propuesta de RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge y FONTANA, Beatriz, *Sobre el objeto del Derecho del Trabajo*, en D. T. 2001-B-1073. Sobre este punto, ver también la opinión de Vázquez Vialard, quien propugna un desplazamiento desde el ámbito de la norma legal al de la negociación colectiva, ejecutada en diversos niveles (VÁZQUEZ VIALARD, A., *El concepto de dependencia laboral frente a las nuevas prácticas contractuales. ¿Debe desaparecer o transformarse?*, en *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, enero de 1996, p. 1181). En contra, Ruiz Castillo, quien rechaza esta propuesta debido a que se deja librada al arbitrio de los contratantes la posible diversificación injustificada y perjudicial de un colectivo de trabajadores, así como la calificación formal de los vínculos. La autora se pregunta acerca de cuáles serían los límites de la autonomía colectiva (RUIZ CASTILLO, María del Mar, *Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones Laborales*, Madrid, p. 161, nota 143 bis).

transformaciones operadas en el mundo del trabajo, el acercamiento actual entre ambas formas, y el desplazamiento hacia zonas de trabajo autónomo, de las técnicas de protección de trabajo asalariado¹⁴⁸. Por su parte, y ante la diversidad normativa creada por el éxito de los acuerdos colectivos en todas las formas de trabajo, la consecuente necesidad de establecer un modelo común de protección, el autor rechaza enérgicamente las propuestas de extensión del Derecho del Trabajo típico a todas las formas de trabajo, como también la creación de un Derecho Laboral intermediario. Afirma que debería existir un *Derecho común del Trabajo*, aplicable a todas las relaciones de trabajado, ya autónomos o dependientes, contenedor de los derechos fundamentales del hombre que trabaja, y un *Derecho especial del Trabajo*, con mecanismos diseñados para ser aplicados sólo a una determinada área de trabajadores, consecuencia de la especificidad de la actividad en cuestión¹⁴⁹.

6.e) *La “flexiseguridad”. El Derecho del empleo y la tutela de los derechos fundamentales. El cambio de paradigma. De la protección del trabajador a la protección de su empleabilidad*

Debido a la preocupación por el crecimiento de los índices de desempleo, se desarrolló, en la Unión Europea, un nuevo sistema de protección que intenta conciliar flexibilidad del mercado de trabajo y seguridad en la persona del trabajador, denominado *flexiseguridad* (*flexicurity*). Este sistema reconoce sólo un conjunto de protecciones mínimas aplicables a todo trabajador, independiente o asalariado, por la sola condición de participar en una comunidad productiva. El Derecho del empleo reconoce como fundamental el derecho a la formación profesional de los trabajadores, entendiendo que la suma de competencias resulta forma y método eficaz de potenciar la empleabilidad de cada trabajador. Esta corriente propugna, a la vez, una paulatina desregulación de las relaciones laborales. Es decir, se intenta proteger

¹⁴⁸ Cita el caso del Derecho de la Seguridad Social, el Derecho Sindical, el Derecho de la Formación Profesional y el Derecho de la Negociación Colectiva.

¹⁴⁹ SUPLOT, Alain, *Trabajo asalariado y trabajo independiente*, informe para el VI Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia, 13 y 17 de septiembre de 1999.

al trabajador no a costa de generarle costos adicionales al empleador por la puesta en marcha de mecanismos tendientes a que conserve un determinado puesto de trabajo, sino, por el contrario, fortaleciendo sus capacidades para que rápidamente consiga otro. Se concibe el cambio de empleo como algo positivo, y se otorga mayor margen de maniobra a las empresas, ya sea para maximizar sus niveles de productividad y generar empleo como también para adaptarse y sobrevivir a períodos de recesión¹⁵⁰.

**7. ¿Es probable que esa evolución se concrete?
¿Por qué? ¿Qué prevenciones o esperanzas
cabe concebir para el futuro del Derecho Laboral?**

Entiendo que sí. Y destaco que el impulso hacia esta nueva configuración del Derecho del Trabajo en procura de la efectiva protección del *contratante débil* en una relación de trabajo productivo en el contexto actual encuentra en la OIT un protagonista superlativo, fundamentalmente a través de la promoción de la noción de *trabajo decente*. En efecto, a partir de la memoria de su director en el año 2000, *Reducir el déficit de trabajo decente. Un desafío global*, y en la idea de vincular progreso social con crecimiento económico, la Organización ha introducido la noción de *trabajo decente* como concepto complejo que refleja la interacción del trabajo con factores de diferentes órdenes (económicos, sociales, culturales y políticos), y que revela la necesidad de implementar acciones tendientes a compatibilizar de manera armónica y eficiente dicho contexto con sus propios objetivos. El éxito y trascendencia internacional de la noción se materializa en la denominada “histórica” *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, aprobada el 10 de junio de 2008, en la 97ª reunión de la CIT. La que, según el director de la Organización, es, ni más ni menos, la tercera declaración de principios y políticas de gran alcance adoptada por la Conferencia a lo largo de su existencia (las restantes son la *Declaración de Filadelfia*, de 1944, y la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales*

¹⁵⁰ Ver GOLDIN, Adrián O., *El futuro del Derecho del Trabajo (o un nuevo desafío para el Derecho y la equidad)*, en D. T. 1997-B-1515/1516.

en el trabajo, de 1998). La declaración indica cuatro objetivos que considera estratégicos, inseparables e interrelacionados, y a partir de los cuales tanto los Estados miembros como la propia Organización deben procurar la realización de trabajo decente, productivo y en situación de pleno empleo; ellos son, en sustancia: a) promover el empleo, creando un entorno institucional y económico sostenible, por medio de la formación profesional de los trabajadores, la viabilidad económica de la empresa, y considerando las legítimas expectativas de desarrollo social de los individuos; b) extensión universal de la protección social en consonancia con las posibilidades económicas y las circunstancias nacionales, procurando condiciones de trabajo saludables y seguras, y la implementación de medidas que conduzcan a una justa distribución de los frutos del progreso; c) diálogo social y tripartismo para adaptar democráticamente los objetivos estratégicos a las circunstancias nacionales, y d) respetar y promover la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

En este nuevo escenario propuesto por la declaración sumariamente analizada, en la visión de la OIT, el Derecho del Trabajo, además de profundizar su interrelación con otros factores, tiene en sí mismo estructurales innovaciones. En tal sentido, si bien se profundiza el objetivo de la justa distribución de los frutos del progreso, se propone una *ampliación* de su ámbito subjetivo de aplicación, por lo menos en relación con las garantías básicas de protección, comprendiendo dentro de sus fronteras a todos aquellos que tengan *empleo*, lo que claramente denota la necesidad de extender las prescripciones de tutela a toda persona que desarrolle trabajo productivo, ya sea como asalariado, o en forma autónoma; y, por su parte, y en tanto limita la protección a que exista configurada una *necesidad* de protección, el trabajador ya no es considerado, como antes, un predeterminado hiposuficiente, y, en tal sentido, se reemplaza una visión estática de la necesidad de protección, una cierta estigmatización jurídica de la denominada clase trabajadora, por una concepción dinámica que propone amparar a todo trabajador cuya situación amerite la puesta en marcha de mecanismos de tutela y tan sólo hasta el límite de sus necesidades¹⁵¹.

¹⁵¹ En este sentido la declaración prescribe, dentro de los objetivos prioritarios, la inclusión de medidas en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones

La puesta en práctica de estos parámetros resulta todo un desafío para el tradicional Derecho del Trabajo, sin embargo, el principio protectorio, legitimado, como se dijo, no sólo en términos *sociales*, sino fundamentalmente en términos de resultar *juicio estimativo* de expresión de auténtica *justicia racional* y, en función de hallarse históricamente determinado, de *variable contenido*, mancomuna al Derecho del Trabajo con las otras disciplinas jurídicas a través del valor jurídico supremo de justicia, e incluso eleva el alcance de sus prescripciones hasta donde no existe distinción entre trabajador y empleador. Circunstancia que si bien, de alguna manera, en los hechos, diluye la autonomía lograda como protección propia de los trabajadores, le permitirá, como contrapartida, la extensión de sus postulados a regiones ajenas a la típica relación de trabajo asalariado, en pos de la defensa del *contratante débil*, y de esta forma incrementar su grado de *eficacia y eficiencia social*¹⁵².

de trabajo, y, en particular, destinadas a garantizar un salario mínimo vital para todos los que tengan *empleo* y *necesiten* de esa clase de protección. Punto I.A.ii, ap. 3 de la norma.

¹⁵² Entiendo que se trataría de la delimitación del ámbito de aplicación subjetivo a partir de la propia función protectora del Derecho del Trabajo a la que refiere GOLDIN, Adrián, *Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo (Hipótesis sobre un destino complejo)*, en *Monografías Jurídicas*, N° 52, LexisNexis, Buenos Aires, ps. 34/36 y 61/65.

REFLEXIONES SOBRE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y OTROS TEMAS CONEXOS

por JORGE RODRÍGUEZ MANCINI

SUMARIO: I. Sobre la autonomía del Derecho del Trabajo. II. La autonomía de una rama jurídica. III. ¿Por qué una rama diferente pero no autónoma? IV. La vinculación entre ramas jurídicas. V. El Derecho y sus principios. VI. La subordinación y la dependencia. VII. El principio protectorio. VIII. La seguridad jurídica como objetivo de justicia. IX. Los juicios de valor que formulan los jueces y el Derecho natural. X. Las relaciones laborales en Argentina. XI. Perspectivas a corto y largo plazo.

I. Sobre la autonomía del Derecho del Trabajo

El Derecho es uno solo. Sus principios básicos son únicos y los principios propios de las llamadas ramas del Derecho no son sino adaptación de aquéllos a las circunstancias particulares a cuyo respecto se deben aplicar esos desprendimientos que se expresan, por lo tanto, en normas diferenciadas ajustadas, como se dijo, a las circunstancias, sujetos, propósitos especiales que requiere la realización de la justicia.

No es el caso de aparecer aquí como “Jorgito” (coincidencia casual en el nombre), poniendo nombre a lo que para él no era “juego” sino “diversión específica”, como en el *Cuento de niños para abogados* que ingeniosamente elaboró Guibourg para encarar el tema de la distinción –meramente hipostática para este jurista y filósofo– entre contrato de trabajo y relación de empleo público¹.

Lo que se quiere decir es simplemente que el Derecho del Trabajo

¹ GUIBOURG, Ricardo A., *Contrato de trabajo y empleo público. Un caso de hipóstasis*, en *Notas de Filosofía del Derecho*, N° V, p. 22.

es ante todo Derecho, y por eso no se lo puede encarar como si se tratara de una ciencia o siquiera de un ordenamiento aislado, ya que ni sus principios ni sus técnicas pueden ser considerados independientes de los que el Derecho ha ido descubriendo y elaborando desde que nació.

Lo que ha ocurrido, como consecuencia obvia de la evolución del pensamiento jurídico y filosófico, es la precipitación de aquellos principios y técnicas sobre los distintos objetos que la sociedad le ha ido presentando al pensamiento político y científico. Y así han ido naciendo ramas, especialidades, del Derecho entre las que se cuenta el Derecho del Trabajo, asumido como tal a partir del siglo XX, cuando la sociedad industrial se consolidó y creó esos nuevos objetos de estudio y tratamiento valiéndose de las herramientas que el Derecho le suministraba.

La evolución que señalo no es por otra parte exclusiva del Derecho del Trabajo, sino que, por el contrario, se la ve claramente en otras ramas tradicionales, como el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Penal, el Derecho Administrativo, o en el nacimiento de nuevas como el Derecho industrial, el ambiental, el de la cibernética, como fenómeno normal, como resultado natural del desenvolvimiento de la riqueza virtual del Derecho.

II. La autonomía de una rama jurídica

Como lo destaca De la Fuente, esas ramas demandan el enunciado de nuevos principios para responder mejor a los ideales de justicia que se propone realizar. Quizás, como señala este autor, en el Derecho Civil la evolución es más lenta y esto porque esa rama jurídica se encuentra altamente normativizada, con un Código en Argentina de más de cuatro mil artículos, que armonizados y sintetizados por la doctrina dejan muy pocos vacíos legales, por lo que existe una menor necesidad de acudir a principios generales. Es como ocurre con el crecimiento de la criatura humana que avanza a pasos gigantes hasta que adquiere cierta estabilidad y luego el crecimiento se lentifica (no se tome muy al pie de la letra esta analogía porque puede conducir a pesimismo inadecuados sobre el futuro del Derecho del Trabajo).

Barassi fue quien con más énfasis defendió la autonomía del De-

recho del Trabajo, sosteniendo “un absoluto aislamiento de todas las otras zonas del Derecho”, tesis criticada entre otros por Justo López, quien aclara que en todo caso debería hablarse de autonomía relativa, “puesto que, al fin de cuentas, las diversas ramas del ordenamiento jurídico lo son de un mismo ordenamiento estatal y su diferenciación no excluye, por ejemplo, en el ámbito del Derecho Privado la aplicación subsidiaria de las normas de Derecho común...”²

Como lo explica Ramírez Bosco con referencia de Santi Romano³, académicamente puede sostenerse la autonomía del Derecho del Trabajo y por lo demás esto se concreta en una legislación específica (art. 75, inc. 12, Const. Nac.), pero esa autonomía lleva también a “afirmar su dependencia de un ordenamiento y sistema mayor, lo que es lógico en la medida que participa de la naturaleza jurídica del Derecho Privado. Y es que las cuestiones prácticas que realmente contiene el tema de la autonomía de esta materia son en esencia dos: una de si la autonomía es sinónimo de soberanía, en cuyo caso dentro de esta especialidad se podría pensar y regular a nuevo, como si las demás materias jurídicas antecedentes no existiesen; o si, por el contrario, autonomía quiere decir, como se acaba de señalar, una sólo relativa independencia respecto de un sistema mayor (en el caso del Derecho Privado) del que en última instancia se depende, lo que, esto último es la respuesta correcta al problema, porque así funciona la realidad y porque de no ser así, el Derecho del Trabajo quedaría virtualmente librado a la opinión y desaprovecharía la acumulación milenaria de la ciencia jurídica que contiene el Derecho Privado”.

Recordemos las enseñanzas de Deveali⁴: “La autonomía en el campo del Derecho del Trabajo, tal como en lo que concierne a otras asignaturas, es un concepto relativo. He aquí el primer punto que, demasiado a menudo, olvidan los cultores de nuestra materia. Nadie seriamente puede discutir, por encima de las distintas orientaciones filosóficas y políticas, la intrínseca unidad del Derecho: sea que lo con-

² *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 1ª ed., t. I, p. 11.

³ RAMÍREZ BOSCO, Luis, *El Derecho del Trabajo*, en ACKERMAN, Mario E. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. I, p. 89.

⁴ DEVEALI, Mario L., *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, Tea, Buenos Aires, 1953, p. 16.

sidere como manifestación de una civilización o como el ordenamiento positivo de un determinado país en cierta época de su desarrollo continuado. De autonomía puede hablarse pues en el mismo sentido que –para usar un ejemplo muy conocido– son autónomas las ramas que parten de un tronco común”. Y citando a Bielsa agrega en nota: “El Derecho tiene una unidad no escindible”⁵.

¿Qué hace que una disciplina jurídica sea autónoma? ¿Lo será en sentido meramente descriptivo como para distinguir instituciones para mejor conocerlas y desarrollarlas? ¿Tiene trascendencia que la Constitución denomine al Derecho del Trabajo como independiente de otros códigos? Son estos los interrogantes que intentaremos responder a lo largo de este ensayo.

¿Acaso no se ve cómo a cada rato se recurre al Derecho Privado, al Civil o común para ubicar las relaciones jurídicas laborales y para encontrar soluciones a conflictos propios de esta rama? Es fácilmente constatable la aplicación –si bien supletoria y condicionada– del Derecho común y de las otras ramas jurídicas, que demuestra la inserción del Derecho del Trabajo en el resto del ordenamiento jurídico, obra llevada a cabo por la doctrina y la jurisprudencia, que ha modificado de manera sustancial el Derecho del Trabajo tradicional (aislado e incompleto) para conformar un nuevo Derecho Laboral moderno, integrado con nuevos conceptos, figuras e instituciones que facilitan su progreso y desarrollo y, lo que es más importante, con bases jurídicas sólidas. Es que, como señala De la Fuente, es incorrecto “considerar el Derecho del Trabajo como si fuera un sector jurídico autónomo, prácticamente desvinculado del resto del ordenamiento jurídico, con el riesgo de convertirlo en un conjunto de normas y principios aislados y desarticulados, es decir, sin la unidad y cohesión que sólo le pueden dar los conceptos fundamentales que rigen todo el Derecho”⁶.

Y conste, para aclarar la idea que se expone, que no se trata aquí de argumentar acerca de la relación del Derecho del Trabajo con el Derecho Civil, cuestión que es y ha sido analizada incansablemente

⁵ BIELSA, Rafael, *La legislación del trabajo y los principios generales del Derecho*, apartado de la revista *Labor*, p. 4, N° 1.

⁶ *El futuro del Derecho del Trabajo en la Argentina*, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, 2009.

con resultados variados, que en definitiva no hacen más que ir y venir del Derecho Civil según sea la necesidad –legítima– de encontrar soluciones a conflictos que no la hallan en normas propias del Derecho especial. Lo que se trata de expresar es que la autonomía relativa que se predica respecto del Derecho del Trabajo se inscribe más bien en la plenitud indiscutible, indispensable, esencial, del Derecho del cual no puede separarse por más principios propios que se quieran enunciar, desarrollar y subdesarrollar. Con Justo López “estimamos que el Derecho especial no está en contraposición con el Derecho común [...] tanto las ramas ‘especiales’ del Derecho Privado como el Derecho común, aplican en definitiva, los mismos principios generales del Derecho (el *alterum non lædere* y el *sumun quique tribuere* de los jurisprudenciosos clásicos, o formas más particulares de ellos); pero también es obvio que los aplican de un modo y con alcances diferentes”⁷. Y no es así como se procede en otras ramas del Derecho Privado.

Es que la humanidad ha crecido –no en todo sentido ni en toda extensión⁸– en el desarrollo del pensamiento y ha ido descubriendo, en el contenido infinito del Derecho, sus virtualidades, poniendo en evidencia aspectos que no se conocían o que se veían con dificultad y nubosidad. Y esto ocurre en todo el Derecho de modo que no podía dejar de producirse en el Derecho del Trabajo. No porque tenga propiedades propias, exclusivas, sino simplemente porque *es Derecho* y aspira a serlo plenamente. Lo mismo le está sucediendo al Derecho Civil y al Comercial. Crecen con la humanidad.

III. ¿Por qué una rama diferente pero no autónoma?

El dato básico sobre el que se apoya la explicación de cómo nació lo que llamamos Derecho del Trabajo está representado por el fenómeno económico y social conocido como maquinismo o más propiamente

⁷ LÓPEZ, Justo, *Incidencia del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo*, en L. T. XXX-A-195, con cita de De Moraes Filho.

⁸ No es preciso marcar qué quiero significar con esta limitación, ya que la historia registra justamente conductas, acciones pasadas y presentes, que parecen desmentir esa visión de progreso en el descubrimiento de los valores esenciales de la persona, del hombre, de todo hombre.

industrialismo, término este último que aspira a representar la transformación del proceso productivo por la incorporación de máquinas que provocó los movimientos poblacionales y la aparición de relaciones humanas que se fueron caracterizando jurídicamente como subordinadas, y que requerían por una razón de justicia –además de las que pudieran coincidir ligadas a intereses de la producción– un tratamiento legal diferenciado, específico, para evitar los abusos consecuentes a las modificaciones de oferta y demanda de trabajo. Y así la libre contratación se va viendo interferida por la acción legislativa que utiliza el recurso secular del orden público.

La cuestión social reclama la utilización de técnicas apoyadas en principios de justicia social, o lo que es lo mismo el Derecho pone de manifiesto su potencialidad nutrida del principio básico, elemental, esencial que le fija su objetivo: la justicia en sus distintas formas, las mismas que los filósofos describieron desde los orígenes de civilizaciones como la griega y la romana. Es el Derecho que se hace presente una vez más para encarrilar la vida social y lo hace con los mismos instrumentos que tuvo desde su nacimiento, utilizándolos para corregir los entuertos humanos puestos de manifiesto ante las nuevas situaciones económicas y sociales mencionadas.

Obviamente esta postura de unidad del Derecho no significa ignorar o descalificar los llamados principios del Derecho del Trabajo que se encuentran en su mayor parte positivizados, sino simplemente anotar que por la vía de la exageración en la defensa de la autonomía de esta rama jurídica se puede llegar a un dislocamiento del sistema jurídico integral que no puede fracturarse sin peligro de desarticular de ese modo la institucionalización misma del sistema que no tiene sino un único y sólido fundamento que es la Constitución Nacional (integrada en la forma que establece el art. 75, inc. 22). No estamos relegando el Derecho del Trabajo a una posición de apéndice de otras ramas del ordenamiento jurídico, “se trata más bien de una expresión más de la integración en la pluralidad (unidad en la diversidad) entre las diversas ramas jurídicas, reflejo, a su vez, de la unidad contradictoria de un sistema jurídico donde la coexistencia plural de ordenamientos no impide la unificación y armonización de gran parte de sus técnicas instrumentales, evitando tensiones ‘disolventes’ de los esquemas ge-

nerales a los que sirve el conjunto del ordenamiento”⁹. Esta unidad constitucional y constitutiva del Derecho argentino es lo que debe defenderse a ultranza para evitar que esa desarticulación jurídica provoque la desarticulación social y política de la Nación.

IV. La vinculación entre ramas jurídicas

El Derecho del Trabajo no es, evidentemente, el contrato de trabajo¹⁰, pero la dogmática de éste se fue construyendo sobre las bases de aquel otro, elaborada, señaladamente, a partir de la posición del trabajador. Y esto no es más que una consecuencia de que el objeto de esa rama jurídica no es otro que la protección del trabajador en su actividad propia, caracterizada por la subordinación. Seguramente que el centro de imputación básico del Derecho del Trabajo es la relación jurídica laboral que, como lo destaca Monereo Pérez¹¹, representa, además, un fenómeno colectivo, pero añade este autor: “no lo es menos que el conjunto normativo que constituye el Derecho del Trabajo representa una ‘deformación’ o ‘modalización’ de los esquemas jurídicos generales, enriqueciendo el ordenamiento jurídico general con sus fuentes y principios jurídicos de origen colectivo¹², pero recogiendo de los demás sectores del Derecho sus principios y técnicas jurídicas; contentándose con introducir en la mayoría de las ocasiones, peculiaridades puramente instrumentales”. Agrega que “no obstante el enorme y sus-

⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis, *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 63. Aquí Monereo Pérez se remite a la enseñanza de CARNELUTTI, *Metodología del Diritto*, Padova, 1990, edición facsimilar de la edición de 1939, ps. 67/80, donde despliega su concepción dinámica del principio de unidad del Derecho.

¹⁰ SINHEIMER, *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, citado por VALDÉS DAL RE, Fernando, *El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones triangulares*, en *Revista de Relaciones Laborales*, N° 3, Madrid, 2009.

¹¹ Ob. cit., p. 53.

¹² Añado a esta observación que el tema de las fuentes es el que presenta, sin duda, la mayor originalidad de nuestra disciplina, pero no está de más llamar la atención acerca de que su presencia y su desarrollo han hecho que otros sectores sociales avancen hacia una representación no política –como ocurre con los sujetos de la negociación colectiva– con el fin de defender sus intereses o mejor dicho los de su colectividad.

tancial avance de la doctrina del Derecho del Trabajo acerca del carácter personalista del contrato y de la protección que merece el trabajo por ser el fruto del esfuerzo de la persona que es digna y libre, en el ámbito del contrato se adoptan los esquemas contractualistas del Derecho Privado, no obstante ser el contrato de trabajo un contrato intervenido en cuanto a su aspecto regulador por la fuerza normativa que sobre él ejerce la regulación estatal y accionada de condiciones de trabajo”.

“En realidad la autonomía del Derecho del Trabajo significa la especial modalización del tratamiento jurídico del trabajo en su dimensión individual y colectiva que da a éste una especificidad jurídica. Por lo demás la autonomía de esta rama del Derecho es (como todas las divisiones del Derecho objetivo que conoce el vigente ordenamiento jurídico como sistema complejo), esencialmente relativa”.

Y concluye: “Desde esta perspectiva parece claro que el Derecho del Trabajo es una rama del ordenamiento jurídico general, en parte con técnicas y principios jurídicos peculiares; en parte compartiendo técnicas y principios ya existentes en otras ramas jurídicas, técnicas y principios que singulariza deformándolos y adaptándolos a su propia peculiaridad *per ratione materiae*”.

Es original la distinción que formula Villar Palasi, citado por Monereo Pérez, entre aquellas disciplinas jurídicas a las que llama “ramas verticales”, “homogéneas por razón de su contenido o de una función –Derecho Penal, Civil, Procesal– y ramas horizontales caracterizables porque enfocan sus normas a ciertas personas cuya relevancia jurídica produce una normativa propia; con ello las ramas horizontales comprenden seccionalmente a las verticales a las que la singularidad de la persona protagonista impregna de sus propias características y viceversa”¹³.

Si se parte de esta observación, cuando se relaciona el Derecho del Trabajo con el conjunto de las ramas del Derecho, se ve que requiere la utilización de una “dogmática prestada” por la rama del Derecho correspondiente. Obsérvense los ejemplos que pone este autor: en el derecho de fuentes hay que recurrir al Derecho Constitucional, en el

¹³ Lug. cit.

de relaciones individuales al Derecho Civil, en las relaciones conflictivas al Derecho Procesal, en el régimen de sanciones por infracciones al Derecho Administrativo y eventualmente al Penal. Un ejemplo tomado de Simi, citado por J. López, acerca del principio de favor es ilustrativo¹⁴. Se refiere al principio de favor al que el autor italiano califica como “instrumento dinámico inherente a la vida evolutiva del derecho” como aparece en el estudio del *favor libertatis* en el Derecho Romano posclásico y justiniano que se desenvuelve también como una “tendencia fundamental del ordenamiento”. Y explica su aparición transformadora en la historia de la defensa de la persona humana en la cual se inscribe sin duda el *favor operario* que hoy reina en la legislación laboral.

Esto es la confirmación de aquella horizontalidad relativa que caracterizaría al Derecho del Trabajo. Sin duda, en el terreno de lo colectivo es donde se encuentran las mayores especificidades y esto, también sin duda, puede dar pie para abrir otro debate acerca de la posibilidad de elaborar una teoría del Derecho Colectivo del Trabajo como rama independiente y no meramente como uno de los capítulos más trascendentes del Derecho del Trabajo¹⁵.

En nuestro Derecho estos reenvíos y “préstamos” aparecen plasmados en diversas normas de la LCT, en las que encontramos remisiones directas o simplemente transcripción adaptada de normativas (por ej., arts. 24, 30, 31, 62, 63, 257), y lo mismo sucede con el Derecho Comercial (arts. 54, 59, 274 de la LS). Es que la complejidad del ordenamiento es innegable y su interrelación, patente, debiéndose reconocer, como ya lo destacué, que todo ese sistema encuentra en definitiva centro final y total de apoyo en la Constitución Nacional que es la que garantiza la unidad del ordenamiento, y en la cual se en-

¹⁴ Ob. cit., t. I, p. 124.

¹⁵ Y aun en esa eventual diferenciación científica –ya que la distinción normativa ya existe– será difícil eludir la conexión indispensable con el Derecho general, porque, reiterando lo afirmado, el Derecho es uno solo. Cómo se explican las relaciones jurídicas colectivas sino con base en principios generales de las obligaciones, aun con las particularidades propias de la noción de representación en que se basan aquellas. ¿No se trata al fin y al cabo de un contrato con obligaciones a través de representación?

cuenta, o debería encontrarse, el equilibrio indispensable para el funcionamiento regular del sistema social.

V. El Derecho y sus principios

Tampoco cuestionar la autonomía absoluta del Derecho del Trabajo –y aun la relativa cuando se utiliza la idea para la creación de principios que no son sino técnicas de interpretación y aplicación de normas– implica entrar en la corriente pesimista acerca de su futuro. El futuro del Derecho del Trabajo estará siempre imbricado de las transformaciones del mundo económico, no para someterse a sus condiciones, sino –siendo fiel a su origen– para encarar esa realidad a la luz de *sus principios*, esto es, con las herramientas que el Derecho ha puesto en sus manos para alcanzar el de justicia que lo signa.

Porque quizás valga la pena recordar aquí una vez más lo que es el Derecho. Radbruch lo define como “el conjunto de las normas generales y positivas que regulan la vida social”¹⁶, entendiendo estos conceptos respectivamente como que se traten de una *materialización concreta de una idea*; que tengan *carácter general* porque afectan a todos por igual; y que *regulen la vida social* con propósito de *realizar la justicia* regulando la convivencia humana. Aspira, como marca Recasens Siches¹⁷, a la realización de ciertos valores y menciona, por ejemplo, seguridad, justicia y bienestar social, con lo que destaca que “el Derecho real, el Derecho efectivo –es decir el orden jurídico positivo– no es valor puro”. Por eso lo define diciendo que *el Derecho es norma, elaborada por los hombres con el propósito de realizar unos valores*¹⁸.

Y una advertencia que complementa estas definiciones: “el Derecho debe ser ante todo, respetuoso de la realidad. Debe respetar la realidad de los hombres vinculados por sus normas y de la sociedad por ellos integrada. Debe admitir las realidades prejurídicas que le suministran

¹⁶ RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura, México, 1951, p. 47.

¹⁷ RECASENS SICHES, Luis, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1978, p. 156.

¹⁸ Ob. cit., p. 139.

la ética y la economía. Sólo así evitará caer en ese ‘panjuridismo’ ingenuo, gracias al cual el Derecho resulta el primer ridiculizado”¹⁹.

Dicho esto pensemos si la presencia de principios propios define la autonomía de una ciencia jurídica, y, a su vez, de dónde salen los principios. ¿Quiénes los elaboran y crean? ¿Tendría que ver esto con el Derecho natural? La respuesta puede encontrarse próximamente, esto es, en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema. En efecto, son numerosos los fallos en los que se fundan las decisiones por las que se descalifican normas legales o reglamentarias que vulneran el Derecho natural de las personas a la vida como “preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional [...] el ser humano, desde luego, es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental...”²⁰

En lo que llamamos Derecho del Trabajo, o sea la rama que tiene por objeto el trabajo subordinado, aparecen principios que no son sino, insisto, adaptación de los principios generales del Derecho²¹. Uno elemental, quizás el único, del cual pueden derivarse otros que no serán sino meramente técnicas apropiadas para la realización de aquél, es el principio protectorio. Con lo cual se está definiendo la dirección de ese instrumento de justicia, cual es la de proteger la persona de un hombre o mujer que aplica su energía laboral bajo las órdenes de otro. Es que el Derecho del Trabajo surge al adquirir significación jurídica ciertos hechos que hasta entonces sólo habían tenido un carácter sociológico. En este como en tantos otros casos fue también la “naturaleza de las cosas” lo que determinó la nueva forma jurídica²². Esa situación de abuso de parte de quienes disponen de mayor fuerza contractual,

¹⁹ MONTEJANO, Bernardino y NOACCO, Julio César, *Estática jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, XIX.

²⁰ CSJN, 31-3-2009, “Torrillo, Atilio y otro c/Gulf Oil Argentina SA y otro” (T.205.XLIV), con cita de otros antecedentes del tribunal.

²¹ Sobre el concepto de principio jurídico, MORO, Eduardo, *Qué hacer con los principios generales del Derecho*, Librería Cívica, Buenos Aires, 2003, ps. 32, 35 y 41, aportando argumentos para demostrar que los principios se desprenden del Derecho natural.

²² RECASENS SICHES, ob. cit., p. 163.

de manera actual o potencial, fue la que llamó a encarar el estudio del trabajo humano desde un punto de vista no asumido, es decir, el contenido jurídico que se desprende de su origen en la persona humana, destacando sus atributos de dignidad y libertad que la doctrina de autores e instituciones desarrollaron desde distintos ángulos e ideologías. De allí al nacimiento de lo que se denominó Derecho del Trabajo –al cabo de décadas– sólo se puede anotar una sucesión de episodios gestados por la doctrina de juristas, pastores religiosos, activistas, políticos, que fueron añadiendo a los contenidos y leyes propias del Derecho del Trabajo –denominación que tardó en acuñarse– nuevos principios y técnicas, que son los que hoy conforman los *corpus iuris*, vigentes en distintos países con variado grado de intensidad y particularidades que indican, precisamente, de qué modo esta disciplina está frente a realidades sociales particulares.

La noción de orden público, técnica básica en esta materia, sin embargo, presenta facetas variadas que se han ido incorporando al concepto. Así, no puede desconocerse la presencia del llamado orden público económico, variante comprendida naturalmente en el concepto genérico del orden público, cuya característica se concreta en que en determinadas situaciones el interés general o el bien común, según se lo quiera nombrar, exige postergaciones de bienes particulares que no se conciben si no están ordenados al bien común general que los contiene, con específico contenido de eficacia económica. Su carácter excepcional lo inscribe en un marco de circunstancialidad, de modo que la postergación de principios sustanciales –del Derecho del Trabajo y su principio básico protectorio– constituya la excepcionalidad con miras a la mediata obtención de un bien común mejor²³. Lo cierto, y que puede interesar para nuestra argumentación, es que sea como principio fundamental del Derecho o simplemente como “carácter especial que revisten ciertas leyes”²⁴, el orden público ha

²³ *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, voz *Orden público económico*. El orden público económico ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (fallo “Soengas” y dictámenes de la Procuración General de la Nación en “Nordenthol” y “Almirón Bismark”, T. y S. S. 1990-1102). También los fundamentos del DNU 214/2002, enmarcado en la situación de emergencia económica.

²⁴ Al decir de Busso, citado por DE LA FUENTE, Horacio, *Orden público*, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 3.

sido un instrumento que nació, junto con el nacimiento del Derecho, para penetrar las relaciones jurídicas, limitando la autonomía de la voluntad como generadora de derechos y obligaciones, con el objeto de distinguir lo permitido de lo prohibido y lo válido de lo inválido, tanto en el Derecho Público –con el cual obviamente no debe confundirse aunque todo él sea de orden público– como en el Derecho Privado. Y esto ha sido así desde siempre, registrándose estudios y opiniones variadas mucho antes de que se pudiera hablar del orden público en las relaciones laborales. La técnica del orden público desde los romanos fue, al fin y al cabo, la aplicada a la realidad económico-social de principios del siglo XIX. Las primeras leyes inglesas de limitación de la jornada en el trabajo en las minas y la ley de descanso argentina, cien años después, lo demuestran indiscutiblemente, pero no se debe marginar que el instituto es el mismo que Vélez Sársfield incluyó en el artículo 19 y en el artículo 872 del Código Civil. Que en el Derecho del Trabajo se hayan desarrollado –siguiendo las transformaciones sociales y políticas– instituciones tan originales como la de la negociación colectiva no altera las conclusiones que se vienen exhibiendo por cuanto en todos los casos –dentro del marco institucional de una sociedad regida por el Derecho y fuera, por lo tanto, de lo que constituyen situaciones de hecho y violencia que nada tienen que ver precisamente con el Derecho– el legislador ha recurrido a aquellas técnicas que le venía suministrando el Derecho para compaginar aquellas acciones sociales en el marco jurídico indispensable para la convivencia. Seguramente, por supuesto, que como lo destaca Kahn Freund desde un punto de vista menos jurídico que ideológico, las leyes poco pueden hacer para lograr su objetivo y esa deficiente ineficacia ha sido sobrellevada por las acciones vinculadas con la organización de los trabajadores²⁵.

²⁵ Con un realismo de actualidad que demuestra la persistencia del fenómeno y su transnacionalidad, este autor anota: “las leyes cumplen importantes funciones en las relaciones de trabajo, pero son funciones secundarias si se comparan con el impacto del mercado de trabajo (oferta y demanda) y, lo que es más importante, con la creación espontánea de un poder social por parte de los trabajadores, que sirva de contrapeso al de los empresarios. Incluso los más eficaces inspectores pueden hacer poco si los trabajadores no se atreven a denunciarles las infracciones de la legislación que aquéllos tienen la misión de hacer cumplir”. KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 54.

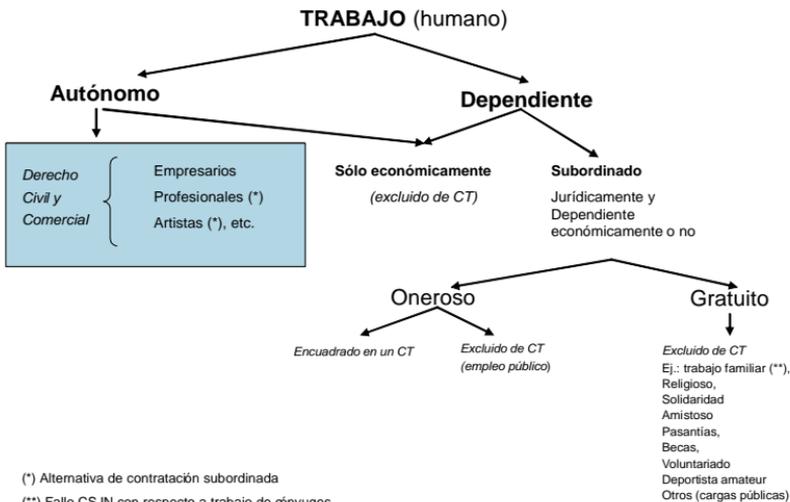
VI. La subordinación y la dependencia

Estos conceptos están implícitos o explícitos en lo que se lleva dicho.

Comencemos por reconocer que quizás la extensión de la situación de hiposuficiencia a distintos sectores de la población aplicada al proceso productivo justificará la modificación del objeto del Derecho del Trabajo, es decir, manteniendo sus objetivos, sus fundamentos, para proyectarse sobre un sector ampliado, manteniéndose también, de tal modo, sus propósitos y sus técnicas, aunque no necesariamente con intensidades idénticas sino diferenciadas según precisamente el grado de desigualdad y de medios propios para atender sus intereses.

Queda nada más que enunciado el tema dentro del propósito de este trabajo, pero no de dejar de llamar la atención acerca de la necesidad de ajustar el análisis a un examen más refinado de los conceptos de dependencia y de subordinación. Al respecto, puede resultar ilustrativo el siguiente esquema:

Esquema de formas de trabajo y ámbito actual del Derecho del Trabajo



Como surge de este esquema, la clasificación básica de lo que puede ser trabajo del hombre parte de distinguir la ejecución independiente –sin sujeción a órdenes ni instrucciones–, categoría que se conoce con la denominación de autónomo, y la que se presta con dependencia de terceros. Este último concepto, sin embargo, no es unívoco porque comprende tanto aspectos estrictamente económicos como jurídicos que no deben confundirse. En el primer enfoque se mira a la dependencia del sujeto de los recursos que obtiene mediante la prestación; pero desde el punto de vista jurídico, la cuestión se centra en si el prestador recibe instrucciones, órdenes de otro sujeto que tiene la atribución (derecho) de impartirlas con obligación de obediencia por parte del subordinado. Ésta es la figura típica de trabajo subordinado que conocemos. Sin embargo, todavía cabe otra distinción que resulta de considerar si esa relación en la que uno trabaja bajo órdenes de otro (*subordinado*) se realiza obteniendo una contraprestación que remunera la prestación. Es decir que aquí aparece otro elemento que es el de la onerosidad de la relación y esto sí es lo propio del contrato de trabajo; lo otro es trabajo benévolo, voluntariado, trabajo familiar, becario, pasantías, etcétera, que son figuras excluidas del Derecho del Trabajo porque la causa fue diversa. Cuando se habla, pues, de la dependencia y se pretende extender el ámbito de nuestra disciplina a todos los supuestos en que ese carácter esté presente, se están ignorando estas distintas caracterizaciones, y ello supone una extensión inusitada del objeto propio del Derecho del Trabajo.

VII. El principio protectorio

Otro tema trascendente y central en la concepción del Derecho del Trabajo es el principio protectorio. Con motivo de la aparición de un importante estudio de María del Carmen Piña²⁶, formulé algunos comentarios sobre la obra que considero oportuno transcribir.

La magistrada cordobesa se ocupa de profundizar sobre este principio, que según mi punto de vista es maltratado (mal tratado quiero

²⁶ PIÑA, María del Carmen, *La condición laboral y el principio protectorio*, Lerner, Córdoba, 2007.

decir) por todos nosotros sin que siempre aparezca acompañado de las debidas precisiones y determinación de contornos como lo exige cualquier otro principio. Lo hace a través del manejo de un concepto de difícil acceso, cual es el de *paradigma*, entendido como un modelo que es resultado de una elaboración producida por quienes, aun sin conocerse, trabajan en la resolución de los problemas bajo los mismos presupuestos –el origen de la noción desarrollada por Thomas Kuhn referida a las ciencias naturales– y se manejan sobre *realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica*. En tal sentido, resumiendo el pensamiento del científico mencionado, se apunta que “el paradigma sólo prevalece en función del consenso, no porque sea verdadero ni mejor, sino porque ha concitado la atención de los científicos”. Y estos paradigmas, por lo tanto, están expuestos a una transformación y pueden llegar a ser desechados cuando son aceptados otros, porque el paradigma existente ha cesado de funcionar. En proceso “habrá una superposición bastante amplia, pero jamás completa, pero la aceptación del nuevo puede exigir la definición nueva de toda la ciencia correspondiente”.

Después de explicar esta concepción del paradigma y su naturaleza cambiante, la autora se pregunta si es posible traspolar lisa y llanamente dicha noción al Derecho, destacando que fue concebido en el terreno de las ciencias denominadas “duras”. Y, naturalmente, toma en cuenta la grave dificultad que surge, como lo explica Guibourg, de que “los juristas, en efecto, no sólo no están de acuerdo entre sí, acerca de los fundamentos o del método de sus estudios, sino que tampoco coinciden en el resultado de sus observaciones, en la relevancia que asignan a éstas, ni en las respuestas que dan a los interrogantes de la disciplina que han elegido”.

Por eso Piña se orienta por la alternativa de proyectar la noción de paradigma, más sobre la ciencia jurídica que sobre el Derecho, que es el objeto de ella. Y es aquí donde encuentra la explicación de lo ocurrido con el “paradigma” del principio protectorio, ya que sostiene que la influencia de las corrientes economicistas del neoliberalismo, que registraron países europeos, con repercusiones en América Latina, ha modificado la ciencia jurídica y de allí los cambios se han proyectado

al Derecho, recomponiendo conceptos básicos como el de “dependencia”, apartándose del paradigma que, según la autora, se formó en la década del sesenta y que habría sido afectado por los fenómenos de orden económico y social producidos en las últimas décadas del siglo XX. La globalización, las tecnologías, datos de tan innegable como exagerada valoración, de que da cuenta la bibliografía desatada en su entorno, son, sin duda, elementos que exigían el replanteo del “paradigma”, y, de hecho, ese proceso se ha transformado en un debate no concluido, en el cual este aporte de la jurista cordobesa significa un avance de innegable valor.

Quizás resulte oportuno añadir a esos planteos otros elementos que no pueden marginarse para el enfoque más integral del fenómeno y la problemática que se plantea en esta obra. Me refiero a que, tal como se formula el análisis, está claro que ni siquiera la cláusula constitucional básica que impone la protección del trabajo por las leyes –fórmula que se ha interpretado como la base positiva fundamental del principio protectorio– resultaría un dato referencial suficiente, ya que de lo que se trata es, precisamente, de la relatividad del concepto, del paradigma. Porque creo que la formulación de éste, como se desprende de la necesaria correlación entre las instituciones jurídicas y las demás que conforman la estructura social, indica que no puede establecerse –al menos no sin los riesgos consiguientes del desconocimiento de esta limitación– una fórmula absoluta de interpretación de esa norma como de cualquier otra, que no reciba influencia más fuerte o más débil, según las épocas, del contorno socioeconómico en el cual debe aplicarse. Y esto, me parece, es predicable al razonamiento basado en el concepto del paradigma. El principio protectorio deriva de otros más fundamentales, como son el de la *dignidad de la persona humana* y de la necesaria confluencia hacia la formación del *bien común*, noción esta última igualmente relativizada por elementos que la integran, de carácter material y espiritual.

La segunda observación está referida a las reflexiones de Piña sobre la evolución de la noción de dependencia laboral, a cuyo respecto parece necesario puntualizar, como lo he hecho en párrafos precedentes, que la transformación del concepto central de dependencia, como clave para la integración del objeto del Derecho del Trabajo, exige que el

contenido de éste se adapte a tales cambios. Y de este modo, de la ampliación de su extensión conceptual, se deberá seguir, necesariamente, una diversificación tal que permita adaptar las instituciones del Derecho del Trabajo a esas variadas hipótesis de dependencia, gradualmente disminuidas en su intensidad, a lo cual debería seguir una igualmente gradual disminución de la intensidad de la protección. De otro modo la desfiguración del objeto del Derecho del Trabajo, o mejor dicho su esfumación, impediría una aplicación cabal de la normativa que exige condiciones de orden estructural para su eficacia.

Igualmente, no debe dejar de señalarse que la caída del paradigma en las circunstancias que se describen en este importante aporte a la bibliografía del Derecho del Trabajo, y más especialmente de la teoría general de nuestra disciplina, debería encuadrarse más en el terreno de las ideas que en el de la normativa, ya que las modificaciones de orden legal o reglamentario no tuvieron realmente la dimensión e intensidad que pudieran provocar transformaciones profundas en la aplicación del principio protectorio. Es, sin embargo, notoria la influencia de aquellas doctrinas y de su contagio al comportamiento, acompañando situaciones de orden socioeconómico que provocaron una suerte de flexibilidad de hecho en las relaciones laborales, proceso en el que, seguramente, el crecimiento del desempleo aportó una dosis fundamental.

Lo cierto es que, más allá de estas observaciones, el objetivo propuesto por Piña consistente, según lo expresa, en “dilucidar el estado de vigencia y eficacia del principio protectorio, que como tal, refiere a su plena actuación dentro del Derecho del Trabajo” ha sido encarado con método y firmeza, y le permite llegar a conclusiones –no necesariamente compartidas en su integridad, precisamente por aquello de la ausencia de coincidencia que reina en este mundo del juslaboralismo sobre métodos y resultados de las observaciones a que hacía referencia Guibourg– entre las cuales destaco la de asegurar que el principio protectorio constituye una norma programática o directriz, una meta-norma dice Piña, en el sentido de que es una norma que estipula obligación de perseguir determinados fines. Claro que donde puede surgir la discrepancia es precisamente en esto último: determinar los fines, ya que no se agotan, seguramente, como lo reconoce la autora,

en lo que constituye discursos demagógicos y politizados, en la protección por la protección misma, sino que deben orientarse hacia los valores superiores que integran, como lo adelanté, el bien común.

Y respecto de esta última afirmación, acerca de la fuerza normativa que adquiere el principio, el tema se emparenta con otro que es el del activismo judicial, punto que merece, seguramente, un estudio y una prudencia que eviten desmadres en el ejercicio de la función. Seguramente que este último tema se halla ceñido al que seguidamente trataré.

VIII. La seguridad jurídica como objetivo de justicia

Si algún tema de preocupación –no el único seguramente– está presente en la sociedad argentina es el de la seguridad jurídica. Por eso es preciso destacar su significado para que no se confunda con la seguridad que el Derecho nos puede conferir al garantizar la vida o los bienes²⁷. De lo que se trata es de la seguridad del Derecho mismo, lo cual, según Radbruch²⁸, requiere cuatro condiciones: 1) que el Derecho sea *positivo*, es decir, que se halle estatuido en las leyes; 2) que sea un Derecho *seguro*, es decir, un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterio general como el de buena fe o el de buenas costumbres²⁹; 3) que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean “practicables”³⁰, y 4) el Derecho positivo no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a merced de una *legislación incidental*³¹.

²⁷ También desde este punto de vista la cuestión es motivo de seria preocupación, pero no es éste el tema que importa para nuestra argumentación.

²⁸ Ob. cit., p. 40.

²⁹ Es común encontrar en las sentencias remisión a este principio que es un mandato legal (art. 63, LCT) sin una reflexión a cómo opera la norma en el caso concreto.

³⁰ Recuérdese el principio así llamado por Deveali, de “factibilidad” aplicado a las leyes laborales.

³¹ ¿Cuántos cambios se producen con invocación de las emergencias?

IX. Los juicios de valor que formulan los jueces y el Derecho natural

En realidad ya nadie cree que las operaciones realizadas por el juez para interpretar el Derecho son exclusivamente operaciones lógicas en el sentido estricto de la palabra, es decir, operaciones de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas; “con otras palabras, no es aceptado que la actividad del juez es meramente automática o mecánica. Los juristas y los filósofos del Derecho prestan cada vez mayor atención a la presencia manifiesta u oculta, consciente o inconsciente de los juicios de valor”³².

¿Acaso no es ésta la posición que surge de los fallos más destacados de la jurisprudencia? ¿Acaso no se ve que en cada fallo trascendente el tribunal trata de extraer de las normas –sean las del Derecho interno o del Derecho Internacional–, principios, reglas, que no aparecen textualmente escritas en el Derecho positivo? Para valernos de una referencia simple, desde Valdez (1976), Vizotti o Aquino (2004) hasta Simón (2005), están presentes juicios de valor sobre la *justicia* y la *equidad* respecto de normas positivas a las que si es necesario se las declara inválidas frente a principios superiores.

Que el Derecho natural que reconoce la justicia como la idea de un Derecho anterior y superior a la ley, o sea justicia en sentido estricto, utilizada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según lo he recordado, no implica una noción estática porque el Derecho natural se va conociendo como desentrañándolo de la realidad de las cosas, es una idea que debe profundizarse y no despreciar al momento de criticar a los jusnaturalistas. Como lo expresa Messner: “las leyes son las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas”³³. Es que la razón humana está sujeta a variaciones (Montesquieu, *L’esprit des lois*).

³² BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965, p. 28.

³³ MESSNER, Johannes, *Sociología moderna y Derecho natural*, Herder, 1964, ps. 51 y ss.

X. Las relaciones laborales en Argentina

A través del recorrido de estos párrafos se pueden detectar algunos temas a partir de los cuales se me autorizará a delirar acerca del porvenir del Derecho del Trabajo. Y uso esta palabra tan “delirante” porque resulta altamente atrevido postular evoluciones futuras. Simplemente se trata de un ejercicio intelectual consistente en incursionar en lo que sabemos del Derecho del Trabajo actual, porque eso es placentero como ejercicio intelectual. Bucearemos en torno a los problemas que vivimos y en los que avizoramos, y así daremos al lector, más que seguridades, ideas para que las disfrute, las critique o, finalmente, las deseche.

A partir de tales propósitos comenzaré por una descripción rápida de los principales problemas que se detectan en las relaciones laborales de Argentina. Como se ha destacado en un documento reciente, preparado por un grupo de juristas convocados para estudiar “los problemas y debilidades” del sistema de relaciones laborales en nuestro país³⁴, éstos derivan más de la debilidad de su estructura socioeconómica que de la que es producto de las sofisticaciones propias de las sociedades más desarrolladas, en las cuales el problema del trabajo ha adquirido relevancias que trascienden lo específicamente laboral. Recuérdese el debate europeo en torno a la consideración del trabajador ciudadano, por ejemplo, para tomar una idea de la distancia que separa esa realidad de la nuestra. Más aún puede señalarse, y es que los defectos, abusos y resultados negativos que se detectan en nuestro objeto de estudio no son sino el reflejo de otros comportamientos sociales y culturales que aquejan, sin distinción, a todos los miembros de la sociedad, multiplicados por la sensibilidad de la materia en la que se halla comprometida de manera directa la persona del trabajador con sus implicancias derivadas de los atributos que lo distinguen en materia de dignidad y libertad. Son miles y millones de hombres y mujeres que entran en esta categoría abstracta que los especialistas conocemos con el nombre genérico de trabajadores. Pero es bueno que más a menudo de lo

³⁴ *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009. Véanse las distintas posturas que se mantuvieron a través de disidencias en puntos especiales.

corriente bajemos de lo abstracto a lo concreto, a lo personal, y miremos frontalmente al hijo/a, al nieto/a, al sobrino/a que día a día intenta y a veces logra obtener los ingresos para su sustento, el de su familia, el ahorro, mirando su futuro incierto y lleno de dificultades. Ese es el trabajador del que habla la ley, y es ese sobre el cual debemos pensar cuando reflexionamos acerca del presente y del futuro del Derecho del Trabajo. Es sobre ellos que versa el discurso y es respecto de ellos que debemos pensar cómo serán sus vidas y las de sus hijos/as, nieto/as, sobrino/as.

Desdramatizando el tema, pero sin olvidar la necesaria mirada sobre la realidad, trataré de encarar el propósito expuesto.

En la mención que formularé, desde ya seguramente incompleta, de esos problemas y debilidades a que me he referido, cada uno podrá detectar cuánto de la problemática general autóctona aparece implícita o explícitamente expresado.

A mi juicio, detectar objetivamente, quiero decir con criterios alejados de parcialidad, cuáles son las causas que producen las anomalías que registra el sistema resulta una tarea no sólo difícil, por no decir inalcanzable, sino también hasta cierto punto inútil, toda vez que las circunstancias que han influido en el deterioro –hoy absolutamente indiscutible y más aún indiscutido– de que dan cuenta infinidad de problemas que preocupan a políticos, sociólogos, juristas y a los pastores religiosos, pertenecen a un pasado que se ha escapado de las manos y, en todo caso, no es responsabilidad exclusiva de un sector o grupo social.

La transformación operada en nuestro país no manifiesta una orientación o dirección única, no es posible demonizar épocas o períodos sin incurrir en hipocresía; no sería correcto ni honesto atribuir el fenómeno a sólo una o unas causas y a influencias de un sector determinado, ni ubicado en época histórica concreta. Lo cierto históricamente es que las vicisitudes de orden económico, social y político por las que atravesó la República registran la presencia de factores de distinto orden, así como el protagonismo de distintos sectores, políticos, empresariales, sindicales, que participaron en los más altos niveles en la elaboración de tales cambios, no siempre favorables para los trabajadores. Creo que nuestra misión, en todo caso, consistirá en señalar la problemática actual y mirar hacia adelante, para intentar, con nuestro

modesto pero obligatorio aporte, arrimar ideas y acciones que se orienten a la superación de las ya mentadas “debilidades” del sistema de relaciones laborales. El Derecho del Trabajo pasado sirvió para unos momentos del desarrollo económico y no sirve para el momento presente. Hay que pensar en otro que se adapte necesariamente a esas transformaciones, contrariamente a insistir en la estructura básica del sistema, reeditando fórmulas pretéritas, o, en todo caso, nuevas formulaciones de un esquema que reproduce el que manifestó, hasta el presente, su ineficacia para la solución de los problemas que se denuncian en las críticas políticas, si bien atribuyendo la causalidad de ellos sólo a algunos de los factores que actuaron, marginando otros, igualmente relevantes, como son las cuestiones institucionales que trascienden las relaciones laborales, inestabilidad política, más allá de las interrupciones del orden constitucional, apetencias políticas demagógicas, corrupción sindical, obsecuencias y egoísmos empresariales, abierto incumplimiento, ausencia y marginación de la ley en general, etcétera.

1. Con este ánimo, comenzaré por mencionar un fenómeno cuya importancia e influencia ya han sido destacadas en innumerables oportunidades, y que es reconocido como una obviedad, no obstante lo cual no somos capaces –me involucro, como deben hacerlo todos sin excepción, aunque sea mayor la responsabilidad operativa de algunos– de superar. Se trata de la inicua situación de que casi el 40% de las relaciones laborales individuales se desenvuelven en la marginalidad, en la ilegalidad, y que sobre ellas descansa la subsistencia de un sector importante y gravitante de la economía productiva.

En efecto, bajando un poco a los datos concretos, un rápido análisis de la situación anotada nos indica que “uno de cada tres argentinos pertenece a un hogar donde ninguno de los miembros tiene un empleo formal. Son casi cinco millones de ocupados no regulados en el sector privado, el servicio doméstico o el trabajo por cuenta propia. Ser informal tiene costos muy elevados: desprotección legal, privación de beneficios, carencia de seguridad social, menor salario por el mismo trabajo, mayor incidencia de la pobreza y el desempleo. La informalidad laboral es la base de la exclusión social”³⁵.

³⁵ KRITZ, Ernesto, *Newsletter sobre la situación laboral y social de la Argentina*,

Quizás no sea superfluo pasar revista rápida a lo que se considera las causas de este comportamiento evasor. En este sentido es necesario destacar que, como sucede con todos los fenómenos sociales, las causas de la existencia de trabajo no registrado son múltiples y confluyentes. Un intento de enumeración implicaría por lo menos los siguientes puntos:

a) La falta de registración del empleo es una manifestación particular de un comportamiento general, insertado en la cultura nacional y conocido por todos por la propia experiencia y la que se padece. Se trata de lo que hace tiempo un autor denominó “*anomia*” general. Esto es, la conducta generalizada de incumplimiento de la ley a lo que me he referido anteriormente. En este marco, puede decirse que una de las causas básicas del incumplimiento en la registración del empleo –vale para los dos lados– está nutrida por ese comportamiento cultural de carácter general, manifestado concreta y particularmente en un fenómeno que presenta, además, la particularidad de que cumplir con la ley cabalmente tiene un costo económico, lo cual indudablemente coadyuva a la inclinación indicada de no cumplirla³⁶.

b) También hay que mencionar la influencia de la *desocupación*. Sin duda que la aceptación de un empleo sin registración es la opción a no trabajar y esto actúa casi extorsivamente de manera dramática. Sobre esto no resultará ajeno a este problema señalar que este fenómeno había llegado a niveles mínimos, como los que se han anunciado³⁷,

mayo de 2007. También puede leerse en *La Nación* del 25-5-2007. Datos más recientes, finales de 2009, suministrados por el Indec –con todas las reservas que esto supone–, indican que 4,4 millones de personas, que representan el 39% de la población económicamente activa, tienen ocupación informal tanto en el sector privado como en el público, servicio doméstico, cuentapropistas, plan jefes (Informes de la Economía Real, Empleo y Desarrollo Social, febrero de 2010).

³⁶ Lo más alarmante de estos datos es que las respuestas de una encuesta denuncian que el sector de los políticos (con 74%), los policías (56%), los funcionarios públicos (49%) y los jueces (41%) sean percibidos como los mayores y principales violadores de la ley.

³⁷ El gobierno había difundido datos que ubicaban el desempleo en el 7% de la PEA. Este porcentaje, sin embargo, como se indica en el texto, podría ser, seguramente, inferior si se toma en consideración la industria más tecnificada donde resulta hartamente difícil obtener personal capacitado. Sin embargo, para el segundo semestre de 2009 el porcentaje de desempleo era del 9%, siempre calculado sobre la PEA.

pero debe reconocerse que este registro está indicando el piso último de posibilidades de ocupación, ya que, como se anotó antes, en el sector de las grandes empresas se demanda trabajadores y no se recibe oferta adecuada. Es que la calificación exigida por las nuevas tecnologías no ha sido alcanzada por un número importante de la población trabajadora, lo cual la condena a no poder emplearse en un puesto “decente”, debiendo conformarse para subsistir con empleos precarios e informales. Se vincula pues el tema del trabajo en negro con el desempleo y con la crítica situación por la que atraviesa, desde hace años, la educación y capacitación.

c) Desde otro ángulo se puede reconocer como elemento influyente en ese comportamiento ilegal la *presión tributaria*. Este dato no es indiferente, sobre todo a nivel de empresas de pequeña dimensión en las cuales se aprecia que básicamente su subsistencia se apoya en el incumplimiento.

d) No es ajena a la situación que vengo exponiendo la existencia de una normativa con *estructura exageradamente regulada estatalmente*, con poco margen de operatividad de otra de las fuentes elementales para igual objetivo, cual es la negociación colectiva y, más concretamente, su fruto, las convenciones colectivas de trabajo. Esta característica de la ley argentina, sobre la cual hago hincapié, ha sido denunciada desde el mismo momento de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, al haberse encontrado tanto el jurista como el operador con un conjunto normativo rígido y detallista que deja poco o ningún margen –salvo que esté orientado al mejoramiento de las condiciones de trabajo– para los sujetos colectivos, más cercanos, por definición, a las variadas y cambiantes realidades de las relaciones laborales en función de las transformaciones de orden económico, técnico, social, etcétera, que se van registrando en el mundo empresarial donde está llamada a aplicarse aquella ley, operen ejerciendo sus propias autonomías. Las ventajas de la convención colectiva sobre la norma estatal fueron motivo de llamados de atención de Deveali, entre otros, quienes desde el principio de la vigencia de la LCT destacaron las enormes virtualidades y potencialidades de la negociación colectiva, no sólo para mejorar las condiciones laborales, sino principal y sustancialmente para adaptarlas a las realidades de los distintos sectores.

Seguramente que en alguna medida influye en este tipo de incumplimiento la *compleja gama de operaciones* que requiere la inscripción correcta de empleo en las condiciones exigidas por la ley. Esta dificultad presenta perfiles de mayor complicación en el caso de las pequeñas empresas, ya que no están en condiciones, por las razones antes anotadas, de recurrir a especialistas que realicen esos trámites –aunque se los instrumente por vía electrónica– para actuar regularmente. La indispensable simplificación burocrática no se manifiesta de manera suficiente y amplia, pero debe destacarse que aun cuando esta mejora se ha implementado en algún sector (como ocurre con el servicio doméstico), la respuesta no ha sido importante³⁸.

e) Un elemento que incide en los factores que se han enunciado es, sin duda, la *uniformidad normativa* en materia de protección. Es decir que las disposiciones tanto de la LCT como de las convenciones colectivas no ofrecen, en general, diversificación en función de la dimensión empresarial, por lo que el peso relativo de aquéllas, en costo y en complicación burocrática, es muy diferente para la gran empresa industrial, de servicios o comercial que para el pequeño negocio o taller, y esto se vincula con el ya mencionado tema de la baja productividad y el escape hacia la evasión.

f) Finalmente, no por menos importante, sino al contrario, porque está en la base de todo el problema, debe atenderse al fenómeno de *exclusión*. Como lo destaca un informe de la Escuela de Economía de la Universidad Católica Argentina³⁹, “debido a las imperfecciones y/o insuficiencias en el proceso de acumulación de capital, el sector más moderno de las economías en vías de desarrollo es un enclave relativamente pequeño que da cabida a una fracción menor de la fuerza laboral –generalmente los sectores más acomodados–, con mejor acceso a la educación y mejores oportunidades para insertarse en la economía formal. El resto de la población tiene escasas posibilidades de ingresar

³⁸ La regularización del empleo en este sector, después de la implementación de medidas que facilitaban la inscripción y se establecía un reducido aporte contributivo, no fue de la importancia que se esperaba y actualmente sólo 260.000 empleadas domésticas están registradas. Esto es que la ocupación en negro sigue afectando a la mayoría.

³⁹ Informes de la Economía Real, Empleo y Desarrollo Social, julio de 2007.

al sector formal por lo que busca y encuentra en la informalidad la vía de inserción laboral y subsistencia. Según esta visión, la informalidad es el refugio para quienes están excluidos del sector moderno”.

Como se explicó al principio de este apartado, las causas que pueden enunciarse no actúan individualmente y por lo tanto las soluciones deben encarar éstas y las que aparezcan de estudios más profundos con políticas variadas que actúen, de manera análoga, en forma conjunta.

2. Pasemos ahora al análisis de cómo se manifiesta este fenómeno de irregularidad registral.

Es sabido que el trabajo no registrado se presenta cuantitativamente en porcentajes superiores cuando se trata de empresas con menos de cinco empleados. He aquí un dato que revela que la cuestión del trabajo no registrado no está aislada de otro fenómeno, seguramente más complejo. Porque está claro que la subsistencia misma de ese sector de las llamadas pequeñas empresas, o mejor dicho microempresas, está basada en la marginación no sólo de las relaciones con los trabajadores, sino, necesariamente, con la de toda conexión con el sistema fiscal, ya que como es sabido no puede concebirse trabajo en negro sin ingresos en negro⁴⁰. Es cierto que el fenómeno tan localizado, como se acaba de señalar, no se limita a ese foco de empresas de limitada magnitud, pero seguramente que allí está el grueso de la población que carece de protección social abarcando las familias, y las consecuencias en materia de salud, educación, etcétera⁴¹. Cuán pobres se

⁴⁰ En el mencionado informe, Kritz indica como elementos indispensables de la estrategia dirigida a superar esta situación “la revisión de las regulaciones que determinan el costo laboral no salarial en las micro y pequeñas empresas de baja productividad, una reforma del sistema del financiamiento de la seguridad social que sustituya las contribuciones sobre la nómina salarial por un impuesto de base neutra [...] y la desvinculación progresiva de la seguridad social del modo de inserción en el mercado de trabajo”.

⁴¹ Considerando los microemprendimientos que ocupan hasta cinco trabajadores, se registra entre ellos el 70% de informalidad, y si se extiende la base a los que ocupan hasta diez trabajadores, tal evasión alcanza al 80%. Esta concentración de la evasión en el sector de las micro o pequeñas empresas, explicable por las razones que se anotan en el texto, aparece como universal si se examinan los informes de países como Italia, donde la presencia relativa de esas unidades en la formación del empleo y sobre todo en la ocupación son destacables.

presentan entonces nuestra ciencia y nuestros jueces para asumir la responsabilidad de dar solución a semejante problema. Ésta es una primera manifestación, ajena quizás a lo que estrictamente podemos asumir como cuestión propia del Derecho del Trabajo, pero que sin duda condiciona y deteriora el sistema de relaciones laborales. Lo indiscutible de esta observación acerca de la generalidad que abarca el incumplimiento de la ley se objetiva en una encuesta cuyos resultados son abiertamente llamativos y a la vez preocupantes: el 86% de la población entrevistada⁴² considera que la Argentina vive la mayor parte del tiempo al margen de la ley.

¿Cuál es la acción del Estado y de los sindicatos que tienen la carga directa del rol de defensa de los trabajadores? ¿Qué puede reclamarse para dar solución al problema cuando, como se ve, la cuestión trasciende abiertamente el ámbito específico? Pero bajo el mandato de mirar la realidad, digamos, desde ya, éste es el presente del Derecho del Trabajo: *un campo de aplicación pavorosamente limitado, ¡quizás unos cuatro millones de personas sobre la población de casi cuarenta millones!* Pero entonces, esto nos lleva a considerar que tales conductas evasoras –en un sentido amplio y comprensivo– no se arreglan con inspecciones impensables de instrumentar frente a la dispersión del campo de control; tampoco con la exigencia de una acción sindical puntual, cuando, por la misma razón, no resulta imaginable la presencia omnipresente de ese órgano básico de ejecución del principio protectorio. Es que el tema trasciende, lo repito, el terreno de lo laboral y penetra, por un lado, en el de una estructura productiva que no se acomoda al reconocimiento de estas asimetrías, y en la fenomenología sociocultural, por otro.

En efecto, como he subrayado, el tema no pasa simplemente por la debida registración de las relaciones laborales, sino que se extiende a la regularización impositiva y sus correlatos, y este escenario, en términos económicos, hace inviable la existencia misma de esos emprendimientos. Lo cierto es que, como lo han señalado los especialis-

⁴² HERNÁNDEZ, Antonio M.; ZOVATTO, Daniel y MORA Y ARAUJO, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional argentina: una sociedad anómica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, México, 2005.

tas, las empresas de esa dimensión subsisten por la ventaja competitiva que les otorga su situación de marginación total del sistema legal. ¿Qué economía puede sustentarse en semejante condicionamiento? ¿Qué perspectivas de crecimiento razonable del sector que absorbe la mayor parte de los trabajadores del sistema pueden concebirse?

Evidentemente la superación de semejante aberrante panorama exige voluntad política, por una parte, participación de todos los sectores involucrados, reformas técnicamente elaboradas con la intención de modificar el esquema que produce tales desequilibrios, sinceridad de propósitos y voluntad de lograrlos más allá de los intereses particulares, por la otra. Discurso éste que presento, ya conocido y escuchado hasta el hartazgo. Pero no encuentro otra manera de expresarlo, salvo la de que sea intentado con honestidad. ¿Podemos esperarlo de los argentinos? Lo dice un argentino.

El otro factor mencionado, de orden sociocultural, es de tanta o mayor gravedad cuando se propone su superación. Porque también, de modo reiterativo, destaco que el problema de la no registración y del incumplimiento fiscal no se explica —al menos no sólo— porque el sistema sea engorroso, costoso, de difícil instrumentación en un negocio pequeño. Esto linda con la hipocresía, si se pone atención en cuál es el comportamiento social generalizado, en todos los niveles y ámbitos de nuestra sociedad. El virus del incumplimiento ha prendido de manera general en la población y se viene heredando con la manifestación cada vez más intensa y abierta, sea de transitar en bicicleta en contramano, conducir hablando por teléfono celular o de evadir impuestos. No podemos desconocer esta realidad al momento de mirar con sinceridad y honestidad este fenómeno que, por tantas vertientes, termina en un problema puntual de cómo son y por qué así las relaciones laborales, y por qué y así el sistema de seguridad social aparece, a cada momento, atacado de crisis disimulada por mecanismos presupuestarios⁴³.

⁴³ La insistencia de vincular el problema de la informalidad con el sistema de seguridad social se explica si se tiene en cuenta que si se formalizaran las relaciones de trabajo, en los hogares pobres, las retenciones sobre los salarios reducirían su ya insuficiente ingreso disponible. De allí que se postule (Kritz y otros) la implementación de un sistema que descansa sustancialmente en los recursos fiscales como una forma de difundir el soporte de la seguridad social.

Por lo demás, no se puede ignorar que el proceso de globalización y competencia internacional, así como la introducción de tecnologías de información y comunicación, permite a los empleadores subcontratar con empresas que alejan la posibilidad del control legal, aunque no libere de tal deber al empresario principal. En estos casos se produce una atomización de la producción en pequeñas unidades que utilizan el trabajo no registrado. Como se ve esto apunta a relacionar el fenómeno de la no registración con el de la descentralización, al que me referiré enseguida.

3. Otro tema que preocupa seriamente a nuestro medio es aquel que en su momento se presentó con matices discutibles y cuestionados, hasta que en lo sustancial se provocó la derogación de normas que, con buena o no tan buena intención, se habían intentado instrumentar para mejorar el nivel del empleo. Me refiero a las figuras de la llamada flexibilidad en la relación, sobre todo en la que se conoce como flexibilidad de salida. No analizaré esa legislación, ni la derogada ni la subsistente, que abarca también otros aspectos más bien internos al desenvolvimiento del contrato como los vinculados a los contenidos salariales. Sólo quiero llamar la atención acerca de cuáles han sido los resultados o rastros que produjo ese movimiento, como dije, bien intencionado o no. Lo que ha quedado en la conciencia de los protagonistas de las relaciones laborales es que la flexibilidad se confunde con el incumplimiento y con el desconocimiento de normas legales o convencionales, originando conductas que resultan incorporadas, en poco tiempo, al desarrollo de los contratos, sin que aparezcan las reacciones posibles de los afectados. Esto es, la flexibilidad de hecho a que he hecho referencia y con la que convivimos y que aparece aisladamente debatida en los tribunales sólo cuando llega el momento crítico de la extinción del contrato. Es éste un dato que no podemos ignorar y que no parece que se pudiera superar con legislación que se retoca con la creencia de que creando nuevas acciones judiciales se logra desterrar un comportamiento alejado de los principios elementales de la convivencia social que se nutre del respeto de los derechos y del cumplimiento estricto de los deberes. Otra vez llegamos a la misma conclusión sobre el camino que debe recorrerse. Lirismo..., puede ser, pero peor es el empecinamiento en mantener las estructuras

legales como único sostén, olvidando aquello de que el edificio construido sobre arena no soporta los vientos, sólo se sostiene el que está edificado sobre roca, la roca de la seriedad y la honestidad, la misma que sirve a otras sociedades para convivir y progresar.

4. Después de la descripción de las debilidades básicas que aquejan al sistema veamos otros datos que no contribuyen a su funcionamiento cabal y justo. Considero que no puede dejarse de mencionar el fenómeno de un cierto movimiento del pensamiento jurídico –o al menos del que se desarrolla en quienes encaran de manera parcializada la necesidad de un avance en la problemática de los derechos de los trabajadores– consistente en buscar fuera del Derecho del Trabajo esas mayores protecciones. Se me ocurrió llamar a este movimiento, manifestado en acciones judiciales que se debaten en nuestros tribunales, sobre todo capitalinos, “civilización” del Derecho del Trabajo, expresión con la cual quiero referirme a ese proceso de búsqueda, en el Derecho Civil o común, de puntos de apoyo para obtener mayor protección que la que contempla específicamente la legislación laboral. Y esto nos hace incursionar en el tema central de los derechos fundamentales y sus proyecciones a la relación laboral. No es extraño tal movimiento cuando, como destacué al principio de este ensayo, al fin y al cabo no es sino recurrir al Derecho, el único. Simplemente –en mi propósito de mencionar los temas centrales sobre los cuales gira hoy día la preocupación de los juslaboralistas, sea cualquiera el campo en el que actuemos pretendiendo, en todos los casos, el logro del mejoramiento final del sistema dentro de la justicia y la paz– llamo la atención sobre esa línea de pensamiento y de acción para que profundicemos con lealtad en la búsqueda de soluciones que contribuyan a alcanzar aquella justicia y esa paz que anhelamos.

Será que el Derecho del Trabajo se ha quedado atrasado en su misión de regular las relaciones laborales bajo la óptica del principio que le da vida y por eso se recurre a las fuentes, que en su momento se consideraron inadecuadas para proyectarse sobre aquellas caracterizadas por su especificidad derivada de las condiciones de desigualdad jurídica en que se plantean. Y que ahora resulta que aquéllas se presentan como más favorables que las que se elaboraron a la luz del desarrollo de las realidades sociales. O es que habrá de reconocerse,

sin restricciones ideológicas, que el progreso de la ciencia jurídica lleva a poner en la superficie derechos básicos, obviamente también del trabajador subordinado, ligados a su dignidad de persona. Es todo esto, sin duda, un tema para meditar sopesando los pros y los contras de tales alteraciones de los principios básicos de interpretación y de sistema de fuentes. Pero esta tarea no puede encararse en forma unidireccional, marginando una circunstancia elemental derivada de la posición propia de los sujetos del contrato de trabajo, que requiere lo que la doctrina española ha denominado “modulación” o “matización” de los derechos fundamentales. Con las palabras del Tribunal Constitucional de España⁴⁴, cuando aquéllos se incrustan en la relación individual de trabajo, deben “hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de derechos y deberes que nacen de la relación contractual por las partes o de la correspondiente situación jurídica”. Todo ello buscando el equilibrio debido para que los límites que se impongan a esa subordinación no sobrepasen los elementos inalienables que caracterizan a los derechos fundamentales⁴⁵. Sin duda que esta problemática acerca del riesgo de recurrir a normas generales que no coinciden con las que el legislador impuso como especiales para las relaciones laborales puede hacer pensar en lo que hemos dicho al principio acerca de la unidad del Derecho. No sería atinada semejante argumentación sin desconocer que la especialidad es un elemento que no contradice la unidad, sino que refleja de qué modo, en nuestro ordenamiento –no necesariamente en otros donde se han trasladado más intensamente institutos–, la ley, la voluntad del legislador ha sido diferenciar para poder –según su criterio– mantener el equilibrio de los derechos en una relación donde el elemento personal resulta relevante y determinante. No es la ocasión para desarrollar estas cuestiones ligadas a los mecanismos de protección de la estabilidad en el empleo, por lo que me remito a las consideraciones que al respecto se han extendido en otras ocasiones.

⁴⁴ Sentencia 177/88, citada por GUANTER, Rey, en *Relaciones Laborales*, 1995-I-190.

⁴⁵ RIVERO, Jean, *Les libertés publiques dans l'entreprise*, en *Droit Social*, N° 5, 1982, p. 421.

También quiero llamar la atención sobre otra cuestión ya anticipada que igualmente preocupa al mundo académico y que ha llegado a los estrados judiciales. Lo anoto simplemente porque su importancia y trascendencia, no sólo jurídica, como ocurre con todos nuestros temas, es notoria. Me refiero a los planteos vinculados con el concepto de dependencia, en los cuales se rescata la existencia de situaciones, llamativamente en tren de difusión, en las que no alcanza a concretarse el núcleo de elementos indispensables para la configuración de la subordinación jurídica que es la que abre la aplicación de las normas propias del Derecho del Trabajo actual, pero que presentan, netamente, datos de una dependencia económica demandante de una protección social. A lo ya expuesto en párrafos anteriores añado que la experiencia europea, que se ha ocupado extensamente de este problema, ha provocado reacciones legislativas como las ya conocidas normas de Italia y Alemania, y la más reciente y orgánica producida en España con la sanción de la ley llamada de los Trade⁴⁶ (trabajador autónomo económicamente dependiente), en la que se ha encarado –no sin las críticas consabidas– la necesidad de establecer determinadas protecciones para aquellos trabajadores que, como se ha dicho, no están en el marco de una relación subordinada clásica, pero que reúnen datos claros de dependencia económica con uno o más empresarios. De este modo se avanza sobre un terreno de extensión del ámbito de Derecho del Trabajo, aunque reconociendo la distinta intensidad con que la protección propia de esa disciplina se proyecta sobre ese sector “nuevo” de la sociedad que no es, en definitiva, ni empresario ni trabajador subordinado. En nuestro medio, según lo recordé, el tema se está debatiendo

⁴⁶ Seguramente que en el Derecho europeo la ley española 20/2007, que rige desde el 12-10-2007, representa un caso pionero al establecer, mediante lo que ha denominado el Estatuto del Trabajo Autónomo, una regulación sistemática y unitaria de ese sector. Es importante destacar que la regulación referida pone su atención en la figura del *trabajador autónomo económicamente dependiente*, o sea que aparece aquí la identificación de una relación jurídica con base en un dato no jurídico, sino económico. Pero lo destacable es que el legislador español ha encarado reglamentar de manera particular, distinta a la del trabajador dependiente jurídicamente (subordinado), a aquellos que mantienen su carácter autónomo pero que ostentan una dependencia económica respecto de aquellos para quienes prestan sus servicios, estableciendo para estos últimos un sistema protector especial y diferente.

desde hace algún tiempo y en algún caso ha tornado hacia otro enfoque que presenta, a mi juicio, mayores dificultades, cual es el de postular que basta con la dependencia económica para resultar acreedor de las instituciones tutelares de la Ley de Contrato de Trabajo y demás normas propias del Derecho del Trabajo. Tal expansión no parece que resulte ser la solución, simplemente porque ampliando el ámbito de aplicación de las normas especiales del Derecho del Trabajo se desnaturaliza esta rama jurídica nacida, como es sabido, ante la presentación de una conformación novedosa de la estructura productiva. Por eso, si esa estructura presenta, como se observa sin mayor esfuerzo, alteraciones del modelo sobre el que se elaboró la doctrina laboral, no parece que sea adecuado remedio estirar el terreno o el objeto de la disciplina especial. Por el contrario, se demanda una creatividad suficiente para asumir aquellos cambios y de tal manera dar satisfacción a los nuevos requerimientos nacidos de esas transformaciones.

Por último, creo que debemos poner atención especial a un fenómeno que de manera quizás no claramente estructurada, precisamente por su complejidad y variedad, incide directamente en la problemática de las relaciones individuales, dificultando, o creando, al menos, perplejidades en torno a la solución de los conflictos que suscita. Estoy mencionando el tema que, de manera extensa y sin entrar aquí en precisiones, conocemos como el de la descentralización productiva, con el que vienen acompañando disfunciones de relaciones, empleadores, antigüedades, condiciones laborales, etcétera. Y comprendiendo en este proceso, el que lo acompaña en muchas situaciones, como es el de la deslocalización de las relaciones laborales en busca de terrenos normativos de mayor flexibilidad.

Es sin duda una cuestión sobre la cual la legislación laboral actual, nacida bajo el imperio de un sistema generalizado de concentración empresarial, no alcanza a suministrar pautas y mucho menos dispositivos que se adecuen a esa situación contraria, lo que motiva esfuerzos, no siempre bien orientados, para dar solución, como dije, a los conflictos que se plantean.

Nuestra estructura sociolaboral está basada en técnicas más o menos avanzadas según el sector de producción, pero fuertemente apoyadas en pequeñas empresas que son las que ocupan la mayor parte de la

población trabajadora. Además está concentrada en unos pocos centros urbanos. El sindicalismo actúa con criterios fuertemente conservadores y sus acciones tienden centralmente a mejorar su participación en el ingreso, mientras los empresarios resisten esta pretensión. La negociación colectiva prácticamente se plasma en ajustes salariales, dejando sus estructuras convencionales con los modelos de décadas atrás, salvo algunas pocas excepciones. Los conflictos asumen características correlativas, pero con una importante dosis de motivaciones intersindicales originadas en la lucha por la ocupación de lugares de representación más amplios. Los métodos de acción directa se han nutrido de dosis de mayor violencia. La autoridad laboral presencia esta fenomenología sin mayores posibilidades de intervención morigeradora. En fin, aquí encontramos problemas de gravedad conectados, por una parte, con la transformación estructural a que me he referido y, por otra, a la ausencia de renovación consiguiente de métodos y estrategias para adaptar las instituciones jurídico-políticas a esos cambios que se presentan como inevitables y con fuerza expansiva indiscutible.

XI. Perspectivas a corto y largo plazo

Frente a esta descripción de lo que veo como las condiciones en que se desenvuelve el Derecho del Trabajo actual y sus debilidades, ¿cuál es la perspectiva futura que se puede imaginar?

1. Lo primero que cabe anotar en esta futurología es cuál será el punto de partida, el hoy, cuál la posibilidad del corto plazo, y cuál la del largo plazo.

Sobre esto señalo que utilizo esta terminología tomada del método de la ciencia económica porque lleva ínsita una implicancia indispensable. El corto y el largo plazo no pueden expresarse en términos cronológicos. Cada uno de estos conceptos implica supuestos que son los que los diferencian. Así, en el lenguaje de esa ciencia, corto plazo es el período de tiempo en que la oferta del artículo en el mercado está completamente fija. No hay tiempo de modificación. Esto se registra, especialmente, en industrias complejas o en la producción primaria que depende de cosechas. No así en las industrias de proceso continuo en el que el ajuste es posible más rápidamente. En el período

corto la variación de los costos deriva de la variación de los volúmenes de producción; los costos fijos son determinantes.

Largo plazo es el período de tiempo en el que la oferta puede modificarse y depende de los ritmos y complejidades de la producción. A largo plazo todos los factores de producción y todos los costos son variables. La dimensión de la empresa y la organización de la empresa pueden ser modificadas. Pueden variar los factores de producción, y consecuentemente, como se ha dicho, todos los costos son variables. En el período largo las curvas de costo suministran indicaciones a la empresa en torno a la relación que le conviene establecer entre su dimensión y una situación media de la demanda en un periodo relativamente largo. A largo plazo no existen costos fijos.

En este lenguaje, la condición *ceteris paribus* es con la cual se estudia una situación suponiendo sin cambios los demás factores o variables como método para simplificar la situación y permitir un mejor análisis y prestar atención a una variable en particular.

Por lo tanto, trasladando estos conceptos de manera análoga podríamos plantear el panorama de esta manera: en el corto plazo, con las condiciones actuales de la estructura productiva, es decir, sin que varíen los demás factores, las características propias que fueron reseñadas antes y tratando de ceñirnos a los problemas nacionales, o sea, decir sin dejarnos trastornar por lo que vemos y leemos de lo que ocurre en Europa, en Estados Unidos, el Japón o la China, ciñéndonos a cómo vemos la industria, el comercio y los servicios en este país, las perspectivas de un cambio importante están ligadas al comportamiento de los factores actualmente con poder como para ser capaces de influir directamente en el comportamiento de los sujetos de las relaciones laborales. Es preciso, como lo destaqué, una firme voluntad de cambio, con todos los ingredientes ya señalados.

No necesariamente estoy presagiando negativamente la concreción de estos cambios, pero lo cierto es que no veo perspectivas cercanas de una modificación propiamente dicha de las características actuales de nuestro Derecho del Trabajo en tanto no se alteren las condiciones que caracterizan las relaciones laborales en lo individual y en lo colectivo. Están presentes en nuestro país circunstancias de orden político institucional que dificultan aquellos cambios; las alternativas de orden

económico inestable seguramente actúan en forma negativa para pensar en las profundas modificaciones de que se trata.

Aun así creo que ciertos elementos desfavorables para las relaciones laborales podrían mejorarse a partir de alguna reforma que se oriente, básicamente, a “revisar las regulaciones que determinan el costo laboral no salarial en las micro y pequeñas empresas de baja productividad”⁴⁷, a lo que ya hemos hecho referencia. Se destaca como una vía a transitar, por otra parte, la reforma del sistema de financiamiento de la seguridad social, ya que el actual no funciona como se imagina o presenta oficialmente, toda vez que más de la mitad de los recursos que utiliza el sistema provienen de cuentas fiscales que no tienen relación con aquella recaudación específica, y si se registra superávit en el sistema de seguridad social, ello depende de la recaudación récord de los impuestos de los cuales se nutre. La propuesta de reforma anotada implica naturalmente una transformación del modelo, que debería traducirse en la unificación del financiamiento a través de impuestos generales por los cuales se materialice concretamente el principio de solidaridad que inspira el sistema de seguridad social y, a la vez, elimina la traba que representa, precisamente, la falta de registración del empleo⁴⁸.

Esto es radicalmente el corto plazo.

2. En un plazo más largo, si las condiciones que conforman el escenario se modifican, podrá avizorarse un futuro en el que las relaciones laborales adquieran perfiles de ordenamiento serio, de manera que pueda pensarse en regulaciones nuevas en materia propia de los distintos problemas que componen el actual panorama de debilidades del sistema.

Así se podrá pensar en que si las condiciones de su estructura han variado, el empleo se registre íntegramente o con las inevitables marginalidades menores, lo cual permitiría aspirar a concretar lo que hoy

⁴⁷ Esto es lo que aconseja, coincidiendo con nuestras observaciones, KRITZ, *Newsletter sobre la situación laboral y social de la Argentina* cit. En la misma dirección, véase *Informe de la economía, empleo y desarrollo social*, Pontificia Universidad Católica Argentina, Año III, N° 14, agosto de 2008.

⁴⁸ Kritz postula esta política de reemplazo del actual sistema de financiación como una forma de contribuir a desterrar la evasión laboral. Es claro que siempre se estaría frente a la dificultad representada por la conducta evasora también en terreno fiscal.

se pregona –sin mayores perspectivas de logro– como el trabajo decente. Concepto éste en el cual van incluidas conductas y conciencia de deberes, de solidaridad, de respeto de los derechos fundamentales, de reparto justo del ingreso, de condiciones dignas de trabajo, etcétera. Primera esperanza que seguramente requiere para su realización modificaciones de comportamientos sociales e individuales, unidas seguramente a toma de conciencia de aquellas obligaciones, pero también a adecuaciones de legislación que permitan ajustar aquéllos a un cumplimiento más riguroso de la ley. Cada uno de estos condicionamientos se nutre y depende a la vez de la realización de los otros. No puede haber pleno cumplimiento de la ley –o lo más cercano a que pueda aspirarse en el contexto histórico negativo que padecemos los argentinos– si la norma no presenta las características de la factibilidad, condición a la que Deveali dirigió insistentemente sus llamados a la reflexión. De tal manera unos y otros datos deben ir de la mano.

a) Hemos anotado como una de las debilidades del sistema actual –inmodificable según nuestro criterio en el corto plazo– la que deriva de las distintas manifestaciones de la flexibilidad en la relación, sobre todo en la que se conoce como flexibilidad de salida. Ésta es la demanda del sector empresarial que se presenta, periódicamente, cuando las circunstancias político-sindicales lo permiten. Quizás sobre este aspecto haya que recordar que nuestro sistema, basado en la admisión de la potestad del empleador de poner fin al contrato, con o sin causa, bajo la única carga del pago de una indemnización tarifada cuando se trata de un despido injustificado, no constituye ciertamente uno de los regímenes más fuertes de regulación, si lo comparamos con los que reinan en países más desarrollados, en los cuales se pueden encontrar, con matices de distinta intensidad, importantes limitaciones a aquella facultad, llegando en algún caso a la imposibilidad de disolver el contrato sin justa causa. Por lo tanto, creo que el tema no pasa por un alivio de esa carga que trata de impedir rupturas caprichosas o dependientes, exclusivamente, del interés empresarial. Más bien, si el ordenamiento económico y social al que antes me referí lo permitiera, las medidas que debieran adoptarse tendrían que mirar, en todo caso, a la adaptación de las soluciones protectorias en función de las dimensiones de las empresas, y de acuerdo con ello, para no provocar di-

ferenciaciones importantes entre los trabajadores, según se desempeñen en empresas de mayor o menor magnitud, establecer mecanismos de compensación solidaria que impidan aquellas diferencias, pero que atemperen la carga económica del costo de salida mediante técnicas de fondos solidarios.

En cambio, estimo que la flexibilidad –concepto que adquirió en su momento una calificación con carga negativa justificada por los excesos oportunistas– debería manifestarse racionalmente en mecanismos de adaptación de las prestaciones laborales a las circunstancias cambiantes de la producción originadas en la incorporación de tecnologías o en la introducción de métodos de labor que impliquen la necesidad de cambios en las modalidades de la prestación de los servicios. Para prever tales situaciones que no deberían resolverse con rupturas contractuales que no impliquen de por sí ventajas para el trabajador, sería necesario que la negociación colectiva, abierta consecuentemente a la disponibilidad en materias concretas, tuviera la oportunidad de crear dispositivos de participación de modo que se consensuaran medidas excepcionales o permanentes, para adaptar aquellas prestaciones que resultaran afectadas por aquellas influencias que alteren los esquemas de trabajo vigentes. Éste sería un desafío trascendental a las conductas sindical y empresarial en el terreno de las negociaciones colectivas, campo en el cual, como se ha indicado más arriba, encontramos serias debilidades que han empobrecido notablemente una institución llamada a convertirse necesariamente en el eje de la solución de los problemas propios de las relaciones laborales. Quizás en este planteo a largo plazo se puedan incorporar no sólo disposiciones legales que favorezcan tal comportamiento colectivo, modificando de este modo el esquema de rigidez y exclusividad estatal que hemos destacado, sino por sobre todo experiencias que denoten un progreso real en las responsabilidades de los sectores involucrados en las relaciones laborales, abandonando la posición tradicional de dejar que sea la ley la que pretenda –ya se ha visto con qué resultado– dar solución a los temas centrales de aquéllas.

Precisamente, aunque no en el terreno de las implementaciones reformistas, sino en el de un propósito investigativo y comparativo, creo que es motivo de estudio la fórmula que se ha dado en denominar

flexiseguridad (“*flexicurity*”) que en la escasa experiencia europea y canadiense provoca la atención de los especialistas. Quienes la defienden destacan sus virtudes calificando el modelo como el “triángulo de oro”, ya que combina la flexibilidad en la contratación laboral con la protección del empleo y la activación para la creación de nuevos empleos. El modelo es de origen danés, lo cual de por sí llama a la relativización de sus implantes en economías y culturas dispares, pero ello no es óbice para su examen tratando de encontrar los aspectos positivos que semejantes reformas pueden aportar. En general, ha sido rechazado en los países de Europa central por las características riesgosas por desnaturalización del objetivo y es lógico que en nuestro país la sola mención de una palabra cargada negativamente como es la flexibilidad provoque semejante reacción. Pero no cabe duda de que para que esto se produzca será indispensable conocer en profundidad de qué se trata cuando se habla de flexiseguridad. El modelo apuesta principalmente a la empleabilidad mediante la continuidad de la capacitación y, como se señaló, propone una combinación de elementos antagónicos en apariencia, pero que pueden llegar a congeniar en una arquitectura inteligente y en un propósito leal de mejoramiento del sistema de relaciones laborales.

b) En otra perspectiva de la cuestión quizás la tendencia de atracción de normas del Derecho común hacia las relaciones laborales se debería atenuar mediante la adopción de una legislación de mayor coherencia y orden en el sentido de incorporar explícitamente hipótesis de protección que comprendan derechos considerados fundamentales, especialmente de aquellos que se conocen como los inespecíficos que sea necesario laborizar mediante disposiciones adaptadas al esquema de la relación subordinada. Quiero decir que el legislador debería asumir en este tema tan delicado y particular la responsabilidad de regular sistemáticamente el juego de deberes y derechos de los sujetos de la relación individual de trabajo, de modo que no sea el ámbito laboral un terreno en el cual el trabajador pierda su condición de persona dotada de los valores esenciales de dignidad y libertad, sino que, por el contrario, tales datos sean reconocidos y desarrollados de manera compatibilizada con las características de esa relación típica en la que la desigualdad proveniente de la subordinación indispensable para la

ejecución de la prestación ordenada en el conjunto de la empresa (art. 5º, LCT) no sea motivo de desconocimiento o menoscabo de aquéllos. En este sentido, la labor legislativa –aun apoyada por un serio aporte doctrinario– será seguramente dificultosa o hasta insuficiente para equilibrar tales requerimientos de manera que no produzcan la descomposición de la estructura productiva, sin sacrificar a ésta aquellos valores centrales propios de la persona. Seguramente que los ejemplos de una legislación comparada, cada vez más progresista, indican de qué manera se puede obtener esa compatibilización. De tal modo, con este procedimiento de armar coherentemente el esquema de reconocimiento equilibrado no será atrayente ni necesario mirar hacia el Derecho Civil como si en éste se pudieran encontrar mejores instrumentos de protección. Por otro lado, con esta sistemática legislación integral se obtendrá la realización de un valor indispensable para el funcionamiento de las instituciones, cual es el de la seguridad jurídica, la cual derivará automáticamente del conocimiento de los derechos y obligaciones de las partes. Pero para ello, como lo hemos destacado, será indispensable que la legislación haya sido elaborada con seriedad y métodos técnico-jurídicos de suficiente transparencia y claridad.

c) En ese escenario de futuro, cuando las condiciones generales de la sociedad hayan transitado hacia el orden y la conciencia general de la población –en particular las ligadas a las relaciones laborales en sus manifestaciones individuales y colectivas– se pueda pensar en unas regulaciones especiales que vayan dirigidas a crear un sistema de protección social específico para aquellas personas que sin estar ligadas por contratos de trabajo –con las características igualmente específicas de esta forma jurídica– aparecen dependientes económicamente de manera que tampoco puedan ser consideradas con autonomía plena. Y por esa razón demanden instrumentos de protección –del “trabajo en sus diversas formas” (art. 14 bis de la Const. Nac.)– adecuados a su condición con regulaciones diferentes a las más intensas, propias del trabajo subordinado. Los modelos extranjeros pueden ser útiles –con las debidas precauciones para no caer en transferencias que luego producen rechazos de injertos– para obtener fórmulas factibles que no entorpezcan, sino que faciliten la funcionalidad de estas relaciones que, por lo visto, muestran vocación a desarrollarse al ritmo de los

cambios operados y a operarse en el sistema de comunicaciones que apartan al trabajador de los centros de trabajo, aliviando el nexo de vinculación jurídica que tradicionalmente sirve para establecer el contacto de la prestación personal con el proceso productivo⁴⁹.

d) En punto a la descentralización productiva resulta tarea inalcanzable imaginar las normas adecuadas para satisfacer en medio de unos cambios sustanciales como los que tienden a producirse en la estructuración de redes o en el concepto novedoso de las “tramas” productivas que automáticamente, según algunas teorías, generan ventajas competitivas⁵⁰.

En este horizonte, todavía no clarificado, no deberá olvidarse el objetivo central de nuestra disciplina, cual es el de cuidar que en medio de tales transformaciones no vaya quedando desfigurada la persona del trabajador, sobre el cual se deberá prestar atención preferente para rescatar sus valores y hacerlo partícipe de los progresos que se vayan alcanzando en materia de mejoramiento de técnicas productivas. Porque por un momento puede imaginarse que en medio de los cambios rápidos y profundos que insensiblemente nos acompañan, y que en el largo plazo pueden acentuarse, se pierda la orientación al punto de sostener, como se ha hecho, el pronóstico de la desaparición, esto es del fin del trabajo. Frente a esto hay que rescatar el pensamiento que sostiene,

⁴⁹ Sobre el tema véanse las ponencias en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 1999; también JIMÉNEZ, Carmen Ángel, *El Derecho Laboral ante el reto de la tecnología*, Monografías, Grupo Difusión (publicación española sin fecha ni lugar de edición). En punto a este asunto es remarkable el tema del teletrabajo, en torno al cual se ha presentado un proyecto de ley que regula ese tipo de prestación, encuadrándolo como un supuesto de trabajo subordinado. Al respecto, debe tenerse presente que el convenio de la OIT sobre teletrabajo 177, ratificado por la República Argentina, presenta otras alternativas de calificación de la relación. Véase, sobre el punto, COSTA (h), Francisco, *Diferentes aspectos del teletrabajo*, en *Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral*, N° 2, p. 241.

⁵⁰ Sobre el concepto de “trama” como proceso de paso de la firma individual a la red, véase YOGUET, Gabriel, en VV. AA., *Estructura productiva y empleo. Un enfoque transversal*, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2007, p. 145. También VV. AA., *El Derecho del Trabajo y la descentralización productiva*, La Ley, Buenos Aires, 2010, que presenta la elaboración de un equipo de trabajo convocado en la Academia Nacional de Derecho y de Ciencias Sociales de Buenos Aires.

con base en la profundización de los elementos que se hallan en juego, que el trabajo es claramente una necesidad para el hombre, de la cual no podrá desprenderse, ni es bueno que así fuera, porque a través del trabajo la persona se debe perfeccionar y planificar. Como lo explica Calvez⁵¹, aunque se arribe a una situación en la que el vínculo entre trabajo e ingreso para la subsistencia sea asegurado por mecanismos de solidaridad independientes o parcialmente independientes del trabajo, el trabajo seguirá siendo necesario por otras razones, para el mantenimiento de la salud, o para la persona, o para la personalización, para un desarrollo cultural, vistas como necesarias. O aun para el cumplimiento de la misma obligación “social” fundamental: ayudar a sus hermanos humanos.

Este cuadro de revista de los principales problemas que ostentan las relaciones laborales en Argentina y las perspectivas –casi voluntaristas– que se vislumbran en el corto y largo plazo sólo persiguen el propósito de estimular a los juristas dedicados a esta especialidad a renovar los esfuerzos, puestos de relieve en la copiosa producción bibliográfica de que se dispone, por el estudio, la investigación y aun la imaginación de soluciones que tengan en mira el futuro del Derecho del Trabajo, pero siempre con la guía de ideas centrales: por un lado, la de que las soluciones que se propongan resulten de políticas prudentes, serias, técnicamente perfeccionadas, en cuya elaboración hayan sido escuchados y atendidos todos los sectores sociales que, de una u otra manera, deben estar presentes en estas medidas sustanciales que no afectan sólo a los protagonistas de dichas relaciones, sino que se proyectan al todo social. Por otra parte, no sin menos relevancia, la seguridad de que las reformas no pueden apoyarse simplemente en trasplantes del Derecho extranjero, si no resulta que aquéllas se perfilan como adaptadas a la realidad nacional, el tacto y la prudencia en ese camino tendrán en cuenta que las normas legales son nada más que reglas abstractas que requieren encarnarse en conductas humanas y éstas no se pueden realizar sino con las personas que, a su vez, se encuentran condicionadas por los recursos humanos y materiales con

⁵¹ CALVEZ, Jean-Ives, *Necesidad del trabajo. ¿Desaparición o redefinición de un valor?*, Losada, Buenos Aires, 1997, p. 124.

los que cuentan. En fin, esto no es otra cosa que el mandato elemental de la factibilidad al que he hecho alusión, como recaudo indispensable para evitar frustraciones y conflictos de los que lamentablemente registramos en la experiencia nacional. Y todo esto, que trasciende sin duda la disciplina jurídica en la que actuamos para abarcar ámbitos más amplios y exigentes, como el de la política, no puede ser dejado de considerar al momento de querer desentrañar la esencia del Derecho del Trabajo.

Por último, en un equilibrio que no será nunca fácil de alcanzar, tales recaudos deben orientarse con la mira en que el Derecho del Trabajo, con sus actualizaciones y adaptaciones, no podrá nunca dejar de basarse en el principio que le dio vida y que lo hace sobrevivir: el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes. Por sobre todo sentir que “queremos ser nación, una nación cuya identidad sea la pasión por la verdad y el compromiso por el bien común”, y para alcanzar este propósito es necesaria “la sabiduría del diálogo y la alegría de la esperanza que no defrauda”.

REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LA AADTySS

El 9 de septiembre de 1957 se constituyó la AADTySS. Como en la vida de las personas, ha pasado por las etapas de crecimiento y desarrollo con alternativas que no pueden estar ajenas a las circunstancias de todo orden por las que atraviesa la sociedad en la que actúa. El testimonio de su historia es útil no sólo para el reconocimiento de aquellos que le aportaron su esfuerzo y su inteligencia, sino también para impulsar el seguimiento de sus propósitos dentro de un ámbito en el que, si alguna característica lo distingue, ha sido y es el de la participación de todos los que desde distintos sectores de la actividad y del pensamiento, en un marco democrático y políticamente neutral, coincidieron en trabajar para “promover, realizar y difundir estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” (art. 1º de su Estatuto).

La Asociación nació bajo la inspiración inicial de los profesores Ernesto Krotoschin, Guillermo Cabanellas y Juan D. Pozzo, y se consolidó bajo la titularidad de otro maestro de la disciplina: el doctor Enrique Ángel Fernández Gianotti. A aquella convocatoria respondieron de inmediato los doctores Carcavallo, Ferro y Martínez Vivot, quien luego también presidiría su comisión directiva, Ruiz Moreno, Pinto, Ratti, Allocati y algunos más en una enumeración que no pretendemos agotar. Se aglutinaron aquéllos, como recordara uno de los citados, para integrar una entidad “que presentara amplio marco a todos quienes tuvieran inquietudes por la disciplina, al margen de sectarismos e intereses” y especialmente para “promover, realizar y difundir estudios de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social, alentar el progreso de la legislación laboral, colaborar, con ese objetivo, con los organismos

del Estado y organizar un sistema de conciliación y arbitraje privado para la solución de conflictos laborales”.

En sus primeros años, la sede de la entidad se identificaba alternativa y sucesivamente en los estudios de los doctores Pozzo o Fernández Gianotti, según quién en ese momento asumiera la responsabilidad de su conducción. La vieja e ilustre sede del Colegio de Abogados de Buenos Aires y la entonces flamante Asociación de Abogados de Buenos Aires se turnaban a su vez para recibir periódicamente las exposiciones que en forma de conferencias personales o a modo de mesas redondas programaba prolijamente la entidad. El titular o algún directivo hacía las veces de moderador en el debate que luego se gestaba entre los concurrentes. En ellos reinaban “el juego libre del pensamiento, con espectro pluralista”, y la acabada honradez intelectual de los protagonistas. La Asociación se instala con sede fija y propia en el año 1982, en el local de pasaje Del Carmen. Luego de dos años se traslada a la Avenida Córdoba, al 1500. Y más tarde, en 1998, en oficinas propias, se instaló en Lavalle 1567, donde desarrolló intensamente actividades de distinto orden. Fue en julio de 2005 cuando se adquirió el actual inmueble, de dimensiones más grandes que permitieron reconvertirlo con características más funcionales para las actividades de la Asociación.

A partir de 1970 la entidad programa, organiza y concreta diversas jornadas, congresos, seminarios y cursos en los que se debaten temas que hacen a ambas disciplinas: el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y en donde campea la particular vocación de la entidad. La AADTySS ha organizado quince jornadas argentinas, dieciocho congresos nacionales, diez jornadas rioplatenses –juntamente con la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social–, el VIII Congreso Iberoamericano y el I Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y en 1997 abrió sus brazos al mundo entero en el XV Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La Asociación contó desde sus inicios con filiales en el interior del país, que se encargaron de fomentar y promover el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las filiales que se crearon a lo largo de la historia de la entidad fueron: Córdoba, Tucumán, Chaco, Bahía

Blanca, Mendoza, Mercedes, Rosario, San Nicolás, Mar del Plata, La Pampa, La Rioja, Neuquén, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe, Dolores, Jujuy, Misiones, Bariloche, Santiago del Estero y La Plata. Con el tiempo, algunas decayeron en su actividad y otras nuevas se sumaron, como la del Litoral, que integran actualmente profesionales de Santa Fe, Paraná, Rosario y Tierra del Fuego. Han sido presidentes de la entidad los doctores Juan D. Pozzo, Ernesto Krotoschin, Enrique Fernández Gianotti, Julio Martínez Vivot, Justo López, Antolín Abad, Ricardo Guibourg, Juan Carlos Fernández Madrid, Máximo D. Monzón, Adrián O. Goldín, Jorge Bermúdez, Humberto Podetti, Antonio Vázquez Vialard, Jorge Rodríguez Mancini, Noemí Rial y Alberto L. Rimoldi. En la actualidad y hasta fines del año 2011 la preside la doctora Graciela A. González.

En el año 1984 se terminan los trámites para obtener la personería jurídica de la entidad y se insiste ante la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para que se la reconozca como miembro institucional de la misma y se le confiera la representación de la entidad internacional en la República Argentina, lo cual se obtuvo en 1985, durante el X Congreso Internacional celebrado en Washington. Desde entonces en dos oportunidades el presidente de la Asociación ocupó el cargo de vicepresidente de la Sociedad Internacional: el doctor Juan C. Fernández Madrid y el doctor Humberto A. Podetti, y, por el fallecimiento de éste, el doctor Antonio Vázquez Vialard.

En julio de 2002, la Asociación, bajo la presidencia del doctor Antonio Vázquez Vialard, siendo secretaria la doctora Ana A. Barilaro, celebró con la Universidad Católica Argentina el convenio por el cual se estableció la Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo, que comenzó a dictarse en el año 2004 y que cuenta ya con cientos de graduados. Ejerce la dirección de la Carrera el doctor Jorge Rodríguez Mancini, actuando como coordinadores académicos los doctores Diego Tosca y Ana A. Barilaro, sucesivamente.

Asimismo, a fines de 2009, bajo la presidencia del doctor Alberto L. Rimoldi, siendo secretario el doctor Héctor David Rodríguez, se celebró con la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA un acuerdo para el dictado del Programa de Actualización en Derecho

de la Seguridad Social Profundizado, bajo la dirección del doctor Luis Ramírez Bosco y la coordinación del doctor Jorge García Rapp.

Finalmente, señalamos que nuestra Asociación ha celebrado, en el año 2008, un convenio de colaboración con la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y más recientemente, en febrero de 2010, un Protocolo de Intención a efectos de establecer relaciones de cooperación e información con el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT y el Centro Internacional de Formación de la OIT (CIF-OIT).

Son ya más de cincuenta y tres años de vida activa, cuya trascendencia nacional e internacional, a la vez que es exhibida con orgullo por sus miembros, exige de ellos, sin distinción, la participación y adhesión que merece el esfuerzo de quienes a través de su historia entregaron inteligencia y trabajo para mantener e incrementar su prestigio.

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL	7
<i>En memoria</i> , por LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ	9
<i>Presentación</i> , por ALBERTO L. RIMOLDI	11

LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

por PABLO CANDAL

.....	17
1. Núcleo y principios	24
2. El Derecho del Trabajo y el postulado de la unidad dogmática. El sistema de fuentes.	28
3. El principio de protección y sus derivaciones.	43
4. Derecho Ambiental. El nuevo derecho	50
5. Derecho del Trabajo y paz social	53
6. Conclusiones y prospectiva.	56
7. Bibliografía	61

LAS FUENTES DEL DERECHO

por JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MADRID

.....	63
1. Clasificación de las fuentes	65
a) Clasificación de Bayón Chacón y Pérez Botija.	65

b) Fuentes con alcance general y con alcance limitado o específico	66
c) Las fuentes como elementos de interpretación	67
d) Enunciación de las fuentes.	67
e) La jerarquía de las fuentes	68
f) El orden normativo: ley, convenios colectivos y otras fuentes del Derecho Laboral	71
2. Las fuentes enumeradas en particular	71
a) Orden de prelación. Interpretación de la ley	71
b) La LCT y la autonomía del Derecho individual del Trabajo	74
c) Leyes y estatutos profesionales	75
d) Leyes especiales, estatutos especiales y reglas particulares para actividades determinadas	76
1) La Ley de Contrato de Trabajo y las leyes especiales	76
2) Estatutos posteriores a la LCT	83

**CONCEPTUALIZACIÓN UNIVERSAL
Y CONSTRUCCIONES LOCALES SOBRE
LA IDEA DEL DERECHO DEL TRABAJO**

por ADRIÁN GOLDÍN

I. La idea del Derecho del Trabajo: una o diversas	87
1. Formular una idea del Derecho del Trabajo	87
2. Las “ideas particulares” del Derecho del Trabajo	91
II. Sobre la evolución de las “ideas particulares” del Derecho del Trabajo	94
1. Una muestra imperfecta.	94
2. Examinar las ideas particulares	95
a) Los Derechos del Trabajo del sistema jurídico continental	95
1) Flexibilidad laboral.	95
2) Las fuentes del Derecho del Trabajo	97
3) Alteración en los modos de definición de los sujetos y segmentación de los estatutos de tutela.	99

4)	Otras cuestiones: derechos fundamentales, capacidades (<i>¿capabilities?</i>), nueva relación con la seguridad social	101
5)	Evaluación provisoria.	103
b)	En países de tradición anglosajona	105
1)	Sobre su sistema de fuentes	105
2)	El contrato de empleo y la subordinación	106
3)	Sobre la construcción teórica de las <i>capabilities</i>	108
4)	<i>Law and economics</i>	109
c)	En América Latina	109
1)	Algunos rasgos comunes	109
2)	Las reformas laborales en América Latina: la contrarreforma	113
3)	El devenir de la idea del Derecho del Trabajo en América Latina.	115
4)	América Latina ante los debates más recientes	115
5)	América Latina y la internacionalización de los mercados	117
6)	Evaluación provisoria.	118
3.	Las ideas particulares en tratamiento comparado	119
a)	Sobre las demandas de la economía.	119
b)	En relación con el sistema de fuentes	120
c)	Sobre el concepto de dependencia o subordinación laboral	121
d)	Las construcciones teóricas de las <i>capabilities</i> o de las <i>capacidades</i>	122
e)	Nuevos espacios para la Seguridad Social.	123
III.	Para terminar	124
IV.	Bibliografía	125

**HACIA UNA TEORÍA GENERAL
DEL DERECHO DEL TRABAJO**

por RICARDO A. GUIBOURG

1.	El género próximo	133
2.	Las ramas del Derecho	142

3. El Derecho del Trabajo y el principio protector: una pincelada histórica	147
4. La paz social y sus límites	160
5. La justicia social	164
6. El principio protector como género.	166
7. Trayectoria y perspectivas del Derecho del Trabajo.	170
8. El camino hacia un Derecho del Trabajo equilibrado.	172
a) Equilibrio dinámico interno de las estructuras operativas.	178
b) Objetivos claros y consistentes a perseguir como política de Estado.	178
c) Técnica normativa adecuada	178

**EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL
CONTEXTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL
DE DERECHO. PRESENTE Y PERSPECTIVAS**

EL DESAFÍO DE LA REDEFINICIÓN PRÁCTICA DE SU
ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN COMO MODO
DE REALIZACIÓN DEL PRINCIPIO PROTECTORIO
UN ANÁLISIS QUE PARTE DE LOS POSTULADOS
IUSFILOSÓFICOS DE LA *TEORÍA EGOLÓGICA*
DEL DERECHO DE CARLOS COSSIO

por DIEGO LEDESMA ITURBIDE

.....	181
1. ¿Qué pautas generales deben emplearse para distinguir el Derecho (de cualquier rama) de otras prescripciones o recomendaciones y para identificar el contenido del Derecho frente a las controversias concretas?.	182
1.a) Introducción	182
1.b) Primera cuestión: La distinción entre normas jurídicas de otras prescripciones o recomendaciones	184
1.b.1) Derecho, norma jurídica y sistema jurídico	184
1.b.1.1) El Derecho como objeto cultural. Sus implicancias.	184
1.b.1.2) La norma jurídica como estructura compleja.	190
1.b.1.3) Sistema normativo. Totalidad lógica, orden coactivo y autónomo	194

1.b.2)	La distinción de las normas jurídicas frente a otras prescripciones o recomendaciones	196
1.c)	Segunda cuestión: La identificación de la norma jurídica aplicable en el proceso jurisdiccional	199
1.c.1)	La inmanencia de la función judicial en el Derecho.	199
1.c.2)	El proceso de comprensión del sentido jurídico de la conducta en la función judicial.	201
1.c.3)	El papel de los valores y de las valoraciones en la función judicial	203
1.c.4)	La práctica jurisdiccional. Descripción y fundamentación teórica	207
2.	¿Presenta el Derecho del Trabajo –como rama específica relativa al contrato de trabajo y a temas aledaños– alguna peculiaridad dentro de esas pautas? En su caso, ¿cuál es esa peculiaridad?.	210
2.a)	Introducción. La especificidad y evolución del Derecho del Trabajo.	210
2.b)	Primer estadio: El surgimiento del Derecho del Trabajo de la era moderna. Su contexto	216
2.c)	Segundo estadio: Fuerte crecimiento y consolidación del Derecho del Trabajo. Su contexto.	217
2.d)	Tercer estadio: La transformación y reposicionamiento del Derecho del Trabajo. Su contexto.	221
2.d.1)	El desarrollo tecnológico y su impacto en los modos de producción. Efectos sobre las categorías jurídicas paradigmáticas del Derecho del Trabajo: Trabajadores, empleadores y empresa	221
2.d.2)	El Derecho del empleo, el moderno Derecho de la Seguridad Social y el impacto sobre los estándares de protección diseñados por el Derecho del Trabajo	224
2.d.3)	El contexto político y jurídico.	224
3.	¿En qué consiste el principio protector? ¿Qué alcance corresponde atribuir a este principio?	228
3.a)	Introducción	228
3.b)	La controversia en torno al significado de la expresión “principios generales del Derecho”	229

3.c)	El principio protectorio como juicio estimativo de expresión de justicia racional de contenido variable	235
4.	¿Qué otros principios específicos del Derecho del Trabajo cabe identificar? ¿Qué alcance ha de dárseles?	238
4.a)	Principios generales y medios técnicos.	238
4.b)	La exigibilidad de los principios y derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional. Planteo de algunos aspectos problemáticos	240
4.b.1)	Derechos fundamentales sociales e individuales. Exigibilidad. Análisis sincrónico y diacrónico de la cuestión	241
4.b.2)	Doctrina fundamental de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de teoría constitucional. Relación de los principios internacionales sobre derechos humanos con las normas jurídicas generales sancionadas por el legislador. El control “difuso” de constitucionalidad y los límites del Poder Judicial	243
5.	¿Ha de contribuir el Derecho del Trabajo a mantener la paz social? ¿Qué contenido tiene este concepto?	250
5.a)	La noción de paz social en el contexto del Estado constitucional de Derecho	250
5.b)	El diálogo social	251
6.	¿Qué evolución futura –en términos de tendencias generales– es deseable imprimir al Derecho del Trabajo? ¿Por qué?	254
6.a)	La necesaria redefinición práctica de su ámbito subjetivo de aplicación por el legislador en procura de brindar efectiva protección al contratante débil de una relación de trabajo productivo. El caso de los “nuevos trabajadores autónomos”	254
6.b)	Dentro del ámbito de aplicación subjetiva del Derecho del Trabajo, a partir de una reelaboración de la categoría	256
6.b.1)	La redefinición conceptual de la categoría trabajador asalariado, incluyendo al trabajador autónomo que se desempeña en forma personal y por cuenta ajena, dentro de los sujetos del Derecho del Trabajo	256

6.b.2)	La “teoría de los círculos” o el fraccionamiento del colectivo de trabajadores asalariados y de los mecanismos de tutela previstos por el Derecho del Trabajo, en base al nivel de subordinación o dependencia	256
6.c)	Fuera del ámbito de aplicación subjetiva del Derecho del Trabajo, a partir de la creación de regulaciones propias de trabajo autónomo.	257
6.c.1)	Trabajo autónomo como categoría general y abstracta (sin considerar la actividad, oficio o profesión concreta). La “parasubordinación”	257
6.c.2)	Mediante la creación de regulaciones especiales de trabajo autónomo (considerando el oficio, la actividad o la profesión)	258
6.c.2.1)	A partir de la intervención estatal.	258
6.c.2.2)	A partir del ejercicio de la autonomía colectiva	259
6.d)	Una propuesta superadora de la distinción entre trabajo asalariado y dependiente	259
6.e)	La “flexiseguridad”. El Derecho del empleo y la tutela de los derechos fundamentales. El cambio de paradigma. De la protección del trabajador a la protección de su empleabilidad	260
7.	¿Es probable que esa evolución se concrete? ¿Por qué? ¿Qué prevenciones o esperanzas cabe concebir para el futuro del Derecho Laboral?	261

**REFLEXIONES SOBRE LA AUTONOMÍA
DEL DERECHO DEL TRABAJO
Y OTROS TEMAS CONEXOS**

por JORGE RODRÍGUEZ MANCINI

I.	Sobre la autonomía del Derecho del Trabajo	265
II.	La autonomía de una rama jurídica	266
III.	¿Por qué una rama diferente pero no autónoma?	269
IV.	La vinculación entre ramas jurídicas.	271
V.	El Derecho y sus principios.	274

VI. La subordinación y la dependencia	278
VII. El principio protectorio	279
VIII. La seguridad jurídica como objetivo de justicia	283
IX. Los juicios de valor que formulan los jueces y el Derecho natural	284
X. Las relaciones laborales en Argentina.	285
XI. Perspectivas a corto y largo plazo	299

REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LA AADTySS

.....	309
-------	-----