

JAVIER SPAVENTA

CONSTITUCIÓN Y TRABAJO



CHILAVERT ARTES GRÁFICAS

CONSTITUCIÓN Y TRABAJO

Spaventa, Javier

Constitución y trabajo. - 1a. ed. - Buenos Aires: Cooperativa Chilavert Artes Gráficas, 2008.

320 p.; 23x15cm.

ISBN 978-987-22734-4-6

1. Derecho. I. Título

CDD 340

Fecha de catalogación: 05/09/2008

CONSTITUCIÓN Y TRABAJO es un libro fuera del comercio y de entrega gratuita.

Impreso en Artes Gráficas Chilavert

Cooperativa de Trabajo LTDA.

Empresa recuperada desde 2001

Chilavert 1136, Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Diciembre de 2008



Diseño y diagramación: Intermedia

www.estudiointermedia.com.ar / contacto@estudiointermedia.com.ar

JAVIER SPAVENTA

CONSTITUCIÓN Y TRABAJO



Cooperativa Chilavert Artes Gráficas

INTRODUCCIÓN

— 1. INTRODUCCIÓN

En Soliloquio de Medianoche pregunta Octavio Paz: “¿y quién sueña ya en la comunión de los vivos cuando todos comulgan en la muerte?”¹ Debemos responder que nosotros somos los que soñamos. Debemos soñar. Debemos proyectar un mundo mejor, una sociedad con libertad y con igualdad, una sociedad con solidaridad y con un gobierno democrático. Hay que reivindicar el deseo de perfeccionamiento y de mejora continua para todos los seres humanos.

No es errado pensar desde la utopía. La utopía es una sociedad perfecta. Es una sociedad perfecta cuando no retrocede desde el nivel de desarrollo alcanzado y siempre avanza hacia mejores grados de adelantamiento. Pensar desde la utopía es pensar desde un modelo ideal para guiar la acción, para evaluarla, elegirla y ejecutarla. Pensar desde la utopía no es apartarse de la realidad o de las condiciones que hacen posible la acción, sino, por el contrario, utilizar todas las circunstancias que sean favorables para mejorar la situación de los seres humanos. Sólo aquellos que proyectan la acción desde la utopía son capaces de intentar el avance.

No hay que someterse ante el hecho consumado del despotismo o de la explotación de unos hombres por otros. Hay que descartar una concepción del derecho laboral y de la seguridad social como un instrumento del orden social, como una técnica de regulación de la fuerza del trabajo para su mantenimiento, manejo y reproducción. Hay que terminar con una concepción del derecho del trabajo limitada y compatible con el capitalismo o con cualquier otra forma de organización social o política que limite las libertades públicas o los derechos civiles o que produzca el empobrecimiento de la mayoría de las personas. Hay que pensar un derecho laboral que sea acorde con la democracia. Todavía persiste una equivocada concepción del derecho laboral y de la seguridad social que consiste en confundir las debidas protecciones a los pobres -como un medio precario y transitorio para superar la explotación- con el incremento de las facultades discrecionales del gobierno. Proteger o asegurar los derechos del trabajador no significa que el gobierno deba tener mayores atribuciones. Hay que adoptar un modelo de derecho del trabajo que

1 Octavio Paz, *Libertad bajo palabra* (1935-1957), Cátedra, Madrid, 2005.

lo presente como un medio para favorecer el cambio social, en el sentido de la mejora de la sociedad, de su perfeccionamiento, de su avance de un grado a otro superior en la evolución del género humano. Entre un derecho laboral que atenúa la explotación y un derecho del trabajo pensado para eliminarla, resulta ineludible elegir la segunda concepción como un modelo moralmente plausible y políticamente realizable para que todos los seres humanos puedan gozar en los hechos de sus derechos civiles, políticos y sociales.

El derecho del trabajo y de la seguridad social no puede ser sólo un medio para la distribución de dinero. Hay que superar toda política que limite la distribución de los bienes a un reparto de sumas de dinero. La distribución de bienes no puede ser tal cosa. La distribución de bienes incluye un reparto igualitario de los medios de producción de modo tal que el régimen de la propiedad no impida que las personas satisfagan sus necesidades vitales (de subsistencia y desarrollo). Desde el derecho del trabajo y de la seguridad social hay que volver a pensar el régimen de la propiedad de los medios de producción. Alfredo Lorenzo Palacios criticaba -en *La Miseria*- al parasitismo y al comensalismo. Decía del parasitismo que era una “sociedad leonina” donde “Un socio produce, desarrollando su actividad, mientras el otro, sin tener que luchar en el combate por la vida, consume lo producido.” Mientras que el comensalismo era definido como la relación entre el superior y el inferior “que le sigue a fin de obtener el alimento de las migajas que aquel desprecia. En la vida social, los comensales forman una falange inmensa. Seres que tienen la espina dorsal de una flexibilidad asombrosa, que corren presurosos tras los poderosos, adulándoles para que les dejen recoger las sobras del banquete. Serviles. Suicidas morales.” Para Palacios, el parasitismo y el comensalismo terminarán “el día que la socialización de los medios de producción sea un hecho. Ella nos proporcionará la igualdad entre los hombres; no la igualdad quimérica de las aptitudes, sino la igualdad en el punto de partida que asegure a cada individuo las condiciones de existencia humana.”²

Resulta inaceptable que todavía se siga insistiendo en que el trabajo humano humaniza o dignifica a la persona. La idea del trabajo como un proceso de humanización de la persona no puede seguir siendo una parte integrante del derecho del trabajo. El hombre no se dignifica a través de los sufrimientos

2 Alfredo Lorenzo Palacios, *La Miseria* (en la República Argentina), 1900, págs. 9 y 10.- Se trata de la tesis de doctorado de Palacios que fue rechazada por contener -según el tribunal académico- palabras injuriosas para las instituciones, y, según su autor, por exponer “principios socialistas”.

que le producen sus labores. Estos padecimientos no son el rescate que debe el hombre a Dios por el pecado original. No son un buen sufrimiento. No debemos olvidar que en la puerta de los campos de concentración los nazis habían colocado un cartel donde señalaban (a los prisioneros que ingresaban) que el trabajo los hace libres (*arbeit mach frei*). La concepción de la dignificación de la persona a través del trabajo tiene por triste consecuencia este siniestro y falso mensaje. El trabajo en relación de dependencia -del que se ocupa el derecho laboral- no hace libre a la persona. Hay que abandonar una concepción sacrificial del trabajo por otra que recupere el hedonismo, el placer del ocio creativo, de la labor liberadora. Ni el trabajo ni el descanso son deberes. En el derecho del trabajo se impone afirmar que tanto el trabajo como el descanso son derechos de la persona, que la persona tiene el derecho de trabajar y de no trabajar, de descansar y de no descansar.

El derecho del trabajo debe ser un medio para asegurar al obrero y su familia la satisfacción de sus necesidades vitales (que son de subsistencia y de desarrollo). De aquí que el derecho del trabajo no debe imponer un tope máximo al salario ni a las indemnizaciones que establece, sino sólo un piso mínimo o inicial para el desarrollo de la persona. Lo mismo debemos decir de la seguridad social. Toda la seguridad social gira en torno al deber de satisfacer las necesidades de la persona. No hay que perder de vista este eje central que la fija a su única razón de ser y que le permite su real proyección. De no ser así la seguridad social es sólo un negocio más de los banqueros, de los fabricantes y vendedores de medicamentos, y de los dueños de los sanatorios, o es también un medio para financiar los gastos superfluos del gobierno (entre los que se cuentan a sus ex funcionarios y sus jubilaciones de privilegio).

También resulta indefendible -desde la perspectiva de la democracia- insistir en un derecho del trabajo favorable al *unicato* sindical o limitativo de la huelga. Hay un grave error cuando se piensa que para favorecer al obrero hay que limitar al derecho de asociación o al derecho de huelga. El real aseguramiento de los derechos de los trabajadores supone -como condición necesaria- el más cabal respecto de las libertades civiles y políticas. No se trata de imponer una política del orden sino de la libertad. Alfredo Lorenzo Palacios dice con acierto contra el régimen del *unicato* sindical impuesto por Perón (en la década de 1940): “Se jacta el Presidente de la sanción del decreto sobre asociaciones de trabajadores, que es la prueba evidente del sometimiento de los sindicatos y del régimen totalitario implantado en el país. Se trata de una imitación de la ley

sindical que dictó Mussolini en Italia. Lo afirma el Comité de Acción Sindical Independiente en su petitorio de abolición del decreto, elevado al Congreso Nacional. Sostienen los obreros libres en su documento, de acuerdo con lo que acabo de expresar, que las escuelas de la contrarrevolución, comenzando por el fascismo, comprendieron la conveniencia de estructurar normas que ‘orientaran’ a las organizaciones obreras para concretar ‘la colaboración de clases en beneficio de la economía social’; normas que en buen romance no significan otra cosa que la supeditación de los intereses obreros a los de los dueños de los instrumentos de producción. Claro está que no se desperdician oportunidades para declarar que ‘la organización libre es permitida’, como lo afirma la declaración III de la Carta del Trabajo Fascista, y el Presidente de la República. El decreto tiene sus antecedentes, en nuestro país, en un despacho elaborado por una comisión especial de la Cámara de Diputados, que trabajó sobre un proyecto presentado en 1919 por el Dr. Matías Sánchez Sorondo. Por él se crea el Registro Obligatorio, aunque se hacen protestas de respeto a la libertad sindical. Obvio es señalar entonces que el actual estatuto de personería gremial no hace más que concretar la vieja aspiración de la oligarquía de nuestro país.”³

Pero la cuestión no se limita sólo a repudiar el *unicato* sindical. Hay también que abandonar la doctrina estatista del sindicato. El sindicato no es una asociación estatal. El sindicato no posee fines públicos. El sindicato no es un instrumento de la política de gobierno. El sindicato es una unión de obreros para la defensa de sus derechos e intereses. Olvidar esta sencilla noción del gremio es transformarlo en un medio de la política del gobierno, es limitar el derecho a la libre asociación y, en definitiva, en el mejor de los casos es sostener un concepto de democracia muy restringido.

No cabe la menor duda que Sampay estaba muy equivocado cuando se pronunciaba en contra de considerar a la huelga como un derecho a ser incorporado en la Constitución. Su posición contraria a la huelga impuso a la reforma constitucional que llevó a cabo el peronismo en 1949, uno de sus más notorios defectos en materia de regulación de los derechos del trabajador. Para Sampay, “El derecho de huelga es un derecho natural del hombre en el campo del trabajo como lo es el de resistencia a la opresión en

3 Ver Alfredo Lorenzo Palacios, *El Partido Socialista Argentino Y El Presidente De La República* (discurso del 24-6-48), Partido Socialista, Casa Del Pueblo, Buenos Aires, 1952, págs. 21 y 22.

el campo político; pero si bien existe un derecho natural de huelga no puede haber un derecho positivo de la huelga, porque -aunque esto haya sonado como un galimatías- es evidente que la huelga implica un rompimiento con el orden jurídico establecido que, como tal, tiene la pretensión de ser un orden justo, y no olvidemos que la exclusión del recurso de la fuerza es el fin de toda organización jurídica. El derecho absoluto de huelga, por tanto, no puede ser consagrado en una Constitución, a pesar de lo cual, dentro del derecho positivo argentino, se reglamente esa zona de guerra extra-jurídica que era la huelga -como se hizo en Francia después de la ley de arbitraje y contratos colectivos de 1936, en Suiza después de la ley 1937 y en la Italia post-fascista- para que pueda cumplirse en los casos en que los patronos no se avienen a satisfacer reclamaciones legítimas de los sindicatos obreros.”⁴

Esta doctrina de Sampay -que ahora resulta públicamente indefendible- también estaba equivocada en 1949. Pero no se trataba de una postura oportunista de su autor para justificar la política del gobierno al que pertenecía e impulsaba la reforma constitucional. Sampay no era un oportunista sino que estaba plenamente convencido de sus ideas opuestas al ideario liberal (contrarias a la libertad y a la igualdad). En 1938 había publicado un pequeño libro sobre el derecho de resistencia donde sostenía, desde el subtítulo, “su inadmisibilidad en la constitución del estado de derecho”⁵. Así Sampay se pronunciaba contra uno de los derechos básicos de la persona que aparece expresamente reconocido, por ejemplo, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su art. 2 establece que “El fin

4 Ver el Discurso del miembro informante de la mayoría de la comisión revisora de la Constitución, Dr. Arturo Enrique Sampay, sobre la constitucionalidad de la ley de convocatoria de la convención nacional constituyente de 1949, en *Las Constituciones de la Argentina – 1810/1972, Recopilación, notas y estudio preliminar de Arturo Enrique Sampay*, EUDEBA, 1975, pág. 495.

5 Ver *El derecho de resistencia, Su inadmisibilidad en la constitución del estado de derecho*, Buenos Aires, 1938. Las conclusiones de Sampay son: “1° En el Estado democrático el llamado derecho de resistencia colectiva pertenece al pueblo como sujeto del poder constituyente. Dicho poder es de carácter político y no jurídico. 2° La Constitución de un Estado de Derecho no puede consagrar la resistencia colectiva como una garantía legal, pues será facilitar la destrucción de la seguridad jurídica, que es el principal propósito del derecho positivo.” (pág. 24). Para los partidarios del orden, el derecho tiene por fin asegurar la seguridad, mientras que para nosotros el derecho es solo un medio para asegurar los derechos humanos y coadyuvar al progreso. En Sampay sus conclusiones se apoyan en una doctrina política autoritaria. Hago un elogio del derecho de resistencia en *Tiranía Y Resistencia A La Opresión*, Artes Gráficas Chilavert, Buenos Aires, 2008.

de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.” Sampay era un claro opositor a los principios de 1789 y su influencia no ha sido beneficiosa para el más cabal imperio de los derechos humanos en las Provincias Unidas del Río de la Plata.⁶

Pero claro está que por medio del derecho del trabajo y de la seguridad social es imposible acabar con la pobreza en el mundo tanto como finalizar con la explotación del hombre por el hombre. El derecho laboral puede ser un instrumento entre muchos otros; puede ser así una condición necesaria; pero no es una condición suficiente. Algunas de las condiciones para suprimir la pobreza son que, en gran medida, los pobres asuman el gobierno; que el gobierno sea democrático y muy limitado en sus atribuciones; que el gobierno sea muy eficiente y honrado; que el gobierno ejecute una política de distribución de medios de producción; y que se produzcan muchos bienes y servicios. No es posible eliminar la pobreza repartiendo dinero a los pobres. Los gobiernos que reparten dinero a los pobres no suprimen la pobreza sino que la fomentan; mantienen a la persona en una situación que facilita su control, su manejo y, en definitiva, su explotación o aprovechamiento.

Debemos reencontrarnos con el texto de la Constitución, con los textos de los tratados enumerados, para desde ellos, con ellos, o a través de ellos, mostrar el sentido de la norma más favorable a la persona contra el gobierno, de la norma más favorable a la persona contra quien la oprime. En nuestra doctrina hay un exceso de transcripción de opiniones de otros, como si la actividad del jurista se limitara a recopilar citas.⁷ Debemos alejarnos de estos ejemplos de la misma manera que también hay que apartarse de aquellos que desarrollan una materia (cuya fuente primera es la Constitución) a partir del estudio de las sentencias de la Corte Suprema.⁸

6 No debe resultar llamativo que desde el antiperonismo también aparezcan claros opositores al derecho de resistencia. Un ejemplo es Soler -ver El Derecho De Resistencia A La Opresión-, que aparece como el capítulo 7 de su libro Ley, Historia y Libertad, Buenos Aires, 1957. Soler es un notable partidario del orden, del reconocimiento completo de los gobiernos y las normas de facto y del rechazo del derecho de resistencia a la opresión; ideas que son coincidentes, en definitiva, con las de Sampay.

7 Un ejemplo -más que elocuente de ello- son los libros de Linares Quintana, donde parecería que, en definitiva, la postura del autor es sólo la forma y el orden que le ha dado a las citas que transcribe.

8 No hay que confundir la atribución de la Corte Suprema y de las tribunales inferiores de

Insisto en que hay que volver al texto de la ley suprema, a la palabra de la Constitución, para determinar -definir- su sentido. Y ello realizado con total libertad, o, para ser más precisos, sin estar condicionados por la supuesta o real intención del legislador, ni por la doctrina ni las sentencias. No hay que detenerse en una posición, en un punto de vista que nos impide el progreso. Debemos avanzar, manejar el texto, manipularlo hasta extraer su mejor sentido sin importar qué pretendió el legislador (si nosotros procuramos algo diferente a él) o soslayando qué han interpretado los tribunales (si nosotros identificamos otros sentidos).⁹ La voluntad del legislador como la interpretación judicial son sólo instrumentos al servicio de la persona para que los use en su beneficio. Sobre esta base aquí no brindamos información sobre la doctrina ni la jurisprudencia de la materia sino que intentamos mostrar otros sentidos del texto constitucional bajo estudio para lo cual podemos usar de las opiniones de los juristas y de las sentencias de los tribunales.¹⁰

Hay que rescatar el punto de vista del ciudadano y del habitante, que desde su posición emprende la interpretación del texto legal para sostener sus derechos ante el estado y el poderoso. No busca la organización del poder. No tiene en mira como problema la administración del gobierno. No se trata de un partidario del orden. Requiere de soluciones y las reclama. Desde este punto de vista el problema a resolver es identificar la mayor cantidad de los

conocer y decidir todas las causas (lo que implica declarar la nulidad o inconstitucionalidad de las leyes y reglamentos opuestos a la ley suprema) -conforme se establece en el art. 116 de la ley suprema- con la doctrina que afirma que la Corte Suprema es el último intérprete de la Constitución.

9 Que aquí no haga un estudio de los fallos de la Corte Suprema sobre el derecho laboral o de la seguridad social no significa que desconozca que son una fuente del derecho, sino solo que me interesa mostrar otras interpretaciones con independencia de las decisiones del superior tribunal que, en los últimos años, han sido objeto de especiales estudios: Cristina Alvarez Magliano y Mario S. Fera, *El derecho del trabajo según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, AD-Hoc*, Buenos Aires, 2002; Antonio Luis R. Vázquez Vialard y Mario Fera (coordinadores), *El derecho laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos típicos*. La Ley, Buenos Aires, 2003.

10 Lo que no hay que hacer, por ejemplo, es estudiar al art. 14 bis como lo hizo Mariano Tissebaum -en *La Reforma Constitucional De 1957. Las Disposiciones De Derecho del Trabajo y De La Seguridad Social*, DT, 18, 5; o en el *Tratado De Derecho Del Trabajo*, dirigido por Mario L. Deaveli, La Ley, Buenos Aires, 1964, T° I, págs. 209 a 303-, que, obviando el texto de la norma, se limita a mostrar algunas de las opiniones de los diputados convencionales que llevaron a cabo la reforma constitucional de 1957. Siempre me resultó un trabajo poco fructífero, que nos dice poco, al mismo tiempo que nos detiene en una posición, en un punto de vista, y, en consecuencia, que nos impide avanzar.

mejores derechos a favor de la persona contra los atropellos del gobierno y de los poderosos para que impere el máximo grado de libertad y de igualdad. Debemos asumir como un deber moral insoslayable el pensar y el actuar a favor del débil, del trabajador, o a favor del pobre (en general). Como sostiene la Corte Suprema, el trabajador “es sujeto de preferente tutela”, o de preferente atención no sólo impuesta por el art. 14 bis de la Constitución sino también por el derecho internacional de los derechos humanos.¹¹

En nuestro país, durante muchísimos años, la Constitución fue un dato irrelevante para la doctrina y la jurisprudencia. Fueron épocas donde predominaba un pensamiento eminentemente autoritario que, en parte, se va perdiendo a medida que nos alejamos del término de la última dictadura. Poca atención merecía el art. 14 bis, además, porque se trataba de una norma sancionada por los antiperonistas de la Convención de 1957. Entre el autoritarismo que impusieron los nacionalistas desde el golpe del 6 de septiembre de 1930 -y que ha sido predominante en la Confederación- y el origen espurio de la reforma de 1957, el art. 14 bis ha sido una norma muy maltratada por la doctrina. En 2007 se cumplieron los cincuenta años de la sanción del art. 14 bis por la Convención de 1957. Hubo varias conmemoraciones y algunas publicaciones sobre la norma constitucional.¹²

11 CS, in re Vizzoti, 14-9-2004, en LL, suplemento especial del 17-9-2004, consid. 9 y 10. La frase “sujeto de preferente tutela” podría recordarnos la opción preferencial por los pobres que han enseñado los teólogos de la liberación (por ejemplo: Jorge Pixley y Clodovis Boff, *Opción por los pobres*, Ed. Paulinas, Buenos Aires, 1986).

12 Señalo algunos de ellos. El Grupo 14 bis (fundado y dirigido por Barrera Nicholson) organizó una reunión el 5-10-2007. Para el lunes siguiente (8-10-2007) la CGT realizó un homenaje a Sampay (sic). Paula C. Sardegna y otros profesores de la materia (entre ellos su padre y su hermano) publicaron el libro *Artículo 14 bis Constitución Nacional, La Ley*. Como conclusión la autora afirma que “debe recomenzarse reconstruyéndose la disciplina al estilo de Sifrido en la tragedia de los Nibelungos” (pág. 283). No me parece un buen ejemplo la suerte de Sifrido en *El anillo del Nibelungo*, ya que en la tercera jornada (*El ocaso de los dioses*) Hagen lo mata. Quizás un mejor ejemplo sea el triunfo de la luz sobre las tinieblas en *La Flauta Mágica* de Mozart. La editorial *La Ley* publica un suplemento de derecho constitucional donde aparece un artículo de Carlos S. Fayt -*Los derechos sociales en la Constitución Nacional*- que es un buen ejemplo de cómo no se debe tratar la materia, ya que en su exposición prescinde de los derechos reconocidos en los tratados y documentos internacionales. En el mismo suplemento también hay un artículo de Walter F. Carnota -*El artículo 14 bis a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: homenaje y balance*- que se limita al estudio de las sentencias. Un esfuerzo más interesante es el libro coordinado por Luis Enrique Ramírez -*El Derecho Del Trabajo En La Constitución Nacional A 50 Años De La Sanción Del Artículo 14 Bis*- aunque no aborde al derecho de

Este trabajo que aquí presento no tiene por finalidad homenajear al art. 14 bis sino que sólo se atiene a mostrar un sentido posible de la ley suprema en su regulación del derecho del trabajo y de la seguridad social que sea compatible con los derechos humanos y la democracia, con la protección del pobre para que deje de serlo. Para ello, primero, analizo el principio del aseguramiento de los derechos y el principio de la progresividad. Se trata de principios diferentes. Son obligaciones básicas del gobierno. El principio del aseguramiento implica la prohibición de retroceder (la prohibición de la regresividad en el reconocimiento de los derechos). El principio de la progresividad es el deber de avanzar de un nivel de desarrollo social a otro superior. A partir de ambos principios podemos presentar un concepto de orden social progresivo en contraposición a un orden social regresivo; también podemos reelaborar las nociones de orden jerárquico y de orden de prelación de las normas. Dedico dos capítulos al principio de igualdad. En el primero hago sólo un estudio del mismo a partir de la Constitución. En el segundo analizo a la igualdad en el derecho del trabajo. La igualdad es uno de los derechos básicos de la persona, es uno de los principios de 1789, del ideario liberal. Quien la restringe es partidario de la jerarquía social, de que haya superiores e inferiores y que los primeros se aprovechen de los segundos.¹³ Atacar a la igualdad es limitar la libertad. Luego abordo a la doctrina de facto. No nos puede parecer un tema alejado de nuestras preocupaciones una crítica a la doctrina de facto si nos atenemos a que nuestro derecho está en gran medida integrado por normas de facto (de origen espurio por su procedencia de dictaduras) y que una de ellas es -en gran medida todavía- la ley de contrato de trabajo N° 21.297 (y su decreto reglamentario N° 390/76), que desaseguró los mejores derechos reconocidos en la ley 20.744.¹⁴ En los últimos dos capítulos trato de exponer el derecho

la seguridad social.

13 Fiel a su oposición al liberalismo Sampay defiende una doctrina política contraria a la igualdad. Sampay define la argentinidad “por el estilo hispánico de vida... acuñado sobre la concepción católica del mundo y del hombre”. Para Sampay, “Lo argentino, pues, es un cabal modo de ser de lo hispánico, sin la hibridación de las razas indígenas que conllevan el desgano y la tristeza de los remanentes humanos de civilizaciones extirpadas, y se especifica por la moderación que imprime a sus actitudes, gestos y proceder” (en *La Formación Política Que La Constitución Argentina Encarga A Las Universidades*, La Plata, 1951, págs. 44 y 45). Son ideas muy equivocadas.

14 Es oportuno recordar que el más fuerte y categórico opositor a la doctrina de facto ha sido Carlos Sánchez Viamonte. Ver su artículo *Doctrina de Facto*, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, T° V, págs. 608/634, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956; o el

del trabajo y de la seguridad social en la Constitución. Casi terminada la obra en su conjunto no me satisface: carece todavía del tratamiento de muchos temas (como por ejemplo el proceso judicial para asegurar los derechos sociales), mientras que otros sólo quedan mal esbozados (así sucede con la exposición de la seguridad social). Quizás por ello sea oportuno publicarla y darla a conocer, dejando aclarado que las posiciones que aquí defiendo -como sus errores u omisiones- no pueden ser usadas para suprimir o limitar los derechos de los trabajadores o de los pobres.

Buenos Aires, noviembre de 2008.

ASEGURAMIENTO Y PROGRESIVIDAD

—☉ 2. ASEGURAMIENTO Y PROGRESIVIDAD

El gobierno tiene dos finalidades esenciales. Los objetivos del gobierno son asegurar los derechos y coadyuvar al progreso de la persona. Sin el cumplimiento de estas obligaciones carece de todo sentido y deviene en puro despotismo.

La democracia es un orden social donde imperan los derechos humanos. Por derechos humanos entiendo a los derechos, atribuciones, facultades o poderes reconocidos a favor de la persona en documentos tales como la Declaración de Derechos de Virginia (20/6/1776), la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (4/7/1776), la Constitución de los Estados Unidos (1788), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano formulada por la Asamblea Nacional francesa (1789), o las constituciones francesas de 1791 y 1793. Esos documentos muestran el concepto contemporáneo de democracia. Este concepto moderno de democracia es tributario de una larga y fructífera tradición favorable a la libertad que, por ejemplo, encontramos en la constitución de la república romana, en el contractualismo medieval (en magistraturas tales como los concilios, consejos o cortes), o en las cartas o fueros comunales (como el Fuero de León de 1188, o la Carta Magna de 1215) con sus límites institucionales al poder del rey y el reconocimiento de derechos y garantías a favor de la persona.¹⁵ El concepto moderno de democracia perdura en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (10/12/1948), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (19/12/66), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19-12-66), o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (22/11/1969), entre otros.

En todos estos documentos aparece el concepto contemporáneo de gobierno; son textos fundacionales de su idea e inauguran e inspiran el pensamiento democrático actual. En ellos queda expresada la finalidad de

15 Ver Carlos Sánchez Viamonte, *Las Instituciones Políticas En La Historia Universal*, EBA, Buenos Aires, 1958; Carlyle, A.J., *La Libertad Política*, FCE, Madrid, 1982; Quentin Skinner, *Los Fundamentos Del Pensamiento Político Moderno*, FCE, México, 1993; Nicola Matteucci, *Organización Y Poder. Historia Del Constitucionalismo Moderno*, Trotta, Madrid, 1998; George H. Sabine, *Historia De La Teoría Política*, FCE, México, 1996.

la institución de un gobierno; el sentido de la creación y mantenimiento populares de un gobierno; que su objeto es asegurar los derechos de la persona y promover al progreso personal y social.

El gobierno no es un poder neutral. La primera función consiste en reconocer que la persona es acreedora de derechos inalienables e imprescriptibles, que le son esenciales y que la definen como tal, haciendo posible la vida social con un grado determinado de paz, igualdad y libertad, que prima facie es aceptable. El reconocimiento estatal de los derechos a favor de la persona define un nivel de desarrollo, un grado de garantía, desde el cual el gobierno no puede retroceder. El deber de asegurar los derechos humanos implica la prohibición de retrogradar el nivel alcanzado. Pero, además, el gobierno tiene por función promover el progreso, que no es otra cosa que coadyuvar a la persona en su desenvolvimiento, en su perfeccionamiento en el sentido de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad. El gobierno debe procurar el avance de un nivel de desarrollo a otro superior, mejor y más próximo al ideal utópico de felicidad. Entonces el gobierno es uno de los instrumentos que utiliza el hombre para mantener en su poder ciertos bienes y avanzar en el obtención de otros. Y realiza sus funciones a través del derecho, que es una técnica social para asegurar derechos a favor de la persona y para procurar su perfeccionamiento, su progreso.

2.1. EL DEBER DE ASEGURAR (PROHIBICION DE RETROCEDER)

El gobierno tiene el deber de respetar y de hacer respetar los derechos de la persona. El principio del aseguramiento resume estas dos obligaciones estatales. El principio del aseguramiento establece la obligación del gobierno de no anular o no menoscabar (no suprimir ni limitar) a la persona en la titularidad de los derechos humanos, ni en el goce del bien objeto de esos derechos, y en la obligación del gobierno de proteger a la persona en la titularidad y goce de los derechos humanos (frente a las injurias actuales o posibles de otros).

Todo acto estatal de promoción, protección o fortalecimiento de los derechos, o de otras medidas adecuadas (bienes y servicios), a través de la Constitución o cualquier fuente inferior a ella, establece un nivel de desarrollo o avance, que el principio asegura. El principio del aseguramiento impide el retroceso. El principio del aseguramiento es la prohibición de retroceder del nivel alcanzado.

El principio del aseguramiento es identificable a partir del texto de la Constitución. El principio pertenece al derecho constitucional argentino. Se trata de un principio jurídico demostrable por el sentido del texto constitucional.

La prohibición de retroceder, en principio, pesa sobre el estado nacional. Este debe respetar la prohibición. Los habitantes de la Nación tenemos el derecho a que el estado nacional cumpla la prohibición. Tenemos derecho a peticionar al poder judicial (art. 14 de la ley suprema) para que deje sin efecto, declarando su inconstitucionalidad, a todo acto estatal que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos, como de toda otra medida adecuada, ya promovidos, protegidos, fortalecidos o adoptados en la Constitución o en cualquier fuente inferior a ella y para que, en su consecuencia, reestablezca el nivel alcanzado.

El principio del aseguramiento pertenece al derecho constitucional argentino. Por ello la vigencia del principio es la vigencia de la Constitución y la prohibición que establece está a cargo del estado y, más precisamente, de los tres poderes del gobierno. Estos tienen prohibido retroceder desde cada nivel de desarrollo alcanzado en cada una de las fuentes inferiores a la Constitución. Asimismo, los tres poderes del gobierno tienen prohibido retroceder desde el grado de adelantamiento que define la Constitución, ya que ésta constituye el mandato del pueblo soberano.

Además, el estado tiene prohibido retroceder porque el principio del aseguramiento también pertenece al derecho internacional de los derechos humanos, en la medida que se encuentra reconocido en muchas declaraciones, tratados, pactos y convenios de los estados partes de las Naciones Unidas, de la OEA y de otros organismos internacionales, que nuestra Nación ha firmado y ratificado.¹⁶ Y el derecho de toda persona al mantenimiento de los

16 En el derecho internacional, por ejemplo, la prohibición de retroceder ha sido analizada por Nikken. Sería la “irreversibilidad” de los derechos humanos y sobre ella expresa que “Una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada. La dignidad humana no admite relativismo, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental”. Ver Nikken, Pedro, *El Concepto De Derechos Humanos*, en *Estudios Básicos De Derechos Humanos*, Tomo 1º, IIDH, San José, 1994, págs. 24 a 27. Con respecto a la obligación internacional de los estados en materia de derechos humanos, ver los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana; el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

derechos humanos, al sostenimiento del nivel de desarrollo logrado, que es el correlato del deber estatal de asegurar, tiene protección internacional.

La prohibición de retroceder se encuentra entre los objetivos enunciados en el preámbulo, cuando expresa “asegurar los beneficios de la libertad”. Ya aquí queda claro que se trata de establecer un seguro, que marca un nivel de desarrollo desde el cual no se puede retrogradar la vida humana.

Y esta misma idea de seguro de la forma republicana de gobierno y de los derechos reconocidos en la Constitución, en las leyes de la Nación y en los tratados con las potencias extranjeras, inspira todo el régimen provincial establecido en la misma (ver arts. 5, 6, 31 y 123).

Otro ejemplo en este sentido y, por cierto muy claro, es el art. 14 bis cuando expresa que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador” los derechos que enumera. Se trata de establecer niveles de derechos favorables al trabajador, de forma tal que no está permitido desasegurar los derechos que ya han sido garantizados por los tratados, las leyes, los convenios colectivos o los contratos individuales y, entonces, para que siempre prevalezca la fuente que mayor protección o garantía brinde.¹⁷

Insiste en la idea el art. 27 al exigir que los tratados “estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución”. Así en la Constitución hay un mínimo de derechos que el estado no puede desconocer al firmar y ratificar tratados.

Se retoma la idea en el art. 28 por cuanto las leyes no pueden alterar los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución. Y en el mismo sentido se prohíbe que las instrucciones, necesarias para la ejecución de las leyes, modifiquen o tergiversen “su espíritu con excepciones reglamentarias” (art. 99, inc. 2).

También queda expresada la prohibición de retroceder en el art. 36 cuando establece que la Constitución “mantendrá su imperio aun cuando se

y Civiles; los arts. 2.1, 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; entre otros. Ver, además, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos su opinión consultiva OC-14/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 9/12/94. Y consultar en general de Buergenthal, Thomas, Norris, Robert E., y Shelton, Dinah, *La Protección De Los Derechos Humanos En Las Américas*, IIDH y Editorial Civitas SA, Madrid, 1994, capítulo I, págs. 57/136.

17 En el párrafo 6.1 analizo el deber de asegurar en el art. 14 bis.

interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático” y declara que “Estos actos serán insanablemente nulos”. Se trata de una garantía máxima, incorporada por la Convención de 1994 y que estaba prevista en el art. 27 del proyecto de Alberdi en los siguientes términos: “Toda autoridad usurpada es ineficaz; sus actos son nulos. Toda decisión acordada por requisición directa o indirecta de un ejército o de una reunión de pueblo, es nula de derecho y carece de eficacia”.¹⁸

La “acción expedita y rápida de amparo”, que regula el art. 36, está pensada en principio como un seguro, más que como un derecho procesal para obtener el avance. Adviértase que su interposición está prevista “contra todo acto u omisión de autoridad públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos”. No obstante ello, en la medida que el estado tiene la obligación de proveer al progreso de la ilustración, la acción de amparo es la defensa idónea frente a su incumplimiento, por

18 Ver Alberdi, Juan Bautista, Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina, Ediciones Estrada, Buenos Aires, segunda edición, pág. 303. A pesar de ello, vale recordar que el reconocimiento de los actos y leyes de los gobiernos de facto tiene una larga y lamentable tradición en nuestro país. Sin lugar a dudas uno de los hechos que más contribuyó a la aceptación de los gobiernos tiránicos fué la Acordada de la Corte Suprema del 10 de septiembre de 1930, dictada en ocasión de la revolución del 6 de septiembre de ese año que había destituido al presidente Irigoyen, disuelto el Congreso Nacional y puesto al teniente general Uriburu a cargo del PEN. A partir de entonces y salvo pocas excepciones, se ha considerado que los gobiernos de facto tienen las mismas facultades que los gobiernos de iure. Y así es doctrina de la Corte Suprema que “en atención a las primarias ‘exigencias de la seguridad jurídica, en las cuales debe verse uno de los más altos valores de nuestro ordenamiento’ (Fallos 243:265), los actos de un gobierno de facto son válidos o bien ‘pueden legitimarse’ por su ‘real efectividad’, lo que significa que tienen fuerza imperativa y rigen mientras no sean derogados o revocados lícitamente; y mientras rigen generan derechos subjetivos constitutivos de propiedad lato sensu, si esto resulta de su contenido. Así sucede con los miles de leyes, con los incontables actos administrativos y con las sentencias judiciales sancionados o dictados durante los períodos de facto que la Argentina ha conocido (Fallos 201:239; opinión del Dr. T.D. Casares: 208:74; 209:274; 209:390; 210:58; 243:265; 270:484; 275:433; 289:177; 291:55; 293:163; 293:213; 295:106; 295:264). Trátase de la solución establecida por las leyes 14.467 y 16.478, basada en la premisa de que ‘cualquier otro método conduciría a la incertidumbre y la confusión’ (Fallos 169:309, en pág. 318), esto es, a la crisis de la seguridad jurídica, que es una de las peores amenazas que puede cernirse sobre una comunidad organizada. Es a mérito de ello que esta Corte, teniendo en cuenta la estabilidad del ordenamiento y la certeza que demanda el régimen de los llamados derechos adquiridos, sostuvo que ‘dentro del alcance de la autoridad asumida, un órgano de facto posee iguales facultades que el correlativo de jure’ (Fallos 243:265, cons. 6°, en pág. 271)” (Fallos 313:1483).

cuanto éste constituye una lesión y restricción a los derechos reconocidos y no enumerados.

Estas mismas consideraciones se pueden realizar con respecto a las atribuciones del defensor del pueblo habida cuenta que “Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración” (art. 86).

En los tratados enumerados es muy común el uso de las palabras “asegurar” y “garantizar”, o de sus similares “asegurarán”, “asegure”, “garantizarán” o “garantice”. Por ejemplo, esas palabras aparecen en oraciones como las siguientes: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales”; o “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos”. El uso de estas palabras demuestra claramente la prohibición de retroceder (el deber de asegurar)¹⁹. El derecho internacional humanitario protege los niveles de desarrollo alcanzados en los derechos nacionales (internos), quedando prohibido para el estado anular o menoscabar los mayores y mejores derechos favorables a la persona que haya reconocido. El derecho internacional resulta un reaseguro a favor de la persona y sus derechos.

El preámbulo de la Declaración Americana sostiene “Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección” (cuarto considerando). El derecho internacional humanitario dispone un nivel mínimo de desarrollo, que no sólo queda definido por los derechos personales establecidos en la Declaración Americana, sino, además, por las garantías reconocidas en los derechos nacionales. Ese nivel mínimo de desarrollo constituye el sistema inicial de protección, que el derecho internacional viene a asegurar. De modo tal que a partir de ese nivel inicial el estado tiene prohibido retroceder.

19 Lo expuesto es aplicable a la palabra “proteger” o a sus similares “protegerán” o “protección”. La misma interpretación cabe realizar del art. 14 bis de la CN cuando expresa: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador” los derechos que enumera. Emilio F. Mignone realiza un comentario crítico, muy limitativo del art. 14 bis y, por cierto, errado, en *Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales En Las Constituciones Políticas De Los Países Del Cono Sur De América*; ver *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, 1996, Tomo V, págs. 17/50.

En la Declaración Universal se dispone que “Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración” (art. 30)²⁰. Así el derecho internacional viene a establecer garantías mínimas a favor de la persona, sin perjuicio de los mayores y mejores derechos reconocidos en los derechos nacionales que integran el sistema inicial de protección en América.

De la misma manera, la Declaración Sobre El Derecho Al Desarrollo ordena que “Nada de lo dispuesto en la presente Declaración debe ser interpretado en menoscabo de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, ni en el sentido de que cualquier Estado, grupo o persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad o realizar cualquier acto cuyo objetivo sea la violación de los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos internacionales de derechos humanos” (art. 9.2). Aquí el mínimo se incrementa, ya que la Declaración protege los derechos reconocidos en la Declaración Universal y en los Pactos internacionales, como el de derechos civiles y políticos y el de derechos económicos, sociales y culturales.

Al establecer garantías mínimas, el derecho internacional, por lo menos en América, constituye “una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados”, según se declara en el tercer párrafo del preámbulo de la Convención Americana. Entonces el derecho internacional humanitario viene a contribuir, a ayudar, a las protecciones favorables a la persona dispuestas en los derechos nacionales. Y ello de dos formas: asegurándolas (prohibición de retroceder), como estamos viendo, e incrementándolas (deber de avanzar), como analizaremos luego.

En la Convención Americana aparece en particular la prohibición de retroceder cuando se reconoce el derecho a la vida y se dispone que no se extenderá la aplicación de la pena de muerte “a delitos a los cuales no se la aplique actualmente” (art. 4.2), ni se restablecerá “en los Estados que la han abolido” (art. 4.3)²¹. Así la Convención viene a asegurar, a coadyuvar o

20 En el Pacto de Derechos Económicos y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos encontramos disposiciones similares al art. 30 de la Declaración Universal. Ver los arts. 5.1 de esos Pactos.

21 Ha dicho la Corte Interamericana, comentando estos artículos, que “No se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte,

complementar, a los mayores y mejores derechos reconocidos en los derechos nacionales, que integran el sistema inicial de protección americano, impidiendo retroceder desde el nivel de desarrollo obtenido en cada uno de ellos.

Por ello dispone que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (art. 25.1). El recurso dispuesto en este instrumento internacional no sólo es en defensa de los derechos reconocidos en él, sino, además, de los establecidos en los derechos nacionales (en la Constitución y la ley internas). Entonces el derecho internacional asegura el nivel de desarrollo alcanzado en los derechos nacionales.

Y este mismo aseguramiento de los derechos humanos reconocidos en los derechos nacionales por parte del derecho internacional humanitario queda demostrado también por lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana, cuando al admitir la suspensión de garantías no sólo excluye de la autorización a determinados derechos, que enumera e integran su texto, sino que, además, extiende la prohibición (aquella exclusión) a “las garantías

sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación. En el primer caso, si bien la Convención no llega a la supresión de la pena de muerte, sí prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto de delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena. En el segundo caso, prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, ipso jure, en una resolución definitiva e irrevocable.” De modo tal que “la Convención expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las previsiones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final.” (Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8/9/83, párrafos 56 y 57). Entonces, para la Corte la progresividad expresada por la Convención consiste en ir limitando definitivamente la aplicación y el ámbito de la pena de muerte, en el proceso encaminado a su supresión final. Así, la progresividad es tanto la prohibición de retroceder (el deber de asegurar) desde el sistema inicial de protección, que no es el mismo para cada uno de los estados ya que difieren sus derechos nacionales y no coincide el tiempo en que han adoptado la Convención (“cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado”, dice la Corte), como el deber de avanzar en el reconocimiento de mayores y mejores derechos favorables a la persona.

judiciales indispensables para la protección de tales derechos” (art. 27.2). Veamos: la Convención autoriza suspender las obligaciones en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado (art. 27.1); pero prohíbe la suspensión de determinados derechos, que expresamente indica, y “de las garantías judiciales indispensables para la protección” de los mismos (art. 27.2). Y estas “garantías judiciales indispensables” no sólo son las reconocidas en los artículos 7.6, 8 y 25.1 de la Convención Americana, sino que, además, son las establecidas en los derechos nacionales, ya que la Convención no puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c). De donde resulta, una vez más, que el derecho internacional viene a asegurar los mayores y mejores derechos reconocidos en los derechos nacionales.²²

Otro ejemplo es el art. 1 de la Convención Contra La Tortura Y Otros Tratos O Penas Crueles, Inhumanos O Degradantes que define la palabra “tortura” (inc. 1) y, además, ordena que la misma “se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance” (inc. 2). Está asegurando una protección mínima y sin perjuicio de otras mejores de fuente internacional o nacional. Entonces reconoce y defiende el mayor nivel de garantía obtenido por cualquier estado parte de la misma.

2.2. EL PRINCIPIO DE LA PROGRESIVIDAD

El deber de asegurar el nivel de desarrollo, definido por los derechos humanos reconocidos y las medidas apropiadas, especiales o concretas adoptadas para garantizar el ejercicio pleno de aquéllos, queda completado con el principio de la progresividad, que establece la obligación de promover, proteger y fortalecer cada vez más el reconocimiento, la aplicación y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, en un mundo donde el desarrollo económico, social y cultural debe ser constante. El principio de

22 En este sentido y en ejercicio de su competencia consultiva, la Corte Interamericana ha dispuesto que “También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.” (Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6/10/87).

la progresividad establece la obligación del gobierno de promulgar mejores y mayores derechos a favor de la persona, y de facilitar que en los hechos la persona acceda al goce del bien objeto de los derechos humanos.

El principio de la progresividad en el reconocimiento estatal de los derechos humanos es la expresión normativa, moral o jurídica, de la idea de progreso, que consiste en afirmar la posibilidad del avance permanente y gradual de la sociedad (y de la persona) en una dirección deseable, en cuyo transcurso la persona adquiere mejores y mayores beneficios, y que está sustentado en el desarrollo indefinido de la razón y en su utilización como guía de la acción humana.²³

El principio de la progresividad conmina al perfeccionamiento, al avance del derecho en la dirección de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad, y a que la sociedad (y el gobierno) facilite a cada persona la mejora permanente de sus condiciones de existencia. El principio de la progresividad (jurídica y social) procura el adelanto de los derechos favorables a la persona y un fin deseable, como es una sociedad perfectible (o susceptible de adelantamiento), en la medida que consiste en un estado de relaciones en desarrollo constante, que permite en los hechos a la persona el avance continuo de su vida.

El principio de la progresividad es el mandato de avanzar desde el nivel de desarrollo alcanzado, que está determinado por los derechos reconocidos y por el goce real y actual de los bienes y servicios disponibles y que el principio del aseguramiento prescribe mantener.

El principio de la progresividad es identificable a partir del texto de la Constitución. El principio pertenece al derecho constitucional argentino. Se trata de un principio jurídico demostrable por el sentido del texto constitucional.

El deber de progresar pesa sobre el estado nacional. Este debe cumplir con su obligación de avanzar. Los habitantes de la Nación tenemos el derecho a que el estado nacional cumpla con su deber. Tenemos derecho a petionar al poder judicial (art. 14) para que ordene al poder legislativo o

23 Consideraba Kant que “Se trata, pues, de un principio, no sólo bien intencionado y recomendable en la práctica, sino, a pesar de todos los incrédulos, válido también en la teoría más rigurosa, cuando decimos: que el género humano se ha mantenido siempre en progreso, y continuará en él, lo cual, si no limitamos nuestra mirada a lo que acontece en un pueblo cualquiera, sino que la esparcimos a todos los pueblos de la tierra que irán participando, uno tras otro, en ese progreso, nos abre la perspectiva de un tiempo ilimitado...” Ver Kant, Si El Género Humano Se Halla En Progreso Constante Hacia Mejor, 1798, en Filosofía De La Historia, FCE, México, quinta reimpresión, 1994, págs. 95/122.

al poder ejecutivo que cumplan con la obligación de avanzar, promoviendo, protegiendo y fortaleciendo cada vez más el reconocimiento, la aplicación y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, o adoptando otras medidas adecuadas, para asegurar a cada persona las condiciones de su adelanto espiritual y material continuos.

El principio de la progresividad pertenece al derecho constitucional argentino. Por ello, la vigencia del principio es la vigencia de la Constitución y las obligaciones que establece están a cargo del estado y, más precisamente, de los tres poderes del gobierno. Estos tienen la obligación de hacer avanzar las fuentes inferiores a la Constitución. También el principio de la progresividad pertenece al derecho internacional, en la medida que se encuentra expresado en muchas declaraciones, tratados, pactos y convenios de los estados partes de las Naciones Unidas, de la OEA y de otros organismos internacionales, que nuestra Nación, a su vez, ha firmado y ratificado. De modo que la obligación del gobierno de mejorar las fuentes inferiores a la Constitución también es el cumplimiento del compromiso estatal asumido en los tratados internacionales de adecuar la legislación interna a lo pactado con otras naciones u organismos internacionales.

Antes de la reforma de 1994 el principio de la progresividad se encontraba claramente reconocido en el texto de la Constitución.²⁴ Y después de aquélla, el reconocimiento se ha incrementado.

El preámbulo declara que uno de los objetos de la Constitución es “promover el bienestar general”. Esto significa hacer avanzar, adelantar o perfeccionar el bienestar general o, en otras palabras, el bienestar de cada uno de los habitantes de la Nación.

El art. 25 prohíbe al gobierno federal “restringir, limitar” y “gravar con

24 Si las Bases de Alberdi inspiraron la redacción de la Constitución de 1853, cabe observar que para el jurista tucumano las constituciones “deben propender a organizar y constituir los grandes medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado oscuro y subalterno en que se encuentra” (ob. cit., pág. 46). Al final de las Bases, cuando presenta su proyecto de constitución, dice que “Si aspiramos, pues a ver en práctica un sistema de administración basado en las ideas de progreso y mejora que prevalecen en la época, demos colocación a estas ideas en las leyes fundamentales del país, hagamos de ellas las bases obligatorias del gobierno, de la legislación y de la política” (ob. cit., págs. 290/291). Y por último véase que, en su proyecto, dedica el capítulo IV de la primera sección a las “garantías públicas de orden y de progreso” y que llama “garantías de progreso a las instituciones fundamentales que con el tiempo deben salvar las garantías privadas y públicas, educando el orden y la libertad” (ob. cit., pág. 303, nota 2).

impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.” En definitiva se trata de mejorar, perfeccionar, las ciencias y las artes.

El art. 33 expresa: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Entonces hay otros derechos que tienen la misma jerarquía que los expresamente reconocidos en el texto de la Constitución y que la amplían y la mejoran, incrementando las protecciones de los habitantes de la Nación. El estado está obligado al reconocimiento de estos derechos o, en otros términos, no está justificado su desconocimiento sobre la base que aquéllos no se encuentran enumerados en la Constitución.

Y esta obligación de reconocer nuevos derechos, ampliando los establecidos en la Constitución, surge del régimen de los tratados no enumerados (art. 75, inc. 22), pues si bien es cierto que el poder legislativo podrá otorgarles jerarquía constitucional, también es verdad que el gobierno federal “está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados” (art. 27). De modo que pesa sobre el estado la obligación de firmar y ratificar los tratados internacionales que en adelante se vayan elaborando sobre derechos humanos y que constituyen el medio adecuado para consolidar la paz en el mundo.

En el art. 41 se reconoce que “los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”. Y de esta forma se acepta que la persona tiene la posibilidad de perfeccionamiento y que una de sus condiciones es el ambiente sano.

Aparece otra vez la idea de progreso cuando en el inc. 2 del art. 75 se dispone, luego de declarar que las contribuciones directas e indirectas son coparticipables, que la distribución “dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo” entre las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y la Nación.

Aunque el más expreso y contundente reconocimiento del principio de la progresividad ya se encontraba en el art. 67, inc. 16 (actual art. 75, inc. 18) y que fuera tomado casi literalmente del proyecto de Alberdi. Comienza el inciso estableciendo los objetivos al decir “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración”, para luego indicar las medidas adecuadas para

lograrlos. Adviértase que entre los fines se fijó al adelanto y bienestar de las provincias y al progreso de la ilustración. La frase “al progreso de la ilustración”, que no se encontraba en el proyecto de Alberdi, fué incorporada por la convención de 1853, y con ella se hizo heredera y continuadora a la Constitución del proyecto iluminista.²⁵

También se establecía en la Constitución de 1853, como una atribución del poder ejecutivo, la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria a sesiones extraordinarias, “cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera” (art. 86, inc. 12; actual art. 99, inc. 9). Queda justificado el mayor trabajo del poder legislativo, porque proveer al progreso es un mandato que debe cumplir el estado nacional.

La Constitución establece, como una atribución del poder legislativo, proveer lo conducente “al progreso económico con justicia social”, “a la generación de empleo” y “a la formación profesional de los trabajadores” (art. 75, inc. 19). Se trata de nuevos objetivos, y con respecto a ellos tenemos el derecho de exigir que el Congreso provea lo conducente para alcanzarlos. Somos titulares de los derechos “al progreso económico con justicia social” y “a la generación de empleo”; mientras que los trabajadores, a su vez, tienen el nuevo derecho “a la formación profesional”.

Si bien es cierto que la noción de justicia social es muy imprecisa, también es verdad que el núcleo de su sentido consiste en aceptar, como moralmente plausible, medidas protectorias de los pobres -o políticas distributivas de los bienes- que en general tiendan, como mínimo, a lograr la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

La Constitución dispone, como una atribución del poder legislativo, “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidad y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos” (art. 75, inc. 23). Así ha quedado incorporado a la Constitución, ya no el derecho de igualdad ante la ley -tantas veces despreciado sin razón como “formal”-, sino, además, el derecho a la igualdad “real de oportunidad y de trato” y el derecho a exigir que se adopten “medidas de acción positiva” para promover a aquél y, además, hacer avanzar en los hechos a los derechos humanos.

Confirmando lo expuesto el art. 124 faculta a las provincias a crear “regiones para el desarrollo económico y social”, mientras que el art. 125

25 Ver de Ernest Cassirer, *La Filosofía De La Ilustración*, FCE, México, 1997.

encomienda a ellas y a la ciudad de Buenos Aires “promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”.

De este modo la Convención de 1994 insiste en el proyecto iluminista, en la idea del progreso, al mismo tiempo que demuestra su voluntad política, en cuanto representante del pueblo soberano, de transitar por el camino de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad.

La palabra “progresivamente”, al igual que el término “progresivas”, suele ser muy usada en los textos internacionales. En general con la palabra “progresivamente” se alude a que la efectividad o el ejercicio de los derechos humanos debe obtenerse de a poco. Así se alude a la velocidad del avance y se considera que, en principio, no es rápida; que es lenta. Lo expuesto es extensivo a la palabra “progresivas”, que se utiliza para calificar las medidas que los estados se comprometen a adoptar o que un organismo internacional recomienda a un estado tomar. Cuando las medidas son progresivas, los estados las deben adoptar de a poco. Casi siempre la adopción de las medidas progresivas se relaciona directamente a la existencia de recursos disponibles, de manera tal que a mayor cantidad de éstos, el estado deberá tomar mayores y mejores medidas. Que en los documentos internacionales se establezca que la obligación estatal de promover o proveer a la plena efectividad o ejercicio de algunos derechos humanos (en general los económicos, sociales y culturales) pueda ser cumplida de a poco, se justifica en la idea que el derecho internacional es coadyuvante de los derechos nacionales (o internos) y en que si no se procede de esa forma (o sea: determinando el cumplimiento pausado), entonces se aleja la posibilidad de que muchos estados firmen y ratifiquen el instrumento. Pero todo ello no significa que no exista el deber de avanzar y en el sentido que aquí lo presento. La utilización de palabras tales como “progresivamente” y “progresivas” demuestra con claridad que los estados se obligan a reconocer mayores y mejores derechos favorables a la persona o, en otros términos, que deben avanzar de un nivel de desarrollo alcanzado a otro superior. Y de la misma manera se puede decir que el deber de avanzar queda demostrado por el uso de términos tales como “promover”, “alentar”, “fortalecer” o sus parecidos, ya que esas expresiones indican la acción de adelantar o de ir para adelante, de dar vigor o fuerza; en definitiva, de mejorar, de perfeccionar, de progresar.²⁶

26 Nikken analiza la progresividad como una consecuencia de reconocer a los derechos hu-

Los considerandos de la Declaración Americana expresan, con bastante claridad, el principio de la progresividad. Dice el primero “que las instituciones jurídicas y políticas... tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”. Mientras que el tercero expresa que “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”. Este derecho se encuentra en un proceso de mejora, de perfeccionamiento a partir del nivel de desarrollo ya obtenido.²⁷ Y en este sentido se manifiesta en el cuarto

manos como atributos inherentes a la persona, y sostiene que “Como los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Es así como han aparecido las sucesivas ‘generaciones’ de derechos humanos y como se han multiplicado los medios para su protección”. Es más: dice que “la protección de los derechos humanos se plasma en un régimen que es siempre susceptible de ampliación, más no de restricción”. Y en apoyo de su posición da dos ejemplos, a saber: el primero es que, en general, las constituciones disponen que los derechos que han reconocido no son negación de otros derechos no enumerados pero inherentes a la persona humana (señalo que en los documentos internacionales también se establecen disposiciones similares: el art. 29, c, de la Convención Americana reconoce a los “derechos implícitos”); el segundo es el principio de la “cláusula del individuo más favorecido” (ver Nikken, Pedro, ob. cit. págs. 24 a 27), que podría denominarse de la “norma más favorable a la persona” y que ordena aplicar la norma más favorable al individuo, con prescindencia del orden jerárquico de la fuente que la expresa. Por su parte, Hitters expresa que “La progresividad es una de las características fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos e implica una toma de posición -todavía inconclusa- del hombre frente al Estado, en su lucha por acotar y racionalizar el poder”. Para ese autor, el desarrollo del derecho internacional “tiene dos características viscerales: por un lado, la idea de que el mismo está alcanzando campos cada vez más amplios, tanto en la gama de los derechos custodiados, como en la cantidad de instrumentos y organismos de protección; y, por otro, porque tal oleada empieza a rodar garantizando un mínimum, para luego ir extendiéndose poco a poco”. Hitters distingue “dos tipos de progresividad: la intencionada (o expresa)”, que consistiría en “no hacer todo de golpe, sino de a trancos, y no pasando al segundo escaño hasta que no esté consolidado el primero”, de la “garantía mínima (o tácita)”, que ejemplifica con el art. 26 y los tres últimos incisos del art. 29 de la Convención Americana. Además, concluye expresando que “debemos hablar -más que de un sistema ya establecido- de un modelo en constante recreación, donde cada día -no sin retrocesos- se va poniendo un granito de arena”. Ver: Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional De Los Derechos Humanos*, Tomo 1º, Ediar, Buenos Aires, 1991, págs. 24 a 28.

27 Una consecuencia de este proceso de mejora, de la evolución del derecho, queda indicada por la Corte Interamericana en los siguientes términos: “La Declaración Americana se basa en la idea de que ‘la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución’ (Considerando tercero). Este derecho

considerando que “la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas; no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias.”

El art. XII reconoce el derecho de toda persona a que, por medio de la educación, “se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida”; mientras que el art. XIII dispone el derecho de “disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”.

De lo expuesto en la Declaración Americana surge que es un fin de los estados el progreso espiritual y material de la persona; que este fin supone aceptar que el hombre puede mejorar su vida, realizar descubrimientos científicos o, en definitiva, que para él es posible progresar; que el reconocimiento estatal de los derechos humanos facilita el progreso; que hay un nivel inicial de protección de los derechos humanos constituido por los derechos nacionales y la Declaración; y que es un deber de los estados fortalecer (mejorar, promover, perfeccionar, adelantar o hacer avanzar) al

americano ha evolucionado desde 1948 hasta hoy y la protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos. Como dijo la Corte Internacional de Justicia: ‘Un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar’ (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31). Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración” (*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14/7/89, párr. 37). Y que el derecho evoluciona o, más precisamente, que el sistema jurídico internacional de los derechos humanos reconoce mayores y mejores derechos con el transcurso del tiempo, es un hecho que, para Pedro Nikken, no debe “extrañar pues la instauración del régimen internacional de protección de los derechos humanos revela que, frecuentemente, los tratados más modernos son más amplios que los precedentes y que mientras menos diferencias culturales y políticas existan entre los Estados que los negocian, es más fácil concluir tratados más avanzados” (*La colegiatura obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85, declaración del Juez Pedro Nikken, párr. 5).

sistema inicial de protección.

La Declaración Universal reconoce el principio de la progresividad. En su quinto considerando se expresa “que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona y en la igualdad de derecho de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de una concepto más amplio de la libertad”. Y, entonces, se proclama el deber de “esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones,..., promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

A su vez, el art. 27.1 reconoce el derecho “a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”; mientras que el art. 29.1 dispone que “toda persona tiene deberes respecto de la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

El preámbulo de la Convención Americana, en comparación con las Declaraciones anteriores, da una menor idea del principio de la progresividad. Sin embargo, expresa que los estados americanos reafirman “su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Hay un propósito de consolidar, de mejorar o de avanzar en el reconocimiento de los derechos humanos y en la vigencia de la democracia. Y por ello se considera “que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales”.²⁸

28 Lo hasta aquí expuesto debe ser completado con la doctrina consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando expresa que “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”, de modo tal que “puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana” (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85). Así, según la doctrina de la Corte, en la Convención, el

El art. 26 se refiere claramente al desarrollo progresivo y dispone que los estados “se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

En el art. 41, b) la Convención atribuye como función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la formulación “de recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”.

El Protocolo de San Salvador (ley 24.658), que incluye otros derechos en el régimen de protección de la Convención Americana (art. 31), permite ir mejorando al “derecho americano en evolución”. Este proceso de mejora se reconoce en el Protocolo de San Salvador cuando expresa que los protocolos adicionales a la Convención Americana tienen “la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades” (Considerando octavo). En el Protocolo de San Salvador se dice que “resulta de gran importancia que” los derechos económicos, sociales y culturales “sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos” (Considerando séptimo).

En el art. 1 los estados asumen la obligación de adoptar medidas “a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente protocolo”. Y en el art. 22.1 se dispone que “Cualquier Estado Parte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrán someter a la consideración de los Estados Partes, reunidos con ocasión de la Asamblea General, propuestas de enmienda con el fin de incluir el reconocimiento de otros derechos y libertades, o bien otras destinadas a extender o ampliar los derechos y libertades reconocidos”

concepto de bien común hace referencia a las condiciones sociales que facilitan a la persona alcanzar el mayor grado de desarrollo individual y la mayor vigencia de los valores democráticos. Y el principio de la progresividad manda al estado mejorar las condiciones sociales (los derechos y las medidas especiales, concretas o apropiadas) para facilitar a la persona el mayor grado de desarrollo.

en el Protocolo. De modo que así queda confirmada la progresividad o el deber de avanzar en el establecimiento de mejores derechos.

El Pacto de Derechos Económicos establece el compromiso de los estados partes “a adoptar, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2.1).

El art. 6 reconoce el derecho a trabajar y en su inciso 2 ordena que “para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar”, entre las medidas a adoptar, “la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”. Aquí también el objetivo no es alcanzar un grado o nivel determinado de desarrollo, sino un estado de desarrollo constante o, en otros términos, un estado social que facilita el adelanto continuo de la persona.

El art. 11.1 reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Así aparece la misma idea, ya que no se trata de obtener la mejora de las condiciones de existencia, sino la “mejora continua”, permanente, de las mismas.

En el art. 13.2, se reconoce, para “lograr el pleno ejercicio” del derecho a la educación, “la implantación progresiva de la enseñanza gratuita” (b y c) y que se debe “mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente” (e). El art. 14 dispone, para los estados que no hayan instituido la enseñanza obligatoria y gratuita al momento de la firma del Pacto, el deber de “elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos”.

El derecho a “gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones” se reconoce en el art. 15.1, b); mientras que en su punto 2 los estados partes se obligan a adoptar las medidas “necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura”.

Además, pesa sobre los estados la obligación de presentar “informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos” en el pacto (art. 16.1). Y el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas puede presentar informes que contengan “los progresos realizados para lograr el respeto general de los derechos reconocidos” en el Pacto (art. 21), y “señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas..., toda cuestión surgida de los informes...que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva” del Pacto (art. 22).

Coincidiendo con el Pacto anterior, el Pacto de Derechos Civiles reconoce, en sus considerandos, que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales” y que “la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos”. Y en su art. 40.1, el Pacto impone a los Estados la obligación de presentar informes “sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos”.

En el primer considerando de la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial se declara que “todos los Estados Miembros se han comprometido a tomar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con la Organización, para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”; y, además, se expresa que los estados están resueltos “a adoptar todas las medidas necesarias para eliminar rápidamente la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y a prevenir y combatir las doctrinas y prácticas racistas con el fin de promover el entendimiento entre las razas y edificar una comunidad internacional libre de todas las formas de segregación y discriminación raciales”.

El art. 1.4 excluye del concepto de discriminación racial a las “medidas especiales adoptadas con el fin de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarlos”; mientras que el art.

2.2 ordena esas medidas especiales y concretas “para asegurar el adecuado desenvolvimiento”.

La Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer afirma, en su preámbulo, que “el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, el alivio de la tensión internacional, la cooperación mutua entre todos los Estados con independencia de sus sistemas económicos y sociales, el desarme general y completo y, en particular, el desarme nuclear bajo un control internacional estricto y efectivo, la afirmación de los principios de la justicia, la igualdad y el provecho mutuo en las relaciones entre países y la realización del derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera o a ocupación extranjera a la libre determinación y la independencia, así como el respeto de la soberanía nacional y de la integridad territorial, promoverán el progreso y el desarrollo sociales y, en consecuencia, contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer”.²⁹

En el art. 3 los estados se obligan a tomar “en todas las esferas, y en particular en las esferas políticas, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”. Y en el art. 17.1 se crea un Comité para “examinar los progresos realizados en la aplicación de la” Convención.

La Convención sobre los derechos del niño declara en su preámbulo que “los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

En el art. 17 los estados se comprometen a que el niño acceda en especial a “la información y el material que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental”. El art. 24 reconoce a favor del niño el derecho a la salud y en su punto 4 establece la obligación de los estados “a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización” de ese derecho. El art.

29 Esta Convención fué aprobada por la Resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 18/12/79. Y lo expuesto en su preámbulo, en el sentido que la eliminación de determinados obstáculos promueve el progreso y el desarrollo sociales, queda confirmado plenamente con la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986 que analizo más adelante.

27 “reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”; mientras que en el art. 28, luego de establecer el derecho del niño a la educación, se disponen las medidas que se deben adoptar “a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho”, teniendo en cuenta que “la educación del niño deberá ser encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades” (art. 29.1, a).

En el art. 43.1 se crea un Comité para “examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas” en la Convención y en el art. 44.1 los estados se obligan a presentar informes “sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce” de los derechos establecidos en la Convención.

Con la Declaración Sobre El Derecho Al Desarrollo³⁰, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 4/12/86, queda demostrado claramente el principio de la progresividad. Veamos.

Primero: se reconoce “que el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos”. El fin de la historia (de la civilización o de la humanidad) no consiste en obtener una sociedad perfecta, estática, sino en lograr un estado social de mejoramiento constante del bienestar de la persona.

Segundo: se reconoce que el desarrollo tiene obstáculos que deben ser eliminados. En general, los obstáculos consisten en las violaciones de los derechos humanos “resultantes del colonialismo, el neocolonialismo, el apartheid”, el racismo, “la dominación y ocupación extranjeras, la agresión y las amenazas contra la soberanía nacional, la unidad nacional y la integridad territorial, y las amenazas de guerra”. Así queda vinculada la idea del progreso al respeto de los derechos humanos, a un estado de paz interna e internacional. Esto es tanto como decir que la idea del progreso está estrechamente

30 Vale aclarar que este documento no está enumerado en el inc. 22 del art. 75; de modo que su análisis no es una descripción de la CN, sino del derecho internacional de los derechos humanos que resulta demostrativo del principio de la progresividad. Sobre esa declaración y el derecho al desarrollo hay dos estudios realizados por Cancado Trindade y que son: a) Derechos De Solidaridad, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo 1º, IIDH, San José, 1991, págs. 63 y ss.; y b) Relaciones Entre El Desarrollo Sustentable Y Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales: Desarrollos Recientes, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo 2º, IIDH, San José, 1995, págs. 15 y ss.

relacionada con la aceptación de la democracia, en la medida que ésta resulta inescindible de un sistema protector de los derechos personales.³¹

Tercero: se reconoce “que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”. Entonces, y tal cual lo hemos presentado, el principio de la progresividad se refiere a todos los derechos humanos; de modo tal que el estado debe reconocer mayores y mejores derechos a favor de la persona y para todas las manifestaciones de su vida.

Estas ideas generales, expuestas en algunos párrafos del preámbulo de la Declaración, quedan confirmadas por lo dispuesto en los artículos. Así, en el art. 1.1 se reconoce que el derecho al desarrollo es un derecho de la persona y de los pueblos. En el art. 2.3 se establece el deber del estado “de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos”. Mientras que en el art. 3.1 se insiste en que el estado tiene “el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo”. La creación de condiciones es la eliminación de los obstáculos ya indicados o, en otros términos, la promoción y el respeto de los derechos humanos, que supone la adopción de la democracia política. Y el estado tiene el deber de eliminar los obstáculos (arts. 3.3, 6.3 y 7). A su vez, que el principio de la progresividad se refiere a todos los derechos humanos queda reconocido en los arts. 6.2 y 9.1; el primero expresa que “Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes” y que “debe darse igual atención y urgente consideración

31 Y al respecto cabe señalar que “La Corte ya se ha referido al Estado de Derecho, a la democracia representativa y al régimen de libertad personal y ha puntualizado cómo son consustanciales con el Sistema Interamericano y en particular con el régimen de protección de los derechos humanos contenido en la Convención (véase La colegiatura obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 66; La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, párrs. 30 y 34 y El hábeas Corpus bajo suspensión de garantías, supra 16, párr. 20)” (Garantías Judiciales En Estados De Emergencia -arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos-, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 35). Y la democracia política junto al sistema protector de los derechos humanos no sólo indica o define un nivel de desarrollo sino que, además, constituye un estado de cosas que facilita el progreso, el adelantamiento.

a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”, mientras que el segundo dice que “Todos los aspectos del derecho al desarrollo enunciados en la presente Declaración son indivisibles e interdependientes y cada uno debe ser interpretado en el contexto del conjunto de ellos”. Y, por último, el art. 10 ordena adoptar medidas “para asegurar el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del derecho al desarrollo”.³²

En la Declaración Socio-Laboral Del MERCOSUR (10-12-1998) se considera que “la integración constituyó condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social”; que los estados partes tienen “la disposición de promover la modernización de sus economías para ampliar la oferta de bienes y servicios disponibles y, en consecuencia, mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”; y que la integración debe abarcar la cuestión social “en lo referente al reconocimiento de un plataforma mínima de derechos de los trabajadores en el ámbito del MERCOSUR, correspondiente a las convenciones fundamentales de la OIT”.

En la Carta Democrática Interamericana (11-9-2001) se reconoce “la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia”; “la importancia del desarrollo de los recursos humanos para lograr un sistema democrático y sólido”; que “un medio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano”; y que el Protocolo de San Salvador subraya la importancia que los derechos económicos, sociales y culturales “sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar el régimen democrático representativo de gobierno”. Toda la Carta expresa al principio de progresividad. En su art. 26 se define a la democracia como “un sistema de vida fundado en la libertad y el mejoramiento económico, social y cultural de los pueblos.”

Así queda demostrado el deber de avanzar al mismo tiempo que vemos transformados en derechos las ideas integrantes de la doctrina del progreso,

32 El principio de la progresividad también aparece expresado en la Declaración Sobre El Progreso Y El Desarrollo En Lo Social proclamada por la Asamblea General (XXIV) de la UN en su resolución 2542 del 11-12-1969; en la Carta Africana Sobre Los Derechos Humanos Y De Los Pueblos (Carta De Banjul) aprobada el 27-7-1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya; y, por ejemplo, en la Carta Social Europea, adoptada por el Consejo de Europa en Turín el 1-10-1961.

del proyecto iluminista, moderno, consistente en el uso de la razón para liberar al hombre de sus prejuicios, costumbres y creencias infundadas, para elaborar conocimientos justificados en la experiencia y obtenidos por el método de la ciencia, de modo de facilitar el avance técnico, el perfeccionamiento moral, el incremento de la libertad y la igualdad y, en definitiva, la felicidad humana.

2.3. ORDEN SOCIAL PROGRESIVO Y ORDEN SOCIAL REGRESIVO

El principio del aseguramiento de los derechos personales es eminentemente conservador. Manda proteger los derechos reconocidos en la constitución y en el orden jurídico dictado en su consecuencia, que definen un nivel de desarrollo individual y social. El principio del aseguramiento prohíbe al gobierno retrogradar el nivel de adelantamiento alcanzado. Mientras que el principio de la progresividad social ordena al gobierno reconocer más y mejores derechos a favor de la persona; de modo tal que compele al gobierno a avanzar de un grado de desarrollo a otro superior, o más elevado, en lo que se refiere al goce y al pleno ejercicio de la libertad, la igualdad y la fraternidad. Podemos decir que el principio de la progresividad es el deber gubernamental de promover la obtención de la felicidad. El principio de la progresividad es la expresión normativa de la idea de progreso. Así el principio del aseguramiento prohíbe retroceder y el principio de la progresividad manda avanzar.

El gobernante debe hacer imperar la justicia y, dentro de sus posibilidades, mejorar a los ciudadanos; el gobierno debe proteger a los ciudadanos y facilitarles el adelantamiento. Sostiene los mismos principios Erasmo de Rotterdam (1469-1536) en su sabio y bello libro titulado Educación Del Príncipe Cristiano (1516), para quien es una obligación del gobierno mejorar el estado general del pueblo, de modo tal que entregue a su sucesor una república más hermosa y floreciente o próspera. Carece de sentido un gobierno para provocar daños o perjuicios. Esta misma concepción está presente en el Discurso De La Servidumbre Voluntaria o Contra Uno (1576) de Etienne De La Boëtie (1530-1536), quien afirma que uno de los ardides del tirano es bestializar (animalizar o degradar) a los ciudadanos. Así, la tiranía es la oposición al buen gobierno; es un poder que lesiona; es un poder que degenera, que impone un orden social decreciente en derechos y beneficios.

Altusio (1557-1638) expresa estas ideas en su obra titulada Política (1603), donde considera que el pueblo, a través de un contrato de mandato, otorga al gobernante el poder político para que la república progrese y no sea dañada,

para que promueva sus ventajas y evite sus inconvenientes. La relación entre el pueblo y el gobernante se rige por ese contrato de mandato. Así si el gobernante actúa en exceso al mandato, el pueblo no le debe obediencia; si el gobernante perjudica el estado general del reino, el pueblo puede (o debe) revocar el mandato por su propio bien; de modo tal que, en general, cuando una de las partes del acuerdo no cumple con sus obligaciones, puede la otra no cumplir con las suyas y quedar libre de toda obligación (el pueblo de obedecer, el gobierno de proteger y de colaborar con el progreso).

El deber gubernamental de protección es expuesto por Locke (1632-1704) en muchas ocasiones y de muchas formas. En *El Segundo Tratado Sobre El Gobierno Civil* (1690) considera que el hombre se une en sociedad y se somete (u obedece) al gobierno, para que se preserven sus propiedades, o sea: para que se aseguren su vida, su libertad y bienes. En *La Carta Sobre La Tolerancia* (1689-1690), Locke expone los principios de aseguramiento y de progresividad. Para Locke es claro que los derechos humanos no son sólo una protección contra el actuar arbitrario del gobierno, sino también contra la violencia y el latrocinio del prójimo. El gobierno no debe sólo conservar la vida, la libertad, la salud, el descanso y la posesión de las cosas externas (dinero, tierras, casas, muebles), a los que Locke denomina los intereses civiles, sino que debe también hacerlos avanzar, de modo tal que estos intereses se desarrollen, mejoren, se perfeccionen.

Encuentro en Leibniz (1646-1716) expuesto muy claramente el concepto de orden social o político progresivo, en cuanto organización que tiende siempre hacia mejor, hacia un incremento constante de lo bueno, del bien, de la perfección; en cuanto orden en constante perfeccionamiento. Leibniz manifiesta claramente estas ideas en sus estudios sobre el derecho natural de 1669-1672. En sus *Anotaciones Críticas* (1669/1670) considera que la ciudad es un conjunto de personas organizadas para procurarse seguridad, por la que entiende, en un sentido amplio, a la felicidad. Así la mejor ciudad será para Leibniz aquella que brinda felicidad, o en la que los ciudadanos viven felices. En los fragmentos titulados *Los Elementos Del Derecho Natural* (1671) define a la felicidad como el máximo estado de perfección que puede alcanzar la persona humana, y que consiste en un adelantamiento perpetuo hacia la obtención de mayores y mejores bienes, o un estado de progreso permanente, donde el hombre, además, desea su mantenimiento, su continuidad.

Por su parte, Hume (1711-1776) también muestra los dos deberes del gobierno. Para Hume la vida social tiene su origen en el egoísmo del hombre.

La sociedad resulta necesaria al hombre para asegurar su subsistencia. Así el mismo egoísmo que impulsa al hombre al combate o a la lucha con su prójimo, también lo acerca y da sustento a la vida social y al respeto a las leyes naturales. El gobierno tiene el mismo origen: es un invento (es una herramienta) del hombre para el logro de sus fines, para conservar las ventajas ya logradas y conseguir otras nuevas, en una sociedad civilizada.

Más allá de todas las limitaciones conceptuales que se puedan señalar a la obra de Turgot (1727-1781) o de todas las críticas que merezca su actividad política como ministro de economía de Luis XVI, este hombre de la nobleza francesa ha dejado dos discursos sobre el progreso, que pronunciara en la Sorbona en 1750, en donde, sin lugar a dudas, contribuye al adelantamiento social e individual. Para Turgot la felicidad es un derecho natural del hombre. Para alcanzar la felicidad el hombre cuenta con su razón, sus pasiones y su voluntad, que, en cuanto instrumentos, también lo llevan al enfrentamiento con sus semejantes en la satisfacción de sus necesidades, motivo por el cual se impone la instancia de un poder superior que, conciliando los intereses particulares y opuestos, puede facilitar que todos alcancen la felicidad. Así el gobierno queda indisolublemente unido a la búsqueda de la felicidad: el gobierno debe procurar la felicidad de la sociedad y asegurar su duración. Estas tareas del gobierno, a su vez, se sustentan en una concepción progresista de la historia, que podrá ser considerada optimista pero no calificada de dogmática o de ingenua.

Al igual que Turgot, Condorcet (1743-1794) ha sido otro de los impulsores de la idea del progreso y así escribe que la finalidad de su Bosquejo De Un Cuadro Histórico De Los Progresos Del Espíritu Humano (1794) es exponer que no hay límite alguno puesto por la naturaleza a la capacidad de perfeccionamiento del hombre. El género humano tiene una capacidad ilimitada para progresar, para procurar su adelantamiento.

En su Proyecto De Constitución Para Córcega (1765), afirma Rousseau (1712-1778) que el mejor medio para satisfacer los deseos es el poder, y que el arte de gobernar tiene por fin no sólo conservar la vida, sino, además, difundirla. Así la actividad del gobierno es difundir la vida. Es una idea muy importante, muy respetuosa de la dignidad humana; acorde con la condición humana.

Marat (1743-1793), un fervoroso partidario de la revolución social y del tiranicidio, nos muestra también el principio del aseguramiento de los derechos cuando escribe, el 5-9-1791 en el número 546 de su diario El Amigo

Del Pueblo, que el fin principal del gobierno es la felicidad común, es la protección de la propiedad y de la seguridad personal.

Robespierre (1758-1794), con la claridad y el dogmatismo que lo caracterizó, expone los dos principios (el de aseguramiento y el de progresividad) en su discurso ante la asamblea nacional francesa del 10-5-1793, cuando al inicio del mismo dice que el fin de la persona es la libertad y la felicidad, y no la esclavitud y la desgracia, y que el gobierno debe mantener los derechos del hombre y perfeccionar su naturaleza, y, en definitiva, nunca degradarlo u oprimirlo.

Kant (1724-1804) nos brinda generosamente la idea del progreso en su optimista y pequeño ensayo de 1798 titulado *Si El Género Humano Se Halla En Progreso Constante Hacia Mejor*. Para Kant, el principio del progreso es verdadero en la teoría y aconsejable de ser adoptado en la práctica. Para Kant, una visión general de los pueblos y la historia nos muestra el progreso del género humano y la idea de un tiempo sin fin (la historia no tiene fin, es ilimitada). El principio de la progresividad, en cuanto ordena avanzar al gobierno, es la expresión normativa de esta idea de Kant, quien, en la nota final a ese ensayo, dirá que, si bien es cierto que los estados perfectos nunca han sido llevados a cabo (y así ha sucedido con *La Atlántida* de Platón, la *Utopía* de Moro, la *Oceanía* de Harrington y la *Severambia* de Allais), es un deber del gobierno adoptar políticas que tengan por objeto o por resultado el acercamiento continuo a la utopía, que aparece así como una idea regulativa de la práctica pública y privada.

El principio de aseguramiento y de progresividad social, que definen un orden progresivo, aparecen claramente en las obras de Proudhon (1809-1865). En *El Principio Federativo* (1862), al analizar a la constitución progresista, piensa al gobierno (en términos normativos o éticos) como un instrumento de progreso, de perfeccionamiento social e individual (o del aumento o adelantamiento de las ciencias y de las artes, de la riqueza y de la salud, y, en definitiva, de la libertad y de la moral), y no como un medio promotor de la miseria, del pauperismo, o de la decadencia moral o intelectual.

Gandhi (1869-1948) escribía en 1931 y en 1935 ideas muy importantes: afirma que el poder político no es un fin; que el poder político es uno de los tantos medios (o sea: el gobierno no es el único medio; hay otros como la actividad creadora del hombre); que el poder político tiene una misión instructiva del pueblo; que esa instrucción debe estar orientada para que el pueblo mejore su nivel de vida; y que, por último, la persona,

el respeto a la persona (a sus ideas, a sus emociones y creencias) es uno de los cimientos del progreso.

En su famosa y noble Carta Desde La Cárcel De La Ciudad De Birmingham de 1963, Martín Luther King (1929-1968) define a la ley justa sobre la base del progreso de la persona humana: la ley justa es aquella ley que perfecciona al hombre, mientras la ley injusta es aquella que lo degrada, que lo bestializa. En esa misma carta dice que la razón de ser del gobierno no es bloquear o frenar al progreso social, sino, por el contrario, promoverlo, favorecerlo. Y agrega que el adelantamiento humano no es inevitable, sino fruto del esfuerzo, del trabajo del hombre, de su lucha.

Sobre la base de los deberes del gobierno, del principio de aseguramiento de los derechos y del principio de la progresividad social, se define la noción de orden social progresivo, que es el orden social donde el gobierno tiene prohibido retroceder desde cada nivel de desarrollo alcanzado (cualquiera sea su grado o valor absoluto), al mismo tiempo que debe procurar el avance. El orden social progresivo es el orden social donde la persona se encuentra en un proceso continuo de adelantamiento material y moral. La sociedad perfecta, la utopía, no es un orden social estático, sino un orden social dinámico, en constante movimiento hacia adelante; se trata de un orden social progresivo; es un orden social donde no se retrocede, sino que, sólo y exclusivamente, se avanza, se perfecciona. En términos normativos la sociedad perfecta es un orden social donde está prohibido retrogradar el nivel de desarrollo alcanzado y donde se debe promover el progreso social e individual, o favorecer la obtención constante de la felicidad. El orden social regresivo es la organización social opuesta al orden social progresivo. En el orden social regresivo el gobierno, por acción o por omisión, por su decidida voluntad o por su imprudencia o negligencia, destruye o daña la vida o los bienes de los habitantes de la república, y donde, en definitiva, la persona se encuentra sometida a un proceso ininterrumpido de retroceso material y espiritual, de degeneramiento, de pérdida continua de su condición humana, que lo bestializa o lo animaliza. En términos metafísicos (o de una metafísica infundada) podemos decir que en el orden social progresivo el ser desarrolla sus potencialidades (su razón y sus impulsos amorosos) para conocer la verdad, obrar con bondad (o con justicia) y crear y gozar de la belleza; mientras que en el orden social regresivo, el ser, además de padecer la imposibilidad del desarrollo, sufre el proceso de su propia degeneración, de la pérdida de su género.

La sociedad perfecta que piensa Platón (427-347 A.C., en Critias donde presenta la Atlántida), o Moro (1480-1535 en Utopía de 1516), o Campanella (1568-1639 en Ciudad Del Sol de 1623), o Francis Bacon (1561-1626 en Nueva Atlántida de 1627), es un orden dinámico que avanza, que progresa o se perfecciona. Otro ejemplo de sociedad perfecta en cuanto orden social progresivo es el Reino de Tamoe que describe Sade (1740-1814) en Historia De Sainville Y Leonore (un episodio de su novela Aline y Valcour de 1793), y que contrapone, en la misma novela, al Reino de Butúa, que es un orden social regresivo, una sociedad en retroceso, en camino a su destrucción, donde impera el despotismo, el vicio, el libertinaje, el crimen, el olvido y la enfermedad.

La pérdida de la condición humana, la deshumanización, la conversión del hombre en animal, es el nuevo fin que se impone la tiranía nazi para sus prisioneros según concluye André Malraux (1901-1976) en sus Antimemorias de 1968: “El objeto supremo era que los prisioneros perdieran ante sí mismos su condición de hombres.” Para Malraux, “el hombre era lo que querían arrancarle”; “los campos de exterminio, al tratar de convertir al hombre en animal, nos revelaron que el hombre no es hombre sólo por la vida”; y “Hubo otra cosa: tratar de obligar al hombre a despreciarse a sí mismo. Eso es lo que llamo el infierno.”³³ Primo Levi (1919-1987) -deportado al campo de Auschwitz en 1943- describe y reflexiona sobre la degeneración de la persona víctima de la tiranía en Si Esto Es Un Hombre (1946), en La Tregua (1963) o en Los Hundidos Y Los Salvados (1986). Levi muestra el proceso regresivo -de animalización, de bestialización- al que es sometido el prisionero desde su captura para eliminar toda resistencia, provocar su degradación moral y su muerte. Se lo transporta en trenes de mercancías, sobrecargado, sin alimentos y sin baños. Y, luego en el campo, se lo amenaza, se lo insulta, se lo golpea, se lo desnuda, se le afeita la cabeza, se lo uniforma con ropas andrajosas, se le tatúa un número para identificarlo, se lo culpa de su propio padecimiento, se lo hambrea, se le hace lamer la comida, se lo fatiga, se le hace perder el lenguaje, se le incomunica y se lo mata.³⁴

33 André Malraux, Antimemorias, Editorial Sudamericana, novena edición, 1983, Buenos Aires, págs. 553, 555, 561.

34 “¿Había muchos suicidios? No. Ése es un tema importante. Había pocos suicidios en el Lager, y de hecho hubo pocos suicidios durante la guerra, menos que ahora, y las explicaciones que encontré acerca del fenómeno no me convencieron. Mi interpretación es que el suicidio es un acto humano; los animales no se suicidan y en los campos el ser humano tenía

2.4. ORDENES JERÁRQUICOS Y DE PRELACIÓN DE LAS NORMAS

A partir del principio del aseguramiento (de la prohibición de retroceder) se deben definir las relaciones entre las normas tanto al momento de la creación como al de la aplicación de cada una de ellas. Se trata de determinar el orden jerárquico y el orden de prelación de las normas según el principio del aseguramiento.

El orden jerárquico de las normas puede ser definido de la siguiente forma: una norma es superior a otra norma cuando manda su dictado; una norma no es ni superior ni inferior a sí misma; si una norma “a” es superior a una norma “b”, entonces, la norma “b” es inferior a la norma “a”; si una norma “a” es superior a una norma “b”, y la norma “b” es superior a una norma “c”, entonces la norma “a” es superior a la norma “c”. Para definir un orden jerárquico de normas basta con señalar que la norma superior es aquella norma que manda dictar a otra norma. Pero si bien ello es cierto, en general la norma superior no sólo ordena dictar la norma inferior, sino que, además, determina su contenido. En general, el orden jerárquico de las normas se piensa como una pirámide en cuyo vértice superior se ubica la norma superior (la constitución o ley suprema), que manda el dictado de las normas inferiores. Las normas inferiores se agrupan en diferentes niveles jerárquicos; por ejemplo, de mayor a menor nivel se ubican las leyes del congreso o del parlamento y los decretos del poder ejecutivo. Como una norma es superior a otra cuando manda su dictado, se considera que la norma inferior es una consecuencia de la norma superior, de modo tal que se entiende que hay una relación de subordinación de las normas inferiores con respecto a las superiores. Hay diferentes niveles jerárquicos que pueden ser vistos como eslabones de una cadena o como escalones de una escalera.

El orden jerárquico de las normas es una clasificación de las fuentes del derecho que está, en principio, estrechamente ligada a la creación de las normas por el gobierno (a través de sus tres poderes cuando emiten leyes, decretos o sentencias) o por las personas privadas (al celebrar contratos o convenios colectivos). Veamos cómo se piensa en general (o mayoritariamente) la creación del derecho desde la doctrina del orden jerárquico de las normas. La norma

la tendencia a rebajarse a la animalidad. Sí, ya lo dije, lo importante era pasar el día, la comida, no tener frío, saber qué tarea había que realizar, en fin, llegar hasta la noche. No había tiempo de pensar en matarse” (Primo Levi, *Deber De Memoria*, Buenos Aires, 2006, pág. 57).

superior determina (en más o en menos) el contenido de la norma inferior, de modo tal que la autoridad emisora, cuando es un poder del gobierno, ve limitada sus facultades, y cuando se trata de una persona privada, ve restringida su libertad de contratación (individual o colectiva). Cuando la norma que determina el contenido es una norma estatal se dice que ese contenido es el orden público que resulta indisponible o inmodificable (o inalienable) por medio de una norma inferior (el contrato civil o el convenio colectivo laboral). Pero en este sistema está claro que si se modifica el contenido determinado en la norma superior la autoridad emisora de la norma inferior deberá acomodar el dictado de la misma al nuevo contenido. El orden jerárquico de las normas está constituido por niveles de normas, cada uno de los cuales establece un grado de aseguramiento de los derechos. El orden jerárquico determina una serie de pisos mínimos (o techos máximos) que toda fuente inferior al nivel correspondiente debe respetar. Pero se trata de un aseguramiento limitado, ya que un descenso en el nivel de desarrollo de cualquier fuente superior determina una caída del resto del orden: las fuentes inferiores deben adecuarse a los nuevos niveles más bajos. De esta manera, queda incumplido el deber de asegurar (la prohibición de retroceder). La regla de la ley superior (la ley superior deroga la ley inferior) no necesariamente respeta el principio del aseguramiento de los derechos humanos (ni a la prohibición de retroceder). Primero: la regla de la ley superior no respeta la prohibición de retroceder porque al derogar la ley inferior puede dejar sin efecto los mejores derechos reconocidos en esta última; o, en otras palabras: como se acepta que la ley superior deroga (lisa y llanamente) a la ley inferior, se consiente que la ley superior puede modificar in peius a la ley inferior. Segundo: la regla de la ley superior no respeta la prohibición de retroceder porque acepta la modificación in peius de la misma norma superior que, a su vez, produce una caída (encadenada) de las normas inferiores que de ella dependen.

Y la misma conclusión se impone con respecto a las reglas de la ley especial y de la ley posterior. Para la doctrina del orden jerárquico de las normas, la ley posterior deroga a la ley anterior. En términos generales se puede decir que la norma posterior deroga a la norma anterior. Pero puede suceder que la norma posterior contenga una reformatio in peius de los derechos reconocidos en la norma anterior, de modo tal que la norma posterior puede descender en el nivel de desarrollo logrado violando al principio del aseguramiento de los derechos (a la prohibición de retroceder). Algo similar sucede con la regla de la ley especial. Desde esta doctrina se entiende que la norma especial deroga

a la norma general, sin reparar que la norma especial puede contener peores derechos a favor de la persona que la norma general y, en consecuencia, sin contemplar que la norma especial, en este caso, provoca un descenso en el nivel de aseguramiento de los derechos.

Esta doctrina del orden jerárquico de las normas, al igual que las reglas de la ley superior, de la ley posterior y de la ley especial, no necesariamente conlleva un fiel o cabal cumplimiento del principio del aseguramiento de los derechos humanos o de la prohibición de retroceder desde los niveles de aseguramiento alcanzados.

En términos generales debe observarse que el orden jerárquico de las normas no ha sido pensado sobre la base del principio del aseguramiento de los derechos de la persona, de modo tal que no necesariamente se trata de un orden compatible con un orden social progresivo sino que, muy por el contrario, acepta la retrogradación, la regresión a partir de los niveles alcanzados (cualquiera sean ellos) o el descenso del grado de progreso o adelantamiento logrado en el sistema. Por ello se impone reelaborar un concepto (o una doctrina) del orden jerárquico de las normas a partir del principio del aseguramiento de los derechos. La idea es sencilla. Hay que hacer compatible al orden jerárquico de las normas con el deber estatal de asegurar los derechos de la persona.

Para ello es claro que no pueden regir las reglas de la ley superior, de la ley posterior ni de la ley especial, en el sentido que derogan a la inferior, a la anterior o a la general, sin atender a que mejoran o empeoran el nivel de aseguramiento de los derechos. Como impera la prohibición de retroceder, las reglas de la ley superior, de la ley posterior o de la ley especial no se imponen cuando implican un descenso en el grado de desarrollo alcanzado. Las reglas de la ley superior, de la ley posterior y de la ley especial no son verdades lógicas, ni deberes morales, ni deberes jurídicos cuando rige el principio del aseguramiento.³⁵

35 Para Hans Kelsen la regla de la *lex superior* puede ser una norma de derecho positivo, pero no es una ley de la lógica. Por ejemplo, al considerar “los conflictos entre normas del mismo nivel” afirma que “Si se trata de normas generales, promulgadas por un mismo órgano en tiempos diferentes, la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio *lex posterior derogat priori*. Como el órgano normador -sea el monarca o el parlamento- está facultado normalmente para establecer normas modificables y, por ende, eliminables, el principio *lex posterior derogat priori* puede admitirse como un principio incluido en ese facultamiento.” (Teoría Pura Del Derecho, México, 1979, pág. 215). Se trata de un principio de derecho positivo: está

Cabe distinguir entre el orden jerárquico de las normas (o de las fuentes del derecho) y el orden de prelación de las normas. Son órdenes diferentes, aunque en general aparecen confundidos en la doctrina. El orden jerárquico de las normas es una clasificación de las fuentes del derecho que está vinculada a la creación de las mismas. Se trata de una taxonomía que es útil para la creación de las normas en la medida que establece los límites (formales - al indicar quién puede o debe dictar la norma- y sustanciales -al establecer un contenido para la norma a dictar-) que rigen la emisión de una norma. Mientras que el orden de prelación de las normas tiene otra finalidad, o, si se quiere, está dirigida a resolver otros problemas. El orden de prelación de las normas establece el orden de preferencia de las normas válidas que rige en la aplicación de las mismas. El orden de prelación tiene por finalidad determinar la preferencia en la aplicación de las normas válidas. El orden de prelación está encaminado a resolver los conflictos que se presentan entre las normas válidas al momento de su aplicación.

En la aplicación de las normas también rige el principio del aseguramiento de los derechos humanos. A través de la aplicación de las normas no

“incluido en ese facultamiento” en la medida en que el órgano normador tiene la atribución de dictar normas modificables o eliminables; pero si no tiene esta atribución, la regla no está incluida en el facultamiento. Así, Kelsen dice que “El principio que se comenta también presenta problemas en el sentido que la derogación no es un principio de la lógica, sino del derecho positivo, y su aplicación entonces no es necesaria. El principio sólo se aplica si el derecho positivo lo dispone, y de manera alguna se aplica en todos los casos de un conflicto entre normas. Ya se ha mostrado que en el caso de un conflicto entre normas no es la norma anterior, sino la posterior la que puede perder la vigencia obtenida por su entrada en vigor, y en analogía con el principio *lex posterior derogat priori*, se debería decir *lex prior derogat posteriori*... La derogación que resuelve un conflicto entre normas, y especialmente el principio *lex posterior derogat priori* no equivalen a un principio de la lógica, sino del derecho positivo... Pero lo que importa desde el punto de vista de la teorización jurídica, es que los principios derogatorios no son principios lógicos y también, si no son dispuestos expresamente y son supuestos como tácitamente dispuestos, los conflictos de normas quedan irresueltos, ya que a la ciencia del derecho no le incumbe resolver los conflictos existentes entre normas por medio de la interpretación, es decir, cancelar la vigencia de normas establecidas o disponer la vigencia de otras nuevas” (Teoría General De Las Normas, México, 1994, págs. 133 y 134). Alf Ross sostiene que “acerca de conflicto de normas, resulta claro que no hay en realidad principios fijos para la solución mecánica de estos problemas... *Lex specialis*, *lex posterior* y *lex superior* no son axiomas, sino principios de relativo peso que gravitan en la interpretación al lado de otras consideraciones, en particular una valoración sobre la mejor manera de hacer que la ley esté de acuerdo con el sentido común, con la conciencia jurídica popular, o con los objetivos sociales supuestos” (Sobre El Derecho Y La Justicia, Buenos Aires, 1963, págs. 129 y 130).

se puede retroceder, retrogradar o descender de un nivel de desarrollo alcanzado, en el reconocimiento de los derechos a favor de la persona, a un grado inferior de adelantamiento. El primer problema que se presenta en la aplicación del derecho es la interpretación del texto legal. La interpretación es la determinación del significado de un texto legal o la atribución de un sentido a la expresión legal. Sobre la base del principio del aseguramiento, la interpretación del texto debe ser realizada a favor de la persona humana; a favor del reconocimiento de los derechos humanos, de los derechos de la persona contra el gobierno (en defensa de su vida y libertad frente a la maldad gubernamental); a favor del reconocimiento de los derechos a todas las personas y no sólo a favor de algunos pocos; a favor del pobre contra el rico, del débil contra el fuerte; en definitiva: a favor de la libertad y de la igualdad.³⁶ El segundo problema que se presenta en la aplicación del derecho es el del conocimiento de los hechos (de los fenómenos percibidos). En la aplicación del derecho, el conocimiento de los hechos no es una actividad que se agote en sí misma; no se conoce por el sólo fin de saber, sino que se conocen los hechos para imputar una consecuencia determinada por la norma. En el conocimiento de los hechos, al igual que en la interpretación del derecho, se impone el principio del aseguramiento de los derechos de modo tal que el saber de los fenómenos percibidos no conlleve la supresión o limitación de los derechos reconocidos a favor de la persona; en el conocimiento de los hechos (en la identificación o clasificación de los mismos) impera el principio de los hechos más beneficiosos a la persona. El tercer problema que se presenta en la aplicación del derecho es el encuadramiento de los hechos en la norma. Supone haber resuelto los dos anteriores; ya interpretamos el derecho y ya conocemos los hechos; de modo tal que queda pendiente subsumir a

36 Es doctrina de la CIDH: “La Corte ha fijado algunos lineamiento sobre la interpretación de normas internacionales que no figuran en la Convención Americana. Para ello ha recurrido a las disposiciones generales de interpretación consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, particularmente el principio de buena fe para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la Convención (ver OC-3/83 del 8-9-83, párr. 49). Asimismo, este Tribunal ha establecido que la interpretación debe atender a la “evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (OC-16/99 del 1-10-99, párrafos 113-114), y que la correspondiente a otras normas internacionales no puede ser utilizada para limitar el goce y el ejercicio de un derecho; asimismo, debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar” (CIDH, Opinión Consultiva OC – 17/2002 del 28-8-2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrafo 21).

los hechos en la norma para en definitiva imputarle la consecuencia. Aquí aparece el problema del encuadramiento múltiple o de la pluralidad de los encuadramientos: los hechos pueden caer en la descripción de diferentes normas, motivo por el cual se requiere de reglas que determinen cuál de ellas prevalece sobre las otras a los efectos de ser aplicada al caso en cuestión.

Hay diferentes reglas. También aquí se recurre a las reglas de la ley superior, de la ley posterior y de la ley especial. Pero cabe advertir que no se trata de las mismas reglas cuando nos encontramos en el orden jerárquico de las normas que cuando nos hallamos en el orden de prelación de las normas. Que se utilicen los mismos nombres para denominarlas es una de las causas por las cuales no se llega a distinguir claramente al orden jerárquico del orden de prelación. En el orden jerárquico, la regla de la ley superior establece que la ley superior deroga a la ley inferior; la regla de la ley posterior dispone que la ley posterior deroga a la ley anterior; y la regla de la ley especial ordena que la ley especial deroga a la ley general. En el orden jerárquico de las normas las reglas de la ley superior, de la ley posterior y de la ley especial son reglas que derogan normas. Mientras que en el orden de prelación de las normas, las llamadas con los mismos nombres de ley superior, ley posterior y ley especial no derogan normas sino que ordenan la preferencia en la aplicación de unas normas sobre otras. En el orden de prelación de las normas, la regla de la ley superior establece que la ley superior prevalece sobre la ley inferior; la regla de la ley posterior ordena que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior; y la regla de la ley especial dispone que la ley especial prevalece sobre la ley general. Pero estas reglas no necesariamente resuelven el conflicto de cuál norma válida debe ser aplicada preferentemente entre las normas válidas que regulan un caso, atendiendo al principio del aseguramiento de los derechos humanos o a la prohibición de retrogradar los niveles de desarrollo logrados. Es claro que no necesariamente se cumple con el mandato de asegurar los derechos si sólo hacemos prevalecer la norma superior sobre la norma inferior, habida cuenta que la norma superior puede contener peores derechos que la norma inferior; de la misma manera tampoco cumplimos necesariamente con el mandato de asegurar los derechos si para decidir el conflicto entre dos normas válidas hacemos prevalecer la norma posterior sobre la norma anterior por cuanto la norma posterior bien puede contener un grado de aseguramiento que es inferior al de la norma anterior; y en igual sentido sucede que podemos violar la prohibición de retroceder si aplicamos la regla de la ley especial y, en su consecuencia, si hacemos prevalecer a la

norma especial por sobre la general, porque es claro, como venimos diciendo, que la norma especial puede contener también un escalón de aseguramiento o desarrollo individual y social inferior al determinado en la norma general.

Al igual que el orden jerárquico de las normas, el orden de prelación de las normas debe ser compatible con un orden social progresivo. Para ello el orden de prelación de las normas debe ser construido sobre la base del principio de la norma más favorable a la persona (que es una versión general del principio de la norma más favorable al trabajador) y que manda preferir la norma que mayores y mejores derechos reconoce a favor de la persona por sobre las otras normas válidas. De esta forma se responde al deber de asegurar (se cumple con la prohibición de retroceder).³⁷ Así siempre prevalece la norma que mayor protección o garantía brinda, y la prelación entre las normas es un orden de seguridad progresiva o ascendente.

A partir de los órdenes jerárquicos y de prelación de las normas, cuando son compatibles con el principio de aseguramiento de los derechos (con la prohibición de regresividad), se individualiza la norma que mayor protección brinda, norma que, en definitiva, define el nivel general de aseguramiento o desarrollo desde el cual queda prohibido retroceder tanto en la creación como en la aplicación de las normas.

La discusión sobre las relaciones jerárquicas y de prelación entre las normas es de antigua data en la doctrina y jurisprudencia nacionales que, en general, han sostenido posiciones contrarias o limitativas al principio de aseguramiento de los derechos tal cual lo presento en estas páginas. Un análisis de estas posturas servirá para ver los alcances del principio (en su cabal sentido), las consecuencias de la doctrina mayoritaria y la actualidad de la discusión.

El 18-8-1964 la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dicta sentencia en los autos Schendiman Ernesto y Otros c/ INTA SA (DT, 1965-202) y decide que “La disposición del nuevo convenio colectivo que disminuye el monto de la bonificación por trabajo nocturno fijada en el convenio anterior, no es aplicable a los trabajadores que con anterioridad estaban amparados por éste, y que por consiguiente tenían un derecho adquirido del cual no pudo

37 Así ha resuelto la Corte Interamericana, utilizando el principio de la norma más favorable a la persona, que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (La colegación obligatoria de periodistas -arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85, párr. 52).

privarlos el nuevo convenio, sin que tenga importancia el hecho de resultar ellos beneficiados por otras cláusulas del mismo.” El fallo declara inaplicable el convenio colectivo que deroga los mejores derechos establecidos en otro anterior, a los trabajadores que ingresaron con anterioridad a su celebración. En el fallo se decide que el trabajador no puede ser privado de un derecho adquirido por resultar beneficiado por otras cláusulas del nuevo convenio. De ello resulta que el trabajador es titular de los derechos adquiridos al momento del dictado del nuevo convenio con más los derechos establecidos en esta nueva convención.

Para la determinación de cuál convenio es mejor que otro se puede realizar una comparación entre las cláusulas de los mismos. De cada convenio se elige la mejor. La mejor es la que ordena más derechos a la persona (o al trabajador). Con este método la persona no sólo no pierde derechos sino que, además, los incrementa, ya que de cada convenio se toma la mejor cláusula. El resultado es la integración de los mejores artículos de cada convenio en un nuevo cuerpo normativo. Este procedimiento se denomina atomista (porque se basa en la comparación de las cláusulas, de cada átomo) o acumulativo (porque las mejores cláusulas de los sistemas sometidos a la comparación, terminan formando el nuevo estatuto). El método atomista o acumulativo es el más favorable a la persona, al trabajador, al débil, y resulta compatible con el principio protectorio, con el principio del favor a la persona, o, en términos generales, con los principios del aseguramiento y de la progresividad de los derechos humanos. Frente al método atomista se contraponen el criterio llamado global y que consiste en comparar ambos estatutos (legales, convencionales o contractuales) en su conjunto (globalmente y no cláusula por cláusula extrayendo la mejor de cada uno de ellos), para definir cuál es el mejor. Entre estos dos métodos se ubica un tercero que se denomina orgánico (o global por instituciones) y que realiza la comparación entre cada una de las instituciones del derecho laboral que regulan los estatutos en juego. Tanto el método global como el orgánico aceptan las compensaciones. Pero las compensaciones incumplen el mandato de la progresividad social ya que consagran el statu quo. Desde la perspectiva de la progresividad resulta inaceptable sostener que es válida la derogación de un beneficio por el establecimiento de otro. Quizás con la compensación se cumpla con el principio del aseguramiento; es cierto que con la compensación no se perjudica o desmejora la situación alcanzada o el grado de desarrollo logrado, pero también es verdad que con la compensación no se avanza de un nivel a otro superior, no se progresa.

De aquí que la compensación sea contraria a la progresividad, que manda reconocer mejores y mayores derechos. Entonces no se debe realizar ninguna compensación. Deben subsistir los dos beneficios: el beneficio establecido en el estatuto anterior junto al beneficio ordenado en el estatuto posterior (con el que se pretendió derogar y compensar al primero).

El 11-11-1964 la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dicta sentencia en los autos Carabajal Arcadio M. y Otros c/ Fibrolen SA y decide que “Una convención colectiva no puede derogar o alterar a otra preexistente, para afectar las condiciones de trabajo y de remuneración de los trabajadores alcanzados por ésta.” El voto -al que adhieren los restantes miembros del tribunal- pertenece al juez Rodolfo A. Napoli, para quien las normas del convenio colectivo se insertan o se incrustan en el contrato individual de trabajo, motivo por el cual el nuevo convenio no puede derogar o alterar los derechos en él establecidos, que son derechos adquiridos.

El 15-2-1966 la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dicta sentencia en los autos Escobar Ireneo y Otros c/ Lonalino SA (DT, 1966-123) y decide que “del hecho de que por sus efectos se equipare a la ley, no debe inferirse que una convención colectiva pueda, sin condición alguna, derogar las condiciones de trabajo y remuneración de los trabajadores alcanzados por ésta”; que “las cláusulas normativas de la convención colectiva anterior..., rigen los contratos individuales, igual que los preceptos legales de todos los trabajadores de la categoría y zona de su aplicación”; que “la convención colectiva de trabajo es un instrumento de acción sindical que tiende a llevar las condiciones de trabajo y de remuneración a un plano de mejoramiento creciente, e impide, a través de sus cláusulas normativas e inderogables, que el obrero, en forma aislada y por su propio determinación ceda al impulso de un estado de necesidad económica natural, ante las condiciones injustas que le impongan los dadores de trabajo.”

La doctrina es clara: un convenio colectivo de trabajo no puede modificar in peius los derechos reconocidos a favor del trabajador en un convenio colectivo anterior. La Suprema Corte de Buenos Aires considera que el convenio colectivo de trabajo es un instrumento para el “mejoramiento creciente” de las condiciones laborales, de modo tal que, en términos más cercanos en el tiempo, resulta inadmisibles el convenio colectivo a la “baja”. El convenio a la “baja” es incompatible con un orden social progresivo; el convenio a la “baja” es una política gubernamental y sindical propia de un orden social regresivo, de un orden que impone el empobrecimiento social.

El fallo de la Suprema Corte recibe una fuerte crítica de Mario Deveali³⁸. Deveali dice que “se invoca la función del convenio colectivo, que consistiría no en la conciliación de intereses contrapuestos de acuerdo con un criterio de justicia y teniendo en cuenta la situación de cada rama de actividad o de cada empresa, en cada momento, sino en otorgar siempre nuevos beneficios a favor de los trabajadores, mejorando en cada punto, en favor de ellos, las cláusulas de los convenios anteriores. El convenio serviría pues únicamente para consagrar -según cierta terminología de corte clasista- nuevas ‘conquistas’ obreras en cuanto a cada aspecto de la relación laboral.”

Deveali es un claro opositor a una postura o “terminología de corte clasista” que, por cierto, tampoco sostiene ni adopta la Suprema Corte. Pero Deveali marca límites claros en una época donde tenía lugar la guerra fría y no había margen para el error. Por ello afirma que “Los dirigentes gremiales de los países sindicalmente más adelantados han puesto, desde hace tiempo, en segunda línea el dogma de la lucha de clases -forjada y quizás justificado en una época relativamente remota- y defienden ahora los intereses de los trabajadores que representan, sin prescindir por esto de los intereses nacionales. Nos limitamos a citar el caso de Holanda, donde los sindicatos prohíben en los convenios colectivos el pago de salarios que excedan los fijados en dichos convenios en cantidad superior a un porcentaje determinado.” Así Deveali contrapone a los intereses de los trabajadores y de los pobres, el interés nacional, soslayando notoriamente que el interés general es sólo el beneficio de la clase dominante.

Para su sustento Deveali recurre a la doctrina alemana y cita a Goetz Huek, que defiende la tesis de la modificación in peius de los derechos del trabajador (“No importa si la nueva regulación es más o menos favorable que la anterior, pues aquí no hay lugar para la aplicación del principio de favor” dice el profesor alemán, porque las normas convencionales deben adaptarse “a las circunstancias cambiantes mediante nuevos contratos o acuerdos colectivos a que entonces debe atribuirse preferencia”). Para Deveali la doctrina de Huek “coincide con la adoptada, durante la ley Rocco -que regulaba los convenios colectivos en forma análoga a nuestra ley 14250-, por la Corte de Casación de Italia”. En definitiva, para Deveali de imponerse la doctrina de la Suprema Corte “se compromete la posibilidad del convenio colectivo, de adaptar

38 Mario Deveali, Las Cláusulas menos favorables de la nueva convención colectiva, DT 1966-123.

normas generales a situaciones especiales, adaptación que impone a veces la necesidad de cortar lo superfluo o menos necesario, para mejorar lo esencial, dentro de los límites permitidos por la economía de cada convención.”

El 28-2-1967 la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dicta sentencia en la causa Fetter Eduardo y Otros C/ Lanolino SA y cambia su doctrina sobre la materia (también había cambiado su integración a partir del golpe de estado de Onganía y la instauración de una nueva dictadura denominada Revolución Argentina).

Ernesto E. Borga es uno de los nuevos miembros del tribunal superior de la provincia de Buenos Aires y vota a favor de la *reformatio in peius*. Veamos algunas de las consideraciones de su extenso voto. Para Borga se debe atender a la productividad y “no se debe consumir más de lo que se produce”. La sociedad contemporánea es dinámica y los cambios son veloces. El convenio colectivo es un instrumento para la adaptación de la ley (del principio general establecido en la ley) a las circunstancias que impone la dinámica social. Desde esta perspectiva el convenio colectivo no es una conquista sino el ajuste entre los salarios (o las condiciones laborales en general) y la productividad, es lo “económicamente necesario, socialmente responsable, jurídicamente justo y moralmente correcto”. Borga afirma que la ley 14250 “no adopta el sistema de la ‘inserción automática’ de la convención colectiva en los contratos individuales” y, ante ella, “no pueden considerarse que existan derechos absoluta e irrevocablemente adquiridos.” Borga considera que la doctrina de la “inserción automática” tiene por consecuencia que la empresa haya trabajadores con dos regímenes laborales distintos: el de los trabajadores que ingresaron con anterioridad a la celebración del nuevo convenio colectivo (y que no deberían ver derogados sus derechos por esta nueva convención) y los trabajadores que ingresaron con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo convenio colectivo de trabajo y que regularía sus condiciones de labor. Para Borga es claro que si la representación gremial “admite se anule un determinado beneficio, no es sino en miras de obtener otros mayores a favor de la clase trabajadora en el conjunto de cada institución contemplada por la convención colectiva que ha de conceptuarse como un todo orgánico.” Para Borga “los convenios colectivos en la circunstanciada determinación de sus cláusulas individualmente consideradas no tienen sólo como posible un único y mismo sentido: conceder siempre y sin alternativa condiciones particulares más favorables para los trabajadores, porque el propósito del ascenso de todos como ideario común de la sociedad de nuestro tiempo,

impone alternativas de las que, en circunstancias, puede resultar algún menoscabo particular o especial de ciertas y determinadas condiciones, lo cual, en el plexo axiológico jurídico encuentra justificación objetiva en miras del orden, la seguridad y la paz subordinados al valor superior de solidaridad, como etapa inexcusable de acceso a la Justicia.” Pero Borga entiende que este principio debe ser interpretado en forma restrictiva: cuando se impone una reducción de los derechos de los trabajadores por razones de orden público o de interés general “hace estricta toda interpretación de su causa”. Con estas ideas se defiende la *reformatio in peius*.

El juez Rodolfo A. Nápoli (integrante de la Suprema Corte anterior al golpe de Onganía) mantendrá en minoría su posición negativa a que un convenio colectivo derogue los derechos reconocidos a favor del empleado en un convenio anterior. Pero su postura en torno al aseguramiento general tiene sus límites, que debemos señalar para la comprensión del tema en estudio. Para Nápoli no cabe duda alguna sobre que una ley puede modificar *in peius* los mejores derechos establecidos en una ley anterior: “Lo que las leyes disponen puede ser derogado en todo o en parte por otras leyes (art. 17, Cód. Civil).” Así resulta ser partidario de una versión limitada o restringida del principio del aseguramiento de los derechos humanos. Que se reafirma cuando sostiene que igual solución se impone en las relaciones de un contrato con otro contrato precedente: las partes tienen libertad “para convenir la rebaja”.

Pero para Nápoli distinto es el caso del convenio colectivo de trabajo. Nápoli sigue en el punto a Carnelutti, para quien el convenio colectivo “tiene cuerpo de contrato con alma de ley” que, al igual que Jano, posee “dos caras en las que se reflejan cada una de esas figuras.” Nápoli defiende la tesis de que “es menester establecer previamente si la aplicación de la convención colectiva actual puede o no afectar las condiciones más favorables a los trabajadores estipuladas en sus contratos individuales. Si de esa confrontación de mérito resulta que las afectan, las cláusulas estipuladas en contrario en la convención colectiva se anulan automáticamente y quedan en pie las cláusulas anteriores, porque conforme al principio general del Derecho del Trabajo, la ley 14.250 sólo permite la derogación a favor de los trabajadores.” Y agrega “que tanto da, para los fines del recordado precepto legal, que las condiciones más favorables a los trabajadores sean estipuladas por las partes del contrato de trabajo, como que hayan sido establecidas por una convención colectiva de trabajo.”

Nápoli insiste en la concepción que expuso en los anteriores fallos de la

Suprema Corte sobre el tema. Así resulta que para él “la convención colectiva de trabajo constituye un instrumento de acción sindical que tiende a llevar las condiciones de trabajo y remuneraciones a un plano de mejoramiento creciente”; y que “solamente cuando obtienen conquistas -que suponen mejoras de salarios, condiciones de trabajo más decorosas, asistencia sanitaria, cultura, etc.- y no cuando hacen concesiones a los empleadores en detrimento de los trabajadores puede decirse que las asociaciones profesionales cumplen cabalmente, por medio de las convenciones colectivas de trabajo, con el fin de protección y tutela que la ley 14.455 les ha asignado.”

Pero Nápoli pone un límite a su defensa del principio protectorio. Ese límite es el interés general. Por ello dice que se impone el mejoramiento creciente por la vía del convenio colectivo “Salvo, naturalmente, que el detrimento responda a un interés público”, aunque dicha “causal debe ser interpretada en forma restrictiva.” Es que “los intereses de la sociedad se anteponen, desde luego, a los intereses de una categoría profesional de trabajadores.”

Dos ideas más esgrime Nápoli a favor de su posición que, con la nueva integración de la Suprema Corte luego del golpe de estado de Onganía, queda aislada, completamente sola. La primera es que si en el derecho civil el mandante no puede verse perjudicado por los actos del mandatario, “tanto menos puede admitirse en Derecho Sindical que el representante perjudique con sus negocios jurídicos a los intereses representados.” La segunda, y que considera importantísima, es que “la convención colectiva es el marco del contrato, como la ley es el marco de la convención colectiva.”

Otro nuevo integrante de la Suprema Corte es Ramírez Gronda. Se pronuncia a favor de las modificaciones *in peius*. Veamos sus ideas. Para Ramírez Gronda, “Algunos doctrinarios y también esta Corte han interpretado alguna vez que, frente a esta norma, nunca sería posible introducir condiciones menos favorables en una futura convención, debido a que las actuales han quedado definitivamente incorporadas a los contratos individuales, en forma ‘automática’. Pero semejante concepción está bien lejos de quedar justificada por la ‘ratio’ del sistema legal y de la doctrina que la informa.”³⁹ Con parecido criterio podría sostenerse, entonces, que

39 La norma bajo estudio es el art. 7 de la ley 14.250 que establece: “Las normas de las convenciones colectivas homologadas serán de cumplimiento obligatorio y no podrán ser modificadas por los contratos individuales, en perjuicio de los trabajadores. La aplicación de las convenciones colectivas no podrá afectar las condiciones más favorables a los trabajadores, estipuladas en sus contratos individuales de trabajo.”

la propia ley no podría nunca -aunque lo requieran penurias económicas nacionales- establecer condiciones menos favorables que las normadas por convención colectiva, porque las de la ley anterior quedarían insertadas ‘automáticamente’ en las convenciones colectivas.”

La ley no puede reformar en perjuicio de los derechos de la persona (del trabajador) los derechos reconocidos en un contrato o en un convenio colectivo precedente, y ello no porque se hubieren incorporado las normas de la ley al contrato (común o colectivo) sino por cuanto el gobierno debe asegurar los derechos y tiene prohibido retroceder del nivel de desarrollo alcanzado. El gobierno no tiene la atribución de dañar a los ciudadanos y habitantes del país. Es tan sencillo como esto.

Las “penurias económicas nacionales” (el estado de emergencia tan mentado) no es una razón para limitar los derechos humanos e imponer la dictadura. No hay razones a favor de la dictadura, que no es la magistratura adecuada (idónea) para obtener la paz, ni la libertad, ni la igualdad ni la fraternidad o solidaridad. La doctrina política de la democracia requiere de un concepto de gobierno de emergencia que tenga por objeto o por resultado el aseguramiento y la progresividad de los derechos humanos, de modo tal que a mayor estado de necesidad, mejores derechos.

Ramírez Gronda recuerda que la doctrina de la inserción automática de las normas del convenio colectivo al contrato de trabajo individual “conduciría al ya señalado absurdo, de que la cláusula nueva, menos favorable, se aplicaría a los trabajadores que ingresaran después de su vigencia y no a los que lo hicieran antes”. Pero esta no es la cuestión. La cláusula nueva, menos favorable, lisa y llanamente, es nula, inválida, toda vez que resulta improcedente celebrar un convenio colectivo que reforme en perjuicio los mejores derechos establecidos en un convenio colectivo anterior, ya que de así contratarse (y ser aceptado por el gobierno semejante acuerdo) se estaría lesionando gravemente el principio del aseguramiento de los derechos y se violaría la prohibición de retroceder.

Para Ramírez Gronda hay que advertir que “Pretender que la convención colectiva debe contener siempre cláusulas más favorables -lo cual sería de desear- supone, como punto de partida, que el progreso económico-social transite por una ruta ininterrumpidamente ascendente. Pero esto equivale a ignorar los ‘ciclos’ y las ‘crisis’ económicas. No niego el progreso, que se me ocurre de una evidencia plena. Sólo que también tiene sus sombras, como todos los paisajes.”

Pero, ¿quién soporta las crisis económicas? ¿Cómo se reparten las pérdidas y los esfuerzos? ¿La solución es la reducción de los salarios o la pérdida de bienes y servicios para la mayoría de la población? Ante la crisis económica, ¿hay que imponer un orden social regresivo, un proceso de continuo empobrecimiento? La respuesta desde la doctrina democrática es sencilla: hay que asegurar y promover la libertad, la igualdad y la fraternidad, hay que procurar el pleno goce y ejercicio de mejores y mayores derechos humanos.

Ramírez Gronda sostiene que los representantes sindicales son los que se encuentran “en condiciones de determinar en cada momento, cuáles son las posibilidades empresarias”; de modo tal que si aceptan “una rebaja en las remuneraciones..., forzoso es admitir también que la o las empresas involucradas en el convenio no se hallaban en condiciones de seguir pagando los salarios vigentes hasta el momento.” Ramírez Gronda descarta “por principio... que los dirigentes no han sabido o no han podido representar los ‘intereses’ de sus representados”.

El juez Portas (antiguo integrante de la Suprema Corte bonaerense) cambia su posición y vota a favor de la *reformatio in peius*. Para Portas “una convención posterior reemplaza a la anterior. Es derivación lógica de esto que si la convención vigente deja in efecto ventajas que la derogada reconocía a favor de los trabajadores, esa variante no puede ni debe ser desatendida; esto es, no hay razón legal que autorice a sostener la subsistencia de un beneficio perimido.”

De esta manera (en plena dictadura de la Revolución Argentina y desde la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires) se impone la doctrina de que “Las cláusulas de la nueva convención colectiva dejan sin efecto las ventajas previstas en una convención anterior.”

El 26-10-1965 la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal dicta sentencia en los autos Rubir, Félix Pedro c/ Cía de Navegación Costera Argentina SRL. Se trata del fallo plenario N° 99 de la Cámara.⁴⁰ De esta decisión y para el tema que nos ocupa resulta interesante el voto del juez Justo López. Veamos sus ideas. López parte (siguiendo a Manuel Alonso García) del principio que ordena aplicar la norma más favorable, que es una consecuencia (o si se quiere otro aspecto) del principio protectorio al trabajador. Es claro que para aplicar la norma más favorable debe haber por lo menos dos normas. Pero ello no se debe dar si suponemos que las normas

40 DT 1966, 26.

están ordenadas jerárquicamente. En este caso prevalece la superior sobre la inferior, y si son de rango igual, domina la posterior sobre la anterior. Pero como se trata de aplicar la norma más favorable no podemos aceptar sin más al orden jerárquico. Por ello López dice que “Tal es la razón por la cual la simple relación de norma jerárquicamente ‘superior’ (en la llamada ‘pirámide jurídica’) a norma jerárquicamente ‘inferior’, o la relación de norma ‘general’ o norma ‘especial’, o la de norma ‘anterior’ (en el tiempo), a norma ‘posterior’, no resuelven, necesariamente, el problema de la norma aplicable a una determinada situación jurídica, como, en principio, lo resolverían en ‘derecho común’. Y por ello entiendo que no cabe dictaminar ‘a priori’, por ejemplo, que una norma jerárquicamente ‘superior’ o ‘especial’ o ‘posterior’, faltando manifestación expresa del legislador, excluye, sin más, la aplicación de otra norma ‘inferior’ o ‘general’ o ‘anterior’”. En definitiva, López concluye que “Supuesto el ‘principio protectorio’ del derecho del trabajo, o, hablando de otro modo, el ‘carácter protectorio’ de este derecho, cabe admitir, como principio orientador para su aplicación, que cuando el legislador sanciona una norma protectora del trabajador, en el ámbito de la relación de trabajo subordinado, si ello no resulta inequívocamente, tal sanción no significa la derogación de otra norma anterior (lo mismo se diga: jerárquicamente inferior o, también, general) que, en algún aspecto o a algún sector de trabajadores, otorgara un trato más protector, es decir más favorable. En definitiva, entiendo que éste es el alcance positivo del principio de la ‘norma más favorable’”.

Pero la posición de Justo López tiene sus límites. No se trata de un rechazo completo al orden jerárquico de las normas; no se trata de otorgarle una validez absoluta al principio de la norma más favorable. Las excepciones se presentan cuando analiza a la ley de contrato de trabajo. Para Justo López no necesariamente el orden jerárquico de las normas determina su orden de prelación, aunque es claro que en general (o “normalmente”) sí lo hace. López distingue (aunque en forma imprecisa) al orden jerárquico del orden de prelación. Considera que la diferencia tiene sustento en el principio pro operario y en el principio de la norma más favorable al trabajador. Al principio protectorio lo ubica como parte integrante del orden de prelación. Ello tiene dos consecuencias. Primero, el orden jerárquico mantiene su forma clásica o tradicional (que, como hemos mostrado, resulta ajena al deber de aseguramiento). Segundo, el orden de prelación no queda definido por el orden jerárquico. Aunque esta idea tiene varias excepciones. La primera es que el orden jerárquico de las normas estatales define su orden de

prelación. Para López ello “significa que la ley (en sentido formal) ordinaria contraria a disposiciones constitucionales -que son ley, en sentido formal, extraordinaria o supraordinaria- no sería válida aunque se la pudiera considerar más favorable al trabajador; e igualmente tampoco sería válido el derecho reglamentario más favorable pero contrario a la ley en sentido formal (ordinaria o supraordinaria).”

La segunda excepción es el caso del conflicto entre normas de igual jerarquía: para resolverlo rigen los principios de la *lex posterior* y de la *lex specialis*. La tercera excepción es que rigen los estatutos profesionales (en cuanto leyes especiales) ante la ley de contrato de trabajo (ley general), aunque sean más desfavorables. La cuarta excepción es que “salvo cuando media elección de las partes o un obstáculo de orden público internacional, el derecho del lugar de ejecución del trabajo no es desplazable, en la actual redacción del art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo por el principio del régimen más favorable para el trabajador.”⁴¹

Roberto J. Vernengo percibe, a partir de la reforma constitucional de 1994, que el modelo clásico de orden jerárquico de las normas (la denominada “pirámide kelseniana”) resulta, como mínimo, inadecuado. Para Vernengo “la doctrina tradicional, y aún la contemporánea, ha asumido o adoptado un

41 Ver Justo López, Norberto O. Centeno y Juan C. Fernández Madrid, *Ley De Contrato De Trabajo Comentada*, Buenos Aires, 1978, T° I, en especial los comentarios de López a los arts. 2, 3, 7, 8, 9, 11, 16 y 66 de la ley. Una exposición del tema bajo estudio, muy contraria al principio de la norma más favorable (con numerosas citas de fallos y doctrina, que dan una vista bastante completa de la cuestión) se encuentra en Luis Ramírez Bosco, *Para Una Introducción Al Derecho Del Trabajo*, Buenos Aires, 2000, en especial las págs. 100 a 119 (donde estudia “Los principios sobre cuestiones de concurrencia de normas”) y el Capítulo IV sobre las fuentes del derecho laboral. Para Ramírez Bosco, “La regla general consiste en que, contra lo que ocurre en cualquier rama del derecho, en el del trabajo, el orden de prelación en la aplicación de las normas de distintas fuentes no sigue necesariamente el orden de jerarquía de éstas. En este caso, una norma de menor jerarquía puede desplazar la aplicación de una de mayor jerarquía, siempre y cuando la primera sea más favorable para el trabajador. Hasta qué punto este sistema diferenciado se aplica a los distintos problemas de concurrencia es una realidad más bien contingente en cada lugar. La regla propia del derecho del trabajo, como tal, existe; pero es un error corriente, o por lo menos una expresión corrientemente confusa, sostener que en todos los casos, y sin distinción, se aplicará la norma laboral más favorable.” (pág. 101) En definitiva: “No es cuestión de resolver si la LCT contiene derecho excepcional o solo especial, porque lo cierto es que este criterio de la cláusula más favorable es lo suficientemente extraño al funcionamiento normal de un orden jurídico y del pensamiento legislativo como para que se lo considere limitado a aquellos casos para los que la legislación lo estableció expresamente.” (pág. 171).

modelo de ordenación jerárquica de las normas que no refleja adecuadamente, ni la complejidad de las jerarquías establecidas por el mencionado art. 31, ni responde suficientemente al carácter dinámico de la estructura jerárquica introducida.” Es que “el orden jerárquico en nuestro derecho dista de ser estático y definido de una vez por todas. Al contrario, normas inferiores pueden pasar a tener validez como normas superiores a aquellas en que, en un principio, parecían fundar su validez.” Así resulta que “el modelo jerárquico tradicional... no parece enteramente satisfactorio.” Para Vernengo, en definitiva, “Las tesis sobre el nivel jerárquico de tal o cual norma sólo pueden sustentarse y verificarse a posteriori, en forma contraria al modelo clásico propuesto por la teoría del derecho que ve el rango jerárquico de toda norma como una característica a priori de la validez de ella.”⁴² Vernengo no distingue entre el orden jerárquico y el orden de prelación. Vernengo afirma que el nivel jerárquico de la norma se verifica “a posteriori” de comprobar la validez de la norma. Entonces hay que introducir la distinción entre el orden jerárquico y el orden de prelación. A partir del orden jerárquico no se puede definir el orden de prelación. El orden jerárquico no determina “a priori” el orden de prelación. El orden de prelación queda definido “a posteriori” de la identificación de la norma más favorable a la persona que, en definitiva, señala el nivel de desarrollo alcanzado en el sistema jurídico, en la sociedad.

Ricardo J. Cornaglia, durante la campaña contra la flexibilización laboral en la Argentina, defiende el modelo de derecho laboral protectorio sobre la base del principio de la progresividad. Para Cornaglia “Es impensable, asistemático e inconstitucional, un Derecho del Trabajo regresivo.” El principio de la progresividad “funciona como una válvula dentro del sistema, que no permite que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias logrados. Y se expresa articuladamente con el principio de la irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa.” Se trata del principio que “da las características de movilidad paulatina, dinamismo y rescate de un estado de desposesión e hiposuficiencia...” De modo tal que “La intervención estatal se produce para extender personal y territorialmente los mismos derechos y obligaciones. ¿Por qué? Porque la progresividad de los derechos económicos de los hiposuficientes se funda en una concepción

42 Ver Roberto J. Vernengo, *La Jerarquía Constitucional De Las Constituciones Provinciales*, en Bidart Campos y Sandler (coordinadores), *Estudios Sobre la Reforma Constitucional de 1994*, Buenos Aires, 1995, págs. 233/242.

social de la igualdad. La igualdad para progresar hace al bienestar social y el desarrollo. Hay razones de equidad, de buen reparto social, para imponer la intervención regulatoria estatal, que sólo puede reconocer al convenio colectivo de trabajo como instrumento de superación de estadios anteriores.”⁴³ Entonces, y sobre la base de estas ideas, dirá sobre el orden jerárquico de las normas: “Es también notorio que el principio protectorio alberga y da fundamento a un regla característica del derecho del trabajo, que es la de la aplicación de la norma más favorable al trabajador, con todo lo que ello implica de ruptura del orden tradicional de aplicación de las fuentes normativas.”⁴⁴

En 2002 Víctor Abramovich y Christian Courtis dan a conocer un estudio sobre las obligaciones estatales y los procedimientos de defensa que impone el reconocimiento de los derechos sociales.⁴⁵ Se trata de un análisis de los derechos sociales a partir de su reconocimiento por el derecho internacional, y donde los autores se pronuncian, desde el inicio, contra la doctrina que considera a los derechos sociales como derechos programáticos. El estudio es un esfuerzo limitado a favor de la operatividad de los derechos sociales. En adelante muestro esos límites en lo que es materia de nuestra investigación.

Abramovich y Courtis sostienen que la obligación de progresividad se establece en el Pacto de Derechos Económicos y que la misma importa la prohibición de regresividad. Sobre la base de ese Pacto para Abramovich y Courtis la progresividad posee “dos sentidos complementarios”. Primero significa que los derechos sociales deben ser satisfechos en forma gradual. Segundo significa progreso, o sea: “la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.”

La primera consecuencia que extraen Abramovich y Courtis de la progresividad es la prohibición de retroceder (o la “obligación de no regresividad”), o sea: “la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población

43 Ricardo J. Cornaglia, El Ataque Al Principio De Progresividad, DL, marzo 1994, N° 103, págs. 175, 176, 178 y 182.

44 Ricardo J. Cornaglia, Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes Para Una Teoría General Del Derecho Del Trabajo En La Crisis, La Ley, 2001, pág. 234, donde expresa las ideas citadas bajo el título “El principio protectorio y la relación jerárquica de las fuentes normativas”.

45 Abramovich Víctor y Courtis Christian, Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2004 (ver, en especial, págs. 92 a 116).

al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora 'progresiva'. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes. La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido."

Abramovich y Courtis citan las ideas de Konrad Hesse y su teoría de la irreversibilidad de los derechos como parte integrante del derecho constitucional: "De acuerdo con esta noción, si bien resulta imposible inducir de la propia constitución el contenido sustantivo de las obligaciones sociales del Estado (idea de Hesse a todas luces equivocada), una vez que el legislador o la Administración ha regulado los diferentes campos mandados por la constitución, toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones establecidas es inconstitucional. Se trata de la irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas, al menos de su contenido esencial." Y a partir de las ideas de Hesse, sostienen que la obligación de no regresividad "veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde el punto de vista del ciudadano, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del PIDESC, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía sustancial, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora."

Luego de la introducción de los principios, Abramovich y Courtis estudian los siguientes tres problemas, a saber: cuándo resulta admisible o justificable la regresividad, cómo se determina la existencia de la regresividad y a qué derechos protege la prohibición de retroceder. Veamos cada uno de ellos.

El primer problema consiste en resolver cuándo está justificada la regresividad. Para el análisis se basan en las opiniones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto de Derechos Económicos. La respuesta queda resumida, en gran medida, en las siguientes ideas: "el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a)

que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto, y b) que ha empleado todos los recursos de que dispone, y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto.” De esta manera para Abramovich y Courtis “el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier otro derecho) se vieron favorecidos por la medida.”

Por nuestra parte, y en términos generales, podemos decir que la regresividad es inaceptable; que no tiene justificación alguna y que no debe ser confundida con una política revolucionaria ni con una política de distribución de la riqueza. El gobierno no tiene la atribución de suprimir la titularidad de ningún derecho favorable a la persona. Se trata de derechos humanos, de derechos universales. Pero el gobierno puede llevar a cabo una política de distribución de la riqueza (más o menos revolucionaria). Esta política tiene el límite señalado: el gobierno no puede suprimir la titularidad de ningún derecho humano. Pero el gobierno puede reducir el goce del objeto del derecho por parte de algunos (en general una minoría oligárquica) para favorecer que otros accedan a un nivel satisfactorio en el goce de los objetos de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el gobierno puede proceder a una redistribución de los medios de producción para que las personas que carecen de ellos, los obtengan y puedan satisfacer sus necesidades y las de sus familias. Una política de redistribución de los medios de producción supone acabar con el acaparamiento de los mismos en manos de pocas personas y tiene por consecuencia la entrega de los instrumentos a un mayor número de hombres y mujeres. Por ello, sin suprimir la titularidad de los derechos humanos y reduciendo el goce de sus objetos a la minoría poseedora, la política redistributiva busca asegurar el goce (el pleno ejercicio de sus derechos) a todas las personas. Y, en este sentido, no es una medida regresiva, sino, muy por el contrario, una política progresiva.

Para resolver el segundo problema, recurren al estudio de los tres criterios de comparación de normas elaborados en la doctrina iuslaboralista, me refiero al atomista, al global y al orgánico. Abramovich y Courtis se pronuncian a favor del criterio orgánico (denominado también conglobamiento por instituciones), por cuanto “circunscribe el análisis de regresividad al contenido

concreto de las normas que regulan una determinada institución de modo menos favorable para el titular del derecho, manteniendo incólume el resto de la norma, y permite el análisis de una institución completa, respetando la necesidad de análisis sistemático en mayor medida que el método de la acumulación.” Pero ya mostramos que el método de la acumulación está acorde con los principios del aseguramiento y de la progresividad, mientras que el método del conglobamiento por instituciones (el método orgánico) no facilita el progreso al aceptar las compensaciones entre las normas.

Y con respecto al tercer problema (el referido a cuáles derechos protege la prohibición de retroceder) para Abramovich y Courtis “la obligación no sólo alcanza a los derechos previstos por el PIDESC, sino a todo otro derecho económico, social y cultural de rango constitucional.” Adviértase que se trata de un límite importante a la prohibición de retroceder. Abramovich y Courtis, al presentar la obligación de no regresividad, afirmaron que el gobierno “asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes”, o que el deber gubernamental protege “el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.” Pero resulta ahora que, cuando analizan a qué derechos se aplica la prohibición, la protección sólo alcanza a los derechos de fuente internacional y constitucional. De esta manera (equivocada a mi entender) la prohibición de retroceder no alcanza a las relaciones de las leyes entre sí, de los decretos entre sí, de los convenios entre sí, de los contratos civiles o laborales entre sí, ni a las relaciones de cada una de esas fuentes con las restantes. Para todas estas relaciones vale la regresividad y, en consecuencia, queda incumplido el mandato de asegurar los derechos humanos, el nivel de desarrollo logrado.

Las leyes 25.250 y 25.877, en mayor o menor medida, también establecen la posibilidad de que un convenio colectivo deje sin efecto los mejores derechos reconocidos en otro anterior. La cuestión se piensa en términos eminentemente civilistas. Hay un orden público laboral (un “garantismo legal” se dice) que establece pisos y techos, mínimos y máximos indisponibles para las partes del contrato individual o del convenio colectivo. Pero más allá de ese orden público, de esos mínimos y máximos indisponibles, impera la libertad contractual, el ámbito de la autonomía de la voluntad individual o colectiva, de modo tal que, en ese ámbito, las partes (individuales o colectivas) pueden dejar sin efecto los mejores derechos establecidos en acuerdos anteriores.

Como puede observarse los principios del aseguramiento y de la

progresividad reciben en general un rechazo total o, en el mejor de los casos, una aceptación parcial o limitada por parte de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina. Este rechazo es claro que se vincula con el incremento de la centralización de las facultades del gobierno y con el aumento de sus atribuciones discrecionales. Se trata de un gobierno que no se somete al derecho. Así el gobierno se presenta cada vez más como un poder en manos de unos pocos con mayor capacidad para dañar a la gran mayoría de los hombres y las mujeres.

2.5. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LOS DECRETOS

La Convención Constituyente reunida en 1994 modificó el texto de la Constitución. La reforma ha sido grande y posee importantes consecuencias en la regulación de los tratados internacionales y los decretos del poder ejecutivo, que inciden directamente sobre los derechos reconocidos en la ley suprema o en las leyes o instrucciones reglamentarias.

2.5.1. LOS TRATADOS COMUNES

Conforme a lo dispuesto por el inc. 22, primer párrafo, del art. 75, el Congreso de la Nación tiene la atribución de aprobar o desechar tratados con otras naciones y con organismos internacionales. Además, esa misma norma establece que los tratados internacionales son superiores a las leyes. Esto último alude a los tratados con otras naciones o con organismos internacionales (inc. 22, primer párrafo, del art. 75), a los tratados internacionales enumerados con jerarquía constitucional y a los tratados internacionales no enumerados y que gocen de jerarquía constitucional (inc. 22, segundo párrafo, del art. 75), y a los tratados internacionales de integración (inc. 24 del art. 75).⁴⁶

Al ser los tratados comunes superiores a las leyes, el Congreso de la Nación no tiene atribuciones para legislar en contra de lo dispuesto en ellos.⁴⁷ Esta

46 Voy a denominar “tratados comunes” a los tratados internacionales del primer párrafo del inc. 22 del art. 75 y “tratados enumerados” a los que indica el segundo párrafo de ese inciso; “tratados enumerados” es una denominación para facilitar la referencia y no para ocultar las distinciones que se suelen hacer entre los documentos internacionales (declaraciones, tratados, convenciones y otros).

47 En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema al decir que “el legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y si bien podría dictar una ley que prescribiera disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una transgresión al principio de la jerarquía de las normas (art. 31, Constitución Nacional) y sería un acto constitucionalmente inválido” (CS, 13-10-94,

misma doctrina debe ser extendida para el caso que el legislador derogue un tratado común a través de una ley sí, a su vez, prescinde de las normas del propio tratado o del derecho internacional, que lo regulan y que han sido aceptadas (como el Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados), referidas a la vigencia y a las condiciones para su denuncia. El poder judicial tiene el deber de declarar la inconstitucionalidad de la legislación que sea contraria a los tratados comunes o que los derogue prescindiendo de las normas del propio convenio o del derecho internacional.

A su vez, el poder ejecutivo no tiene atribuciones para dictar instrucciones o reglamentos contrarios a los tratados comunes, por cuanto aquéllos son inferiores a las leyes de la Nación (el art. 99, inc. 2), y éstas son inferiores a los convenios internacionales (art. 75, inc. 22, primer párrafo).⁴⁸ El poder judicial tiene el deber de declarar la inconstitucionalidad de las instrucciones y reglamentos que sean opuestos a lo establecido en los tratados comunes.

Por otro lado, los tratados comunes pueden ser declarados inconstitucionales por el poder judicial en atención a lo dispuesto por el art. 27 de la Constitución que ordena que los convenios internacionales deben estar “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.” Los principios de derecho público son tanto la organización política y administrativa como los derechos y garantías que reconoce la Constitución. De manera tal que los tratados comunes pueden ser inconstitucionales porque o bien contrarían a la primera o bien lesionan a los segundos.

Dentro de la clase de los tratados comunes -o si se quiere de los concluidos y firmados por el poder ejecutivo con los organismos internacionales y con otras naciones (inc. 11 del art. 99) y aprobados por el poder legislativo (inc. 22, primer párrafo, del art. 75)- se encuentran los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, a la que se encuentra vinculada la Nación desde

en autos “Cafés La Virginia”, LL, 95-D, 275).

48 En autos “Cafés La Virginia” la Corte Suprema ha resuelto que “la aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado -además de constituir el incumplimiento de un obligación internacional- vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas”, y que “el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino -una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales- asegurar primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria”, toda vez que “esa prioridad de rango integra el orden jurídico y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna”.

que ratificó su estatuto constitutivo con la ley 11.722 del 25-9-33.⁴⁹

Las consecuencias que hemos indicado para los tratados comunes deben ser aplicadas a los convenios de la OIT que haya suscripto y aprobado el Gobierno Federal. Sin embargo hay dos excepciones. Desde ya las indico, aunque las justificaré mas adelante. Primera: la denuncia de un convenio de la OIT sólo tiene efectos en el derecho internacional, o en las relaciones del estado con otras naciones u organismos internacionales, y no afecta el derecho interno. Segunda: es constitucionalmente inválido todo convenio de la OIT que elimine o restrinja derechos del trabajador reconocidos en las leyes de la Nación.

2.5.2. LOS TRATADOS ENUMERADOS

En el segundo párrafo del inc. 22 del art. 75 se indican diez documentos internacionales, que integran el texto de la Constitución o, en otras palabras, que son parte de ella conforme lo dispuso la Convención reformadora reunida en 1994.⁵⁰ Esto produce que los convenios internacionales enumerados no pueden ser declarados inconstitucionales. En efecto, sobre la base que los tratados referidos forman parte del texto de la Constitución -afirmación difícil de negar toda vez que se encuentran indicados expresamente en el inc. 22, segundo párrafo, del art. 75-, considerar que pueden ser inconstitucionales sería tanto como sostener que también lo puede ser el art. 14 o el 17 de la Constitución Nacional.⁵¹

49 A partir de entonces, además de aceptar las distintas enmiendas aprobadas a la Constitución de la OIT, la República Argentina ha ratificado varias decenas de sus convenios y recomendaciones a través de las siguientes disposiciones: ley 11.726, ley 11.727, ley 12.232, ley 13.560, ley 14.329, dto. ley 11.594/56, dto. ley 11.595; ley 14.932, dto. ley 17.677/68, ley 21.662, ley 21.663, ley 21.664, ley 22.535, ley 22.609, ley 23.328, ley 23.451, ley 23.460; ley 23.462, ley 23.977, ley 24.071 y ley 24.285, entre otras.

50 Ellos son: 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 Cruelles, Inhumanos O Degradantes, y La Convención Sobre Los Derechos Del Niño.

51 En Los Tratados Internacionales En La Reforma Constitucional Argentina De 1994 (LL, 94-E, 1036), Néstor Pedro Sagués, con notoria inconsistencia, sostiene que los tratados enumerados “valen como ella” (como la Constitución) y que pueden ser inconstitucionales. Pero es claro que si los tratados enumerados pueden ser inconstitucionales no pueden valer

A su vez, establece el segundo párrafo del inc. 22 del art. 75 que los tratados internacionales enumerados pueden ser denunciados por el poder ejecutivo “previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. Así la Constitución establece mayores recaudos para denunciar estos tratados que los exigidos para desechar los tratados comunes. La denuncia de un tratado enumerado tiene sólo consecuencias en el derecho internacional o, si se quiere, en las relaciones del estado con las otras naciones o los organismos internacionales, pero no tiene como efecto que estos tratados dejen de pertenecer, o queden eliminados, del texto de la Constitución, toda vez que ello importaría lesionar el art. 30, en cuanto dispone que la reforma, total o parcial, de la Constitución sólo se efectuará por una Convención convocada al efecto. En otras palabras: la denuncia de un tratado enumerado, conforme a los recaudos establecidos por el inc. 22, segundo párrafo, del art. 75, no constituye una excepción al art. 30 de la Constitución que venga a facultar al poder ejecutivo y al poder legislativo, en conjunto, para reformar el texto de la ley suprema, según lo aprobó la Convención reunida en 1994 y que, a no dudarlo, expresó la voluntad política del pueblo soberano.

Dispone el art. 75, en el segundo párrafo del inc. 22, que los tratados enumerados tienen jerarquía constitucional, estableciendo con ello que “no derogan artículo alguno de la primera parte” de la Constitución y que “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Así la Constitución prescribe como deben ser interpretados los tratados que enumera: éstos no derogan sino que complementan los derechos y garantías por ella establecidos. La primera parte de la Constitución establece un piso de derechos y garantías a favor de los habitantes de la Nación, por debajo del cual queda prohibida toda regulación por parte de los tratados aquí considerados y, en su consecuencia, éstos aportan un complemento ampliatorio de aquéllos. En la medida que los tratados enumerados han sido incorporados al texto de la Constitución, la Convención de 1994 elevó el piso otorgando mayores derechos y garantías a los habitantes como un límite y una defensa a los atropellos habituales del estado.

Estas ideas también encuentran sustento en lo dispuesto por los tratados enumerados en la Constitución. La Declaración Universal establece que “Nada de la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere

derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración” (art. 30). Y lo mismo ordenan el Pacto de San José de Costa Rica (art. 29, a), el Pacto de Derechos Económicos (art. 5, 1) y el Pacto de Derechos Civiles (art. 5, 1). De manera tal que los tratados enumerados disponen un complemento ampliatorio, y favorable a los habitantes, de los derechos y las garantías establecidas en la primera parte de la Constitución.

Entonces el estudio de los derechos individuales reconocidos en la Constitución requiere analizar la primera parte de ella con las ampliaciones complementarias dispuestas en los tratados enumerados. Así hay que tomar cada uno de los derechos de la primera parte y ampliarlos con lo establecido en los tratados enumerados. Y, por supuesto, toda evaluación de la constitucionalidad de un proyecto de ley o de una ley debe ser realizada una vez efectuada la complementación o teniendo en cuenta también lo ordenado por los tratados enumerados.⁵²

La ampliación que permiten los tratados enumerados sólo es de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y no de las atribuciones o competencias del estado. Adviértase que la Constitución sólo ordena que los tratados enumerados “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías” (art. 75, inc. 22). De modo que no otorgan nuevas facultades al estado y, en consecuencia, éste mantiene las atribuciones que sólo la segunda parte de la Constitución, sin considerar a los tratados enumerados, establece.

Asimismo toda restricción que contengan los tratados enumerados no debe ser considerada como una limitación de los derechos establecidos en la primera parte de la Constitución. En efecto los tratados enumerados sólo permiten ampliar los derechos humanos y no justifican menoscabo alguno de las libertades personales.

La vigencia o validez internacional de los documentos enumerados en el

52 Un ejemplo muy ilustrativo de lo dicho es el fallo del TTrab. N° 2 de Lanús, del 19/11/96, in re “Quintans Mario Héctor c/ Multisheep SA s/ Accidente art. 113 CC, Expte. N° 4364”, registrado bajo el N° 615/96, folio 2374, que declara la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 6, 8, 14, 15, 21, 22, 39, 40, 46, 49 y cláusulas adicionales 1, 3 y 5 de la ley 24.557 de riesgos del trabajo. Otros ejemplos son los fallos de la Corte Suprema en VIZZOTI (LL, suplemento especial del 17/09/2004), AQUIMO (LL, suplemento especial del 27/09/2004) o MADORRAM (DT, 2007-A, 556).

inc. 23 del art. 75 es un hecho independiente a la pertenencia de los mismos al texto de la Constitución. De modo que si pierden vigencia o validez internacional, no dejan por ello de integrar la carta y tal cual la redactó la Convención de 1994. Y una conclusión similar se impone con respecto a las enmiendas o protocolos adicionales, que pueden corregir, modificar o ampliar a muchos de los tratados enumerados, en la medida que son convenios o pactos. En efecto, la entrada en vigencia o validez internacional de una enmienda o de un protocolo adicional a un pacto o convenio enumerado en el inc. 23 del art. 75, no implica una reforma del texto de la Constitución, a pesar que el estado nacional haya contribuido a ese hecho con el depósito de su ratificación, por cuanto ello lesiona lo dispuesto en el art. 30. Así la enmienda o el protocolo adicional constituirán un tratado común o, en su caso, un tratado no enumerado con jerarquía constitucional.

2.5.3. LOS TRATADOS NO ENUMERADOS

En el segundo párrafo del inc. 22 del art. 75 también se dispone que “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.” Estos tratados internacionales no enumerados no integran el texto de la Constitución o, en otras palabras, la facultad otorgada al Congreso para que, mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, declare que gozan de jerarquía constitucional no consiste en la atribución para que modifique el texto de la Constitución, tal cual lo dejó la Convención de 1994, incorporando nuevas partes y, entonces, no es una excepción al art. 30. Esto es muy importante toda vez que los tratados internacionales no enumerados son susceptibles de ser inconstitucionales, cuando no estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (art. 27) o, en especial, deroguen derechos y garantías establecidos en su primera parte (inc. 22, segundo párrafo, del art. 75). No aceptar que pueden ser declarados inconstitucionales por el poder judicial implica cercenar la competencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores (art. 116); además, limitaría el control de constitucionalidad a la exclusiva evaluación que realicen el poder ejecutivo, al firmar el tratado, y el poder legislativo, al aprobarlo y declararlo con jerarquía constitucional, desconociendo el derecho de petionar a las autoridades por la inconstitucionalidad que

tenemos los habitantes de la Nación (art. 14).

Estos convenios internacionales son superiores a los tratados comunes (inc. 23, primer párrafo, del art. 75). Asimismo estos tratados no enumerados, mientras gozan de jerarquía constitucional, no derogan sino que complementan en forma ampliatoria los derechos y garantías reconocidos en la Constitución o, en otras palabras, en la primera parte de la Constitución mejorada por los derechos establecidos en los tratados enumerados. De esta forma los tratados no enumerados, mientras gozan de jerarquía constitucional, elevan el piso de los derechos y garantías reconocidos a favor de los habitantes.

2.5.4. LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN

El poder legislativo tiene la atribución de “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos” (art. 75, inc. 24).

Por la forma y las mayorías exigidas para la aprobación, la Constitución distingue dos tipos de tratados de integración, a saber: los “tratados con los Estados de Latinoamérica”⁵³ y los “tratados con otros Estados”. La aprobación de los primeros requiere “la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”; mientras que para los segundos se establece el siguiente sistema: el poder legislativo debe declarar “la conveniencia de la aprobación del tratado”, “con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara” y “después de ciento veinte días”, que es un plazo mínimo, puede aprobarlo “con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. Pero la Constitución no distingue a los “tratados con los Estados de Latinoamérica” de los “tratados con otros Estados” a los

53 ¿Qué significa “Estados de Latinoamérica”? Dar una respuesta puede ser difícil. Las palabras “de Latinoamérica” dan la idea de un lugar en América. Ese lugar sería Latinoamérica que, en principio, sería más restringido que el continente americano, aunque podría ser todo él. Al expresar “Estados de Latinoamérica” parecería aludir a las antiguas colonias americanas de España, Portugal y Francia. Alguien podría sostener, aunque sin éxito, que para distinguir a un estado de Latinoamérica hay que atender a su origen, o a su tradición, o a su cultura o a su lengua latinos. Quizás puedan señalarse algunos países del continente americano que son predominantemente latinos, a saber: Costa Rica, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En principio no excluyo a ningún estado del continente americano ya que pienso que no ha sido acertado poner los términos “Estados de Latinoamérica”. Estas palabras deberían ser usadas en el amplio sentido de estados del continente americano o miembros de la OEA.

efectos de la denuncia, por cuanto establece que “exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. De modo tal que para la denuncia de cualquier tratado de integración habrá que cumplir con las normas internacionales, propias del tratado o del Tratado De Viena Sobre El Derecho De Los Tratados, y además con aquel requisito exigido por la Constitución (art. 75, inc. 24, tercer párrafo).

Al igual que los tratados comunes, los de integración pueden ser declarados inconstitucionales por el poder judicial en atención a lo dispuesto por el art. 27 y entendiendo que los principios de derecho público son tanto la organización política y administrativa, como los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución y ampliados por los tratados enumerados (art. 75, inc. 22). Así la primera parte de la Constitución, complementada por los tratados enumerados y, en su caso, por los no enumerados, establece una serie de derechos y garantías favorables a la persona que el estado no puede anular o menoscabar cuando firma, aprueba y ratifica pactos de integración con “Estados de Latinoamérica” o “con otros Estados”.

Dejando a un lado la descripción de la Constitución y atendiendo sólo al derecho internacional humanitario se impone una conclusión similar. Veamos. El art. 28 de la Convención Americana, denominado “cláusula federal”, ordena que “Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención” (inc. 3). Entonces la Convención Americana define un conjunto de derechos favorables a la persona que los estados partes de la misma no pueden suprimir ni limitar cuando acuerdan integrar una federación. Esta obligación de los estados partes de la Convención constituye un caso del compromiso genérico de respetar los derechos y libertades reconocidos en ese pacto y que ordena su art. 1.1.⁵⁴

Los derechos dispuestos en la Convención Americana son tanto los

54 En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna” (art. 2.2) y que se obligan “a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto” (art. 3). De modo tal que los estados partes de este Pacto deben respetar los derechos reconocidos en él, al momento de celebrar acuerdos de integración o comunitarios. Y las mismas normas se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ver sus arts. 2.1 y 3).

expresamente reconocidos como los implícitos que “son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (art. 29, c). Además quedan “incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean necesarias de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77” (art. 31). Los artículos 76 y 77 establecen los procedimientos para la adopción de enmiendas y protocolos adicionales a la Convención. Así los derechos establecidos en las enmiendas y los protocolos de la Convención Americana integran el sistema de protección internacional de los derechos humanos en América, junto a los derechos expresa e implícitamente reconocidos en el pacto.⁵⁵

Además, siempre dentro del régimen internacional americano, para los estados miembros de la OEA rige la Declaración Americana.⁵⁶ De modo que los estados miembros de la OEA, al celebrar pactos comunitarios, deben respetar los derechos personales reconocidos en la Declaración Americana. Asimismo estando los estados americanos “Determinados a perseverar en la noble empresa que la Humanidad ha confiado a las Naciones Unidas, cuyos principios y propósitos reafirman solemnemente” (preámbulo de la Carta); siendo la OEA, dentro de las Naciones Unidas, un organismo regional (art. 1 de la Carta); no pudiéndose interpretar las disposiciones de la Carta de la OEA “en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados Miembros de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas” (art. 136 de la Carta), y constituyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos el texto que define cuáles son los derechos y libertades fundamentales a que

55 Adviértase que el art. 28.3 no se refiere a los derechos humanos sino a “las normas de la presente Convención”. Así alude tanto al reconocimiento de los derechos y garantías personales, como al establecimiento de sus medios de protección o, en otros términos, de los órganos competentes (la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y los procedimientos. Entonces los estados partes de la Convención no pueden anular o menoscabar, por ejemplo, la competencia consultiva y contenciosa de la Corte Interamericana (arts. 63 y 64) ni el carácter obligatorio de sus decisiones (art. 68), cuando acuerdan pactos de integración.

56 Al respecto ha dicho la Corte Interamericana que “Para los Estados miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta” o, en otras palabras, que “para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales” (CIDH, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 45).

se refiere la Carta de Naciones Unidas (art. 1.3)⁵⁷, resulta que esa Declaración también establece una serie de derechos personales que los estados americanos deben respetar, cuando acuerdan pactos de integración.

Entonces para los estados americanos hay un sistema básico y general de derecho internacional definido por la Declaración Universal y la Declaración Americana. Este sistema se complementa con otro específico y determinado por los tratados bilaterales o multilaterales celebrados entre los estados americanos, como la Convención Americana, o entre algunos de ellos y cualquier estado ajeno al continente, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y, como he dicho, los estados deben respetar el sistema general y el sistema especial al celebrar pactos de integración regional.⁵⁸

Los tratados de integración son superiores a las leyes (art. 75, inc. 22). Entonces lo indicado a este respecto para los tratados comunes debe ser aplicado a aquéllos. A su vez cuando la Constitución expresa que “Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes” significa:

57 A su vez, expresa el quinto considerando del preámbulo de la Declaración Universal “que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona y en la igualdad de derecho de hombres y mujeres”.

58 A partir de lo expuesto y atendiendo al estado de las ratificaciones de los instrumentos internacionales, que constituye un dato variable, es posible sostener la existencia de un complejo y vasto sistema internacional de protección de los derechos humanos en América, que incluye importantes garantías para los trabajadores en relación de dependencia. Aquí no reconstruyo este sistema de derecho laboral, que se integra con disposiciones de las cartas de Naciones Unidas, de la OEA, de la Declaración Universal y de la Americana y, en particular, con normas de la Convención Americana, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de los convenios de la OIT. Sin embargo, es importante tener presente su existencia dado que, por un lado, define un nivel de integración continental y, por otro, resulta un sistema mínimo para la constitución de cualquier asociación regional (Mercosur, Nafta u otros) o un sistema subsidiario de la misma para el caso que no contenga protecciones a los trabajadores. Así es errado sostener que en el MERCOSUR -antes de su carta social- los trabajadores adolecían de un sistema internacional de protección, aunque era verdad que sus pactos constitutivos no contenían disposiciones en ese sentido. Adviértase, por ejemplo, que Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ver Human Rights, International Instruments, Chart of Ratifications as at 30 June 1996, United Nations, New York and Geneva, 1996) y que la Corte Interamericana tiene competencia consultiva para interpretarlos (ver art. 64 de la Convención Americana y CIDH, Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

que las leyes del poder legislativo, sancionadas en consecuencia de un tratado de integración, son superiores a las demás leyes de la Nación y que las instrucciones o reglamentos del poder ejecutivo, expedidos para la ejecución de un tratado de integración, que es una ley de la Nación, son superiores a las otras leyes; pero no significa que las normas dictadas por la organización supraestatal sean necesariamente superiores a las leyes de la Nación, por cuanto ello dependerá de lo dispuesto en el tratado de integración y, más precisamente, de cuáles hayan sido las competencias delegadas a la asociación internacional por el estado “en condiciones de reciprocidad e igualdad”.

2.5.5. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LAS PROVINCIAS

Dispone la Constitución que las provincias pueden “celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional” y que la “ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto” (art. 124), en “el Estatuto Organizativo de sus instituciones” (art. 129).

Estos tratados no son superiores a las leyes, por cuanto no son “tratados concluidos con las demás naciones” (art. 75, inc. 22), ni con “Estados de Latinoamérica” o “con otros Estados” (art. 75, inc. 24) o, en otras palabras, no son convenios celebrados por el gobierno federal; y porque no pueden afectar “las facultades delegadas al Gobierno federal” (art. 124). De modo tal que, a través de ellos, las provincias, como la ciudad de Buenos Aires, no sólo no pueden lesionar la legislación nacional que regula el trabajo (arts. 14 bis y 31), sino que ni siquiera tienen el poder de dictar normas laborales (arts. 75, inc. 12, y 121).

2.5.6. LOS DECRETOS DEL PEN

Conforme a lo dispuesto por el inc. 2 del art. 99, el poder ejecutivo tiene la atribución de expedir “las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación”. Estas instrucciones y reglamentos, denominados “decretos reglamentarios”, no pueden alterar el “espíritu” de las leyes (art. 99, inc. 2). Además, deben ser refrendados por el jefe de gabinete (art. 100, inc. 8).

Los decretos reglamentarios son inferiores a las leyes; de modo tal que aquéllos son inferiores a los tratados comunes, a la Constitución y a los tratados

enumerados y no enumerados pero con jerarquía constitucional, que la amplían. Así son susceptibles de ser declarados inconstitucionales no sólo por anular o menoscabar los derechos y garantías reconocidos en la Constitución (arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 31 y cc) sino, además, cuando alteran el espíritu de las leyes “con excepciones reglamentarias” (arts. 99, inc. 2, y 31).⁵⁹

Esta atribución del poder ejecutivo o, más precisamente, del presidente de la Nación es susceptible de ser delegada al jefe de gabinete (art. 100, incs. 2 y 4).

Además el poder ejecutivo tiene la atribución de dictar “decretos por razones de necesidad y urgencia” (art. 99, inc. 3), que suelen ser denominados “decretos de necesidad y urgencia”. Conforme al inc. 3 del art. 99, las condiciones para el ejercicio de esta atribución son las siguientes: que existan “circunstancias excepcionales” que hicieren “imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”; que “no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”⁶⁰; que su dictado sea decidido “en acuerdo general de ministros”; que sean refrendados por los ministros y el jefe de gabinete (en concordancia con el art. 100, inc. 13); y que el jefe de gabinete someta personalmente el decreto, dentro de los diez días de su dictado, a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente del poder legislativo (en concordancia con el art. 100, inc. 13).⁶¹

59 Las relaciones de jerarquía de los decretos con los tratados comunes, de integración y provinciales ya fueron expuestas al analizar el régimen constitucional de esos pactos.

60 Entonces el PEN, a través de los decretos de necesidad y urgencia, puede dictar normas que regulen materia laboral.

61 Con el establecimiento de esta atribución del PE en la CN se incrementan sus facultades con respecto a las que poseía con anterioridad a la reforma de 1994 y en desmedro de las libertades públicas. En efecto, los decretos de necesidad y urgencia constituyen una declaración de estado de sitio simulada, ya que, a partir de considerar a una región, a una actividad o a un conjunto de relaciones de hecho o de derecho como “excepcionales” o “en emergencia”, se procede, en general, a su regulación como si los derechos y garantías constitucionales estuvieran suspendidos. Y ésto mismo hace el PL cuando declara “excepcional” o “en emergencia” a determinado estado de cosas o relaciones. Así, se amplían las causas que justifican el estado de sitio, que son la conmoción interior o el ataque exterior (art. 23), lo “excepcional” y la “emergencia” se transforman en lo normal, habitual y cotidiano y los habitantes quedamos sometidos a la voluntad discrecional y arbitraria de los funcionarios. Por ello, es claro que si la Convención de 1994 pretendía incrementar la democracia debió haber suprimido el estado de sitio, derogando el art. 23 y sus concordantes. ¿Qué sentido tiene que los habitantes seamos titulares de garantías frente a los atropellos del estado, si éste las puede dejar sin efecto? Se trata entonces de una reforma perjudicial. Y un juicio adverso merece gran parte de la labor de la Convención de 1994. Por ejemplo: somete al PJ a la administra-

Los decretos de necesidad y urgencia pueden ser declarados inconstitucionales cuando para su dictado no se han cumplido las condiciones indicadas o cuando anulan o menoscaban los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, ampliada por los tratados enumerados y no enumerados con jerarquía constitucional. A su vez, las relaciones de jerarquía de estos decretos con los tratados comunes, de integración e internacionales de las provincias y con las leyes de la Nación son las mismas que mantienen los decretos reglamentarios. De modo que los decretos de necesidad y urgencia, a pesar que sean constitucionales, no “valen” como las leyes, mientras el Congreso, al realizar “su expreso tratamiento” (art. 99, inc. 3) no los apruebe como tales.

2.6. LA OPERATIVIDAD

La discusión sobre si las normas que reconocen derechos en la Constitución a favor de todos los habitantes y, en especial, de los trabajadores, son programáticas u operativas tiene consecuencias importantes en lo que respecta al nivel general de protección de la persona ante los actos del estado, de otra persona o de un grupo de ellas, ya que la doctrina de la norma programática, o de los derechos programáticos, reconoce menores atribuciones a favor de la persona que la doctrina operativa. La doctrina programática hace depender el imperio de los derechos humanos de la reglamentación del poder ejecutivo. La doctrina operativa se pronuncia a favor de la cabal vigencia de los derechos de la persona como un límite al poder estatal y al abuso de los poderosos.

La doctrina de la norma programática reduce los derechos humanos (reconocidos en las constituciones nacionales modernas desde fines del siglo XVIII en adelante y en las declaraciones o tratados internacionales desde fines de la segunda guerra mundial) a meros programas de gobierno cuya ejecución (puesta en práctica o actualización) queda sometida a la discrecionalidad del legislador: así resulta que los derechos humanos no son los reconocidos en la constitución sino, en definitiva, los establecidos por el gobierno en sus leyes

ción de un consejo de notables (el Consejo de la Magistratura); crea el cargo de “defensor del pueblo”, habiendo un PL integrado por representantes del pueblo soberano (nótese que ese cargo tendría algún sentido frente a un monarca y su corte de patricios o aristócratas); permite la reelección del presidente; entre otras reformas, como la autonomía del ministerio público, que muestran su confusión política y de doctrina constitucional. Quizás lo mejor, desde el punto de vista de los derechos individuales, sea la incorporación de los tratados enumerados, aunque la forma elegida mueva a espanto.

y decretos. Para la doctrina de la norma programática los derechos humanos no son derechos subjetivos, no son derechos que la persona puede exigir como deberes de otro ante los tribunales.

La doctrina de la norma programática se opone a uno de los fines básicos del constitucionalismo moderno (tanto del primero de inspiración liberal y que se inicia a fines del siglo XVIII, como del segundo de raigambre socialista y cuyo comienzo se puede ubicar con la constitución mexicana o con la de Weimar al término de la primera guerra mundial) y que es la limitación del poder del gobierno. Ya sea para el liberalismo como para el socialismo, el gobierno es básicamente malo, dañino, perjudicial y, por ello, debe ser limitado o suprimido. Para Locke (un claro representante de la tradición liberal) el gobierno tiene por función básica asegurar los derechos de la persona. Pero no por ello pierde su carácter maléfico. Es un aspecto que está siempre presente en el gobierno. Por ello, entre los derechos de la persona, está el de la resistencia a la opresión. El gobierno bien puede cumplir con su finalidad elemental -la custodia de los derechos humanos- o bien puede ser uno de los opresores -uno de los violadores de los derechos del hombre-, razón por la cual la persona tiene el recurso a la resistencia, a la rebelión, a la revolución.⁶² Para Marx y Engels el gobierno es un instrumento para la opresión de una clase sobre otra. En el estadio actual es la organización de la fuerza para el dominio de la clase burguesa sobre la proletaria. Ahora bien, si los obreros se unen, si toman el poder, si expropián a los burgueses y nacionalizan los medios de producción, desaparece la explotación de una clase sobre otra, desaparecen las clases y se extingue el gobierno (o, en otras palabras, deviene innecesaria su existencia en cuanto aparato para la dominación de una clase sobre otra).⁶³ Dentro de estas dos doctrinas (la liberal y la socialista) el gobierno no es un orden social justo sino una organización de la cual las personas deben, como mínimo, desconfiar y cuidarse. Esto es diferente de lo que puede (por ejemplo) pensar Hegel cuando considera al estado como la realización plena de la libertad o de los derechos.⁶⁴ Pero el estado no es tal realización sino uno de los principales violadores de los derechos humanos. Por ello no puede quedar en las manos del gobierno el establecimiento de los derechos de la persona como afirma la doctrina programática.

62 John Locke, Segundo Ensayo Sobre El Gobierno Civil.

63 Marx y Engels, Manifiesto del Partido Comunista.

64 Hegel, Filosofía del Derecho, párrafos 142 y 257, entre otros.

Los derechos humanos tienen claramente la finalidad de defender a la persona, al habitante o al ciudadano, de los atropellos del gobernante. Se trata de acotar el poder del gobierno (o del estado) en beneficio de la persona. El constitucionalismo moderno, que se inscribe en una larga tradición favorable a la libertad, se integra por una teoría contractual del gobierno. El gobierno no tiene origen divino ni en la victoria del fuerte sobre el débil, sino que es una creación popular, un pacto entre las personas. Así el gobierno queda establecido en la constitución que, vale aclarar, no es una ley gubernamental sino popular. Además, en la constitución (en el pacto popular o entre los miembros del pueblo, que no es un pacto del pueblo con el gobierno -con el rey o con el soberano-, sino un acuerdo creador del poder político) se reconocen los derechos humanos (personales y sociales), que son de origen popular, no gubernamental, y anteriores a la creación del gobierno, y que son un límite al actuar arbitrario y explotador. La doctrina de la norma programática confronta con la teoría constitucional moderna, se le opone y, en su lugar, reivindica al gobierno como el auténtico soberano, de quien depende, en definitiva, la elección de los fines y medios sociales según razones de mérito, de oportunidad o de conveniencia que quedan al margen o excluidas de la voluntad popular. Así la doctrina programática desconoce que la carta es un mandato del pueblo soberano. En el preámbulo se expresa “ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución.” A través de ella, el pueblo o sus representantes crean un estado para asegurar la libertad y procurar el progreso. El estado, entonces, es una creación popular, un representante del pueblo, uno de los medios elegidos para asegurar derechos y avanzar en el desarrollo, con obligaciones específicas a cumplir y que le son impuestas en la constitución. La doctrina programática desatiende este punto de vista fundamental, que no es otro que el demócrata y, por ello, lesiona gravemente las libertades públicas.⁶⁵

La doctrina programática está equivocada. Conforme a la Constitución es claro que no se necesita que el poder ejecutivo reglamente un derecho reconocido para cuestionar la constitucionalidad de una ley, o de una instrucción del mismo poder ejecutivo o de una sentencia de un tribunal inferior. Así resulta con atender que el poder legislativo no puede alterar

65 La Corte Suprema ha resuelto en el caso Siri que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, independientemente de las leyes reglamentarias” (LL, 1958-II-476).

los derechos reconocidos en la Constitución al sancionar los reglamentos (art. 28). Como el poder legislativo no puede alterar los derechos reconocidos en la ley suprema al sancionar las leyes reglamentarias (art. 28), esos derechos reconocidos -por el sólo hecho de estar establecidos, expresa o implícitamente, en la Constitución- son una razón suficiente para que la persona cuestione cualquier instrucción del Congreso, o del poder ejecutivo o cualquier fallo del poder judicial. Y de la misma manera también deben ser utilizados por el poder judicial para determinar si esos derechos fueron o no alterados (arts. 28 y 116).

La reglamentación que altera los derechos reconocidos es uno de los casos en que el estado lesiona a la Constitución. Hay otros. Puede suceder que el poder legislativo sancione una ley que, sin ser reglamentaria, derogue lisa y llanamente cualquier derecho reconocido en la Constitución; o que el estado, a través de cualquiera de sus poderes, actué en los hechos perjudicando los derechos establecidos a favor de la persona. Frente a estos casos, también la persona tiene derecho a cuestionar la legislación o el acto estatal, sin perjuicio de la existencia de una ley reglamentaria del derecho reconocido que se considera lesionado. Se denomina “amparo” al derecho para defender los derechos reconocidos, mientras que se utilizan las palabras “hábeas corpus” para aludir al derecho de defender a uno de los derechos reconocidos: la libertad personal. Tanto el amparo como el hábeas corpus se encuentran a su vez reconocidos, después de la reforma de 1994, en la Constitución (art. 43). También los derechos reconocidos pueden ser lesionados por actos de cualquier persona. Ante ello y de la misma manera que si el perjuicio proviniera del estado, el derecho es susceptible de ser defendido sin perjuicio de estar o no reglamentado (art. 43). Entonces, la doctrina de la norma programática, restrictiva de los derechos personales, queda descalificada por la Constitución por cuanto no es necesaria ninguna reglamentación del derecho reconocido para cuestionar la inconstitucionalidad de una ley del Congreso, de una instrucción del poder ejecutivo o de una sentencia de un tribunal inferior; o para solicitar el amparo o el hábeas corpus del derecho reconocido. Pero, además, la doctrina programática tiene otras limitaciones.⁶⁶

66 La doctrina programática ha tenido una gran influencia en el derecho laboral para limitar los derechos reconocidos en la Constitución a favor del trabajador en el art. 14 bis. Sin embargo antes de la reforma de 1994 era una doctrina insostenible, ya que no consideraba que sólo en el art. 14 se declara que “los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, mientras que en el art. 14 bis se expresa que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegura-

Si el derecho no está reglamentado o, en su caso, asegurado por una ley del Congreso, la persona tiene derecho de peticionar a las autoridades (art. 14) para que cumplan con el mandato constitucional. Y una de las autoridades es el poder judicial. De modo tal que la persona tiene derecho de peticionar al poder judicial que declare la inconstitucionalidad de la omisión en que ha incurrido el poder legislativo y que lo conmine a cumplir con su deber (arts. 14 y 33). Y el poder judicial debe proceder en este sentido, máxime si tenemos en cuenta que no se trata sólo de cumplir con la Constitución y su supremacía (art. 31) sino, además, con los tratados enumerados, que integran su texto y que responsabilizan internacionalmente al estado.

La doctrina de la norma programática es extendida, a su vez, contra la plena vigencia de los tratados internacionales. Afirma que, a pesar de haber sido depositada su ratificación, sus disposiciones no derogan toda ley opuesta ni conceden derecho alguno a la persona susceptible de ser invocado para fundar cualquier reclamo, al mismo tiempo que el poder judicial no puede utilizarlas para decidir las causas sometidas a su conocimiento, hasta tanto no se hayan tomado las medidas legislativas que el estado se comprometió a adoptar al firmar, aprobar y ratificar el convenio. Como los tratados internacionales contienen en general alguna cláusula que ordena que el estado debe tomar todas las medidas legislativas necesarias para garantizar los derechos establecidos en el convenio, se sostiene que por ello son programáticos y que no hay que analizar cada una de sus disposiciones en particular.⁶⁷

rán al trabajador” los derechos que se enumeran. De modo que la doctrina programática no resultaba aplicable a los derechos reconocidos en el art. 14 bis, donde claramente se establece el deber de asegurar (no la atribución de reglamentar). Así los derechos del art. 14 bis no se gozan conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio sino que deben ser asegurados. Pero luego de la reforma de 1994 y con la incorporación de los tratados enumerados es claro que el estado debe asegurar, promover o fortalecer todos los derechos de la persona, de donde la distinción apuntada deviene innecesaria para retrucar a la doctrina programática.

67 Un ejemplo de este tipo de cláusulas es el art. 2 de la Convención Americana, que expresa que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (Para una explicación de este artículo y una breve exposición de la doctrina de la autoejecutoriedad de los tratados, self-executing-treaty doctrine, ver Buergenthal, Thomas, Norris, Robert E., Shelton, Dinah, op. cit., págs. 87 y ss). Cláusulas similares son el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

Sin embargo, esto no es así y las críticas ya efectuadas son aplicables a las consideraciones de la doctrina con respecto a los tratados internacionales. En efecto, los derechos que reconocen fundan peticiones de inconstitucionalidad de leyes del poder legislativo, instrucciones del poder ejecutivo o sentencias de tribunales inferiores; esos derechos son defendibles por el amparo y el hábeas corpus; la persona tiene derecho de peticionar al poder judicial para que ordene al poder legislativo la reglamentación del tratado; y puede invocarse para fundar cualquier reclamo, correspondiendo entonces su aplicación directa e inmediata por parte del poder judicial. Y todo ello sin necesidad de la previa reglamentación del tratado que, por otro lado, tampoco es requerida para habilitar la jurisdicción internacional.⁶⁸

y Culturales y el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así tres importantes documentos internacionales no serían autoejecutorios. Y si a ello le agregamos la doctrina que afirma que la Declaración Universal y la Declaración Americana no fueron redactadas y suscriptas con la intención de establecer obligaciones jurídicas, sino sólo para formular principios generales no vinculantes sobre derechos humanos, entonces resulta que queda sin efecto gran parte del derecho internacional humanitario.

68 Cada vez más a favor de la plena vigencia de los tratados internacionales, como aseguramiento de los derechos de la persona, se ha ido decidiendo la Corte Suprema desde los fallos dictados en el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 7-7-92, en los autos “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, del 7-7-93, y en la causa “Cafés La Virginia S.A.”, del 13-10-94.

**SOBRE LA IGUALDAD
Y LA LIBERTAD**

— 3. SOBRE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD

Siempre que hagamos un estudio (y por qué no un elogio) de la igualdad debemos reivindicar también a la libertad, en la inteligencia que no hay una sin la otra. Hay que desconfiar de aquellos que sólo detienen su interés en la igualdad porque son los partidarios ocultos del autoritarismo, de la misma manera que merecen nuestro repudio los que sólo se pronuncian a favor de la libertad porque son los defensores de la explotación del rico y poderoso sobre el pobre y el débil. Igualdad significa derechos humanos para todos.⁶⁹

Debemos distinguir tres sentidos del principio de igualdad. El primero es el derecho a la igualdad de derechos y de trato. El segundo es el derecho a la aplicación imparcial de la ley. Y el tercero es el derecho a la igualdad de oportunidades.

3.1. IGUALDAD DE DERECHOS Y DE TRATO

En el derecho internacional humanitario el principio de igualdad posee un primer sentido, básico, elemental, que manda al estado reconocer a todas las personas los mismos derechos humanos o, en otros términos, los derechos consagrados en los instrumentos internacionales. Y lo dicho queda demostrado no sólo porque en esos documentos se reconocen los derechos personales utilizando frases como “Todos los seres humanos tienen...”,

69 Para Martin Kriele (en *Introducción A La Teoría Del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1980): “Igualdad democrática significa libertad para todos, no sólo para algunos”. (pág. 465). Para Kriele el “Establecimiento de la igualdad no significa otra cosa que el establecimiento de la libertad: libera al siervo, al esclavo, luego al proletario, y crea así la condición mínima para una vida conforme a la naturaleza del hombre” (pág. 468). Desde esta perspectiva (de la igualdad como derechos humanos para todos) resulta que Bobbio está equivocado cuando, para distinguir a la izquierda de la derecha, utiliza la diferente apreciación que harían una y otra de la igualdad y de la libertad (en *Derecha E Izquierda, Razones Y Significados De Una Distinción Política*, Taurus, Madrid, 1995). Para Bobbio, la izquierda reivindica la igualdad, mientras que la derecha prefiere la libertad. Pero ello no es así: si la derecha desprecia a la igualdad, también menosprecia a la libertad; del mismo modo que si la supuesta izquierda desestima a la libertad, entonces tampoco valora a la igualdad. Cuando Katz y García Martínez se ocupan de la igualdad, no se olvidan de la libertad. Para Katz, “están equiparadas”; o hay que “tratar de armonizar ambos bienes” (ver Katz, Ernesto R., *El principio del tratamiento igual de los iguales, en iguales circunstancias, en el derecho del trabajo*, DT, 1961, 5). Para García Martínez no “son términos inconciliables”; la libertad y la igualdad “están íntimamente vinculados” (García Martínez, Roberto, *La Igualdad De Trato Y La Discriminación En El Derecho Del Trabajo*, DT, 1997-A, 891).

“Toda persona posee...”, “Los Estados Partes se comprometen a reconocer a toda persona el...” u otras similares, sino, además, porque expresamente así lo disponen. Veamos.

En el primer párrafo del preámbulo de la Declaración Americana se expresa que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. Y en su art. 2 se reconoce que todas las personas “tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”. El art. 1 de la Declaración Universal repite el mismo texto del primer párrafo del preámbulo de la Declaración Americana, mientras que el art. 2.1 establece que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.” A su vez, en el art. 1 de la Convención Americana los estados se comprometen a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” sin distinción alguna. Y lo mismo se dispone en el Pacto de Derechos Económicos (art. 2.1 y 2.2) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles (art. 2.1).

Este reconocimiento igualitario de derechos humanos queda confirmado en la medida que se excluye toda distinción o discriminación. Hay así, paralelo al primer sentido de igualdad, un primer sentido de distinción o discriminación, cuya prohibición viene a complementar aquel reconocimiento⁷⁰. Todas las

70 Que estas distinciones están prohibidas queda dispuesto, por ejemplo, en el art. 7 de la Declaración Universal cuando expresa que “Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” y en el art. 26 del Pacto de Derechos Civiles cuando dice que “la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. En la Declaración Socio-Laboral del MERCOSUR (10-12-1998) se dispone que “Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión por motivo de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideológica, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes.” (art. 1); y que “Las personas portadoras de necesidades especiales serán tratadas de forma digna y no discriminatoria, favoreciéndose su inserción social y en el mercado de trabajo” (art. 2).

personas son iguales en derechos humanos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición, como “la política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa la persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía” (ver art. 2, incs. 1 y 2, de la Declaración Universal).

Además los documentos internacionales en examen reconocen que todas las personas son iguales ante la ley. Así se establece, por ejemplo, en el art. 2 de la Declaración Americana, en el art. 7 de la Declaración Universal, en el art. 24 de la Convención Americana o en el art. 26 del Pacto de Derechos Civiles.⁷¹

Este primer sentido del principio de igualdad se encuentra reconocido en la Constitución y las disposiciones internacionales indicadas vienen a complementarlo (art. 75, inc. 22). En el art. 14, al enumerarse una serie de derechos, se establece que son gozados por “Todos los habitantes”. Y este reconocimiento se hace extensivo a los extranjeros en el art. 20.⁷² A su vez el art. 16 declara que “Todos sus habitantes son iguales ante la ley”, al mismo tiempo que prohíbe razones discriminatorias cuando dice que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza”.⁷³

71 Para la CIDH “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (supra párr. 71), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio.” (OC - 18/03, 17-9-2003, Condición Jurídica Y Derechos De Los Migrantes Indocumentados, párr. 83).

72 Es oportuno señalar que la Constitución reconoce los mismos derechos a favor de todos los trabajadores, sean ellos ciudadanos o habitantes, documentados o indocumentados. A favor de los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados se pronuncia la CIDH en su OC -18/2003 del 17-9-2003, que es también su respuesta al fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América del 27-3-2002 in re Hoffman Plastic Compounds donde se decidió que un trabajador migrante indocumentado -despedido por organizar un sindicato- no tenía derecho al cobro de los salarios caídos (en sede administrativa ya se había resuelto que no tenía derecho a la reinstalación).

73 Este primer sentido de la igualdad ante la ley se encuentra reconocido por la CS cuando

El reconocimiento igualitario de derechos humanos implica la obligación del estado de sancionar leyes igualitarias. Así el principio de igualdad ante la ley establece el derecho de las personas a leyes igualitarias, como correlato del deber del estado de no excluir a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Este deber pesa, básicamente y para los estados que tienen una forma republicana de gobierno, sobre el poder legislativo, al sancionar leyes, y sobre el poder ejecutivo, al dictar actos administrativos.

El derecho de las personas a leyes igualitarias puede ser lesionado en diferentes casos. Así, por ejemplo, sucede cuando una ley concede un beneficio a una clase de personas y, al mismo tiempo, excluye a determinadas personas, que pertenecen a la clase, indicando sus nombres y apellidos; cuando un acto administrativo concede un beneficio a una clase de personas y, al mismo tiempo, excluye a determinadas personas, que pertenecen a la clase, indicando sus nombres y apellidos; o cuando un acto administrativo concede un beneficio a determinadas personas, que indica en una lista y que prestan servicios en una dependencia del poder ejecutivo, al mismo tiempo que nada dispone sobre otras personas, a pesar que prestan iguales servicios y en la misma oficina.⁷⁴

expresa que “El principio de igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de la Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” (Fallos 16:118). Sostengo que la CS dice lo mismo cuando, en otro texto muy diferente, considera que “Igualdad ante la ley tanto quiere decir como deber ser igual la ley para los iguales en iguales circunstancias” (Fallos 200:428).

74 Me interesa subrayar este sentido del principio de igualdad ya que suele ser criticado y menospreciado por la doctrina. A veces se considera que es meramente “formal”; otras veces se dice que es “burgués” (hecho que no discuto, pero que no desmerece el principio; la penicilina es un invento burgués y, al mismo tiempo, de consecuencias beneficiosas). Así, por ejemplo, Mario Elffman, en el Informe Nacional Argentino presentado al XV° Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, expresa que “La base constitucional argentina data del período 1853/60, y en ella la única referencia implícita a hipótesis de hecho contradictorias del principio de no discriminación es la mención, entre los derechos individuales, de la igualdad ante la ley de todos los habitantes, y su admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Corresponde a la negación de prerrogativas de sangre o de nacimiento, o de fueros personales. Se trata del enunciado de los derechos individuales demo-liberales previos al modelo del constitucionalismo social, concebidos desde la perspectiva de aquello que debe abstenerse de hacer o de interferir el Estado. Su traducción jurisprudencial ha acotado demasiado la operatividad de la norma constitucional, en tanto re-define tautológicamente a la igualdad como una “igualdad de los iguales en paridad de circunstancias”, alerta a la detección de la menor disimilitud subjetiva u objetiva para desarticular la tutela dogmática.” (ver párrafo 2.1 del Informe). Sin

La prohibición de discriminar, ya señalada, complementa este derecho a la sanción de leyes igualitarias. De modo tal que una ley es igualitaria no sólo cuando concede a unos lo que otorga a otros en iguales circunstancias sino, además, cuando no hace entre ellos distingo alguno por las razones indicadas. Así queda prohibido utilizar esas razones para considerar que las personas no están en iguales circunstancias y que, por eso, no merecen los mismos derechos o beneficios.⁷⁵

Pero el derecho a leyes igualitarias no prohíbe la sanción de leyes desigualitarias, que conceden a unos lo que no otorgan a otros, cuando las circunstancias no son iguales y mientras que el distingo de las mismas no se funde en las razones prohibidas. El derecho internacional acepta efectuar

embargo, los derechos individuales fueron creados como una garantía frente a las lesiones del estado. Yo prefiero esta presentación de esos derechos. Por eso afirmo que, en la doctrina iuslaboralista, se ha confundido la protección debida a los trabajadores, como remedio transitorio durante el capitalismo, con el incremento de las oficinas del estado y el aumento de las facultades discrecionales de sus funcionarios, olvidando que el estado responde a los intereses de los poseedores, que no es un tercero, y deteriorando a su vez los derechos individuales, en cuanto garantías de los ciudadanos ante sus atropellos habituales. Por otro lado, la doctrina de la Corte Suprema no “re-define tautológicamente” el principio de igualdad ante la ley, ya que para ella éste manda que se conceda a unos lo que a otros fue dado, siempre que estén en iguales circunstancias o en identidad de situaciones. Y este sentido elemental del principio de igualdad es muy relevante para el progreso de la humanidad: se manda reconocer a favor de todas las personas los mismos derechos.

75 Para la Corte Suprema la discriminación (o la distinción) debe ser arbitraria. La arbitrariedad consiste en la ausencia de razones objetivas (CS, 27-12-1990, Videla Cuello, Marcelo c. Provincia de La Rioja, LL 1991-D, 518) que ostenta la ley del congreso o el acto administrativo. Para la Corte la discriminación no proviene de la interpretación que realizan los tribunales (CS, 30-12-1986, Espiro, Nicolás, causa 7220, LL 1987-B, 258). También la arbitrariedad es presentada como la ilegítima persecución de personas o grupos de personas o un indebido privilegio (CS, 3-6-1997, Cafés La Virginia SA c. Dirección General Impositiva, LL 1998-C, 756; o CS, 5-2-1998, Sisto, Verónica E. Y Franzini, Martín I.; o CS, 11-2-1997, Hanríquez, Abdón Z.; o CS, 28-4-1992, Linares, Clara M. I.; Fallos 310:89; 310:943; 310:1080; 311:1451; 312840; 312:851). Así resulta que hay discriminación cuando la distinción carece de sustento en razones objetivas o cuando tiene por objeto o por resultado la ilegítima persecución o el indebido privilegio. En definitiva para la Corte la discriminación es una clasificación y ordenación que adolece de sabiduría y prudencia (Cafés La Virginia). La CIDH formula la siguiente diferencia: “El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos” (OC - 18/03, 17-9-2003, párr. 84).

distinciones a partir de las razones que prohíbe, cuando aquéllas se realizan para promover, fortalecer o garantizar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos.

En el art. 1.1 de la Convención contra la discriminación racial se dispone que “la expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” El concepto de discriminación consiste en cualquier distinción basada en determinadas razones y que tiene por objeto o por resultado la supresión o limitación de los derechos de la persona. Pero si este no es el objeto o el resultado, entonces no hay discriminación. Y en este sentido se establece que “Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantenga en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron” (art. 1.4). Complementando este artículo, la Convención ordena a los estados que tomen las medidas especiales y concretas “para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos”, pero siempre que las mismas no tengan “como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron” (art. 2.2).⁷⁶

⁷⁶ Lo expuesto hasta aquí puede ser desarrollado de la misma manera a partir de los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer. Por estas normas internacionales se pueden establecer políticas a favor de determinados grupos raciales, sexuales, religiosos, o cualquier otro definido por esos motivos u otros similares. Estas políticas de promoción de ciertos grupos (minoritarios o mayoritarios) pero definidos a partir de algunas de las razones prohibidas (raza, sexo, religión u otras similares), provoca la discriminación de quien no posee esa propiedad que, por la carencia de la misma, se ve excluido del bien al que accedería de no existir la promoción a favor del conjunto al que no pertenece. Se trata de una discriminación inversa (o contraria

En definitiva: el principio de igualdad manda al estado reconocer a todas las personas los mismos derechos humanos; dicho reconocimiento implica conceder a unos lo que se otorga a otros en iguales circunstancias; el reconocimiento debe ser realizado sin distinción o discriminación basada en las razones que indican los textos internacionales y el art. 16 de la Constitución; pero esas razones justifican conceder a unos lo que no se otorga a otros (o sea: medidas especiales, adecuadas o concretas) cuando la distinción tiene por objeto o resultado promover, fortalecer o proteger el reconocimiento de los derechos humanos y siempre que ello no tenga como consecuencia la segregación, la separación o, sencillamente, el mantenimiento de la desigualdad.⁷⁷

u opuesta) y así se identifica para distinguirla de la discriminación (o sea, del acto u omisión que suprime o limita los derechos por motivos de raza, sexo, religión o similares). En el caso de la discriminación inversa no se suprimen o limitan los derechos personales por una razón prohibida, sino que, sobre la base de un carácter prohibido para hacer distinciones lesivas (suprimidoras o limitativas de los derechos), se promociona al grupo que ostenta esa propiedad y, en consecuencia, se excluye del goce del bien a quienes no la poseen. La consideración que da sustento a estas políticas (que se conocen como acciones o medidas positivas o afirmativas) puede ser “de que en ciertas circunstancias, una política que pone en situación de desventaja a muchos individuos se justifica, sin embargo, porque mejora la situación de la comunidad como tal” (ver Ronald Dworkin, *Los Derechos En Serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, pág. 338, y, en especial, todo el capítulo 9 dedicado al estudio de la discriminación inversa). También las políticas afirmativas pueden tener sustento en los dos principios de justicia de John Rawls y que son, el primero, el de iguales derechos para todos, y, el segundo, el de que las desigualdades sólo se justifican si benefician a los miembros más perjudicados de la sociedad (ver, por ejemplo, John Rawls, *Las Libertades Fundamentales Y Su Prioridad*, o también su conferencia *Ideas Fundamentales Del Liberalismo Político*); de modo tal que las acciones positivas son políticas de promoción de las personas menos aventajadas (o desfavorecidas). Carlos Santiago Nino se ocupa de la discriminación inversa en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002, págs. 424 y 425. Estas políticas afirmativas también pueden ser vistas como una aplicación del principio de la progresividad, que establece la obligación de promover, proteger y fortalecer cada vez más el reconocimiento, la aplicación y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, en un mundo donde el desarrollo económico, social y cultural debe ser constante. El principio de la progresividad establece la obligación del gobierno de promulgar mejores y mayores derechos a favor de la persona, y de facilitar que en los hechos la persona acceda al goce del bien objeto de los derechos humanos.

77 Queda así prohibida la conocida doctrina de “separados pero iguales”, de amplia aceptación en los Estados Unidos antes y después de la guerra de secesión (1861-1865), de la declaración de emancipación (1/1/1863), y de la entrada en vigencia de la décimotercera enmienda (1865) y de la décimocuarta enmienda (1868). La doctrina en cuestión fué receptada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, con disidencia del juez Harlan, en el conocido

Adviértase que de no ser así las medidas adecuadas, especiales o concretas, a las que aludimos con las expresiones “derecho del trabajo” o “derecho laboral” serían discriminatorias, ya que constituyen distinciones que se basan en la posición económica de las personas.⁷⁸

No hay que confundir la igualdad de derechos humanos con el principio de igualdad ante la ley. El principio de igualdad ante la ley es uno de los derechos humanos (de los derechos que se reconocen a favor de todas las personas). El principio de igualdad de derechos humanos ordena reconocer a todas las

caso *Plessy contra Ferguson* (1896). Allí, dicho tribunal sostuvo, entre otras cosas, que la separación de las razas no lesiona la enmienda décimotercera que abolió la esclavitud; que la separación no atenta contra la igualdad legal; que la enmienda décimocuarta no pone en vigor la igualdad social; que la separación es razonable ya que los estados tienen libertad de actuar con referencia a los usos, costumbres y tradiciones establecidas por el pueblo y con miras a la promoción de su comodidad y la preservación de la paz pública y el buen orden, y que la falacia subyacente en el argumento del demandante consiste en asumir que la separación forzada de las dos razas imprime a la raza de color un distintivo de inferioridad. En 1954 la Suprema Corte repudió dicha doctrina, cuando hizo lugar a la demanda de *Oliver Brown contra la Secretaría de Educación de Kansas* y consideró que la segregación de los niños en las escuelas públicas por motivo de su raza los priva de oportunidades educativas igualitarias, al separarlos de otros niños de la misma edad y generar en ellos un sentimiento de inferioridad, en cuanto a su lugar en la comunidad, que puede afectar sus mentes y sus corazones. Y el derecho internacional, como llevo dicho, prohíbe la segregación racial y, también, vale aclarar, el *apartheid* (ver el art. 3° de la Convención Contra La Discriminación Racial, y un estudio sobre el mismo en Gentili, Anna María, *Apartheid*, en Bobbio, Norberto, Mateucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de Política, Siglo Veintiuno Editores SA, México, 1995, volumen 1°, págs. 73/76*).

78 En sentido similar a lo expuesto se puede indicar al art. 19 de la ley 20.744 (en su texto original, o sea: antes de las reformas espurias que sufriera por la ley de facto 21.297 de 1976), que establecía: “Desigualdades creadas por la ley. Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación.” A pesar de ello se trataba de una norma con serias limitaciones. Primero: dispone que las desigualdades que crea son “a favor de una de las partes” y no - como debiera ser- sólo a favor de la parte más débil (del empleado). Segundo: otorga a las desigualdades legales un carácter meramente compensador de las desigualdades reales; de ello resulta que, en el mejor de los casos, la ley es una técnica para suavizar la explotación y no para eliminarla. Para la CIDH, “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana” (OC – 4/84, 19-1-1984, párr. 55; en igual sentido ver OC – 17/2002, 28-8-2002, párr. 46 y la OC – 18/2003, 17-9-2003, párr. 89). Para la CIDH, “Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran” (OC – 17/2002, párr. 46).

personas los derechos humanos sin realizar entre ellas distinciones basadas en motivos de sexo, raza, religión u otras razones similares; mientras que el principio de igualdad ante la ley manda el trato igual de las personas que se encuentran en identidad de situaciones sin distinguir entre ellos por razones de sexo, raza, religión u otros motivos similares. Hay así, paralelo a cada principio, una prohibición de discriminar. Para ambos principios de igualdad (el de derechos humanos y el de igualdad ante la ley), hay una prohibición de discriminar que viene a limitar los casos en que se acepta el trato desigual de las personas. La distinción entre ambos principios de igualdad y entre ambas prohibiciones de discriminar es relevante. Veamos cada caso.

Una lesión al principio de igualdad de derechos humanos se da cuando a una persona no se le reconoce un derecho humano. La víctima debe acreditar que es una persona y que no goza del derecho humano en cuestión. En este caso no debe, en lo más mínimo, demostrar que hay otras personas a las que se reconoce ese mismo derecho, ni tampoco debe probar que se encuentra en identidad de situación con esas otras personas. Como los derechos humanos se entienden como básicos o fundamentales para el ser humano, es claro que la víctima del agravio sólo debe señalar que se trata de una persona y que no goza del derecho humano por el cual reclama.

Una lesión al principio de igualdad ante la ley se da cuando a una persona no se le reconoce un derecho que se le otorga a otras personas con las cuales se encuentra en identidad de situaciones. En este caso la víctima debe acreditar que no goza del derecho, que el derecho se le ha otorgado a otras personas y que hay entre él y ellas identidad de situaciones.

Si consideramos a la justa retribución como un derecho humano (en la medida que está reconocido en documentos internacionales sobre derechos humanos o donde se establecen derechos humanos), un trabajador padece una supresión o limitación de ese derecho cuando el patrón no le paga o le abona menos de lo debido. En este caso al trabajador le basta con demostrar el incumplimiento patronal (la omisión en el pago). Pero es claro que no tiene que acreditar que hay otros empleados que han percibido sus remuneraciones. Si a esta misma persona no se le paga el sueldo por ser judío, se le suprime o limita un derecho fundamental (la justa retribución) por un motivo o razón prohibida (como es la raza o la religión). En este caso el trabajador es discriminado injustificadamente y debe acreditar la omisión del empleador (el incumplimiento en el pago del sueldo) y además que no le abonó su salario por ser judío (o, más precisamente, por haberlo considerado judío con

total independencia que lo sea o no lo sea). Pero tampoco en este caso debe demostrar que haya otros empleados que han percibido sus remuneraciones. Que a otros empleados se les haya pagado sus salarios es notoriamente un dato irrelevante. Las consecuencias en cada caso también son diferentes. Cuando al empleado no se le abona el sueldo, tiene derecho a reclamar su pago con más sus intereses; mientras que cuando el trabajador no percibe su salario por ser discriminado, tiene derecho a reclamar su remuneración, más sus intereses, más la reparación por el acto discriminatorio padecido.

Los casos de lesión al principio de igualdad ante la ley son diferentes a los que acabo de señalar ya que, a todas luces, requieren de la realización de comparaciones entre las personas que se señalan como pertenecientes a situaciones idénticas. Si un trabajador reclama el pago de un plus salarial que se le abona a sus compañeros de trabajo, es claro que deberá acreditar que es acreedor al mismo por realizar la misma tarea que los empleados que lo perciben. Así lo exige el principio de igualdad de trato o, en particular, el derecho de igual remuneración por igual tarea. Si demuestra la identidad de situaciones, *prima facie*, el empleado es acreedor al pago del plus salarial con más sus intereses.

3.2. LA APLICACIÓN IMPARCIAL DE LA LEY

Un segundo sentido del principio de igualdad establece el derecho de las personas a que la ley sea aplicada en forma imparcial, o atendiendo sólo a las diferencias constitutivas de sus presupuestos de hecho (de sus casos), como correlato del deber del estado de aplicar la ley en forma objetiva o neutral. Este derecho a la aplicación imparcial de la ley queda confirmado cuando el art. 26 de la Declaración Americana dispone que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública”; cuando el art. 10 de la Declaración Universal reconoce que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”; cuando el art. 8.1 de la Convención Americana establece que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro

carácter”; o cuando el art. 14.1 del Pacto de Derechos Civiles ordena que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia” y que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. Esta obligación, para los estados con forma de gobierno republicana, pesa sobre el poder ejecutivo y el poder judicial.

Lo dispuesto en estos tratados viene a complementar la primera parte de la Constitución. El deber de imparcialidad no sólo está implícito en el art. 16, sino que resulta de lo ordenado en los arts. 17 y 18. El art 17 acepta la privación de la propiedad sólo “en virtud de sentencia fundada en ley”. Así establece la Constitución que una sentencia debe estar fundada en la ley, que es tanto como decir, para el tema en estudio, que la ley debe ser aplicada teniendo en cuenta las equiparaciones y distinciones que ella contiene. Mientras que el art. 18, en sus primeros párrafos, enumera una serie de garantías que integran el principio del debido proceso y el derecho de defensa en juicio.⁷⁹

El derecho a la aplicación imparcial de la ley también puede ser lesionado en diferentes casos. Así, por ejemplo, cuando un beneficio otorgado por una ley a favor de una clase de personas es pagado por el poder ejecutivo sólo a determinados miembros de la misma; cuando un beneficio establecido en un decreto del poder ejecutivo a favor de una clase de personas es pagado por un funcionario dependiente de dicho poder sólo a determinados miembros de la misma; esto mismo puede suceder si el beneficio está ordenado en una resolución ministerial⁸⁰; o cuando una sentencia, al resolver un litigio

79 Este sentido del principio de igualdad como aplicación imparcial de la ley está reconocido por la Corte Suprema cuando dice “que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos” (Fallos 16:118).

80 En los ejemplos hasta aquí dados la actividad de la administración es lesiva del principio de igualdad ante la ley. Ahora bien, la Corte Suprema ha resuelto que “Si la desigualdad no está en la ley, sino en el hecho de que el poder administrador la aplica a unos y no a otros habría, en todo caso, arbitrariedad administrativa, pero no materia para la declaración de inconstitucionalidad que se procura” (Fallos 202:130). Así y para los casos expuestos: la desigualdad no está en la ley y entonces no hay materia para la declaración de su inconstitucionalidad; pero la aplicación a unos y no a otros, que realiza el poder administrador, es violatoria del principio de igualdad y, en consecuencia, resulta inconstitucional. Similar es el siguiente caso: una ley del Poder Legislativo establece una carga, o prohíbe una acción al fijar una pena, a una clase de personas y el Poder Ejecutivo (o el Poder Judicial) sólo la cobra o sólo investiga y acusa a determinados miembros de la clase. Aquí la desigualdad tampoco

promovido por un grupo de trabajadores que reclama el pago de trabajos extraordinarios, que todos han probado haber prestado, dispone el abono sólo a favor de algunos de los actores.⁸¹

En todos estos casos se da sólo una lesión al derecho a que la ley sea aplicada en forma imparcial. Por ello la persona tiene que demostrar que pertenece a la clase de personas para las cuales se ha otorgado el beneficio. Pero también puede suceder que la persona en cuestión no recibe el beneficio, a pesar de pertenecer a la clase de personas para las cuales se ha otorgado, por ser víctima de un acto discriminatorio, o sea: por ser víctima de un acto que la

está en la ley; el diferente trato dado por el Poder Ejecutivo (o el Judicial) a los miembros de la clase es lesivo del principio de igualdad, por cuanto debe cobrar, acusar o sancionar a todos. Se podrá decir que esa actividad arbitraria del poder administrador (o jurisdiccional) no es una razón suficiente para liberar a la persona del cumplimiento de la carga o de la pena. Pero también es cierto que la actuación arbitraria, desigualitaria, es una ilegítima persecución que descalifica el proceder de los poderes del gobierno y libera a la víctima de tales conductas. La percepción de las contribuciones como la aplicación de las sanciones deben respetar el principio de igualdad y la prohibición de discriminar.

81 Cuando se desmerece el principio de igualdad, como hemos visto en una nota anterior, se ve perjudicado también este derecho a la aplicación imparcial de la ley. Y ello puede tener por consecuencia quitar sustento a la crítica que permite formular a la existencia de fallos contradictorios. Explico la cuestión. La doctrina de la Corte Suprema argentina, casi unánime en esta materia, considera que la existencia de fallos contradictorios no lesiona el principio de igualdad ante la ley. Así ha resuelto que “la desigualdad acusada en el caso y que se la hace derivar de la existencia de fallos contradictorios, no importa una violación de la garantía constitucional señalada, como quiera que, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, dicha garantía no obsta a la desigualdad de hecho que resulta de la interpretación de la ley en una similar situación jurídica, cuando es la consecuencia natural inevitable del ejercicio de la potestad de juzgar que incumbe a los diversos tribunales de justicia, nacionales o provinciales, al aplicar las ley conforme con su propio criterio” (Fallos 233:173). No comparto esta doctrina para el caso que los fallos contradictorios se dicten sin cambio de interpretación de la ley. Por ejemplo: una ley dispone que para obtener un beneficio hay que cumplir con tres requisitos; la persona A cumple con esos requisitos y, entonces, se condena a B al pago del beneficio; otra sentencia, sin embargo, dispone que la persona C no pague el beneficio a pesar que D cumple con los requisitos. En este ejemplo, considero que no se ha cumplido el deber de aplicar la ley en forma imparcial o neutral, que pesa sobre el poder judicial, o que, en otras palabras, se ha lesionado el derecho de la persona a que se aplique “en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos” (Fallos 16:118). La cuestión es diferente si los fallos se dan con cambio de interpretación de la ley. Por ejemplo: que la segunda sentencia, declarando inconstitucional el beneficio, decida que la persona C no lo pague a pesar que D cumple con los requisitos. Pienso que en este caso la existencia de fallos contradictorios no sería lesiva del principio de igualdad ante la ley si la segunda sentencia constituye un avance en el reconocimiento de los derechos humanos o, en otras palabras, si está justificada por el principio de la progresividad.

excluye de la percepción por razones de sexo, raza, religión u otros motivos similares. De ser así el caso, es claro que la persona tiene derecho a que se le abone o entregue el beneficio, con más sus intereses y la reparación por haber sufrido un acto discriminatorio.

3.3. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Un tercer sentido del principio de igualdad es la llamada “igualdad de oportunidades”. En el art. 12 de la Declaración Americana se reconoce que “El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el estado.” La Declaración Universal establece el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, “en condiciones de plena igualdad” (art. 10). Y esto mismo dispone cuando declara el derecho de toda persona de acceder a las funciones públicas de su país (art. 21.1). Así las condiciones deben ser igualitarias. Y en el mismo sentido, el art. 6.1 del Pacto de Derechos Económicos, al reconocer el derecho a trabajar, expresa “que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. Similares mandatos se encuentran en el Pacto de Derechos Civiles y en la Convención contra la Discriminación Racial. Aunque en este tema hay que destacar a la Convención contra la Discriminación de la Mujer, ya que en la mayoría de sus artículos, cuando ordena medidas especiales, concretas o adecuadas para asegurar los derechos de la mujer, subraya que deberá ser en condiciones de igualdad con los hombres. Así sucede, por ejemplo, en los arts. 3, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14.2 y 16.

Entonces la igualdad de oportunidades es el derecho de toda persona de estar en los hechos en las condiciones que necesita para realizar las acciones permitidas por la Constitución y los tratados internacionales, de modo que tanto su inicio, como la ejecución y su término dependan sólo de su voluntad. Así cuando los estados se obligan a adecuar su legislación a los pactos o tratados que suscriben y ratifican, o a adoptar todas las medidas necesarias, especiales o concretas para lograr la plena efectividad y goce de los derechos humanos que reconocen, asumen el compromiso de poner a todas las personas en las condiciones que necesitan para iniciar, ejecutar y terminar, de acuerdo a su exclusiva voluntad, las acciones permitidas.

Para la Nación Argentina este compromiso no sólo tiene fuente internacional,

sino que, además, emana de la Constitución ya que los documentos internacionales indicados integran ese texto (art. 75, inc. 22); porque el art. 37 reconoce “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios”; y por cuanto la Convención de 1994 dispuso como atribución del Congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (art. 75, inc. 23). Veamos el significado de este texto.

En general, las medidas de acción positiva son medios ideales (permisos, obligaciones, prohibiciones) o reales (bienes y servicios) para alcanzar fines específicos, establecidos en la Constitución o en los tratados enumerados (art. 75, inc. 22); y, en particular o en el art. 75, inc. 23, son medios ideales o reales que tienen por objeto garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

La Constitución ordena muchas medidas que debe adoptar el gobierno federal a través del poder legislativo. Sin realizar un análisis completo señalo, por ejemplo, a los incisos 17, 18 y 19 del art. 75. Asimismo, en los tratados enumerados (art. 75, inc. 22) se ordenan muchas “medidas adecuadas”, o “especiales y concretas”, o “apropiadas”, o “inmediatas y eficaces” para procurar determinados objetivos.⁸²

La atribución dispuesta en el art. 75, inc. 23 puede ser considerada como una autorización expresa al poder legislativo para realizar distinciones entre las personas.⁸³ Sin embargo, ésta atribución del poder legislativo tiene, en principio, los siguientes límites: no puede alterar los derechos reconocidos en la Constitución, ampliada por los tratados enumerados (art. 75, inc. 22), conforme a lo dispuesto por el art. 28; no puede violar la prohibición de discriminar -o sea: las distinciones no pueden sustentarse en razones

82 Entre muchos otros, ver: los arts. 2, 6 y 11.2 del Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales; los arts. 1.4, 2.2, 4 y 7 del Convenio Internacional Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Racial; los arts. 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14.2 y 16 del Convenio Internacional Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer.

83 Antes de la reforma de 1994 era doctrina de la Corte que el art. 16 no priva al legislador, en materia de impuestos, a crear categorías especiales de contribuyentes, siempre que no sean arbitrarias o para hostilizar o privilegiar a ciertas personas o clases (ver Fallos 150:112; 180:39; 181:203; 182:225, entre otros).

discriminatorias; y debe respetar los límites específicos dispuestos para la medida ordenada.⁸⁴

La palabra “real” significa en los hechos.

El enunciado “igualdad real de oportunidades” puede ser entendido en dos sentidos, a saber: en forma fuerte dice que en los hechos sean idénticas, para todas las personas, las condiciones necesarias para iniciar la acción permitida, de modo que su comienzo dependa exclusivamente de la voluntad de la persona; y en forma débil expresa que todas las personas estén en los hechos en las condiciones necesarias para iniciar la acción permitida, de modo que su comienzo dependa exclusivamente de la voluntad de la persona. En este segundo sentido utilizaré aquella oración.⁸⁵

La palabra “trato” alude a cualquier relación entre las personas; de modo que “igualdad real de trato” significa que las relaciones sociales sean en los hechos igualitarias.

Por “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos” considero la realización de la acción o actividad permitida en la Constitución o en los tratados internacionales. Así el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos es poder, en los hechos, ejecutar la acción o actividad permitida, de modo que su desarrollo dependa exclusivamente de la persona ejecutante.⁸⁶

Por “derechos reconocidos por esta Constitución” entiendo no sólo a los derechos enumerados, sino a los no enumerados, “pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (art. 33).⁸⁷

84 Por ejemplo, no puede “tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron” (art. 2.2 de la Convención Internacional Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Racial).

85 Las condiciones previas al comienzo de la acción permitida, en principio, son: las aptitudes de la persona; las cosas, las aptitudes y las acciones de otras personas; y las circunstancias de tiempo y lugar convenientes. Y, como llevo dicho, esas condiciones basta con considerarlas necesarias para la acción, y no idénticas para todas las personas.

86 Las condiciones necesarias y previas al comienzo de la acción o actividad permitida son también coetáneas de su realización o ejecución.

87 En los tratados enumerados se establecen principios similares, que permiten ampliar el texto de la primera parte de la Constitución. Por ejemplo: el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica, que es una norma de interpretación, expresa que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:...c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno...”. De modo que los derechos y garantías no enumerados “nacen”

Las palabras “los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” designan, en principio, a los tratados que han entrado en vigor, por cumplimiento de sus propias reglas o de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y que, además, se encuentran firmados, aprobados y ratificados por el estado nacional. Aunque se podría considerar que el texto sólo alude a la vigencia internacional del tratado, con prescindencia de la adhesión de nuestro país. Esta segunda interpretación quizás sea en muchos casos más favorable que la primera.

Entonces el art. 75, inc. 23 ordena al poder legislativo que adopte los medios ideales (permisos, obligaciones o prohibiciones) o reales (bienes y servicios), para que todas las personas estén en las condiciones fácticas de iniciar las acciones permitidas, de modo que el comienzo dependa exclusivamente de la voluntad de la persona (la igualdad real de oportunidades); para que las relaciones sociales sean en los hechos igualitarias (la igualdad real de trato); y para que todas las personas puedan, en los hechos, realizar las acciones permitidas por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, de modo que la ejecución dependa sólo de la voluntad de la persona (el goce y ejercicio de los derechos reconocidos).⁸⁸

Y con respecto a esa atribución del poder legislativo establecida en el art. 75, inc. 23, los habitantes de la Nación Argentina tenemos derecho a que se legisle y promuevan medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes siendo, además, inconstitucional la omisión del estado de adoptar los medios imprescindibles.⁸⁹

del principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno o de la forma democrática representativa de gobierno y del ser humano, que es el concepto que incorpora, en este caso, el texto del art. 29 del Pacto.

88 O en otras palabras: si la falta o privación de las condiciones necesarias -previas o co-táneas de la acción- constituye un obstáculo para iniciarla o para, una vez comenzada, desarrollarla hasta el límite decidido por la persona ejecutante, entonces el poder legislativo debe adoptar medidas de acción positiva, que son medios de remoción o eliminación de los obstáculos que de hecho o de derecho impiden el inicio o la ejecución de la acción permitida.

89 En similar sentido, ha dicho la Corte Suprema que “la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriben una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento” (Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros, 7/7/92, LL 1992-C, 540).

3.4. LA DOCTRINA DEL DERECHO

Los principios de aseguramiento y de progresividad conllevan una doctrina del derecho. El gobierno debe asegurar los derechos humanos y reconocer mejores y mayores derechos a favor de la persona. El derecho es el instrumento gubernamental para ello. A través de ese medio asegura niveles de desarrollo y promueve el adelantamiento. El derecho, en cuanto acción gubernamental, tiende hacia el mejoramiento continuo. No se admite otra alternativa. El derecho se presenta como una medida especial por medio de la cual se busca el incremento de la libertad y de la igualdad; por medio de la cual se busca la utopía. En la utopía no hay gobierno ni hay derecho (en el sentido de normas respaldadas por la coacción estatal o individual). Así el derecho resulta precario: por su intermedio se procura su propia extinción, que se logra en el horizonte utópico. Se trata de una doctrina progresiva del derecho que podemos mostrar brevemente a partir del principio de igualdad.

En primer lugar el principio de igualdad manda al gobierno reconocer a todas las personas los mismos derechos humanos; dicho reconocimiento implica conceder a unos lo que se otorga a otros en iguales circunstancias (o sea: por el hecho de ser una persona humana); el reconocimiento debe ser realizado sin distinguir a las personas por su raza, sexo, religión, ideas, nacionalidad, u otras causas o motivos similares (ej: su condición económica, su enfermedad); pero esas razones justifican conceder a unos lo que no se otorga a otros (o sea: medidas especiales, adecuadas o concretas) cuando la distinción tiene por objeto o resultado asegurar o promover el reconocimiento de los derechos humanos, siempre que ello no tenga como consecuencia la segregación, la separación o, sencillamente, el mantenimiento de la desigualdad, y en la medida que se deje sin efecto cuando el objetivo por el cual se adoptó la medida especial se haya alcanzado. En segundo lugar el principio de igualdad establece el derecho de las personas a que la ley sea aplicada en forma imparcial, o atendiendo sólo a las diferencias constitutivas de sus presupuestos de hecho (de sus casos), como correlato del deber del gobierno de aplicar la ley en forma objetiva o neutral. En tercer lugar el principio de igualdad dispone a la igualdad de oportunidades, que es el derecho de toda persona de estar en los hechos en las condiciones que necesita para realizar las acciones permitidas en los derechos humanos (o para gozar y ejercer el objeto de los derechos humanos), de modo que tanto su inicio, como la ejecución y su término dependen sólo de su voluntad.

Los tres sentidos del principio de igualdad indicados tienen por

consecuencia un incremento progresivo de la libertad individual. Todos los habitantes tenemos derecho a leyes igualitarias y a que se apliquen en forma imparcial. El reconocimiento de estos derechos significó un avance en el desarrollo histórico y su mantenimiento resulta imprescindible al progreso. A su vez con ellos queda eliminada toda exclusión y en forma progresiva, dado que cuando se otorga un beneficio (un derecho o un bien) a una persona, cualquier otra tiene derecho a solicitarlo por el hecho de serlo (o por las mismas razones). De este modo el proceso de equiparación favorece la actividad de la persona, que no tiene que encontrar en el gobierno, en el monopolio de la coacción, un obstáculo para sus deseos o aspiraciones. Pero, además, este proceso adquiere su mayor nota de progresividad (de desarrollo ininterrumpido) cuando el gobierno debe coadyuvar a que todas las personas estén en condiciones de llevar a cabo las acciones permitidas (o el objeto de los derechos humanos). A través del reconocimiento del derecho a la igualdad real de oportunidades y a que el gobierno adopte las medidas necesarias para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, se procura la libertad de todas las personas, de manera que no encuentren obstáculos reales en el estado, en una persona o en un grupo de ellas para satisfacer sus necesidades, desarrollar sus inquietudes, participar en el gobierno y, en definitiva, ejecutar las acciones permitidas a su voluntad.

Que la igualdad favorece a la libertad está expresamente reconocido en la Carta Democrática de la Organización de Estados Americanos, aprobada por su Asamblea General el 11-9-2001. En sus considerandos se afirma que la “eliminación de la pobreza crítica”, el “continuo desarrollo” y “un medio ambiente sano” son algunas de las condiciones para la democracia. En su art. 11 se declara que “La democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente.” Y en su art. 26 se reconoce que “la democracia es un sistema de vida fundado en la libertad y el mejoramiento económico, social y cultural de los pueblos.”

A partir de estas consideraciones el derecho puede ser entendido como un sistema de medidas especiales (de medidas de acción positiva) que el estado debe promover, para que todas las personas gocen en los hechos de los derechos humanos. El derecho pasa a constituir una serie de medios adecuados para que la acción social no sólo no cause daños, sino para que, además, brinde satisfacciones materiales e inmateriales (morales o afectivas). El derecho se inscribe así en un proceso de equiparación real, que consiste en otorgar mayores y mejores derechos a los pobres, oprimidos o explotados,

con el objetivo de alcanzar la felicidad, de progresar individual y socialmente (o, como se establece en el art. 1.4. de la Convención contra la discriminación racial, “con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso”). Se trata de un proceso, de una sucesión de etapas: el vigor de las medidas adecuadas o especiales se limita al tiempo de obtención de “los objetivos para los cuales se tomaron” (en el mismo art. 1.4). Aparece así un concepto de derecho diferente. El derecho es eminentemente progresivo y precario, pero no porque el gobierno pueda revocarlo cual graciosa concesión, o dejarlo sin efecto a su voluntad, sino porque las medidas positivas que lo constituyen se mantienen hasta alcanzar “los objetivos para los cuales se tomaron”. Y es que habrá un tiempo en que no será necesario. Es el tiempo de la utopía, de la meta inalcanzable e imposible en la historia, que sin embargo marca el rumbo, orienta la marcha. Así el derecho (esas medidas positivas) no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr los “objetivos”. Y a través de él, aunque no sólo por su intermedio, es posible poner en condiciones al ser humano para que ejecute las acciones permitidas (el objeto de los derechos humanos), conforme a su exclusiva voluntad. De este modo el derecho contribuye al incremento de la igualdad, que tiene por consecuencia el aumento de la libertad personal. Se desarrolla así un orden social progresivo que requiere de personas satisfechas e instruidas por igual.⁹⁰

90 Lo expuesto en relación al derecho se hace extensivo a cada rama del mismo, como por ejemplo, al derecho laboral. Aparece entonces en la Constitución Nacional un concepto de derecho laboral diferente al dominante en la doctrina. En general el derecho del trabajo ha sido pensado como un medio para morigerar la explotación del trabajador; nunca para eliminarla. Toda su regulación, sus partes (el derecho individual del trabajo y el derecho colectivo del trabajo), responde a esa concepción que, si bien cuestiona algunos efectos del capitalismo, acepta esta forma de organización social. Algunas ideas que integran el derecho laboral dominante son las siguientes: 1) Se considera que el trabajo perfecciona al hombre; o que lo humaniza. El sustento teológico es que a través de los sufrimientos que produce el trabajo, el hombre se redime o paga el rescate debido a Dios por el pecado original. Así no se distingue al trabajo libre o voluntario del trabajo necesario para vivir (y dentro de éste al trabajo independiente del trabajo dependiente que debe efectuar quien no posee medios de producción), al mismo tiempo que se fomenta en el trabajador una visión conformista acerca de la situación en la que se encuentra, dado que en ella, por la opresión o degradación que sufre, se perfecciona o redime. 2) Se entiende que es más importante “ser” que “tener”. Así para el dependiente es más beneficioso trabajar, humanizarse, que ganar dinero. Por ello sus deseos materiales, su “afán de lucro” deben ser reprimidos; máxime que si los satisface, suprime los sufrimientos de la vida, que son el rescate debido a Dios. 3) Se califica al descanso como un deber. El trabajador tiene la obligación de descansar, de recuperar su fuerza de trabajo. Así no hay, en esta concepción, tiempo libre, útil o ajeno al proceso de trabajo. 4) Se defiende el

derecho al salario mínimo como garantía para satisfacer las necesidades básicas del trabajador y su familia; pero, al mismo tiempo, se establece el concepto de “retribución justa”, que es la porción debida a los obreros más allá de la cual no tienen derecho alguno. Así el salario tiene un piso y un techo. Los criterios más usados para definir el techo salarial son: que es más valioso “ser” que “tener”; el honesto bienestar, la frugalidad y las buenas costumbres como deberes del trabajador; las condiciones de la empresa y del empresariado en general; la productividad; el bien común y, en especial, el ideal del pleno empleo. 5) Se establece, paralelo a la fijación de un techo salarial, indemnizaciones tarifadas, que indican el máximo de reparación debido al obrero en caso de accidentes o despidos. 6) Se presenta al lugar de trabajo como una “comunidad”, una empresa o unión de patronos y obreros encaminados al logro de un fin común. 7) Se comprende a la sociedad como un “cuerpo”, integrado por “órganos” (las clases sociales: los obreros y los patronos; y otras asociaciones o “fuerzas vivas”: la familia, el ejército, las academias) que concurren a la formación y ejecución de la política del estado. De esta manera se complementa esta concepción del derecho del trabajo con una forma de organización política que anula la democracia (fascismo) o, en el mejor de los casos, la menoscaba (“neocorporativismo”), suprimiendo siempre el proceso de equiparación, de desarrollo o progreso, que ella implica. De aquí que ese modelo de derecho laboral resulte compatible con el autoritarismo, con el incremento de las oficinas del estado y el aumento de las facultades discrecionales de los funcionarios; que sus defensores vean con añoranza el orden social medieval (o gusten del arte gótico); que critiquen el “capitalismo salvaje”; que defiendan el “capitalismo con rostro humano” o el “estado de bienestar”; y que, en definitiva, sostengan que el capitalismo, con las morigeraciones del derecho del trabajo, constituye una “sociedad perfecta”, una “sociedad justa”, acorde con la “naturaleza de las cosas y del hombre”. Posición que cierra la utopía.

**IGUALDAD Y
DERECHO LABORAL**

—☉ 4. IGUALDAD Y DERECHO LABORAL

Es claro que cualquier análisis del tema de la igualdad y de la discriminación en el derecho laboral debe partir de los textos constitucionales. Resulta erróneo soslayar las normas de la Constitución o de los documentos internacionales. Por ello expuse la doctrina constitucional sobre la igualdad desde la cual debemos avanzar en la comprensión de la legislación gubernamental. El principio de igualdad y la prohibición de discriminar, por mandato constitucional, imperan en el derecho del trabajo individual o colectivo, o en las relaciones individuales del trabajo y en las relaciones colectivas del trabajo, sin que exista razón alguna que justifique su exclusión.

Antes de la vigencia de la ley 20.744, Katz entendía a la igualdad (como principio aplicable a la relación de trabajo) en el sentido de un debido trato igualitario a los empleados que se encuentran en la misma situación y de un debido trato diverso a los que se hallan en circunstancias diferentes.⁹¹ En 1961 claramente sostiene que el principio de igualdad (reconocido en el art. 16 de la Constitución) impera en el contrato de trabajo.⁹²

En el texto original de la ley 20.744 encontramos tres artículos referidos al tema que nos ocupa. El primero es el art. 18 que prohibía hacer discriminaciones. El segundo es el art. 89 que establecía el principio de trato igual. Y el tercero es el tercer párrafo del art. 243 que calificada de ilegal y discriminatoria a la no reincorporación de parte del personal que había sido cesanteado durante una huelga o medida de acción directa. El art. 19 se mantuvo en el actual art. 17; el art. 89 fue modificado y el principio de igualdad aparece ahora en el art. 81; mientras que el tercer párrafo del art. 243 fue derogado por la ley de facto 21.297 de 1976. En el art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo se establece la prohibición de discriminar, y en el art. 81 se reconoce el deber de trato igual.⁹³

91 Katz, Ernesto R., *La Obligación De Tratar De Un Modo Igual A Los Iguales En Iguales Circunstancias*, En *El Derecho Del Trabajo*, DT, 1958, 694.

92 DT, 1961, 6.

93 García Martínez distingue entre la prohibición de discriminar (ordenada en el art. 17, LCT) y el principio de igualdad de trato (establecido en el art. 81, LCT): ver García Martínez, ob. cit., DT, 1997-A, 891. Esta distinción no surge con claridad en el comentario de Justo López al art. 17 de la LCT (ver López, Centeno, Fernández Madrid, *Ley De Contrato De Trabajo Comentada*, Buenos Aires, 1978, T° I, págs. 161 a 163), ni en la exposición de Fer-

El art. 17 dispone: “Prohibición de hacer discriminaciones.- Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.” Los motivos prohibidos para realizar distinciones no sólo deben ser los indicados en el artículo. El listado de razones prohibidas debe ser completado, como mínimo, con las señaladas en los tratados enumerados en el inc. 22 del art. 75 de la ley suprema, en los convenios de la OIT o en otras leyes o normas nacionales o provinciales. Por ejemplo, un listado más completo de los motivos prohibidos para hacer discriminaciones entre trabajadores (y no excluyente de otras razones) sería el siguiente, a saber: raza, color, sexo, idioma, credo, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, gremiales, edad o el estado civil.⁹⁴

El art. 81 de la ley 20.744 dispone el principio de igualdad de trato y ordena que “El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones.” En el art. 81, además, se agrega que “existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias

nández Madrid al art. 81 (ver, ob. cit., págs. 397 a 400).

94 Las fuentes del listado son las siguientes: el art. 2 de la Declaración Americana, el art. 2.1. de la Declaración Universal, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, y los arts. 17, 81 y 172 de la LCT. En el listado se pueden incluir otros motivos. Por ejemplo, a la enfermedad; el concepto de idoneidad, como condición para acceder a un empleo, no se integra necesariamente con la noción de enfermedad o, en otras palabras, una persona enferma no necesariamente carece de idoneidad (ver Corte Suprema, fallo del 7-12-1996 en B., R.E. c. Policía Federal Argentina, LL 1997-D, 253). Otro ejemplo son las características físicas de la persona (como la altura): así resulta que la altura es un requisito discriminatorio cuando se exige para el ingreso de una persona a un profesorado (ver Corte Suprema, 15-5-84 en Arenzon c. Nación Argentina, Fallos 306:400). Ley 23.451, que aprueba el COIT 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, con responsabilidades familiares, refuerza la igualdad entre los sexos (así, por ejemplo, se establece en su art. 4 que “Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para: a.- permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo...”, y en su art. 7 que “...puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”, y en su art. 8 que “La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”). Se trata de una enumeración meramente ejemplificativa. Para Meik, “la discriminación es un concepto abierto, amplio” (ver El Derecho Al Trabajo Proyectoado Como Un Derecho Fundamental De Protección Efectiva Contra El Despido, en El Derecho Del Trabajo En La Constitución Nacional, A 50 Años De La Sanción Del Artículo 14 bis, 2007, pág. 160).

fundadas en razones de sexo, religión o raza”. El agregado es la prohibición de discriminar. La prohibición de discriminar elimina algunas razones para justificar un trato diferente entre las personas; en otras palabras: del conjunto de las características de la persona, algunas están prohibidas para sostener que debe recibir un trato diferente a otras personas. Las tres razones (sexo, religión o raza) que indica el art. 81, en principio, pueden ser ampliadas con las señaladas en el art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo (donde se alude a los motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad) y también con los dispuestos en los tratados enumerados en el inc. 22 del art. 75 de la ley suprema, o en leyes nacionales o provinciales. Por ello, como mínimo (integrando los dos artículos de la Ley de Contrato de Trabajo) se debe entender que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, raza, nacionalidad, religión, política, gremialismo o de edad. En definitiva, hay trato desigual, en primer lugar, cuando se dispensa un trato diferente a quienes se encuentra en situaciones idénticas y, en segundo lugar, cuando se producen discriminaciones arbitrarias por las razones indicadas. Además, en el art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo también se indica que no existe trato desigual “cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.”⁹⁵

95 La “eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación” es uno de los principios de la OIT, obligatorio para cualquier estado miembro de la entidad internacional (según se expresa en la Declaración De La OIT Relativa A Los Principios Y Derechos Fundamentales En El Trabajo De 1998). Para la OIT, la “discriminación en el lugar en el empleo y la ocupación equivale a dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a criterios como la raza, el sexo, el color de la piel, la religión, las ideas políticas o el origen social, sin tener relación alguna con los méritos o las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo de que se trate. La discriminación en el trabajo constituye una violación de los derechos humanos que supone un desperdicio de talentos, con efectos negativos para la productividad y el crecimiento económico”. Para la OIT, “El trato diferenciado y la promoción basados en los diferentes niveles de productividad no son discriminatorios... El trato diferenciado a una persona para atender sus necesidades específicas -y garantizar la igualdad de oportunidades- no resulta discriminatoria”. A su vez, la OIT determina que “La acción afirmativa o positiva significa la adopción de medidas especiales, de carácter temporal, de trato más favorable a los miembros de grupos desaventajados, para con ello acelerar el ritmo de la recuperación respecto al sufrimiento de una antigua y afianzada discriminación (ej: marcando objetivos o cuotas para los grupos que han estado sometidos a la discriminación). Dar efecto al principio de igualdad de trato y oportunidades significa algo más que tratar a todas las personas por igual, es decir, requiere dar a todos la oportunidad de competir en igualdad

Ramírez Bosco limita claramente el principio de igualdad -en cuanto obligación del empleador de dar trato igual a sus empleados- por las facultades patronales de organización de la empresa, de dirección de la misma y de modificación de las condiciones de trabajo (arts. 64, 65 y 66, Ley de Contrato de Trabajo): “el derecho o garantía de trato igual transcurre invariablemente como un concepto en equilibrio inestable, respecto de las citadas facultades del empleador.”⁹⁶ Diría que Ramírez Bosco no parte del derecho de igualdad como un derecho fundamental de la persona que acota a las atribuciones del empleador, sino que toma como básicas las facultades del patrón para limitar el imperio de la igualdad (de los derechos humanos). Pero la igualdad no cede contra las facultades del empleador, sino que son éstas las que no pueden suprimir ni limitar a aquélla. Y la diferencia no es de perspectiva (o de punto de vista), ni meramente nominal, como sería aludir a una calificación normativa con la palabra “derecho” o con las palabras “obligación pasiva”, sino que se trata de una distinción real que se vincula con la jerarquía de los derechos personales, de las normas del sistema y, en definitiva, con una concepción favorable a la persona humana.⁹⁷

En la introducción al tema Liveralla no distingue entre la obligación de trato igual y la prohibición de discriminar por motivo de sexo, raza, religión u otro similar.⁹⁸ Tampoco la distinción aparece en los estudios que Alvarez Magliano

de condiciones por un trabajo decente. Por ello, la acción positiva no es discriminatoria, ya que tiene como objetivo equilibrar las reglas del juego cuando se ha sufrido una segregación de forma duradera y la simple prohibición de la discriminación no resulta suficiente.” (en OIT, *Discriminación En El Lugar De Trabajo*). A todas luces se trata de un concepto de acción positiva muy limitado ya que sólo tiende a equilibrar las oportunidades para “competir” (o “equilibrar las reglas del juego” que se entiende como una competencia). Así no considera la posibilidad de eliminar la competencia o el juego competitivo en el que millones pierden la vida y otros la padecen.

96 Ramírez Bosco, Luis, *Para Una Introducción Al Derecho Del Trabajo*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, pág. 92.

97 En igual sentido se ha resuelto que “El artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece la necesidad de igual remuneración por igual tarea (art. 172, LCT) con lo que, la obligación de no introducir discriminaciones arbitrarias adquiere naturaleza de presupuesto fundamental de comportamiento empresarial, que aparece señalado en el art. 81 de la LCT.” (CNAT, Sala VII, 20-3-1989, Miler, Carlos R. Y otros c. ENTEL, T, 1989-B, 1350). Así resulta que uno de los presupuestos del comportamiento empresarial (o de sus facultades de dirección) es la igualdad.

98 Liveralla, Carlos Alberto, *Derechos Y Garantías De Los Trabajadores Incorporados A La Constitución Reformada*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pág. 75 y ss..

y Fera realizan sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del contrato de trabajo. Alvarez y Fera parecería que sólo se refieren a la prohibición de discriminar: “Motivo de escasa preocupación para nuestro grupo social, la discriminación constituye el trato diferenciado del empleador hacia el trabajador o trabajadores, que no responde a razones objetivas y que le o les coloca en inferioridad de condiciones respecto del grupo, produciéndoles un perjuicio real o potencial, de orden material o moral, durante todas las etapas de la relación laboral.”⁹⁹ Algo similar ocurre en el concepto de discriminación que presenta Julio Martínez Vivot donde parecería que se encuentran tanto el principio de igual trato como la prohibición de discriminar. Para Martínez Vivot “Existe discriminación cuando, arbitrariamente, se efectúa una distinción, exclusión o restricción que afecta el derecho igualitario que tiene toda persona a la protección de las leyes, así como cuando injustificadamente, se le afecta a una persona, o grupo de personas o una comunidad el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales expresadas por la constitución Nacional, por razones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier orden, sexo, posición económica o social, u otra de cualquier naturaleza posible.”¹⁰⁰ También este autor distingue (aunque en forma poco clara) entre la discriminación directa y la indirecta: “La primera se vincula a la diferencia de trato, de consideración o tratamiento, sin una circunstancia o situación objetiva que la justifique o explique, lesionando con tal conducta la dignidad de la persona y sus derechos humanos garantizados.” Mientras que la “discriminación indirecta, en cambio, se vincula con la teoría del impacto o efecto adverso, donde la medida en sí no aparece como discriminatoria, pero

99 Alvarez Magliano, M. Cristina y Fera, Mario S., *El Derecho Del Trabajo Según La Corte Suprema De Justicia De La Nación, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2002, pág. 65. Confirma lo dicho el título del apartado: “Principio de no discriminación” y que concluyen el párrafo citado, enunciando que en el “desenvolvimiento laboral” las personas deben ser “consideradas y valoradas... más por sus propios méritos que por sus condiciones sociales, raciales, religiosas, de sexo, gremiales o políticas” (págs. 65 y 66). El estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema que realizan Alvarez y Fera tiene además una enorme limitación: sólo se refiere a los casos Ratto, Segundo y Fernández; y queda limitado al análisis de la doctrina de la Corte sobre el derecho a igual salario por igual tarea, sin investigar (ni exponer) la doctrina de la Corte sobre el principio de igualdad en términos generales (como marco ineludible o de sustentación) y, en especial, en otras materias del derecho laboral.

100 Julio Martínez Vivot, *La Discriminación Laboral, Despido Discriminatorio, USAL y Ciudad Abierta*, Buenos Aires, 2000, pág. 27. Nino tampoco realiza una clara distinción entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminar (ver Fundamentos de derecho constitucional, pág. 411 y ss).

no cabe duda que conlleva esa intención. Ello ocurre cuando, por ejemplo, se despide a un trabajador sin invocar causal al efecto o invocando otra distinta a la que originó la medida, incluso si se pagan las indemnizaciones legales, pero se oculta que se lo despide porque tiene Sida, circunstancia que no se menciona, para no convertir el despido en discriminatorio.”¹⁰¹ Sobre la base de lo expuesto es claro que no se trata de conceptos diferentes. Martínez Vivot no presenta dos conceptos (uno de discriminación directa y otra de discriminación indirecta), sino un solo concepto de discriminación. La diferencia que esboza Martínez Vivot versa sobre la forma en que se presenta el acto discriminatorio, ya que la misma puede ser visible (clara, ostensible, manifiesta o pública) o disimulada (oscura, cubierta, oculta o secreta).

El principio de igual trato y la prohibición de discriminar son principios diferentes. El principio de igualdad (a secas) ordena el trato igual de las personas (o, para el caso en estudio, de los trabajadores) que se encuentran en identidad de situaciones y el trato diferente de las personas que se hallan en circunstancias diversas; mientras que la prohibición de discriminar, *prima facie*, no permite hacer distinciones por razones de sexo, raza, religión u otros motivos similares, de modo que establece un límite en el conjunto de las “circunstancias diversas” que justifican un trato diferente. Hay circunstancias diversas que están prohibidas y que, en consecuencia, no integran el conjunto de las “circunstancias diversas” para justificar distinciones entre las personas, o que, en otros términos, no se pueden utilizar para justificar un trato desigual. El principio de trato igual y la prohibición de discriminar no son equivalentes, o, si se quiere, son principios que no afirman lo mismo o que no tienen el mismo significado. Para demostrar ello sólo basta con ver que el principio de trato igual no implica a la prohibición de discriminar. Es claro que el principio de trato igual ordena la igualdad de trato en identidad de situaciones, de modo tal que, sólo así enunciado, nada dice sobre si las razones de sexo, raza, religión u otras similares son motivos suficientes para considerar que unas personas se encuentran en situaciones diferentes de otras y por ello que deben ser tratadas en forma distinta y, en especial, que no deben gozar de los mismos derechos. Para sortear este inconveniente al progreso del género humano, se establece la prohibición de discriminar que, a todas luces, opera como un complemento del principio de igualdad: la igualdad -en cuanto uno de los derechos básicos de la persona- queda completo cuando a su mandato

101 Martínez Vivot, *ob. cit.*, pág. 30.

central de trato igual se le agrega la prohibición de hacer distinciones sobre la base de motivos tales como el sexo, la raza, la religión u otros similares.

En el art. 1 de la ley 23.592 se dispone: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”¹⁰²

En el art. 1 de la ley 23.592 hay dos conceptos de acto discriminatorio. En primer lugar el acto discriminatorio (o acto desigualitario) es todo acto u omisión que tenga por objeto o por resultado impedir o limitar arbitrariamente el ejercicio igualitario de los derechos reconocidos en la ley suprema. La igualdad es el derecho a trato igual en identidad de situaciones. Las situaciones (circunstancias) en que se encuentran las personas (o las propiedades o caracteres que ellas poseen o que les podemos atribuir) se deben asemejar o equiparar sobre la base de criterios objetivos, razonables o que, como mínimo, conforme al sentido común, no puedan ser calificados de arbitrarios, o antojadizos o dogmáticos. Las circunstancias (o propiedades en general) que podemos atribuir a las personas, nos permite agruparlas en diferentes conjuntos, para tratar igualitariamente a los integrantes de cada clase. Pues bien: el agrupamiento debe ser realizado objetivamente, con fundamento racional, con sustento demostrable, para que todas las personas (en cuanto integrantes de la clase de los titulares de los derechos individuales y sociales) puedan gozar igualitariamente de los derechos humanos. La clasificación de

102 Ricardo J. Cornaglia cuenta que “En ocasión del debate parlamentario que precedió a la ley 23.592, como legislador informante del dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, defendí el proyecto que finalmente fuera consagrado como la Ley contra la Discriminación, señalando que mucho nos cuesta advertir la existencia de las prácticas discriminatorias cuando ellas tienen por víctimas a los trabajadores. Defendí, por lo tanto, la consideración especial en el texto de la ley de un agregado que se le hizo al proyecto original que había remitido el poder ejecutivo. El agregado refería a las discriminaciones por la condición social y económica comprendiendo entre ellas, especialmente, a las laborales, sobre las cuales no existe pleno reconocimiento de lo frecuente que son” (ver La Discriminación Laboral, Los Derechos De Información Y Expresión Y La Nulidad De Los Despidos, DJ, 2005-3, pág. 999).

las personas no puede ser realizada arbitrariamente de modo que se impida o limite el ejercicio de los derechos humanos. La clasificación de las personas debe ser realizada con sustento en propiedades objetivas (no arbitrarias) y debe tener por objeto o por resultado el aseguramiento o la promoción de los derechos humanos (o el ejercicio igualitario de los mismos). Este es el sentido cabal del texto bajo análisis. En segundo lugar el acto discriminatorio (propriadamente dicho) consiste en impedir o limitar (obstruir, restringir o menoscabar) el ejercicio de un derecho o de una garantía constitucional por un motivo de sexo, raza, religión u otro parecido. Aquí el acto discriminatorio es un acto o una omisión que, determinado por un motivo de sexo, raza, religión u otro similar, impide o limita el ejercicio de un derecho o de una garantía reconocida en la ley suprema. En este segundo caso el acto discriminatorio queda definido por el ataque a un derecho constitucional a partir de un motivo prohibido (sexo, raza, religión, etc), de modo tal que no presupone ninguna clasificación previa, ni el análisis o crítica de las propiedades tenidas en cuenta para llevarla a cabo.

Las consecuencias que establece el art. 1 de la ley 23.592 ante el acto desigualitario y ante el acto discriminatorio son las siguientes: el damnificado puede pedir que el autor del acto sea obligado (por el gobierno) “a dejar sin efecto el acto o a cesar en su realización” o a que repare el “daño moral y material ocasionados”. Como en el art. 1 se indica que el titular de la acción es el damnificado, éste -en cuanto víctima- bien puede consentir el acto lesivo y, en consecuencia, no actuar en su propia defensa. Esto quiere decir también que el damnificado bien puede consentir sólo la realización del acto injuriente y, en este sentido, no reclamar que se deje sin efecto o que cese su ejecución, sino pedir que se lo indemnice por los daños padecidos. En el art. 1 de la ley 23.592 se ha escrito la letra “y” para unir los dos reclamos que puede hacer la víctima. Así se puso en el texto que, a pedido de la víctima, el autor del acto será obligado a dejarlo sin efecto o a cesar en su realización y a reparar los daños. Pero, en forma más ajustada, se debe entender que el damnificado tiene tres alternativas: o bien pide sólo que se deje sin efecto o que cese su ejecución; o bien pide que se deje sin efecto o que cese su ejecución y que se le reparen los daños ocasionados; o bien pide sólo la reparación de los daños sufridos.¹⁰³

103 Cuando en el texto digo que como en la ley el titular de la acción es el damnificado, entonces él puede consentir el acto lesivo, con ello no quiero significar que el principio de igualdad o la prohibición de discriminar carezcan de imperatividad, o que la violación de ellos sea susceptible de ser consentida por el silencio del trabajador o por su inacción.

La ley 23.592 es una consecuencia directa de la Constitución nacional y de los derechos reconocidos en ella a favor de la persona. La ley 23.592 reafirma el orden republicano, democrático o liberal establecido en la ley suprema. Los derechos reconocidos en la ley 23.592 aparecen expresa o implícitamente en la Constitución nacional en su versión de 1853 y también luego de la reforma de 1994 con la incorporación de los tratados enumerados en el inc. 22 del art. 75. Al respecto se impone recordar el derecho de todos los habitantes de peticionar a las autoridades (art. 14), el principio de sentencia fundada en ley (art. 17), el principio del debido proceso y el derecho de defensa en juicio (art. 18), el principio de indemnidad (art. 19), los principios de supremacía constitucional y de razonabilidad (arts. 27, 28 y 31) que, junto a los derechos no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana (art. 33), antes de la reforma de 1994, ya justificaban la acción de amparo contra todo acto u omisión del gobierno o de un particular, que tenga por objeto o por resultado la supresión o limitación del derecho a la igualdad, o contra cualquier otro acto u omisión discriminatorio que suprima o limite cualquier derecho constitucional. Es claro que luego de la reforma de 1994 este derecho básico ha quedado expresamente reconocido cuando en el art. 43 se establece la facultad de toda persona a interponer la acción de amparo (en su primer párrafo), mientras que en su segundo párrafo

Sostener tal doctrina es erróneo y resulta sumamente contrario a la real vigencia de la Constitución nacional (en cuanto mandato popular: “ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución” se expresa en el preámbulo). Así, por ejemplo, está equivocado afirmar que “El principio de igualdad de trabajo no es generalmente imperativo por sí mismo y no puede el trabajador aceptar que se le apliquen otras condiciones distintas de las que rigen para sus compañeros que realizan igual tarea.” y que “El trabajador que durante un largo tiempo (en el caso 21 meses) no formuló objeción ni adoptó ningún modo de obrar tendiente a cesar un ‘trato discriminatorio’, aceptó la subsistencia de esa situación y por ello carece de derecho a reclamación de reparación” (CNAT, Sala V, 31-5-1997, TySS, 1979-344). También está equivocado considerar que “Si el trabajador, ante las supuestas conductas afrentivas de la empleadora, asumió una conducta pasiva sin utilizar las herramientas que le otorgaba el plexo normativo en que funda ahora sus reclamos, para intentar el cese de aquellas actitudes discriminatorias, no puede pretender luego un beneficio económico. La ley sindical le daba, en el caso concreto, elementos para que intentase al menos conseguir que la accionada cese en las actitudes humillantes y discriminatorias. Para más, en el caso la demandada despidió al trabajador pagándole las indemnizaciones conforme a derecho -tan es así que nada reclama al respecto- y ahora pretende conseguir otro resarcimiento económico invocando la tutela de un orden normativo que le daba elementos para que intentara positivamente que la discriminación cesara” (CNAT, Sala V, sd 66402, 22-4-04, Palmer, Alfredo c/ Kraft Suchard Argentina SA s/ Daños y perjuicios, expte. N° 24914/99).

se dispone la misma vía procesal “contra cualquier forma de discriminación”. El art. 43, a su vez, queda ampliado por los tratados enumerados en el inc. 22 del art. 75 de la ley suprema y, en especial, por los arts. XVIII de la Declaración Americana, 7, 8 y 10 de la Declaración Universal, 25 de la Convención Americana y los arts. 2.3, 14.1 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Sobre la base de lo expuesto es claro que todo habitante de las Provincias Unidas del Río de la Plata (tanto antes de la reforma de 1994 como después de ella) puede pedir a la autoridad (en principio a la judicial) para que declare la nulidad del acto desigualitario o discriminatorio o para que ordene la reparación de los daños y perjuicios causados.¹⁰⁴

Para determinar si se ha violado o no el principio de igualdad (o de trato igual) resulta necesario realizar una comparación entre el trato recibido por diferentes personas y atendiendo a las circunstancias en que se encontraban; mientras que para demostrar la existencia de una violación de la prohibición de discriminar hay que atender a si el acto ha suprimido o limitado un derecho sobre la base de un motivo prohibido. En términos generales se puede decir que el principio de trato igual gira en torno a la comparación, mientras que la prohibición de discriminar se centra en el motivo prohibido del acto. La discriminación aparece así como una supresión o limitación de un derecho por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, etc. De modo tal que acreditado el motivo prohibido (la causa racial, religiosa, etc) por el cual se ejecuta el acto o la omisión que suprime o limita un derecho, estamos en presencia de una conducta discriminatoria con independencia de cualquier otro dato.

En principio, me pronuncio en contra de exigir la comparación como un requisito para determinar la existencia de un acto u omisión discriminatoria. No pienso que el art. 1 de la ley 23.592 requiera de la comparación. A mi entender el art. 1 de la ley 23.592 parte del dato (o supone) que en la Nación impera el “pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales”, de modo tal que “Quien impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe” ese ejercicio (del que gozamos todos los habitantes), por medio de “actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión...”, etc, “será obligado, a pedido del interesado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el

104 Las mismas conclusiones se imponen sobre la base de lo establecido en el Código Civil (ver, entre otros, los arts. 495, 506, 512, 625, 740, 747, 750, 896, 898, 902, 944, 1037, 1044, 1056, 1059, 1066, 1067 y cc).

daño moral y material ocasionados.”

La discriminación se piensa como un tipo de distinción, como una distinción prohibida. Al distinguir un objeto de otro lo que realizamos es incluir a cada uno de ellos en conjuntos diferentes. Cuando distinguimos a un objeto consideramos que el mismo no pertenece a un conjunto determinado. Un objeto pertenece a un conjunto en la medida que posea las propiedades (o cualidades) que elegimos para definir a la clase. Cuando distinguimos al objeto y lo excluimos del conjunto (o decimos que no pertenece al mismo), estamos afirmando que no posee las propiedades o cualidades que definen a la clase. El caso de la discriminación o de la distinción prohibida es diferente. Cuando discriminamos también estamos excluyendo un objeto de una clase, o estamos afirmando que no pertenece a ella, pero en este caso resulta que la distinción no se realiza a partir de la evaluación de las propiedades o cualidades que definen al conjunto sino en razón de otras propiedades o cualidades que, además, están prohibidas por la ley positiva o por la moral (positiva o ideal).

El conjunto de los titulares de los derechos humanos son las personas humanas; para pertenecer al conjunto de los titulares de los derechos humanos hay que ser una persona humana. Cuando excluimos a un objeto de ese conjunto es porque no es una persona humana (ej: una piedra, una planta). Pero cuando discriminamos a una persona humana y la excluimos del conjunto de los titulares de los derechos humanos, no lo hacemos porque no posea las propiedades que definen al conjunto, sino en atención a motivos ajenos que, además, están prohibidos por la ley o por la moral (tales como la raza, la religión, la nacionalidad, etc).

Las cualidades raciales, religiosas, nacionales, etc., no se toman como definitorias del conjunto de los titulares de los derechos humanos. Para pertenecer a ese conjunto hay que ser persona humana y el concepto de persona humana (a dichos efectos) no se define sobre la base de las propiedades raciales, religiosas o nacionales, etc.. ¿Cuáles son las cualidades definitorias de la persona humana? No las voy a indicar aquí después del fracaso de Platón (una persona inteligente) en *El Político*¹⁰⁵. Pero está claro que, entre

105 Sobre el intento fallido de Platón, cuenta Diógenes Laercio (al ocuparse de la vida y doctrina de Diógenes, en su *Vidas, Opiniones Y Sentencias De Los Filósofos Más Ilustres*, El Ateneo, Buenos Aires, 1959) que “Habiendo Platón definido al hombre, animal de dos pies sin plumas, y agradándose de esta definición, tomó Diógenes un gallo, quitóle las plumas, y lo echó en la escuela de Platón, diciendo: “Este es el hombre de Platón.” Y así se añadió a la definición, con uñas anchas.” (pág. 311).

esas propiedades, no se encuentran la raza, la religión, o la nacionalidad, etc. Parecería que para la ciencia del derecho (o para la moral), la raza, la religión, la nacionalidad, etc., a los fines de definir a la persona (o al objeto que pertenece al conjunto de los titulares de los derechos fundamentales), son propiedades irrelevantes, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en la antropología física, en la sociología o en la geografía política, donde se realizan clasificaciones (agrupamientos) a partir de esas cualidades.

Cuando en los documentos internacionales incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22) encontramos oraciones donde se expresa, por ejemplo, que “ Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición ” (art. 2.1, Declaración Universal), se establece que para ser integrante del conjunto de los titulares de los derechos y libertades humanos hay que ser una persona humana, y que, al mismo tiempo, resultan irrelevantes las cualidades raciales, de color, de sexo, etc. que posea.

Así quien denuncia haber sufrido una discriminación debería demostrar que se le ha suprimido o limitado un derecho, y que dicha supresión o limitación se ha determinado por motivos tales como la raza, la religión, la nacionalidad, etc.¹⁰⁶

106 Pienso que a partir de estas consideraciones podemos sortear a la comparación como un requisito para tener por existente al acto discriminatorio. Aunque no estoy seguro de si las mismas no poseen consecuencias absurdas o que no estaría dispuesto a aceptar de acuerdo a mis sentimientos morales. En los autos Caballero Adolfo O. C/ Transporte Metropolitano General Roca SA, la Sala VIII, CNAT, dicta sentencia el 17-12-2004 (ver DT mayo 2005, pág. 674 y ss) y rechaza el pago de una reparación del despido con sustento en la ley 23.592, que, en la sentencia de primera instancia, se había agregado a la indemnización tarifada. A mi entender la sentencia es un ejemplo de la confusión entre el principio de trato igual y la prohibición de discriminar que critico en el texto. En tres veces se pide en el fallo la comparación o “el término esencial de comparación”, o “la nota de comparación con otros, por definición no integrantes del subconjunto al que se atribuye una característica susceptible de constituir la causa del discriminar”, o que se conteste “la pregunta: ¿respecto de quién o quiénes en situaciones asimilables?” El sustento que se da a esta exigencia es el mismo texto del art. 1 de la ley 23.592 cuando en ella se protege “el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales”. Así se consideraría que como el ejercicio de los derechos humanos debe ser “sobre bases igualitarias”, quien alega ser discriminado debe demostrar que ha sido objeto de un trato desigualitario, en el sentido que, encontrándose en circunstancias similares, ha sufrido un trato distinto a otras personas por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, etc. Para lo cual se requiere (equivocadamente como he demostrado) de la comparación. Pero claro está que se requiere de la comparación cuando

De la misma manera que no hay que confundir el principio de igualdad con la prohibición de discriminar, tampoco hay que mezclar la conducta de violar un derecho constitucional con la conducta de violar un derecho constitucional por medio de un acto discriminatorio. En este error incurre Liveralla cuando se ocupa del tema, sin reparar que son conductas diferentes.¹⁰⁷ La conducta de violar un derecho constitucional equivale a suprimir o limitar un derecho constitucional. La conducta de violar un derecho constitucional por medio de un acto discriminatorio equivale a suprimir o limitar un derecho constitucional por un motivo que está prohibido (sexo, raza, religión u otros similares). Y las consecuencias de cada conducta son distintas. Por ejemplo, si el patrón no paga el sueldo lesiona al derecho a la justa retribución y por ello debe el salario con más sus intereses. Pero distinto es el caso del empleador que no paga el sueldo a su empleado por el hecho de ser judío: a este empleado le debe el sueldo, los intereses y la reparación de los daños y perjuicios por haberlo discriminado. Si no hacemos estas distinciones conceptuales, ni indicamos las diferentes consecuencias que acarrearán los diversos casos, el

hay que determinar si se ha violado o no el principio de igualdad. Así, por ejemplo, sucede en los autos Monsalvo, Jorge O. c/ Cafés Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos SA (con sentencia del 31-12-97 de la Sala X, CNAT), donde la comparación resulta inevitable ya que la queja del actor tiene sustento en el trato desigualitario que recibe de la empleadora, quien le abona salarios de hasta tres veces menos que a otros empleados de similar nivel, y de hasta un treinta y siete por ciento menos que al personal que posee a cargo.

107 El error aparece en el siguiente párrafo: “Aplicado al ámbito de las relaciones laborales, el principio de igualdad de trato en el contrato de trabajo se traduce en una prohibición al empleador de trato diferenciado injustificado de los trabajadores, vedando la discriminación ilícita de los mismos. En un análisis que sobre el tema formula Palomeque López, señala que la noción de discriminación ilícita del trabajador contiene dos ingredientes o elementos constitutivos: 1) trato diferenciado de un trabajador por el empleador en relación con otro u otros de sus compañeros en la empresa por razón de una circunstancia personal ostentada por aquél (edad, sexo, opinión política, afiliación sindical, etc.). Discriminar traduce la idea de ‘separar, distinguir, diferenciar’ una persona de otra, lo que supone necesariamente una relación comparativa con otros sujetos, de la que se propone extraer una consecuencia diferenciada, particular y distinta, y 2) trato diferenciado de un trabajador por el empleador que resulta además injustificado, no reprobado por el ordenamiento jurídico (no toda diferenciación de trato comporta una discriminación ilícita). Consecuentemente, se presenta el trato diferenciado injustificado cuando la diferenciación del trabajador en cuestión, en relación a los demás trabajadores, contiene una vulneración de cualquiera de los derechos constitucionales del mismo. ‘El trato diferenciado del trabajador -concluye el autor citado (o sea: Palomeque)- no es así más que el vehículo que porta el verdadero elemento característico de la discriminación ilícita, no otro que la violación por el empleador de un derecho constitucional en la persona del trabajador’” (ver Liveralla, ob. cit., pág. 76).

acto discriminatorio deviene en un dato irrelevante. Y así sucede en el estudio que sobre el tema realiza Rodríguez Mancini: el acto discriminatorio es un dato irrelevante que no conlleva consecuencias jurídicas. Para Rodríguez Mancini “la referencia a una reparación justa y adecuada por todo el daño” (que dispone el art. 6 de la Convención contra la discriminación racial) “puede entenderse reglamentada por la que establece el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, en el supuesto de que la vulneración del DF (derecho fundamental) de que se trata -discriminación racial- hubiera dado lugar a una ruptura del contrato de trabajo.”¹⁰⁸ A lo que agrega que “la reparación que prevé la Convención está referida precisamente al daño de que pudiera ser víctima como consecuencia de la discriminación, lo que se concreta básicamente en el pérdida del empleo. Si el trabajador acreditara un daño mayor por ese mismo incumplimiento, la indemnización tarifada cubre por definición (en cuanto es una indemnización tarifada) todo el daño derivado de la disolución del contrato.”¹⁰⁹ De modo tal que para este autor el acto discriminatorio nada agrega, es irrelevante, superfluo.¹¹⁰

El principio de igualdad y la prohibición de discriminar rigen en la celebración del contrato de trabajo, en la duración del mismo y también en su extinción. No hay razón alguna para limitar el imperio de los derechos

108 Rodríguez Mancini, Jorge, *Derechos Fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 233.

109 Rodríguez Mancini, ob. cit., pág. 234.

110 Sin embargo no es así. La discriminación es un agravante en la violación del derecho. Por ejemplo, se ha decidido que “Es discriminatoria la conducta de la empleadora que impide el reintegro a su trabajo del dependiente portador el virus HIV. En consecuencia, debe resarcir el daño causado con tal comportamiento discriminatorio, en tanto no haya sido reparado con la indemnización tarifada propia del distracto laboral, pues además de éste se ha producido un hecho ilícito, por violación de la ley contra la discriminación, configurándose un supuesto encuadrable en los arts. 1109, 1067 y concs. del Cód. Civil.”; o que “La afectación anímica y espiritual del portador asintomático del virus de inmunodeficiencia humana (HIV) no puede confundirse con la específica mortificación espiritual derivada del prejuicio, discriminación y marginación que implica la negativa de su empleador de permitirle el reintegro a sus tareas laborales, actitud que provoca un daño moral susceptible de ser indemnizado” (ver CNACiv, Sala I, 3-4-1997, T.P. c. E.S.S.A., LL 1997-D, 398). Y también se ha decidido que “Ante un acto discriminatorio corresponde acoger el reclamo por “daño moral” toda vez que de conformidad a lo dispuesto por los arts. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional, 81 de la LCT, 1° de la ley 23.592 y 1044 y 1056 del Cód. Civil, un acto discriminatorio produce los efectos de un acto ilícito.” Y ello así aunque “no se acredite que haya mediado dolo, culpa, negligencia o ligereza por parte del empleador” (CNAT, Sala X, 31-12-1997, Monsalvo, Jorge O.c. Cafés Chocolates Aguila Y Productos Saint Hnos SA, DT 1998, 1237).

reconocidos en la Constitución o en los documentos internacionales que la amplían. Este ámbito amplio de validez viene a su vez confirmado por ciertas normas especiales que también debemos indicar. En el Convenio OIT 111 se establece que “los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.” Asimismo en la Recomendación OIT 111 (sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación) se dispone que “Todo miembro debería formular una política nacional encaminada a impedir la discriminación en materia de empleo y de ocupación.” A dichos efectos se deben respetar los siguientes principios: el “fomento de la igualdad de oportunidad y de trato en materia de empleo y ocupación es asunto de interés público”; “Todas las personas, sin discriminación, deberían gozar de igualdad de oportunidades y de trato en relación con las cuestiones siguientes: i) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación. ii) acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo. iii) ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona. iv) seguridad en el empleo. v) remuneración por un trabajo de igual valor. vii) condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo.”; y además, los patrones “no deberían practicar ni tolerar discriminaciones al contratar, formar, ascender o conservar en el empleo a cualquier persona o al fijar sus condiciones de trabajo”.¹¹¹

111 En el Convenio OIT 111 se establece un concepto de discriminación que resulta coincidente al ya expuesto en el texto sobre la base de los documentos internacionales enumerados en el inc. 22 del art. 75 de la ley suprema; así se define que “el término discriminación comprende”, en principio, “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.” Contra el Convenio OIT 111 y su Recomendación, Rodríguez Mancini dice que “Cuesta sostener este conjunto de propósitos que represente el reconocimiento de derechos subjetivos exigibles por los trabajadores ante un tribunal, persiguiendo a su empleador infractor de esas líneas que ‘deberían’ informar la conducta de estos últimos” (ver Rodríguez Mancini, ob. cit., pág. 238). Al criticar -más adelante- sus ideas opuestas a la reinstalación del empleado separado por un despido discriminatorio, también mostraré los errores de esta concepción (o sus consecuencias nocivas).

4.1. A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Hace casi cincuenta años Katz consideraba que el principio de igualdad no regía para el ingreso a la empresa; para Katz, en esa etapa, imperaba la libre contratación.¹¹² En aquella época su opinión no tenía razón justificatoria. Hoy en día tampoco. Sobre la base de la Constitución (y los tratados en ella enumerados) considero que Katz está equivocado. A mi entender la igualdad impera a la celebración del contrato de trabajo.¹¹³

De acuerdo a la Constitución, todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros, tienen los derechos de trabajar, de no trabajar y de elegir libremente un trabajo. El estado y toda persona tienen el deber de no menoscabar o anular el ejercicio de estos derechos. A estos derechos básicos de la persona -reconocidos en el art. 14 y 14 bis-, se agrega que todos los habitantes son “admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad” (art. 16). La admisibilidad en los empleos sólo debe ser juzgada (decidida) por la idoneidad de la persona para cumplir con las tareas o funciones que se definen para el cargo al que aspira. Se trata de un derecho de todos los habitantes y para el ingreso a todos los empleos. Se equivocan quienes limitan este derecho sólo para el caso de los empleos públicos: no hay sustento alguno en el texto de la Constitución para afirmar tal restricción. En definitiva, el criterio para definir la admisibilidad es la idoneidad.¹¹⁴

El principio de igual trato y la prohibición de discriminar rigen en el proceso de celebración del contrato de trabajo, en la admisión de una persona a un empleo. El principio de igual trato y la prohibición de discriminar imperan tanto para la determinación de los requisitos para acceder a un puesto como para la evaluación sobre si una persona los cumple. Los requisitos exigidos no deben violar el principio de igual trato, o, en otras palabras, no deben excluir a unas personas de lo que se otorga a otras en identidad de situaciones. Además, en principio, los requisitos no deben estar integrados por razones prohibidas, o por motivos discriminatorios tales como sexo, raza, religión u otros similares. Digo en principio porque el carácter prohibido o permitido de la razón utilizada como requisito no se puede definir en términos

112 Katz, Ernesto R., La Obligación De Tratar De Un Modo Igual A Los Iguales, En *Iguales Circunstancias*, En *El Derecho Del Trabajo*, DT, 1958, 694.

113 Al explicar el art. 17 de la LCT, Justo López señala -como primer alcance de la norma- “la discriminación en contra de quienes no están -o no están todavía- vinculados por un contrato o una relación de trabajo” (ob. cit., pág. 163).

114 Ver párrafo 6.3.

generales o para todos los casos, sino que, en gran medida, estará en relación al tipo de empleo o puesto de que se trate. Por ejemplo: no es un requisito discriminatorio establecer que se requiere de modelos mujeres para exhibir ropa femenina; o que se requiere ser cristiano para aspirar a un puesto de cura párroco.¹¹⁵ De la misma manera que el establecimiento de las condiciones de acceso, la evaluación de los aspirantes debe ser ejecutada en cumplimiento del principio de igualdad y de la prohibición de discriminar. Por ello, por ejemplo, el principio de igual trato en la admisión a un empleo es violado cuando una persona -al igual que otras que cumplen con los requisitos para ingresar a un trabajo y son admitidas- es rechazada para el puesto. Y también la prohibición de discriminar es violada cuando, en los hechos, una persona no es admitida en un puesto por una razón prohibida (ej: por ser judío).

La admisión se debe decidir por la idoneidad. La idoneidad queda definida por el cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder al empleo y por la habilidad o destreza que, prima facie, el aspirante muestra para cumplir con las tareas que se le asignarían. De modo que queda eliminada la arbitrariedad, la discrecionalidad injustificada, para negar un trabajo a una persona, por cuanto su aspiración debe ser sólo juzgada atendiendo a la idoneidad. Asimismo cualquier otra razón esgrimida puede ser considerada o bien un trato desigualitario o un acto discriminatorio.

A mi entender se equivocan Hierrezuelo y Ahuad cuando afirman que “habrá discriminación respecto del candidato, si pese a ser el elegido, no se concreta su contratación en base al hecho discriminatorio. Ejemplificando, resulta claro que ningún empleador estará obligado a tomar para un puesto determinado a un portador de VIH, pero si hecha su elección por uno de los postulantes, éste resultara luego ser portador del virus, existirá acto discriminatorio en caso de no concretar su contratación, basado en esta circunstancia.”¹¹⁶ No cabe duda que, prima facie, existe discriminación

115 Por ejemplo: se ha rechazado una demanda civil por daños y perjuicios (o daño moral) promovida por una persona que había sido empleado de la iglesia ortodoxa, que lo despide cuando se ordena sacerdote de la iglesia católica. En la sentencia se aclara -diría obiter dictum- que “si se tratara de la exclusión de una persona de un club, institución cultural o educativa y, en general, ente o asociación no confesional por razones religiosas constituiría una violación de la ley, de la Constitución Nacional y de los tratados que poseen rango semejante” (ver CNACiv., Sala G, 2003/06/26.- B., J.C.M. c/ Asociación Consejo Administrativo Ortodoxo).

116 Hierrezuelo Ricardo Daniel y Ahuad Ernesto Jorge, La falta de incorporación al empleo por cuestiones discriminatorias. Análisis del problema y acciones posibles, DT,

cuando no se lleva a cabo la celebración del contrato en atención a una razón prohibida (como ser el sexo, la raza, u otra similar). Pero es errado sostener que el empleador no está obligado a contratar a una persona de las incluidas en algunas de las clases protegidas (sexo, raza, religión, etc.). La cuestión radica en que, prima facie, la razón prohibida no se puede utilizar como criterio para decidir el ingreso de una persona a una empresa, salvo que el motivo bajo examen sea la clara causa excluyente de la idoneidad de la persona que la ostenta, inhabilitándola para el puesto o trabajo al que aspira. El error consiste en que Hierrezuelo y Ahuad ubican el hecho ilícito de la discriminación luego de la elección patronal del candidato cuando, a decir verdad, el acto discriminatorio se consuma en la decisión de elegir a una persona y no a otra sobre la base de poner en juego una razón prohibida. En la medida que hay razones que no se pueden utilizar para realizar distinciones, es claro que la protección legal abarca todo el proceso decisorio vinculado a la contratación de un empleado, de modo tal que el motivo prohibido no puede ser utilizado como un criterio para justificar la elección. El sexo, la raza, la religión, la nacionalidad, o cualquier otro motivo similar, no pueden ser usados para dar sustento a una contratación de personal. Son razones prohibidas y por consiguiente el patrón está obligado a no considerarlas para la designación. De todo ello resulta también mi discrepancia con Hierrezuelo y Ahuad cuando afirman “el justo derecho que le asiste al empleador de ejercer un alto grado de discrecionalidad a la hora de elegir al candidato”. Ello no es así, habida cuenta que la discrecionalidad en el escogimiento está limitada por los motivos prohibidos (sexo, raza u otros similares) y por las razones objetivas que, en general, debe sostener toda distinción.

Por las mismas razones discrepo con Pose cuando sostiene que “en las relaciones de empleo privadas, el patrón es libre de emplear a quien él desee, pues la simpatía laboral la maneja exclusivamente la parte empresaria, y por ello cuando el empleador tiene prejuicios raciales, sexuales o religiosos prefiere no contratar a aquellos potenciales subordinados que infravalora como sujetos. Este fenómeno autoriza, prima facie, a ser prudente en la aplicación de las reglamentaciones laborales que se han dictado para perseguir conductas discriminatorias.”¹¹⁷ Como ya dije: la libertad de contratación y la

2002-A, 931.

117 Pose, Carlos, La tipificación del despido discriminatorio en perjuicio de la trabajadora embarazada durante el período de prueba, DT, 2002-A, 948.

discrecionalidad patronal se encuentran limitadas por la idoneidad y el principio de igualdad. Por otro lado, el subterfugio de no contratar a las personas que se “infravalora como sujetos” (en la medida que se les puede atribuir algunas de las propiedades prohibidas) también puede ser limitado. Puede ser considerada como una presunción de discriminación la desproporción existente entre la relación que guardan las subclases de empleados (agrupados sobre la base de las razones prohibidas tales como sexo, raza, religión) con respecto a la relación que mantienen las subclases de los habitantes (agrupados a partir de las mismas propiedades) donde se halla la empresa. Para ello se debe investigar acerca de si dentro del conjunto de los trabajadores de la empresa, las subclases de empleados guardan entre sí la misma relación que existe entre las subclases de los habitantes de la ciudad donde se ubica el establecimiento. Así, por ejemplo, se puede considerar que se discrimina en el ingreso a los judíos si entre los empleados de la empresa no se mantiene la misma relación entre cristianos y judíos que la existente en la ciudad donde está radicado el establecimiento; máxime si se trata de una ciudad con mayoría de población judía y en la empresa hay mayoría de empleados cristianos. El mismo estudio (con su consiguiente presunción) cabe para el caso de distinciones basadas en el sexo, en la raza, o en la nacionalidad o el origen o nivel social.

Sobre el tema Miguel A. Padilla dice que “no parece irrazonable que el propietario de una empresa prefiera favorecer a miembros de su misma raza, religión o nacionalidad proporcionándoles trabajo en aquella con preferencia a otras personas”.¹¹⁸ Esta doctrina es claramente contraria a los derechos reconocidos en la Constitución, tales como la igualdad y la prohibición de hacer discriminaciones, al mismo tiempo que lesiona a la idoneidad como condición para acceder y permanecer en un empleo (art. 16).

Ha decidido la Corte Suprema que “es incompatible con los derechos de trabajar y agremiarse libremente la exigencia del carnet sindical que otorga un solo sindicato para que los obreros puedan inscribirse en la Bolsa de Trabajo y obtener y conservar su empleo. La libertad de agremiación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o no afiliarse a ninguno, y no puede admitirse como congruente con la Constitución un ordenamiento según el cual el derecho de trabajar queda supeditado a una afiliación gremial necesaria y a la permanencia en determinado sindicato mientras dure la

118 Miguel A. Padilla, *Lecciones Sobre Derechos Humanos Y Garantías*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, T° I, págs. 181 y 182.

ocupación.”¹¹⁹ Aunque la cuestión se haya resuelto en defensa de la libertad de trabajar y de la libertad de afiliación, en el caso Outón claramente está en juego el principio de igualdad: hay un trato desigualitario entre los que poseen carnet sindical y los que no lo poseen; o, en otras palabras, poseer o no carnet sindical es una característica irrelevante de la persona para decidir su ingreso a un empleo (o para conservarlo); se trata de un motivo o razón que no es objetiva; la causa sobre la cual se basa la distinción viola a la ley suprema cuando exige como condición para acceder al trabajo a la idoneidad (art. 16). Para Ramírez Bosco la cuestión “puede vérsela con relación a la obligación de no discriminar, no ya entre trabajadores ocupados sino entre postulantes a un empleo.”¹²⁰

Sobre la base de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y, en especial, por lo establecido en el art. 1 de la ley 23.592 el damnificado de un acto desigualitario o discriminatorio puede pedir que el mismo se deje sin efecto o cese en su realización. En el caso concreto de la frustración del ingreso a un empleo el damnificado puede, entre otras cosas, solicitar que se eliminen los criterios de selección lesivos de la igualdad, a cuyos efectos deberá cuestionar la validez de la norma donde se establecen (sea ella una ley, decreto, resolución ministerial, convención colectiva o reglamento interno de la empresa); o pedir que su ingreso sea evaluado y decidido sobre la base de su idoneidad; o reclamar su ingreso atento a que cumple con los requisitos exigidos. También puede el damnificado consentir el acto agravante y demandar sólo el pago de los daños y perjuicios causados por su ilegal exclusión.

La Corte Suprema -al resolver sobre el pedido de amparo de una persona que pretendía ingresar como alumno a un profesorado de matemática y astronomía y cuyo certificado de aptitudes psicofísicas le había sido denegado por no cumplir con la altura mínima requerida- decidió que la “negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica, fundamentada únicamente en la estatura del actor -1,48 m- no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemáticas y astronomía e importa una limitación arbitraria a los derechos de enseñar y aprender, contemplados en el art. 14 de la Ley Fundamental, que excede la facultad reglamentaria de la administración.” La sentencia de la Corte es del 15-5-1984. La causa venía con

119 Corte Suprema, 29/3/67, Outon y otros, DT 27, 231.

120 Ramírez Bosco, ob. cit., pág. 99.

dictamen del procurador Mario Justo López (un funcionario de la dictadura) del 30-11-1983. Y fue el procurador quien claramente encuadró la cuestión como un caso de discriminación, cuando expuso que las argumentaciones del estado nacional, “tal el considerarse que el nivel de la altura del profesor, en la medida en que puede ser superado por la media de los alumnos, es un factor negativo para el correcto desenvolvimiento de la clase, distan, a mi juicio, de ser de significación como para constituir el mencionado fundamento y llegar a conmovir la solución alcanzada por el a quo. Por el contrario, estimo que esa mínima referencia viene a traslucir un concepto discriminatorio impropio de los sentimientos que conforma nuestra moral republicana, que en modo alguno puede aceptarse sean infundidos desde las bases de la escuela secundaria o primaria a los educandos, al consagrar normativamente tal discriminación repugnante a dichos sentimientos.”¹²¹

También ha resuelto la Corte Suprema a favor de los derechos del extranjero sobre la base de su igualdad con los derechos civiles del ciudadano del país que le reconoce expresamente el art. 20 de la Constitución Nacional. Y así ha decidido, según los votos de los jueces Petracchi y Bacqué, que “Ante los categóricos términos del artículo 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la ley fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Por tal razón aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un ‘interés estatal urgente’ para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’”. Mientras que los jueces Caballero y Belluscio afirmaron que “En cuanto al ejercicio de los derechos civiles dentro de la República y, especialmente, al desempeño de profesiones, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentino por expresa disposición constitucional, por lo que toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la disposición del art. 20 de la carta fundamental.”¹²²

Los tribunales inferiores han conocido y decidido causas donde se han ventilado controversias sobre el ingreso de personas a una empresa. Las causas han versado tanto en reclamos de reparación de daños y perjuicios,

121 Fallos 306:400.

122 Corte Suprema, 8-11-1988, Repetto, Inés M. C. Provincia de Buenos Aires, LL 1989-B, 351.

como también en pedidos de ingreso al empleo.

Entre las primeras -donde se pide el pago de una indemnización por los daños y perjuicios- se ha decidido, por ejemplo, que “La invocación de la diabetes como fundamento de la no contratación de un trabajador en violación de la ley 23.753, es un acto discriminatorio e ilícito que responsabiliza civilmente a quien obra en tal sentido.” Por ello es procedente la indemnización del daño moral reclamada.¹²³

Entre las segundas -donde se reclama el cese del acto desigualitario o discriminatorio- se destacan los autos Fundación Mujeres En Igualdad Y Otro c/ Freddo SA¹²⁴. Aquí se decide condenar a la demandada a contratar personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad existente con relación al personal masculino, en la medida que en la causa se comprobó que dicha compañía no contrata mujeres o lo hace en un número muy inferior a los varones que toma. Entre sus considerandos claramente se afirma que “Debe asegurarse a las mujeres no ser discriminadas en el acceso a los puestos de trabajo por su condición, así como el acceso a los puestos de mayor jerarquía, hechos que suelen ocurrir en la práctica. La Sala H de la Cámara Nacional Civil sostiene que “si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten” y que “la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad” de contratar.

4.2. DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El principio de igual trato y la prohibición de discriminar rigen durante la ejecución del contrato de trabajo y, en consecuencia, regulan la conducta del empleador con respecto a sus empleados: el empleador debe igual trato a sus empleados, y tiene prohibido realizar actos discriminatorios contra ellos.¹²⁵

123 CNACiv, Sala H, 4-9-2000, Sendoya, Josefina O. c/ Travel Club SA, LL 2001-B, 195. La ley 23.753 ordena protecciones especiales a favor del enfermo de diabetes y, en su art 2, se establece que “La diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral, tanto en el ámbito público, como en el privado.” Hay otras leyes que también reconocen medidas especiales para asegurar la igualdad. Así por ejemplo la ley 23.798 (SIDA); o la ley 24.012 (Código Nacional Electoral) o la ley 25.674 (de reforma al régimen de asociaciones sindicales) cuando establecen el cupo femenino.

124 CNCiv, Sala H, 2002/12/16, DT, 2003-A, 363.

125 Pese a que Katz consideraba, como ya dije, que el principio de igualdad no regía en el proceso de la contratación de un empleado, entendía que era imperativo durante la ejecución

El art. 14 bis manda que las condiciones de trabajo sean dignas y equitativas. Por las condiciones de trabajo se puede entender al conjunto de los derechos del empleado. El empleado es titular -en cuanto parte del contrato de trabajo- de derechos equitativos o de derechos iguales al resto de los trabajadores que se encuentren en idéntica situación y a no sufrir discriminaciones por razones de sexo, raza, religión u otras similares.

Los derechos básicos del empleado -sobre los cuales tiene derecho al goce en igual trato y sin padecer discriminaciones- son algunos de los que indico a modo de ejemplo: ocupación; salarios, gratificaciones, reintegro de gastos; beneficios sociales; jornada de trabajo, horario de trabajo y trabajo extraordinario; descansos durante la jornada, entre jornadas, semanales y anuales; licencias en general (por enfermedad, estudio, casamiento, otras); otorgamiento de capacitación, de categorías y de ascensos; seguridad e higiene; servicios sociales y asistenciales; controles personales y facultades disciplinarias; y, además, a ejercer los derechos personales reconocidos en la constitución tales como el de trabajar y ejercer toda industria lícita, el de navegar y comerciar, el de peticionar a las autoridades, el de entrar y permanecer y transitar y salir del territorio, el de publicar sus ideas, el de usar y disponer su propiedad, el de asociarse (entre el que incluyo la actividad gremial y política), el de profesar su culto, el de enseñar y de aprender, el de elegir y ser elegido, el de contraer matrimonio, y el de procrear, entre otros.

El empleador incumple con el deber de igual trato cuando en la empresa aplica regímenes laborales diferentes para empleados que cumplen las mismas tareas. Las formas para llevar a cabo este trato desigualitario son varias y la utilización de unos u otros, en gran medida, depende del tamaño de la empresa y de los medios legales puestos por el gobierno a disposición. En adelante señalo algunas. Una de ellas, muy común, consiste en registrar a algunas personas como empleados y en mantener a otras como no registradas. Las personas no registradas pueden ostentar sólo ese carácter o con respecto a ellas también se puede simular la existencia de “normas contractuales no laborales” (como se expresa en el art. 14 de la Ley de Contrato de Trabajo donde se anula el fraude laboral). En este último caso, con respecto al empleado no registrado laboralmente se aparenta, por ejemplo, una locación

de la relación laboral. Así decía que “cuando el trabajador ya pertenece al establecimiento, el principio... debe regir” en los casos “de ascenso, licencias y gratificaciones” y en lo que respecta a la remuneración (ver Katz, Ernesto R., La Obligación De Tratar De Un Modo Igual A Los Iguales, En Iguales Circunstancias, En El Derecho del trabajo, DT, 1958, 694).

de servicios. Pero también se puede -siempre con respecto a esta persona no registrada- aparentar una relación de pasantía o de beca de estudio. Siempre el empleador busca el mismo fin, cual es liberarse de aplicar la ley laboral a algunos empleados, o de aplicar la misma ley laboral a todos los que se encuentran en idéntica situación.

El empresario también puede recurrir a la interposición de una persona (como falso empleador) en el contrato de trabajo que lo une con su empleado. También esta conducta es anulada como un fraude laboral por el art. 14 de la Ley de Contrato de Trabajo. La finalidad de interponer una persona como el empleador (falso) es que a las personas que aparecen registradas como sus empleados, se les aplica un régimen laboral diferente (y menos beneficioso) que a las registradas como empleados por el real patrón. La interposición fraudulenta de una persona se puede realizar de diferentes maneras. Veamos tres formas. La primera: el real empleador crea una empresa a través de la cual realiza algunas de las actividades de la empresa principal, pero con personal contratado bajo un régimen laboral menos costoso. La segunda: el real empleador recurre a personal provisto por una agencia de servicios eventuales; en este caso la agencia aparece como el patrón, al mismo tiempo que se simula un contrato de trabajo eventual y la prestación de servicios extraordinarios o transitorios. La tercera: el real empleador contrata a una empresa (real o ficticia) para que ejecute algunas de sus actividades; el personal que aparece registrado por el contratista o el subcontratista (contratista del contratista) se rige por una ley laboral que resulta menos beneficiosa que la que regula las relaciones laborales del personal registrado por la empresa principal.

En la medida que el gobierno sanciona leyes que fomentan las pasantías o becas estudiantiles, la actividad de las agencias de servicios eventuales y la contratación o subcontratación de actividades (o también la llamada tercerización), es claro que se suprime o limita al principio de trato igual o se facilita el trato desigualitario.

El empleador viola el deber de igual trato cuando incumple con el deber de ocupación (con el deber de dar tareas) con respecto a alguno o algunos de sus empleados. En general este incumplimiento del deber de ocupación es un acto persecutorio y discriminatorio como respuesta patronal a una actividad política o sindical del empleado. Pero también puede ser una forma de castigo o una acción tendiente a obtener por parte del empleado su renuncia al empleo o a otros derechos, o la firma de una rescisión del contrato de

trabajo (resolución que, en algunas empresas, se llama “retiro voluntario”).

Uno de los derechos básicos del trabajador -reconocido en el art. 14 bis de la Constitución y en los tratados enumerados en el inc. 22 del art. 75 de la ley fundamental- es el derecho a igual remuneración por igual tarea. Sin embargo, en el derecho gubernamental, prácticamente no existe a partir de la doctrina expuesta por la Corte Suprema en el caso Ratto, donde decidió que “El precepto del art. 14 de la Constitución Nacional que obliga al pago de ‘igual remuneración por igual tarea’, se opone a discriminaciones arbitrarias, como serían las fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no a aquellas fundadas en la mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del obrero. El derecho del empleador de premiar a quienes revelen méritos que justifican una remuneración superior a la que se abona a los otros trabajadores que realizan iguales tareas, no puede sujetarse a la prueba, en la práctica muy sutil y difícil, de que ellos existen, debiendo quedar librado a su prudente discrecionalidad.”¹²⁶

Del fallo Ratto resulta que el empleador tiene derecho a premiar los méritos de sus empleados y que está liberado de probar si los mismos existen o no existen. Para la Corte el empleador puede realizar distinciones según su “prudente discrecionalidad” sin rendir cuenta alguna, o sin tener que justificar sus diferenciaciones sobre la base de razones o motivos objetivos. Así resulta que el derecho a igual remuneración por igual tarea queda pulverizado por la facultad discrecional que se reconoce al empleador. En las Provincias Unidas del Río de la Plata se trata de un derecho que, si bien es básico o elemental, no existe.

Fernández Madrid coincide con Katz en “que si se excluye la exigencia de la fundamentación objetiva del acto del empleador se arrasa el principio del ‘trato igual’, por lo que la motivación razonable del distinto tratamiento deberá ser comprobada si los excluidos de un beneficio piden la igualación.”¹²⁷ Fernández Madrid exige para que haya discriminación la ausencia de un motivo “objetivo” o “especial” que justifique el trato diferente, al mismo tiempo que requiere que el empleado resulte perjudicado con “respecto de la generalidad (situación comunitaria).”¹²⁸ De modo tal que el acto discriminatorio no se

126 Corte Suprema, 26/8/66, Ratto y otro c/ Productos Stani SA, Fallos 265:248 (o en DT 26, 449).

127 López, Justo, Centeno, Norberto O y Fernández Madrid, Juan Carlos, Ley De Contrato De Trabajo Comentada, Buenos Aires, 1978, T° I, pág 398.

128 Idem, pág. 399.

constituye -para este autor- porque algunos empleados sean privilegiados con relación a otros, sino que “se perjudique la situación laboral de alguno de ellos respecto de la generalidad, sin una causa objetiva que lo justifique.”¹²⁹ En este esquema es claro que el empleado deberá probar la identidad de su caso con respecto al de los otros, y además el trato diferenciado que recibe de su empleador; mientras que éste deberá demostrar los motivos (objetivos o especiales) que justifican su actuar desigualitario.¹³⁰

La doctrina de la Corte Suprema en el caso Ratto es la posición que defendía Vazquez Vialard. En 1965, poco antes del fallo, sostenía que la justicia queda cumplida en las relaciones laborales cuando se establece una remuneración “acorde con lo objetivamente realizado, que permita un nivel de vida decoroso.” Por sobre ese “parámetro mínimo” (que no puede ser vulnerado por razones de “sexo, estado, nacionalidad, religión o raza”), impera la libertad contractual. Por ello “la prueba le corresponde a quien denuncia ser víctima de una discriminación”, quien deberá “acreditar no sólo una diferencia de sueldo o una labor más gravosa (que de suyo no le significa ningún perjuicio si se respetan las tasas fijadas por la ley), sino una violación concreta al principio de una retribución justa”.¹³¹

En el art. 89 de la ley 20.744 (en su versión original) se corrigió la doctrina de la Corte Suprema en el caso Ratto, ya que se dispuso que “El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará arbitrario el trato desigual en tales situaciones si, actuando el empleador con las facultades que le están conferidas por esta ley, hiciere discriminaciones que no respondan a causas objetivas. La exigencia de igualdad de trato no podrá afectar las condiciones más favorables que tenga reconocidas el trabajador, provenientes del contrato de trabajo que lo vincula al empleador.” Aquí se exige, al revés de la doctrina de la Corte Suprema, que las distinciones se justifiquen en “causas objetivas”. De no ser así, la

129 Idem, pág. 400.

130 La misma opinión sostenía Katz en 1961: “el trabajador, que afirma la igualdad efectiva con otro, debe probarla”, mientras que “corresponde a la patronal, probar su derecho a tratamiento desigual”; aunque señala que resulta más sencillo “para la empresa alegar detalladamente y probar este derecho, que para el trabajador probar la arbitrariedad” (ver Katz, ob. cit., DT, 1961, 5). De esta forma se separa del derecho alemán, que divulgaba en sus trabajos, que, ante el trato desigual, suponía el acto ilícito, quedando a cargo del empleador la prueba de la causa justificatoria de su obrar.

131 Vazquez Vialard, Antonio, Igual remuneración por igual tarea, DT, 1965, 132.

discriminación es arbitraria, irrazonable.

Ramírez Bosco es un fuerte y equivocado opositor a este texto original de la ley 20.744. Para Ramírez Bosco el texto “posiblemente significase derivar la carga de la prueba sobre la legitimidad de la discriminación a la empleadora.” Algo que sin lugar a dudas debe ser así. Pero además, con notorio error y sin medir las consecuencias de sus dichos, afirma: “Este texto originario de la Ley de Contrato de Trabajo demostraba casi académicamente la extraordinaria virtualidad que en el país se atribuye a la ley escrita, porque es difícil ignorar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostenía que con su doctrina (que se procuraba contrariar con este texto, apenas disimuladamente) se evitaba un ‘grave detrimento para la justicia’. Opinión que difícilmente cambiase porque la ley escrita dijese lo contrario, y que posiblemente se acentuase en ese caso.”¹³² La “virtualidad que en el país se atribuye a la ley escrita” no es otra cosa que considerar y usar al derecho -en cuanto técnica o instrumento social- para regular las conductas o las relaciones humanas, y que se comparte con el resto de la humanidad: desde hace unos miles de años el hombre utiliza al derecho (que incluye la sanción de leyes) para ordenar la vida en sociedad; es más: donde hay sociedad, hay derecho (ubi societas, ubi lex). De aquí resulta que la crítica de Ramírez Bosco tiene otro sustento, ya que él está a favor de las facultades discrecionales del empleador para realizar distinciones en los salarios de sus empleados. Para Ramírez Bosco la atribución patronal de distinguir a unos de otros por medio de sus salarios se debe ejercer sin tener que rendir cuenta alguna sobre la razón o motivo de la diferencia.

Miguel A. Padilla, al comentar este derecho reconocido en el art. 14 bis de la ley suprema, fija una restricción que, a mi entender, está injustificada. Padilla sostiene que la norma constitucional tiene por fin “evitar, en el marco de la prestación de servicios en relación de dependencia, posibles discriminaciones arbitrarias nacidas de caprichos o perjuicios del empleador. Es la única regla constitucional que impone la igualdad en las relaciones privadas y en rigor su fundamento no expresado es el de impedir diferenciaciones injustas basadas en el sexo.” Pero para Padilla la norma “solamente encuentra vigencia cuando se trata de un mismo empleador, pues frecuentemente no serán las mismas las circunstancias económico-financieras de los diversos dadores de

132 Ramírez Bosco, ob. cit., pág. 95.

trabajo.”¹³³ Una posición igualitaria sostendría que todos los trabajadores de una misma especialidad deben percibir el mismo salario con independencia de la empresa donde prestan servicios. Este es el régimen de la Constitución. El dependiente no se puede ver perjudicado por la empresa en la que trabaja. El principio de igualdad impone compensaciones entre las empresas para que los empleados no vean suprimidos ni limitados sus derechos y puedan así -a través de ellos- ver satisfechas sus necesidades vitales, sus requerimientos de subsistencia y de desarrollo.

Padilla agrega que el derecho a igual remuneración por igual tarea “no prohíbe mejorar la retribución, recurriendo a patrones objetivos (mayor eficacia y contratación al trabajo, etc.), de algunos entre todos los que realicen tareas similares.”¹³⁴ Pero no se pronuncia expresamente sobre si el empleador debe demostrar las causas objetivas, aunque cuando explica el principio de igualdad en general, presenta al fallo de la Corte en el caso Ratto y no formula ninguna salvedad.¹³⁵

Con suma sencillez Colautti se expresa contra Ratto: “Esta decisión de la Corte -que aún no ha sido superada- soslaya el problema de la no discriminación. La interdicción implica que el Estado debe intervenir para hacerla cesar en todos los casos en que ella se registre. Disponer o no diferencias o premios discriminatorios no puede quedar a la “prudente discrecionalidad” de ninguno de los destinatarios de la norma.”¹³⁶

133 Miguel M. Padilla, *Lecciones Sobre Derechos Humanos Y Garantías*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, T° II, pág. 215. En igual sentido afirma Alfredo J. Ruprecht que “La igualdad hay que considerarla en la misma empresa, es decir, entre sus trabajadores y no con relación a las que se desempeñan en otras...” (en *Los Principios Normativos Laborales Y Su Proyección En La Legislación*, Zavalía, Buenos Aires, 1994, pág. 152). La limitación que señala Padilla coincide con alguna doctrina judicial; por ejemplo: “El principio de igualdad de trato no significa una completa igualación, sino que se debe aplicar a quienes se encuentren en identidad de circunstancias, con relación a una determinada comunidad laboral, unidad técnica o de ejecución en los términos del art. 6° de la LCT” (CNAT, sala IV, 30-9-1987, Preus, Julio E. y otros c/ Hierro Patagónico de Sierra Grande SA, DT 1998-A, 251).

134 Padilla, ob. cit., págs. 217 y 218.

135 Padilla, ob. cit., T° I, págs. 182 y 183.

136 Colautti, *Derechos Humanos*, Editorial Universidad, 1995, págs. 276 y 277. Por su parte Liveralla -no con mucho énfasis- exige la existencia de causas objetivas para la distinción y que las mismas sean probadas por el empleador: “Quien invoca la existencia de un trato discriminatorio cargará con su prueba, sin perjuicio de que la otra parte está obligada a aportar los elementos de juicio (razones objetivas) que desvirtúen la invocación de aquél” (ver Liveralla, ob. cit., pág. 83).

Un caso de trato desigualitario se da cuando en un convenio colectivo se establece el pago de aumentos salariales con efecto retroactivo, pero se excluye de la percepción del mismo a las personas cuyos contratos no están vigentes al tiempo de la firma del acuerdo paritario. De esta manera se deja sin la mejora salarial a las personas cuyos contratos de trabajo perdieron vigencia durante el período desde el cual prospera el aumento y hasta antes de la firma del convenio. La razón de estos aumentos retroactivos se encuentra en la intención de reparar el paso del tiempo que se extiende entre el inicio de la negociación colectiva y la firma o entrada en vigencia del convenio colectivo. En un primer momento la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo fijó su doctrina en su sentencia plenaria N° 20 en los siguientes términos: “En los casos en que los convenios colectivos establecen mejoras de salarios con efecto retroactivo -en el supuesto que nada determine la convención- no corresponde su beneficio a aquellos dependientes que no se encuentran vinculados al principal en la fecha que se suscribe el convenio.”¹³⁷ Pero la Corte Suprema estableció una doctrina opuesta o a favor de que esas personas recibieran los aumentos.¹³⁸ Y, en definitiva, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en su fallo plenario N° 44 dispuso que “Los convenios colectivos celebrados de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1 del decreto-ley 2.739/56, al acordar aumentos de salarios, no pudieron privar de ese beneficio a aquellos dependientes que no se encontraban vinculados al principal a la fecha en que se suscribieron, pero que se habían desempeñado con posterioridad al 1° de febrero de 1956.”¹³⁹ Sin embargo, también ha decidido la Corte Suprema que “La garantía de la igualdad no impide que se contemplen en forma distinta, situaciones que se consideran diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo. No resulta violatorio de la igualdad constitucional el convenio

137 DT, 1953, 98.

138 Fallos 225:231. Se trata del caso Diz C.R. c/ Instituto Biológico Argentino, del 26-3-53 (es posterior al Plenario 20 de la CNAT), donde la Corte Suprema se pronuncia a favor del pago de los aumentos retroactivos pactados colectivamente a los trabajadores que habían cesado en sus empleos. Sobre este fallo de la Corte (que corresponde a la segunda presidencia de Perón), Ramírez Bosco señala que el tribunal “ya empezó a prefigurar lo que finalmente fue su posterior doctrina sobre el art. 14 bis CN, que privilegia la obligación sobre retribución justa como pieza central de un sistema en el que la igualdad salarial es menos importante” (ver Ramírez Bosco, ob. cit., pág. 99, nota 56).

139 DT, 1959, 39.

colectivo según el cual tendrán derecho a percibir salarios retroactivos los dependientes que fueron despedidos o se retiraron para jubilarse antes de la firma del convenio, y no aquellos que voluntariamente renunciaron al empleo.¹⁴⁰ De esta forma se acepta que se pacte en un convenio colectivo la exclusión de los aumentos retroactivos a las personas que renunciaron al empleo.

Una forma común a través de la cual se viola el deber de igual trato consiste en el otorgamiento desigualitario de trabajos extraordinarios entre el personal, de modo tal que a unos se les brinda la posibilidad de cumplir tareas en horas extras o suplementarias (con lo cual se les permite cobrar mayores salarios), mientras que a otros nada se les ofrece.¹⁴¹ Hay un ejercicio desigualitario -lesivo o perjudicial- de las facultades patronales de organización o de dirección de la empresa.¹⁴²

El derecho a una carrera laboral y a ascender en la misma está reconocido por el Pacto de Derechos Económicos cuando establece la “igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de

140 CS, 23/9/59, Reinhart c/ Shell Argentina Ltda, DT 20, 31.

141 En los autos Campos Juan Carlos y otro c/ Telefónica De Argentina SA s/ Juicio Sumarísimo (expte. N° 7012/00), la Sala IX dicta la sent. def. n° 9102 de octubre de 2001, donde se hace lugar a una demanda por daños y perjuicios, promovida por trabajadores en actividad que acusan a su empleadora de discriminarlos en el otorgamiento de horas extras y de herramientas, sobre la base de lo establecido en la ley 23.551 (los actores eran representantes gremiales) y en el art. 1 de la ley 23.592. La importancia del fallo también consiste en que supone el derecho a la estabilidad en el empleo frente a una conducta discriminatoria del empleador. Así ante una conducta discriminatoria del patrón (sea ella no dar ocupación, horas extras, herramientas, o decidir el despido o cualquier otra, siempre, claro está, que tenga por causa un motivo prohibido o una razón discriminatoria) y por lo establecido en el art. 1 de la ley 23.592, el dependiente perjudicado tiene derecho (manteniendo la vigencia de su contrato de trabajo) a pedir el cese de la acción lesiva. En otros términos: ante la conducta discriminatoria patronal, el trabajador no está obligado a darse por despedido, sino que también puede (a su elección) solicitar el cese del acto discriminatorio. Se trata de una alternativa que brinda la ley 23.592 y que amplía, sin lugar a dudas, los derechos del trabajador. Nótese que la sentencia es anterior a la reforma del art. 66 dispuesta por la ley 26.088 (del 29-3-2006), cuya nueva redacción implica una solución similar a la de la ley 23.592, al permitir al empleado perseguir el restablecimiento de sus condiciones de trabajo, alteradas ilegalmente por el patrón, manteniendo la vigencia del contrato de trabajo.

142 Sobre la base del orden jerárquico de las normas (de la superioridad de la Constitución sobre la LCT) y de un caso como el expuesto, es claro que el principio de igualdad es una limitación a las atribuciones patronales de organización y de dirección de la empresa, y no al revés (como piensa equivocadamente Ramírez Bosco y ya señalamos).

servicio y capacidad” (art. 7, c); y por la Convención Contra La Discriminación De La Mujer (art. 11, 1, c). A través de un trato desigualitario (de un trato que no se funda en la identidad de situaciones y en la idoneidad que impone el art. 16 como requisito para acceder a un empleo público o privado) o de un trato discriminatorio (como el que se sostiene en una razón prohibida) se lesiona el derecho a una carrera laboral.¹⁴³

Para la Corte Suprema “La garantía de igualdad ante la ley no impone que la legislación en materia laboral sea uniforme y permite que se contemplen en forma distintas situaciones que se consideran diferentes con tal que la discriminación no sea arbitraria e importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable.” Y la Corte agrega que “Lo establecido en el CCT 62/75 en tanto veda a las panaderías la posibilidad de trabajar los días domingos, tiene como finalidad evidente y legítima, la protección de los trabajadores panaderos. Por ello, la aparente contradicción de la prohibición de trabajar los domingos mientras que en otros comercios, como los supermercados, se permite la venta de pan, no sea tal. La restricción al derecho de trabajar que ello acarrea no aparece así como irrazonable, sino que está destinada a encontrar un punto de equilibrio entre intereses que en determinados aspectos o momentos pueden aparecer como contrapuestos, mediante la imposición de un descanso obligatorio dichos días.”¹⁴⁴

Como ya hemos señalado para los casos de actos lesivos de la igualdad en el ingreso al trabajo, aquí también resulta que el damnificado tiene derecho a solicitar el cese del acto injurioso o el pago de los daños y perjuicios causados, todo ello según lo establecido en la Constitución, en el Código Civil y en el art. 1 de la ley 23.592.¹⁴⁵

143 Recuerdo, por ejemplo, que en el caso *Freddo* ya citado se decide que “Debe asegurarse a las mujeres no ser discriminadas en... el acceso a los puestos de mayor jerarquía” y que “también debe garantizarse... que las condiciones de trabajo sean semejantes y, por último, que perciban la misma remuneración que un hombre que realiza una tarea similar”.

144 Ver CS, 27/5/86, *Badano y Perazzo SC*, LT 1986 (XXXIV-B), 854. Ver, además, CS, 18/10/84, *Dardanelli de Cowper A c/ Aerolíneas Argentinas SA*, DT 1984-B, 1886.

145 En igual sentido dice Julio Martínez Vivot que “ante la discriminación operada, que significa un trato diferente arbitrario, el trabajador, conforme lo dispone la ley 23.592, puede también pedir judicialmente el cese de la medida discriminatoria y, además, una indemnización por los daños materiales y morales sufridos. Esta es una circunstancia importante, como lo he destacado en otras oportunidades (Acoso sexual en las relaciones laborales), ya que el trabajador no tiene por qué comprometer su empleo, en tiempos de dificultad para obtener

Todas estas posibles acciones quedan ahora más que confirmadas con el nuevo texto del art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo a raíz de la reforma introducida por la ley 26.088. Sobre el tema vale recordar la siguiente pequeña historia. En el texto original de la ley 20.744 (antes de su reforma por la dictadura militar de 1976 a través de la ley 21.297), en el art. 71 se estableció: “Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo.- El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador. Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se sustanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva.” Con la reforma de la ley 21.297 en 1976 se elimina este texto del art. 71 de la Ley de Contrato de Trabajo y básicamente su segundo párrafo, donde se establecía el derecho del trabajador a cuestionar la modificación de las condiciones de labor manteniendo la vigencia de su contrato de trabajo. Así en el año 1976 el art. 66, en su segundo párrafo, sólo expresa que “Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de considerarse despedido sin causa.” A partir de esta reforma se entendió -en la doctrina y la jurisprudencia- que el trabajador sólo tenía derecho a darse por despedido ante la modificación ilegal de sus condiciones de trabajo. Aunque cabe observar que el texto de la reforma de facto no afirmaba ese límite en forma expresa. Motivo por el cual bien se podía seguir considerando que el trabajador tenía derecho a cuestionar el cambio arbitrario o irrazonable sin romper su contrato de trabajo (o sea, manteniendo la vigencia del mismo). Nunca hay que dejar de recordar que el principio de libertad es básico en el orden jurídico constitucional vigente en las Provincias Unidas del Río de la Plata: al no estar prohibida, la conducta está permitida (art. 19, Constitución

otro, y en similares condiciones, sino simplemente pedir el amparo por la actitud discriminatoria, para dejar sin efecto tal actitud que le afecta” (La Discriminación Laboral, Despido Discriminatorio, pag. 157).

Nacional, ampliado). Por ello el trabajador podía cuestionar la modificación sin romper su contrato. Pero, como ya dije, no se entendió así la cuestión, sino que, por el contrario, se impuso la interpretación regresiva (o restrictiva de los derechos del trabajador).¹⁴⁶ Y así hasta el año 2006 cuando, por medio de la reforma introducida por la ley 26.088, se retoma el camino del texto original de la ley 20.744 y, entonces, se le otorga al trabajador “la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas” por la vía sumarísima, y con una medida precautoria de no innovar -establecida por la misma ley- “en las modalidades y condiciones de trabajo” hasta que “recaiga sentencia definitiva”, siempre que el cambio no sea general “para el establecimiento o sección”.

El acto desigualitario o el acto discriminatorio puede consistir en una modificación de las condiciones de trabajo. Se cambian las condiciones de labor a través (o por medio) de un acto desigualitario o de un acto discriminatorio. Cabe observar que no toda variación de las condiciones laborales es un acto lesivo de la obligación de igual trato ni una violación a la prohibición de discriminar. Pero está claro que lo puede ser, y si así resulta, entonces, en defensa de sus derechos agraviados, el trabajador tiene la opción dispuesta en el segundo párrafo del art. 66 de la ley 20.744.

4.3. Y EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La Constitución reconoce a favor del trabajador el derecho a la estabilidad en el empleo, de modo tal que el empleador no puede despedirlo sin justa causa.¹⁴⁷ Pero este ordenamiento constitucional no impera en la República. La

146 Posse dice que “El artículo 66 de la LCT otorga expresamente al dependiente la posibilidad de romper el vínculo laboral denunciando el trato injurioso. Pero en la práctica suele argumentarse también, como factible, que, al menos temporariamente, retenga la prestación a su cargo (ver art. 1201, Cód. Civil, aplicación de la excepción de incumplimiento contractual) y, en teoría, cierto sector de la doctrina afirma que debería autorizarse al dependiente el ejercicio de una acción judicial para lograr el restablecimiento de las condiciones de trabajo mutadas. Por lo general, la jurisprudencia acepta como única opción válida la ruptura del vínculo” (ver Posse, Carlos, *Ley De Contrato De Trabajo* Anotada, Comentada Y Concordada, Buenos Aires, 2004).

147 Ver párrafo 6.9. Se trata de una opinión completamente minoritaria, ya que tanto la doctrina constitucional como la iuslaboralista (al igual que la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores) consideran que la Constitución sólo reconoce a favor del empleado privado el derecho a la estabilidad relativa o impropia (de modo tal que el empleador lo puede despedir sin causa alguna pagándole una indemnización tarifada). En

ley de contrato de trabajo (la ley 20.744, con sus reformas de facto y de iure) establece otro sistema que resulta insuficiente para cumplir con el mandato expresado en la ley suprema.

Para la ley 20.744 “Habr  contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominaci3n, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneraci3n” (art. 21). La ley 20.744 dispone que, en principio, el contrato de trabajo es por tiempo indeterminado, o sea que dura hasta que el trabajador est  en condiciones de gozar de la jubilaci3n, salvo que se dé alguna de las causales de extinci3n del negocio que establece la misma ley (arts. 10, 90, 91, 92). Las causas de extinci3n del contrato de trabajo -previstas en la ley 20.744- son las siguientes: el despido por causa del embarazo (art. 178); el despido por causa del matrimonio (arts. 180, 181, 182); el despido por la imposibilidad de reincorporar a la mujer al término de la situaci3n de excedencia (art. 184); el despido de la mujer en situaci3n de excedencia que celebra un nuevo contrato de trabajo con otro empleador (art. 183); la rescisi3n unilateral de cualquiera de las partes vencido el plazo de conservaci3n del empleo (art. 211); la renuncia del trabajador (art. 240); la voluntad concurrente de las partes (art. 241); el despido directo por justa causa (art. 242); el despido directo sin justa causa (art. 245); el despido indirecto

el derecho internacional la estabilidad queda reforzada con el COIT 158 de 1982 sobre la terminaci3n de la relaci3n de trabajo. Luciano Canfora (Exportar la libertad, Ariel, Barcelona, 2007, págs. 73 y 74) cuenta la siguiente historia: “Pero volvamos por un momento al bluf de las armas de destrucci3n masiva. Pocos conocen su historia verdadera. El brasileño José Mauricio Bustani, director general de la Organizaci3n para la Prohibici3n de las Armas Químicas (OPAQ), hab  exhortado a esta organizaci3n, más de un año antes de que se proclamara la guerra, a solicitar la adhesi3n de Irak a ella. En el número de El Guardian de 20 de abril de 2002 se dice que ese gesto hab  irritado al gobierno de Estados Unidos: la iniciativa de Bustani era engorrosa molestia para la decisi3n ya tomada de atacar Irak, por lo que rechaz3 de plano la propuesta y orden3 al presidente de Brasil (que era por entonces Fernando Cardoso) que depusiera a Bustani. El texto de esa intimaci3n puede verse en la revista de la Universidad de Sao Paulo (Estudios avanzados, N  16, 2002). El gobierno acomodaticio de Cardoso catapult3 a Bustani a Londres en calidad de c3nsul general. Pero éste recurri3 a la Organizaci3n Internacional del Trabajo (OIT), que consider3 fundada la impugnaci3n de Bustani y calific3 su expulsi3n de la OPAG de ‘ilegal’”. Bustani no hab  pedido su reinstalaci3n sino el pago de los daños por el despido ilegal, cuya reparaci3n se fij3 en una suma equivalente a los salarios caídos (sin gastos de representaci3n) desde la fecha del distracto hasta la terminaci3n de su contrato (según la sentencia del tribunal administrativo de la OIT del 16-7-2003 en el caso 2232)

(art. 246); el despido por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo (art. 247); la extinción del contrato por muerte del trabajador (art. 248), por muerte del empleador (art. 249), o por vencimiento del plazo (art. 250); el despido por quiebra o concurso del empleador (art. 251); el despido por jubilación del empleado (art. 252); y el despido por incapacidad o inhabilidad del trabajador (art. 254).

La ley 20.744 establece que el empleador debe abonar una indemnización tarifada (equivalente a un mes de sueldo por año de servicio) cuando despide sin justa causa a su empleado; o cuando su empleado adopta el despido con justa causa; o cuando no asigna tareas a su empleado acordes con la disminución de su capacidad, o cuando la incapacidad es absoluta; o cuando no admite a la mujer en su puesto luego del período de excedencia (si el empleador no puede reincorporarla, le debe una indemnización equivalente al veinticinco por ciento del sueldo por año de antigüedad). En los casos de despido por embarazo o por matrimonio, se dispone un indemnización adicional equivalente a un año de salarios. En los casos de despido directo o indirecto (existiendo irregularidades en la registración de la relación), se establece el pago de un incremento equivalente a la indemnización tarifada (art. 15, ley 24.013, y art. 1, ley 25.323).

La ley 20.744 ordena que el empleador debe abonar una indemnización tarifada (equivalente a la mitad de un mes de sueldo por año de antigüedad) cuando el contrato se extingue por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo, por muerte del trabajador, por muerte del empleador, por vencimiento del plazo, por quiebra o concurso, por no poder asignar tareas a su empleado acordes con la disminución de su capacidad, y por inhabilitación del trabajador.¹⁴⁸

148 Así como en la LCT se establecen diferentes montos indemnizatorios para los diversos casos de extinción del negocio, también en el derecho laboral argentino aparecen determinados regímenes indemnizatorios (de la ruptura del contrato) para ciertas actividades. Hay algunas actividades (ej: el viajante de comercio, el periodista, el encargado de casa de renta) que tienen un específico régimen indemnizatorio, que resulta diferentes al común establecido en la ley de contrato de trabajo. Estas distinciones según la Corte Suprema están justificadas. Por ejemplo la Corte Suprema ha dicho que “La circunstancia de que las leyes establezcan regímenes distintos de indemnización con referencia a diferentes actividades, no autoriza la invocación de la garantía de igualdad ante la ley para uniformarlos, en tanto no se demuestren discriminaciones por razón de hostilidad o injusto privilegio” (CS, 14/6/57, García Monteavaro c/ Amoroso y Pagano, DT 18, 45). También ha resuelto la Corte Suprema (y esto mucho más allá de otras consideraciones y críticas que merece la doctrina del tribunal) que “No es procedente la declaración de inconstitucionalidad del art. 2, inc. a) de la ley

El empleador no debe abonar la indemnización cuando el contrato se extingue por renuncia del empleado, por la voluntad concurrente de las partes, por jubilación del empleado¹⁴⁹, por la rescisión que cualquiera de las partes haga del contrato vencido el plazo de conservación del empleo, o cuando despide con justa causa a su empleado.

Los diferentes casos de extinción del contrato de trabajo son hechos o actos jurídicos (ver arts. 896 y 944 del Código Civil). Así, por ejemplo, la muerte del trabajador o del empleador, o la incapacidad del empleado por una enfermedad inculpable, son hechos jurídicos; mientras que la renuncia o el despido, son actos jurídicos.

El contrato de trabajo es un negocio jurídico donde se imponen obligaciones recíprocas o bilaterales a sus partes (al empleado y al patrón). Los deberes básicos son para el empleado, trabajar, y para el patrón, abonar el sueldo. El despido es un acto jurídico por el cual se deja sin efecto al contrato de trabajo. El despido es directo cuando lo adopta el empleador, y es indirecto cuando lo decide el empleado (en este caso se puede denominar también autodespido). Tanto el despido directo como el despido indirecto pueden ser con justa causa o sin justa causa. El despido (directo o indirecto)

21.476, si no se ha demostrado que el legislador haya ejercitado sus facultades de manera irrazonable habida cuenta que la garantía acordada a los gremios de concertar convenios colectivos de trabajo no excluye la posibilidad de que algunas de las disposiciones contenidas en los mismos sean dejadas sin efecto por una ley posterior, por cuanto aquella garantía no es absoluta ni, por otra parte, importa alterar la prelación normativa que emerge de la propia Constitución Nacional (art. 31). La circunstancia de que el sector de trabajadores comprendidos en el convenio colectivo 42/75, se vea privado de una mayor protección contra el despido no viola la garantía de igualdad ante la ley, pues el legislador puede tratar de modo diferente situaciones que considere diversas, con tal que el distingo no importe una discriminación arbitraria ni traduzca una ilegítima persecución o un indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable” (CS, 5/12/83, Dato José M c/ Subterráneos de Buenos Aires, DT 1984-A, 613).

149 Sobre la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empleado y en cuestión vinculada al tema de la igualdad bajo estudio, ha dicho la Corte Suprema que “Las distinciones que el legislador establezca entre supuestos que estime distintos son valederos en tanto no sean arbitrarias, es decir, no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido beneficio sino motivadas en una diferenciación objetiva, así sea su fundamento opinable. En el tratamiento diferenciado que la ley de contrato de trabajo, en su art. 252, da al trabajador que reúne los requisitos exigidos para obtener el porcentaje máximo del haber de jubilación ordinaria respecto de otras formas de extinción del contrato de trabajo, no se observan circunstancias inicuas que afecten el principio de igualdad consagrado por el art. 16, Constitución Nacional” (CS, 10/6/92, Fernández Eduardo c/ T.A. La Estrella SA, DT 1993-A, 102 y 505).

con justa causa es la ruptura del contrato que se funda en el incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo de la parte que no hace la denuncia, que por su gravedad impide la prosecución del vínculo (art. 242, ley 20.744): se rescinde el contrato con justa causa cuando se imputa el incumplimiento de sus deberes a la otra parte de la relación jurídica. La justa causa del despido (de la ruptura del contrato) es el incumplimiento de las obligaciones laborales de la otra parte. Y como la justa causa es el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte del contrato, la ausencia de justa causa es la inexistencia de ese incumplimiento. Así el despido (directo o indirecto) sin justa causa es la ruptura del contrato sin que exista incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contraparte. El despido sin justa causa es una ruptura del contrato que tiene sólo sustento en la voluntad de quien la adopta; y, en este sentido, es un acto dogmático, antojadizo, caprichoso, inmotivado o sin razón, que adolece de sustento empírico, jurídico o moral, que puede ser a su vez intempestivo (sin previo aviso) u oportuno (con preaviso).

En los términos del Código Civil el despido sin justa causa es un acto jurídico ilícito (arts. 898, 944, 1066, 1067, Código Civil); o sea, se trata de un acto voluntario que tiene por fin inmediato aniquilar derechos, y que, por ello mismo, causa daño o perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, y que se le puede atribuir a su agente por dolo, culpa o negligencia. En cuanto acto ilícito, el despido sin justa causa es un acto nulo (arts. 1037, 1044, Código Civil), cuyas consecuencias deben ser indemnizadas (art. 1056, Código Civil; es que el acto ilícito es causa de la obligación -art. 499, Código Civil). Además, el “deudor de la obligación es responsable de los daños e intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla” (art. 511, Código Civil); y el agente del despido sin justa causa deja por culpa propia de cumplir con sus obligaciones.

El despido desigualitario es el despido directo que consiste (o implica) el incumplimiento patronal del deber de trato igual en identidad de situaciones a su empleado. El despido desigualitario es violatorio del deber de trato igual cuando, ante idéntica situación, se adopta con respecto a un empleado en desmedro de otros. Ante la misma situación, los empleados merecen de parte del patrón el mismo trato, de modo tal que resulta jurídicamente improcedente que, de encontrarse todos en similares circunstancias, se despida a unos en perjuicio de otros.

Un ejemplo de despido desigualitario que se impone viene dado por el uso arbitrario de la facultad disciplinaria. El despido directo puede ser

entendido como una sanción que aplica el patrón ante el incumplimiento del obrero. Puede darse el caso que varios trabajadores hayan incurrido en el mismo incumplimiento. En este caso se daría un despido desigualitario si el patrón rescinde sólo el contrato de algunos de los empleados que pertenecen al conjunto de los que se atribuye el incumplimiento. Estas personas expulsadas son objeto de un trato desigualitario, de un trato arbitrario o irrazonable, no objetivo o que no contempla los hechos o propiedades relevantes de la situación, o que, en definitiva, se pretende sostener en distinciones no fundadas.¹⁵⁰

Paralelo a la distinción entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminar, se presenta la diferencia entre el despido desigualitario (como una lesión al deber de trato igual) del despido discriminatorio (como un agravio a la prohibición de discriminar). Así resulta que el despido discriminatorio es el despido directo que tiene por causa una razón prohibida (sexo, raza, religión u otra similar). Se despide al dependiente por razón de su sexo, de su raza, de su religión, de sus ideas políticas, de su actividad gremial, de su estado psicofísico (que no impide el cumplimiento de sus tareas). El motivo puede aparecer expresamente en la comunicación del despido o bien estar oculto o simulado por una causa legal o por una ausencia de toda causa.

El despido desigualitario y el despido discriminatorio son despidos sin justa causa, o sea: son despidos que no imputan un grave incumplimiento de sus obligaciones a la contraparte (al empleado). Ante cualquiera de los dos despidos, el empleado tiene, como mínimo, derecho a cobrar la indemnización tarifada establecida en la ley de contrato de trabajo 20.744 (art. 245, que equivale a un mes de sueldo por año de antigüedad). En principio es claro que, en la medida que la ley de contrato de trabajo impone el deber de trato igual (art. 81) y prohíbe la discriminación (art. 17), si el despido es un incumplimiento de aquella obligación o de esta veda, entonces el acto resolutorio del contrato carece de justa causa y el empleador debe el pago de la indemnización tarifada (equivalente a un mes de sueldo por año de antigüedad, art. 245).¹⁵¹

150 En sentido contrario se ha decidido que “El principio de igualdad de trato no es aplicable a los supuestos de despido y facultades disciplinarias, en los que deben computarse las circunstancias del caso concreto” (CNAT, sala V, 22-9-1988, Ríos, Itatí c/ El Hogar Obrero Cooperativa de Consumo, Edificación y Crédito Ltda., DT, 1988-B, 1957).

151 De la misma manera la resolución puede ser pensada desde la posición del empleado, quien puede justificarla porque el empleador ha incumplido con el deber de trato igual o ha

Sin perjuicio que la Constitución (al igual que el Código Civil) da sustento al pedido de nulidad del despido desigualitario o del despido discriminatorio, como al reclamo de los daños y perjuicios causados por cualquiera de ellos, es claro que a partir de la vigencia de la ley 23.592 se reafirman ciertos derechos básicos del empleado. Por lo establecido en el art. 1 de la ley 23.592, ante el despido desigualitario o ante el despido discriminatorio, el empleado tiene derecho a pedir a que se deje sin efecto o que cese el acto lesivo -lo que equivale a solicitar su reincorporación al empleo- o a que el patrón le abone los daños y perjuicios ocasionados -que equivalen, en principio y como mínimo, a los salarios caídos. Así el empleado bien puede aceptar la ruptura y reclamar la reparación completa de los daños y perjuicios (ya que la tarifada de la ley de contrato de trabajo es sólo una indemnización mínima), o bien puede pedir que se declare nulo el despido directo (desigualitario o discriminatorio) y, además, que se le abonen los daños y perjuicios sufridos por el evento (que, en principio, son los salarios caídos más una reparación por el daño moral).

Antes de la sanción de la ley 20.744 (que es de 1974) se planteó el caso de los despidos selectivos del personal que participa de una huelga declarada ilícita; o el caso similar de la reincorporación de algunos de los despedidos por haber participado de una huelga ilegal (o por no haberse presentado a trabajar luego de haber sido intimado a ello). La cuestión es la siguiente: sobre la base que el personal despedido por haber participado de una huelga ilegal no tiene derecho a cobrar la indemnización y que su despido es con justa causa, se afirma que si el patrón despide sólo a algunos de los huelguistas, o si -una vez finiquitado el conflicto- sólo reincorpora a algunos, es posible para los despedidos (o los no reincorporados) sostener que el patrón no les ha dispensado un trato igualitario y, en consecuencia, reclamar el pago de la indemnización. Así fueron los planteos que se dirimieron ante la Cámara

actuado contra la prohibición de discriminar; en este caso el empleado tiene, en principio, el derecho a la indemnización tarifada por estar justificada la rescisión del contrato que ha dispuesto (por estar fundado el despido indirecto, art. 246); a ello debe agregar la reparación especial por haber sufrido el acto desigualitario o discriminatorio; pero, en la medida en que ha sido el mismo empleado quien ha denunciado el contrato de trabajo, ha dejado de tener derecho a solicitar su reincorporación (así, en este sentido, su autodespido equivale a elegir por la alternativa de solicitar sólo la reparación de los daños y perjuicios causados por el acto desigualitario o discriminatorio); salvo, claro está, que haya obrado (al momento del autodespido) sin el debido y necesario asesoramiento o haya sido víctima de un vicio de la voluntad (dolo, violencia, simulación, error).

Nacional de Apelaciones del Trabajo, quien fijó su doctrina en la sentencia plenaria N° 63¹⁵², en el sentido que “Despedido el personal de una empresa, invocándose como única razón su renuencia a reanudar las tareas, después de declarada la ilegalidad de una huelga, no obstante la intimación previa para que lo hiciera, la reincorporación parcial levantado el paro importa discriminación arbitraria que lo autoriza a reclamar las indemnizaciones legales.”

Sin embargo esta doctrina no tuvo mucha vida ya que la Corte Suprema falló contra el plenario N° 63 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en los siguientes términos: “La doctrina del plenario de la Cámara del Trabajo dictado en los autos “Buján Celso Manuel contra Tobías y Cía. Ltda”, que invoca para justificar la condena del pago de las indemnizaciones por despido, la actitud del empleador de reincorporar a un sector de los trabajadores que participaron en la huelga, puede llegar a imponer su imposibilidad y, como consecuencia, un impedimento grave para la normalización del trabajo y la continuación de las actividades económicas que interesan a la comunidad. Esa exigencia limita la libertad en el ejercicio de derechos que reconocen base constitucional (arts. 14 y 17); por consiguiente, requiere ley o convención explícita y no debe provenir de una interpretación que prescinde del principio con arreglo al cual ésta debe consagrar las soluciones que mejor se compatibilizan con las normas y garantías de la Constitución Nacional.”¹⁵³ Por ello, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo a los pocos meses deja sin efecto la doctrina del Plenario 63 y dicta el Plenario 93 (del 29-11-63, DT, 1964, 29) donde dispuso que “Para que los jueces consideren arbitrario el despido originado por una huelga, la legalidad de ésta debe ser expresamente declarada en sede judicial, haya o no declaración administrativa al respecto. En el primer caso, sólo podrá prescindirse de tal declaración cuando ella adolezca de error grave o irrazonabilidad manifiesta. Los jueces tampoco pueden prescindir de la declaración referente a la legalidad de la huelga invocando como única circunstancia la actitud del empleador de reincorporar un sector de los trabajadores que participaron en ella.”¹⁵⁴

152 CNAT, 14-7-60, DT, 1960, 469.

153 CS, 7/6/63, Salido c/ Artes Gráficas REM SA, DT 23, 295.

154 De esta manera para Ramírez Bosco “quedó establecida la doctrina de que, en este supuesto en especial, la libertad de contratar y el derecho de propiedad prevalecen sobre el derecho del trabajador a no ser discriminado.” Para este autor “las cosas pudieron plantearse desde otro punto de vista, porque un empleador que despide a un trabajador, por la misma causa que a otro no lo despide, lo que está haciendo es aportar una prueba casi irrefutable

Contra esta doctrina judicial el Congreso de la Nación sanciona la ley 20.744, donde -en el apartado 3 de su art. 243- dispuso que “Importará trato ilegal y discriminatorio, la no reincorporación de parte del personal involucrado en una huelga u otra medida de acción directa, luego de su cesación, invocándose como única razón la participación del trabajador en la misma, hubiese o no mediado intimación del empleador de reintegro al trabajo.” Pero este mandato del Congreso tampoco tuvo mucha vida; sabido es que la ley 20.744 fue ampliamente modificada por la ley de facto 21.297, por medio de la cual se eliminó el apartado 3 en cuestión.¹⁵⁵

Bidart Campos se pronuncia claramente a favor de esta doctrina de la Corte Suprema, que es opuesta a la igualdad, a la libertad para todos, a los derechos humanos para todos: “Cuando la huelga ha sido calificada de ilegal por la autoridad administrativa, el empleador puede poner en mora a los huelguistas intimándoles el retorno al trabajo, y de persistir la actitud renuente, se configura causa justa de despido. Y acá sobreviene una hipótesis trabajada por la doctrina y la jurisprudencia, sobre la que tenemos posición adoptada con firmeza: el empleador que en la situación descripta tiene derecho a despedir con causa justa, puede despedir a todos los huelguistas o a algunos, y la discriminación que de ese modo lleva a cabo no configura trato irrazonable, porque si tiene ‘derecho’ a rescindir los contratos de todos, puede, perfectamente elegir a quiénes despide y a quiénes no, no teniendo asidero bastante fundar en la igualdad la obligación de despedir a todos o a ninguno. Por ende, si luego de despedir a todos reincorpora a algunos, el despido

de que, o bien la causa expresada del despido no es la verdadera (por lo menos no es toda la causa), o bien subjetivamente no le produce un agravio tal que haga imposible la prosecución del contrato. De modo que, más que un problema de igualdad, pudo plantearse una cuestión de evidencia sobre la insuficiencia de la causa del despido” (ver ob. cit., pág. 98). Y a partir de esa “insuficiencia de la causa” sostener que el despido fue sin justa causa y hacer procedente el reclamo del pago de la indemnización. La Corte Suprema, con posterioridad al Plenario 93 de la CNAT, mantuvo su doctrina; así por ejemplo decide que “La exigencia de la no reincorporación de ninguno de los huelguistas como condición para reputar justificado el despido, es violatoria de la libertad en el ejercicio de derechos que reconocen base constitucional” (CS, 23/11/66, Valdez y otros c/ Tipóit SA, DT 27, 57).

155 Luego de la modificación producida a través de la ley 21.297, la Corte Suprema mantuvo su doctrina, y así expresó que “A falta de decisión administrativa, o cuando ésta es manifiestamente arbitraria, corresponde a los jueces de la causa la calificación de la licitud de una medida de fuerza. No configura un pronunciamiento sobre la licitud de una medida de fuerza el hecho de que se haya discriminado entre el personal que fue reincorporado” (CS, 2/5/78, Freccoro R. A. c/ F.A.M.M.S.R.L., DT 1978, 967).

de los no reintegrados tampoco se vuelve injustificado ni arbitrario.”¹⁵⁶ Esta opinión de Bidart Campos se puede sostener en otra -más amplia, que la abarca- y que resulta completamente contraria al reconocimiento del derecho de huelga y a su pleno goce y ejercicio. La doctrina en cuestión afirma que la potestad disciplinaria (y, en especial, de rescindir el contrato de trabajo) no se suspende (o cesa) durante el ejercicio de la huelga: “los empleados -dice Bidart Campos- tienen derecho de huelga, pero el empleador no cancela durante la huelga su potestad de rescindir el vínculo laboral, sin más consecuencias en caso de despido que las previstas en la ley para los diversos supuestos en que el distracto se dispone sin causa, arbitrariamente, o con causa justa.”¹⁵⁷

En diferentes causas el fuero civil de la Capital Federal ha descalificado al despido discriminatorio como un acto nulo, ilícito, y ha reconocido el pago de una reparación por el agravio moral sufrido. Así, por ejemplo, se ha resuelto que “El despido del trabajador que se motivó al comprobarse que era portador asintomático del virus de HIV, constituye un acto discriminatorio, concretado a raíz de una condición relacionada con su estado físico, carente de fundamento y por consiguiente arbitrario, menoscabante de su derecho de trabajar, que ha merecido el repudio de nuestra legislación vigente (conf. leyes 23.592 y 23.798, su dec. Reglamentario 1244/91 y arts. 43 y 75 incs. 19 y 22 de la Constitución Nacional) y que le ocasiona un daño moral resarcible.”¹⁵⁸ En el mismo sentido también se ha decidido que “Aún cuando la violación del secreto médico no se encuentre acreditada, si resulta obvio que con posterioridad a la información obtenida acerca del estado de salud del trabajador -portador del virus HIV- ambas empresas, la de servicios eventuales como la contratante, asumieron una conducta expeditiva que derivó en el despido de aquél, tal acto debe ser calificado como discriminatorio.” Y “Frente al despido discriminatorio del trabajador cabe responsabilizar en forma solidaria a la empresa de servicios eventuales y a aquella para la cual aquél prestaba servicios (conf. arts. 17 y 29 de la ley 20.744, art. 1 de la ley 23.592, art. 2 de la ley 23.798 y art. 43 de la Constitución Nacional).”¹⁵⁹

156 Bidart Campos, Principios Constitucionales De Derecho Del Trabajo (Individual y Colectivo) Y De La Seguridad Social En El Art. 14 bis, TySS, 1981, págs. 523 y 524.

157 Bidart Campos, ob. cit., pág. 524.

158 CNACiv., Sala A, 6-11-98, B., W.R. c/ Establecimiento Agropecuario El Aguara SA s/ Daños.

159 CNACiv, sala C, 14-12-99, Montejo, Miguel Angel c/ Bagley SA y otro s/ Daños y perjuicios, LL 22-8-2001, pág. 8.

Con el nuevo milenio aparecen algunos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que aplican la ley 23.592 ante casos de despido discriminatorio y que declaran la nulidad del mismo y la reincorporación del empleado. Veamos esos casos.

En los autos Stafforini Marcelo Raul c/ Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social - Anses s/ Acción de Amparo (expte. N° 17520/00), la Sala X dicta sent. def. N° 9679 el 29-6-2001 y, entre otras razones jurídicas, establece que el derecho a ser admitido sin otra condición que la idoneidad, en los empleos públicos, conlleva el derecho de mantenerse (regla que debe hacerse extensiva a los empleos privados, ya que en ellos también vale que el derecho a ser admitido implica el derecho de mantenerse); que “la prohibición contenida en la ley 23.592 debe ser respetada por todos los habitantes de la Nación”; que la ley 23.592 “permite dejar sin efecto el acto discriminatorio, aún cuando, como en el ‘sub lite’, se trate de un despido dispuesto en un régimen de estabilidad impropia” como sería el dispuesto en la Ley de Contrato de Trabajo; que “el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución (art. 16) y por la ley (art. 1 ley 23.592) y por lo tanto, tiene un objeto prohibido (art. 953 Cód. Civil) y entonces es nulo (art. 1044 idem)”, por ello resulta “obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1 ley 23.592 cit., art. 1083 Cód. Civil).”¹⁶⁰

Más allá del tema central bajo análisis -la aplicación de la ley 23.592 y la nulidad del despido discriminatorio-, en el caso Stafforini claramente se establece que la idoneidad es una condición establecida en la Constitución, para el ingreso tanto al empleo privado como al público; que el derecho a ser

160 Stafforini es un abogado que era empleado de la ANSeS y fue despedido por el gobierno de la “Alianza” por ser “menemista”. Así había sido discriminado por sus ideas o posición política. La razón prohibida estaba más que probada porque quienes lo habían despedido declararon esos motivos en un diario. El fallo dictado en el caso Stafforini fue el primero que se registra donde se aplica la ley 23.592 y se declara la nulidad del despido y se ordena la reincorporación del empleado. Sin embargo pese a su importancia no despertó mayores comentarios, ni elogios ni críticas. Para los partidarios de los derechos del empleador, quizás era preferible que pasara desapercibido: al fin de cuentas Stafforini era un empleado del gobierno (y no de una empresa privada ni de origen extranjero); y para los partidarios de los trabajadores (el supuesto progresismo que, en nuestro país, no supera, desde el punto de vista político, a la demagogia, y desde el punto de vista económico, al capitalismo), el caso Stafforini quizás fuera muy difícil de aceptar, ya que su elogio podía ser entendido como una alabanza a las políticas “menemistas” (o sea, a las políticas conservadoras o contrarias a los trabajadores y a los pobres que llevó a cabo el peronismo en la década de los años 90 del siglo XX durante la presidencia de Carlos Menem, de cuyo gobierno Stafforini era funcionario).

admitido en el empleo implica el derecho a mantenerse en el mismo (así se piensa al mantenimiento en el empleo como una actividad constituida por una serie de actos de admisión); y que, como la idoneidad es la condición para ser admitido en un empleo (según la Constitución), también lo es para mantenerse en el mismo. De aquí se puede concluir que el despido con justa causa es la imputación del incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleado, que es tanto como la atribución de que adolece de idoneidad para ocupar el cargo que ostenta. Si no hay incumplimiento por parte del empleado, el despido será sin justa causa (no hay carencia de idoneidad), y el empleado tendrá derecho a cobrar la indemnización tarifada. Pero si, además, a ello se agrega que el despido se adoptó por una razón prohibida, el empleado podrá solicitar su reincorporación más la reparación de los daños y perjuicios, o sólo reclamar el pago de la indemnización completa.

En los autos *Failde Carlos Alberto c/ Telefónica de Argentina SA s/ Juicio Sumarísimo* (expte. N° 129/2003), la Sala V dicta sent. def. n° 66890 el 17-2-2004, donde si bien rechaza la demanda por entender que no se ha configurado un caso de despido discriminatorio en perjuicio del actor, establece con total claridad la misma doctrina legal del caso *Stafforini*, al suscribir y compartir el dictamen N° 37426 del 12-2-2004 del fiscal general Dr. Álvarez, quien expresa que la ley 23.592 “permite ‘dejar sin efecto el acto discriminatorio’”; que “el ordenamiento específico destinado a conjurar las conductas discriminatorias prescribiría la posibilidad cabal de declarar la ineficacia del acto reprochable, que estaría equiparado, en alguna medida, a un acto jurídico de objeto prohibido (doct. art. 953 del Código Civil) y que, si responde al ejercicio de un derecho, como en el caso de autos, podría ser asimilable a la figura de abuso, que incorpora la reforma de la Ley 17.711 en el art. 1071 del citado código”; por ello, concluye que “una empleadora no podría invocar la eficacia del ejercicio de sus naturales facultades rescisorias si el acto tiene por teleología la discriminación y hasta sería admisible desactivar el pacto comisorio implícito de todo contrato si su motivación real se remite a consagrar una desigualdad por motivos análogos a los que se describen en el segundo párrafo del art. 1 de la Ley 23.592.”

Agrega el fiscal general que para la declaración de ineficacia de un despido se “requiere una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados”.

En los autos *Balaguer Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina SRL s/ Juicio Sumarísimo* (expte. N° 33975/2002), la Sala VI dicta la sent. def. N°

56971 el 10-3-2004, donde decide, entre otras cosas, que “el derecho a la no discriminación... tiene su fundamento en la dignidad de la persona y en la igualdad de derechos entre todos los seres humanos, extremos que han recibido expreso reconocimiento en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional”; que “la normativa que protege frente a las conductas discriminatorias... tiene por objeto sancionar el trato desigual (en cualquier ámbito del que se trate, incluso el laboral) fundado en el hecho de pertenecer a ciertos grupos o presentar determinados caracteres o tener ciertas ideas”; que el Convenio N° 98 OIT establece que “los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo” y que “dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales”; que “la normativa ya citada (Convenio N° 98 OIT) que protege frente a conductas discriminatorias es más amplia que la tutela que confiere la ley 23.551, pues sanciona cualquier trato desigual fundado en diferentes circunstancias, incluso las ideas o actividad sindical”; que “el despido discriminatorio, en el régimen de la ley 23.592 y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (cfr. Art. 75 inc. 22 Constitución Nacional), tiene como rango distintivo que la discriminación debe ‘cesar’ y -en mi opinión- la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia.”; que “el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (arts. 14 bs y 16), por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la ley 23.592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044 C.C.) produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 C.C.), motivo por el cual es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1083 C.C.)”; que “Esta conclusión surge de la nulidad del acto y de lo ordenado por la ley 23.952, en el sentido de que el damnificado tiene derecho ante todo a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a que se reparen los daños materiales y morales ocasionados”; que “el régimen general que rige en materia de despido y que posibilita el despido sin causa con pago de una indemnización, cede frente a las normas de rango superior o igual (tal el caso de la ley 23.592) que tutelan la dignidad del hombre y que, por ende, sancionan las conductas discriminatorias y que, ante todo, tienden a privar de efectos al acto violatorio

de dichas normas fundamentales”; que “En cuanto a la aplicación del art. 11 de la ley 25.013 que invoca la recurrente, señalo que sin perjuicio de que dicho régimen legal no excluye a la ley 23.592, cabe mencionar que en el caso dada la fecha de ingreso de Balaguer y lo dispuesto por el art. 5 de la ley 25.013, el art. 11 de la ley 25.013 no resulta aplicable a la actora.”

En los autos Greppi Laura Karina c/ Telefónica de Argentina SA s/ Despido (expte. N° 22.537/02) la Sala IX, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, dicta sentencia definitiva N° 12.488 el 31-5-2005, y confirma la sentencia de primera instancia. El voto que hace mayoría es de la Dra. Alcira Laura Pasini (al que adhiere el Dr. Alvaro Edmundo Balestrini). La Dr. Pasini dijo “que el desencadenante del despido directo fue la misiva que por vía de e-mail remitiera la accionante a sus compañeros de trabajo instándolos a adoptar acciones colectivas pacíficas en solidaridad con los trabajadores de Aerolíneas Argentinas”, motivo por el cual “se verifica un presupuesto eficaz para activar el dispositivo previsto en la ley 23.592 dirigida a penalizar el avasallamiento de las garantías individuales y derechos humanos”; al hacer referencia a los actos discriminatorios contemplados en el art. 1° de la ley 23.592 sostiene que “resulta comprendido el despido de la reclamante en dicha categoría por constituir una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional de propagar sus ideas (art. 14)”; que “Asimilado por influjo del citado art. 1 de la ley 23.592 el acto discriminatorio al acto nulo, la solución que prevé la norma en análisis cuando se encuentra comprometida la ruptura del vínculo laboral excede el marco del sistema de estabilidad relativa o impropia en el que se respalda la argumentación recursiva, ya que se impone el restablecimiento de las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050 del C. Civil), y en consecuencia el restablecimiento de la vigencia de la relación, sin que se sustente en norma alguna que la condición de trabajador del afectado lo excluya de la proyección de dicho esquema.”

Rodríguez Mancini formula una muy fuerte oposición a la aplicación de la ley 23.592 para regular el despido discriminatorio. Como, en general, no se distingue entre el despido desigualitario y el discriminatorio, sólo se refiere a este último. El desacuerdo de Rodríguez Mancini se centra en que no se puede aplicar el art. 1 de la ley 23.592 para considerar que un despido discriminatorio es nulo y que, por ello, corresponde dejarlo sin efecto, ordenar la reincorporación del empleado separado y el pago de sus salarios. Rodríguez Mancini está claramente en contra de la doctrina que propicia el empleo

de la ley 23.592 y se pronuncia por la no aplicación de esta ley: el despido discriminatorio no puede ser declarado nulo, ni procede la reinstalación del echado. Las razones que utiliza para sostener su ataque son algunas de las que paso a exponer. Primero afirma que el tema en estudio (la aplicabilidad de la ley 23.592 al caso del despido discriminatorio -sea directo o indirecto) se encuentra dentro de la cuestión de las fuentes del derecho laboral: demostrar o no que la ley 23.592 es aplicable al despido discriminatorio, es una investigación que versa sobre las fuentes del derecho laboral. La ley 23.592 no es una ley del derecho laboral sino una norma del derecho común: “Se trata, como es sabido, de una norma de carácter general -derecho común-... de una norma que ha establecido un DF (derecho fundamental) que aparece en muchas otras normas del mismo carácter inespecífico, en tanto está dirigido a la protección de cualquier persona habitante de nuestro país, pero que por medio de otras normas legales aparece como laboralizado, es decir, incorporado al plexo de disposiciones que regulan las relaciones laborales individuales y colectivas.”¹⁶¹ El derecho común se aplica a la relación de trabajo cuando no existe una norma especial (o sea: cuando no existe una norma laboral): “en los distintos conflictos que pueden provocarse dentro de la relación laboral, sea durante su desarrollo o al terminar por decisiones unilaterales que pueden implicar, en ambos terrenos, vulneración de DF, se debe acudir a las normas especiales que se refieren a la cuestión y no a las que de manera general inespecífica, pueda brindar -para cualquier otra persona que no sea sujeto de relación laboral en conflicto con otro sujeto de esta última- el art. 1 de la ley 23.592.”¹⁶² En términos generales considera que “la norma del derecho común no actúa cuando ya existe norma que regule el punto y resulta que... se registran distintas disposiciones en la Ley de Contrato de Trabajo que se refieren a la discriminación y a los efectos de vulneración del derecho que protege a los trabajadores.”¹⁶³ De modo tal que como la ley laboral (en especial la Ley de Contrato de Trabajo) dispone que para el despido directo sin justa causa (o para el despido indirecto con justa causa), el empleado tiene derecho a percibir una indemnización tarifada (establecida en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo), entonces en el caso del despido discriminatorio (sea directo o indirecto) se impone esa misma consecuencia:

161 Rodríguez Mancini, ob. cit., págs 245 y 246.

162 Rodríguez Mancini, ob. cit., pág. 246.

163 Rodríguez Mancini, ob. cit., pág. 246.

“la norma de derecho común encuentra ocupado el espacio dentro del cual hubiera podido actuar, es decir, el modo de sancionar el incumplimiento del deber del empleador de respetar el DF del trabajador. La ley laboral ya lo ha contemplado -incluso mucho antes de sancionarse la ley general-, por lo que ésta no tiene cabida alguna, puesto que de lo contrario no se trataría de una aplicación subsidiaria sino de un reemplazo de la norma especial por la general y esto es francamente contrario a los principios elementales de coordinación normativa en el sistema general del derecho.”¹⁶⁴ Además la norma común sólo se aplica cuando no contradice los principios del derecho laboral. Entre los principios del derecho laboral -se entiende que del derecho del trabajo argentino- están la libertad de contratación y la estabilidad relativa (en cuanto, esta última, es el derecho del empleador a extinguir el contrato de trabajo sin causa justa y su deber de pagar una reparación tarifada). Para Rodríguez Mancini aplicar el art. 1 de la ley 23.592 tiene por consecuencia contradecir la libertad de contratación y el principio de la estabilidad relativa.¹⁶⁵

A ello agrega consideraciones de un tipo que, sin dejar de ser jurídico, contemplan en mayor medida los hechos. Para Rodríguez Mancini la sentencia que ordena la reinstalación del empleado despedido por un acto discriminatorio tiene consecuencias inaceptables. Primero “si el empleador no acepta la reinstalación, seguramente se recurriría a aplicar sanciones conminatorias o, eventualmente, a establecer la obligación del pago de las remuneraciones aunque el empleado no prestara servicios.” Se lesionan los derechos de libre contratación y de estabilidad relativa. Segundo “si el empleador acepta la reinstalación, pero con posterioridad produjera nuevamente otro despido injustificado, la cuestión volvería a plantearse, pues el empleado siempre podría invocar su protección contra actos discriminatorios, dado que siempre estaría en condiciones de alegar la causa política que originó su primer despido. De tal manera, mientras no aparezca una causa justificada de despido por un comportamiento del trabajador ésta habría adquirido una estabilidad tal que impediría su despido hasta el momento de jubilarse. Esto no lo consiente norma alguna del derecho argentino y ha sido descalificado reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema.”¹⁶⁶

164 Rodríguez Mancini, ob. cit., pág. 247.

165 Rodríguez Mancini, ob. cit., págs. 247 y 248. Las ideas hasta aquí expuestas -sobre la base de su libro de 2004- son las mismas que sostiene en su artículo La Discriminación Y El Contrato De Trabajo, DT, 2007-A, 1.

166 Rodríguez Mancini, ob. cit., pág. 252.

Estas críticas de Rodríguez Mancini (específicas contra la aplicación de la ley 23.592 al caso del despido discriminatorio) se inscriben dentro de una fuerte oposición a la doctrina de la operatividad de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados enumerados (art. 75, inc. 22, de la ley suprema).¹⁶⁷ Rodríguez Mancini es un claro exponente de la doctrina de la norma programática. Así que frente a los derechos humanos enarbola las atribuciones discrecionales del gobierno. De ello resulta que prevalece por sobre los derechos reconocidos en la ley suprema la voluntad del legislador, “quien ha interpretado restrictivamente la norma constitucional que se refiere a la protección del despido arbitrario, resolviendo, con las facultades que posee, que el sistema de estabilidad relativa es el más apropiado para las relaciones laborales en la Argentina.”¹⁶⁸

Es claro entonces que la primera crítica que merecen las ideas de Rodríguez Mancini consiste en reafirmar el más pleno y cabal imperio de los derechos humanos, la máxima operatividad de las normas constitucionales. Hay que partir de la verdadera doctrina constitucional que no es otra que la que sostiene la vigencia de la ley suprema por sobre las atribuciones del gobierno. Sobre esta base deben ser analizadas y evaluadas las oposiciones de Rodríguez Mancini a la aplicación de la ley 23.592 al caso del despido discriminatorio.

El principio de la *lex specialis* que se utiliza para ordenar el conflicto que se puede generar entre una norma general y una norma especial, haciendo prevalecer a la especial sobre la general, no rige necesariamente en el derecho laboral a la luz del pleno imperio del deber de asegurar que ordena el art. 14 bis, habida cuenta que la ley especial bien puede desasegurar los derechos que estaban ya aseguradas por la norma general. Sobre la base del deber de asegurar es claro que la norma especial sólo se impone si reconoce mejores derechos que la ley general.¹⁶⁹ La ley especial (el derecho laboral) es una excepción a la ley general (al derecho civil), cuya existencia y aplicación se justifica, sólo y exclusivamente, en la medida que reconoce mejores y mayores derechos a favor del obrero que los establecidos en el derecho común. Lo expuesto coincide con el principio de la progresividad social y, además, con el proceso mismo del surgimiento del derecho laboral como intento, aunque más no sea mínimo, de morigeración de la explotación de los pobres por

167 Rodríguez Mancini, ob. cit. pág. 72 y ss.

168 Rodríguez Mancini, ob. cit., pág. 257.

169 Lo mismo cabe concluir con respecto a las reglas de la *lex superior* y de la *lex posterior*.

parte de los ricos. De lo expuesto resulta que, de existir algún conflicto entre la norma general y la especial, hay que aplicar la más favorable al trabajador.

El empleador que dispone un despido discriminatorio lesiona el art. 16 (ampliado por los tratados enumerados), cuando dispone que “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.” La patronal viola esta norma en sus dos mandatos. Primero, viola el principio de igualdad ante la ley ya que motiva el despido en razones discriminatorias. Segundo, lesiona el derecho del empleado de ser admisible “en los empleos sin otra condición que la idoneidad”. Al despedir sobre la base de una razón discriminatoria, que resulta ajena e irrelevante con respecto al trabajo del dependiente en la empresa, no se lo evalúa a partir de su idoneidad para el empleo, sino que se lo califica o, mejor dicho, se lo descalifica por razones contrarias al mandato expreso del art. 16 de la Constitución.

Rodríguez Mancini equipara el despido discriminatorio al despido sin justa causa. Pero se equivoca. El despido discriminatorio implica al despido sin justa causa, pero no equivale al mismo; no dicen lo mismo. El despido con justa causa es la ruptura del contrato de trabajo que se funda en el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte. Así el despido directo con justa causa es la ruptura del contrato de trabajo que adopta el empleador por los incumplimientos del empleado. De aquí resulta que el despido sin justa causa sea la ruptura del contrato cuando no hay incumplimiento de la otra parte. El despido directo sin justa causa es la ruptura que decide el empleador sin que haya incumplimiento por parte del empleado. En este sentido el despido discriminatorio es un despido sin justa causa: no hay incumplimiento por parte del empleado. Pero que no haya incumplimiento por parte del empleado nada dice sobre la existencia del incumplimiento del empleador, que es quien ha adoptado el despido discriminatorio. El incumplimiento del empleador -que se da en el despido discriminatorio- es la violación a la prohibición de discriminar. En el despido sin justa causa se carece de un motivo para justificar la resolución del contrato, mientras que en el despido discriminatorio se justifica la separación del empleado (en forma expresa u oculta pero real) recurriendo a una razón expresamente prohibida por la ley. No aceptar esta diferencia es soslayar la prohibición de discriminar, es incumplirla. Sobre la base que está prohibido discriminar se impone distinguir entre el despido sin justa causa (arts. 242 y 245) del despido que tiene su razón de ser (su motivo o causa) en el incumplimiento de la prohibición de discriminar.

En términos generales se puede sostener la siguiente doctrina, a saber: el

despido con justa causa es la ruptura del contrato que decide el empleador ante el incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del empleado; el despido sin justa causa es la ruptura que decide el empleador y que no tiene sustento en ningún incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del empleado; la ausencia de justa causa nada dice sobre la existencia o inexistencia de incumplimientos de las obligaciones a cargo del empleador; la indemnización tarifada repara -mínimamente- al despido sin justa causa, pero no indemniza al despido sin justa causa al que se agrega un grave incumplimiento de los deberes a cargo del empleador; por este grave incumplimiento el empleador debe una reparación que excede la tarifa legal.

Carlos Posse señala, al comentar el texto del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, que “se acepta la procedencia de los reclamos por daño moral en situaciones en que el empleador, en forma paralela al despido impuesto, cometiera actos ilícitos distintos del mero incumplimiento del contrato de trabajo”¹⁷⁰. Se trata de una doctrina que -si bien abre la posibilidad de superar la indemnización tarifada de la Ley de Contrato de Trabajo- resulta insuficiente. El art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, donde se establece una indemnización tarifada para el despido sin justa causa (equivalente a un mes de sueldo por año de servicio), no dispone que se trata de la única indemnización debida ni que sea una tarifa máxima. Desde este punto de vista es posible sostener que la indemnización tarifada en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo es una reparación mínima ante el despido sin justa causa (o ante el despido indirecto con justa causa, art. 246 Ley de Contrato de Trabajo), que no excluye la debida o total enmienda de los daños y perjuicios ocasionados, entre los cuales se encuentran los causados por el incumplimiento de las obligaciones laborales (por la violación del deber de trato igualitario y de la prohibición de discriminación, como acontece en los casos del despido desigualitario y del despido discriminatorio). La indemnización prevista para el despido sin justa causa paga, prima facie, la ruptura patronal inmotivada del contrato pero no repara los daños que esa rescisión pueda ocasionar cuando ella misma implica un grave incumplimiento de las obligaciones que pesan en cabeza del empleador. En los casos del despido desigualitario y del despido discriminatorio la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo abona la ruptura del contrato de trabajo, pero no paga que la extinción se haya adoptado en violación al deber de trato igual o a la

170 Posse, Carlos, Ley de contrato de trabajo anotada, comentada y concordada, pág. 380.

prohibición de discriminar.

Tampoco es cierto que la aplicación de la ley 23.592 al despido discriminatorio (con su orden de reinstalar al empleado separado) contradiga los principios del derecho laboral argentino, ni que, entre esos principios se encuentre el de la estabilidad relativa. El derecho a la estabilidad en el empleo está reconocido en la constitución (en el art. 14 bis y en las ampliaciones ordenadas en los tratados enumerados). A ello se agregan las normas propias de la Ley de Contrato de Trabajo que disponen que ante un “caso de duda las situaciones deben resolverse a favor de la continuidad o subsistencia del contrato” (art. 10); que el contrato de trabajo “se entenderá celebrado por tiempo indeterminado” (art. 90); que el “contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley” (art.91); y que la “carga de la prueba de que el contrato es por tiempo determinado estará a cargo del empleador” (art. 92). De estas normas resulta que, a diferencia de lo afirmado por Rodríguez Mancini, en el derecho laboral argentino vigente, la estabilidad en el empleo es un principio.

Por último con respecto a las cuestiones de hecho o a las consecuencias indeseables que podría generar decidir a favor de la reinstalación del empleado que fue objeto de un despido discriminatorio, las mismas no son tales. Que el trabajador separado, reingrese a su empleo y que por este acto adquiera “una estabilidad tal que impediría su despido hasta el momento de jubilarse” (como sostiene Rodríguez Mancini) no es una consecuencia mala, despreciable o perjudicial, sino, por el contrario, muy beneficiosa para la promoción de la plena vigencia del mandato constitucional del derecho a la protección contra el despido arbitrario, de la seguridad de los débiles, de la igualdad y de la libertad.

En definitiva, la ley 23.592 y la Ley de Contrato de Trabajo son plenamente compatibles. No hay conflicto alguno entre ellas. No hay la más mínima contradicción entre la oración que afirma que hay estabilidad (o estabilidad absoluta) ante el despido desigualitario o discriminatorio, y la oración que sostiene que en la Ley de Contrato de Trabajo ante el despido incausado se debe el pago de una indemnización.

No hay que confundir el despido desigualitario o discriminatorio con el despido sin causa. Son actos jurídicos diferentes. En el despido desigualitario

se lesiona el principio de igual trato, y en el despido discriminatorio se separa a un empleado de su cargo por una razón que está expresamente prohibida por la ley nacional e internacional y que resulta ser un motivo de raza, de sexo, de religión, de ideas políticas, o de nacionalidad, entre otros de igual índole o condición.

El despido sin causa, lisa y llanamente, es sólo eso, o sea: la separación de un empleado sin razón valedera alguna. La ausencia de toda causa (y, hasta si se quiere, el capricho mismo) no se debe confundir con la causa prohibida, con la razón o el motivo que ha sido especialmente descalificado por el derecho nacional e internacional como sustento para suprimir o limitar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos.

Además si hubiera alguna duda sobre cuál norma debe ser aplicada (si la Ley de Contrato de Trabajo o la ley 23.592), cabe sostener que la ley utilizable es claramente la ley 23.592, ya que se trata de una norma posterior a la Ley de Contrato de Trabajo y, además, resulta a todas luces la “norma más favorable”; razón por la cual se impone su aplicación como medio que asegura los derechos del trabajador (art. 14 bis).

Vazquez Vialard se pronuncia a favor de la aplicación de la ley 23.592. Para este autor la ley 23.592 “integra el ámbito propio de la teoría general del derecho o, si se quiere, de acuerdo con un criterio amplio, el del derecho civil que, según lo destacan algunos autores, es una rama especial (sin duda, la que recepta el mayor número de principios y reglas propias de la teoría general del derecho y, aún, la del público). No vemos ningún inconveniente (al contrario, es beneficioso) que dicha norma se aplique respecto de las relaciones laborales, en especial en cuanto establece la posibilidad de decretar la nulidad del acto viciado. En consecuencia, la decisión rescisoria que adolece de ese vicio, no tiene el efecto jurídico deseado: poner fin a la relación. Por lo tanto, en la medida que el trabajador así lo desee, puede deducir la nulidad de aquélla, o bien... puede confirmarla. Esto es factible, en razón de que la causa de la nulidad es relativa, por lo que la persona discriminada puede purgar el vicio (le da validez a la resolución declarada) y optar por reclamar una indemnización que fija el tribunal (por supuesto, superior a la tarifada que fija la Ley de Contrato de Trabajo). La citada disposición establece un mecanismo jurídico a fin de preservar la dignidad de las personas que, obviamente, comprende la del trabajador. De esa manera se configura un régimen de estabilidad absoluta.”¹⁷¹

El reclamo de una indemnización tiene las siguientes variaciones. Si el empleado opta por pedir la nulidad del despido y su reinstalación, puede reclamar el pago de los salarios caídos durante la separación ilegal, aunque no en concepto de contraprestación por un trabajo que a todas luces no cumplió sino como la indemnización debida por haber sido excluido ilegalmente y haber puesto su fuerza a disposición del empleador, quien -sin razón legal alguna- incumplió con su deber de dar ocupación. Para Vazquez Vialard “No se trata de que una persona intenta percibir el salario sin trabajar, sino que otra que se niega a recibir su trabajo (el que ha sido ofrecido) le repare, a título de daños y perjuicios, las consecuencias normales que se siguen como consecuencia de su actitud. No se trata de obtener un premio (no trabajando; se ha ofrecido la prestación), sino de una reparación del daño provocado con motivo de un incumplimiento. Por supuesto, en la medida que el demandado acreditara que la decisión patrimonial que se le imputa es menor que el sueldo que él debía abonar, ya que la otra parte, durante el período en que estaba obligada a poner su capacidad de trabajo a su disposición, obtuvo un ingreso, la reparación debida disminuye en igual medida.”¹⁷² Pero, ahora bien, si el empleado opta por aceptar la ruptura del contrato de trabajo (o sea: no reclama la nulidad del despido y su reinstalación), tiene derecho a pedir la indemnización tarifada (que establece la ley de contrato de trabajo y que equivale a un mes de sueldo por año de antigüedad, sin perjuicio de otros incrementos tarifados como pueden ser si se da el caso de embarazo o matrimonio o existen irregularidades en la registración), más una indemnización por los daños y perjuicios. En términos de Vazquez Vialard “no existe óbice para que, acreditada la discriminación, el trabajador que declara rescindida la relación, previa intimación para que cese esa actitud ilícita, tiene derecho a percibir la indemnización (en el caso no tarifada que repare el grave daño sufrido, la que se adiciona a la que corresponde al incumplimiento propio del componente laboral (la pérdida de la expectativa de mantener el vínculo contractual en el futuro). Obviamente, ambas indemnizaciones pueden establecerse en un

97, pág. 1048. Del mismo autor se pueden estudiar los tres comentarios a dos fallos que realiza en la obra citada (que se extiende de la pág. 1046 a la 1052) y donde analiza, entre otras cuestiones, al despido discriminatorio (en especial al indirecto), la estabilidad absoluta ante el despido discriminatorio y el pago de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. De acuerdo con Vazquez Vialard se pronuncia Julio Martínez Vivot (en *La Discriminación Laboral, Despido Discriminatorio*, págs. 43, 91).

172 Vazquez Vialard, ob. cit., pág. 1052.

mismo juicio que, de acuerdo con la naturaleza de las acciones deducidas, debe tramitar ante el juez competente en materia laboral.”¹⁷³

4.4. EN EL DERECHO COLECTIVO

Conforme a la Constitución en las Provincias Unidas del Río de la Plata se reconoce el derecho de asociación y, en especial, de asociación sindical, y que, básicamente, consiste en la libertad de formar un gremio (como de liquidarlo), y de afiliarse y desafiliarse a un sindicato. Pero en la Nación no impera el régimen reconocido en la Constitución, sino el establecido en la legislación del gobierno y que impone el unicato sindical.¹⁷⁴ En la legislación

173 Vazquez Vialard, ob. cit., pág. 1048. En la pag. 1049 dice, en el mismo sentido, que “el trabajador despedido en esas circunstancias tiene la posibilidad de accionar por el cobro de la indemnización tarifada del art. 245 LCT, además de la especial que corresponde en virtud de ilícito en que incurrió el empleador al discriminarlo”. La cuestión a dilucidar, que no aparece planteada en el escrito bajo estudio, atañe a cuál es el monto de esa reparación especial. El problema no queda resuelto si sostenemos que se trata de reparar todos y cada uno de los daños ocasionados con la ruptura del contrato de trabajo, ya que, aunque estamos de acuerdo en que la finalidad debe ser la indemnización íntegra, no es menos cierto que la prueba de la existencia de los daños sufridos, como la valuación de los mismos, no dejan de ser tareas muy difíciles de llevar a cabo (y también, en algunos casos, costosas), que pueden determinar la elección (por parte del poder legislativo o del poder judicial) de criterios generales para decidir todos los casos, como sería la fijación de una tarifa. Al respecto se puede recordar al muy limitativo art. 11 de la ley 25.013 (sancionada el 2-9-98 y derogada por el art. 41 de la ley 25.877) que dispuso que “Será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista en el art. 7º de esta ley se incrementará en un treinta (30%) por ciento y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo.” El decreto 1111/98 del PEN vetó los siguientes motivos nacionalidad, orientación sexual, ideología u opinión política o gremial; en definitiva, quedaron vigentes como razones prohibidas la raza, el sexo y la religión.

174 En el párrafo 6.10 hago una exposición del tema y una crítica al sistema del unicato gremial y al corporativismo imperante en la Argentina desde el advenimiento de las posiciones nacionalistas (desde finales de los años 20 y durante la década del 30 del siglo XX) y que el peronismo adopta y difunde (a partir del golpe de facto de junio de 1943, la revolución de los coroneles con que se inicia el Movimiento Justicialista). Se trata de toda una doctrina de clara inspiración en las ideas políticas de la derecha europea (restauradora, antiluminista, antiliberal, antisocialista, nacionalista, partidaria de gobiernos fuertes o dictatoriales o tiránicos, corporativistas) de amplia difusión e influencia en la teoría política de la élite argentina desde ese entonces hasta nuestros días, donde (a pesar de haber ya pasado más de 20 años del término de la última dictadura) todavía persisten (un ejemplo de lo expuesto se encuentra en las descripciones del sistema de los derechos humanos que no hacen referencia ni a la Constitución de USA ni a la Revolución Francesa, o que ubican a la dignidad del hombre por

gremial argentina se establece un régimen contrario a la libertad de asociación. Se trata de un sistema en el cual el gobierno tiene la facultad de otorgar la personería gremial, dentro de un ámbito geográfico, a un solo sindicato que pasa a monopolizar la representación de todos los trabajadores de la actividad o de la profesión y, en consecuencia, puede cobrar su cuota sindical (o de afiliación) por medio de un descuento del sueldo del obrero que realiza el empleador en cuanto agente de retención, o puede designar delegados o representantes gremiales, o puede firmar convenios colectivos u ordenar medidas de acción directa. De esta forma no sólo se viola el derecho de asociación sino, además, los derechos a suscribir convenios colectivos y de huelga tal cual aparecen reconocidos en la Constitución (art. 14 bis, ampliado por los tratados enumerados).

El unicato sindical es un tipo de monopolio: el gobierno otorga el monopolio de la representación de los trabajadores a un solo sindicato. El monopolio establecido por el estado es un ejemplo de legislación desigualitaria, o sea: de un sistema legal que es contrario a la igualdad (al deber de trato igual y a la prohibición de discriminación). Todo monopolio estatal es contrario a la igualdad, ya que se crea a favor de unos y en contra de otros.¹⁷⁵

El sistema de unicato sindical argentino se encuentra establecido, en su última versión, en la ley 23.551 (ver arts. 25, 31). En esa misma ley también aparece otra grave restricción a los derechos (a la igualdad), cual es que requiere que el 75% de los cargos directivos, así como el cargo superior de la entidad, sean ocupados por personas de nacionalidad argentina.¹⁷⁶ Se trata

sobre cualquier otro valor, con la clara intención de subestimar -de limitar o pasar a segundo orden los derechos que, sin lugar a dudas y en definitiva, son los fundamentales, tales como, por ejemplo, la vida, la libertad, la igualdad, la fraternidad, la resistencia a la opresión, la propiedad, la reunión, la asociación, la publicación, entre otros).

175 Por ejemplo, Julio Martínez Vivot (en *La Discriminación Laboral, Despido Discriminatorio*) dice que “El sistema vigente, a través de leyes sucesivas, busca asegurar el poder sindical y centralizarlo, para conformar una estructura política afín al peronismo, su creador. El resultado ha sido, entre otros, la habilitación de un sistema de sindicato único, que vulnera el principio de libre asociación y, típicamente, el de libertad sindical, lo que importa una conducta discriminatoria y reprochable. El régimen de convenios colectivos también es discriminatorio, en cuanto sólo pueden celebrar tales acuerdos con los empleadores, los sindicatos con personería gremial, sin apertura a otros sindicatos o asociaciones de trabajadores” (págs. 46 y 47; además se ocupa del tema bajo el título Libertad Sindical y Discriminación en las págs. 226 a 230). En igual sentido se pronuncia, por ejemplo, Rodríguez Mancini en *Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales* (págs. 258-259).

176 En el art. 18 de la ley 23551 se dispone: “Para integrar los órganos directivos, se reque-

de una norma de clara inspiración nacionalista que, a todas luces, resulta opuesta al internacionalismo que, con sus limitaciones, podemos encontrar en la asamblea francesa de la época de la revolución, en las guerras de la independencia de la América del Sud, o en las asociaciones obreras europeas anteriores a la guerra del 14.

A pesar del carácter general opuesto a la libertad que presenta la ley 23.551, la misma contiene dos disposiciones acordes a la igualdad. La primera es la prohibición de discriminar que, en especial, establece la ley 23.551 cuando establece que “Las asociaciones sindicales no podrán establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar un trato discriminatorio a los afiliados. Lo dispuesto regirá también respecto de la relación entre una asociación de grado superior y otra de grado inferior.” (art. 7). La segunda consiste en sostener que el “trato discriminatorio” con motivo o en ocasión “del ejercicio de los derechos sindicales tutelados” por la ley 23.551, es una práctica desleal.¹⁷⁷ Según el texto legal tanto el empleador como la asociación de empleadores pueden estar incurso en la práctica de trato discriminatorio. Por “trato discriminatorio” se debe entender tanto un trato desigualitario (en cuanto violación al principio de trato igual) como un trato discriminatorio (en cuanto violación a la prohibición de discriminar). Los “derechos sindicales” que se protegen son básicamente los de formar gremios, afiliarse, desafiliarse, la de elegir y ser elegido como autoridad del gremio o como delegado gremial (o representante de los trabajadores en el establecimiento).

En la causa Balaguer ya citada, donde se decide la reincorporación de una delegada de hecho separada ilegalmente por razones gremiales, el juez Horacio De La Fuente afirma que “resulta suficiente fundamento de la propuesta las normas específicas que castigan la conducta antisindical, en especial los ilícitos laborales previstos en los inc. e (adoptar represalias contra los trabajadores por su actividad sindical) y j (practicar trato discriminatorio)

rirá: ... El setenta y cinco por ciento (75%) de los cargos directivos y representativos deberán ser desempeñados por ciudadanos argentinos, el titular del cargo de mayor jerarquía y su reemplazante estatutario deberán ser ciudadanos argentinos.”

177 Así dispone el art. 53 que “Serán consideradas prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones profesionales del trabajo por parte de los empleadores, o en su caso, de las asociaciones profesionales que los representen: j.- Practicar trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por este régimen.”

del art. 53 de la ley 23.551.”¹⁷⁸ De esta manera se reconoce el derecho a la estabilidad en el empleo cuando el ataque patronal se dirige a la actividad sindical del empleado.

178 Vazquez Vialard (La estabilidad absoluta del trabajador víctima de una práctica antisindical, LL, 1998, 1055) sostiene que “El hecho que un empleado no esté comprendido dentro de las condiciones que enumeran los arts. 40, 48 y 50 de la ley 23551, no es obstáculo para que goce de la garantía de la estabilidad absoluta con efectos aminorados que lo protege contra decisiones del empleador que constituyen prácticas antisindicales, a través de las cuales éste pretende modificar las condiciones de trabajo, suspender o extinguir la relación laboral.” Para este autor “...las medidas adoptadas por el empleador para impedir el ejercicio de esos derechos, posibilitan la promoción de una demanda a fin de obtener que el juez disponga el cese de aquellas” (arts. 47 y cc, ley 23551). Vazquez Vialard alude a la “estabilidad absoluta con efectos aminorados” cuando “no procede el empleo de la fuerza pública para hacer cumplir la orden judicial de reinstalación del empleado en su cargo.”

**DOCTRINA DE FACTO
Y JURISPRUDENCIA
LABORAL REGRESIVA**

— 5. DOCTRINA DE FACTO Y JURISPRUDENCIA LABORAL REGRESIVA

En su Tratado De La Doctrina de Facto de 1910, analizando al common law, el juez canadiense Albert Constantineau define la doctrina de facto como “una norma o un principio de derecho que, en primer lugar, justifica el reconocimiento de la autoridad de gobiernos establecidos o mantenidos por personas que han usurpado la autoridad soberana del Estado y se afirma por la fuerza y las armas contra el gobierno legítimo; en segundo lugar, que reconoce la existencia de entes públicos o privados corporativos, y los protege de impugnaciones colaterales, entes que, si bien organizados irregular o ilegalmente, sin embargo ejercen abiertamente, bajo la apariencia de legitimidad (color of law), los poderes y funciones de entes regularmente creados; y, en tercer lugar, que confiere validez a los actos oficiales de personas que bajo la apariencia de derecho o autoridad (color of right or authority) ocupan un cargo bajo los antes mencionados gobiernos o entes o ejercen cargos de existencia legal de cualquier naturaleza, en los cuales están interesados el público o terceras personas, siempre que la realización de tales actos oficiales sea en beneficio del público o terceras personas y no para su propia ventaja personal.”¹⁷⁹

La doctrina se justifica “en consideraciones de orden público, justicia y necesidad y está destinada a proteger y resguardar de daños a la comunidad en general o a las personas privadas que inocentemente o por medio de coerción se someten, reconocen o invocan la autoridad asumida por los antes mencionados gobiernos, entes corporativos o funcionarios.”¹⁸⁰ En especial, la doctrina de facto se basa en tres razones que Constantineau resume de la siguiente manera. Veamos.

Primera. Con relación “al público y terceras personas, no sería razonable esperar que averiguasen previamente el título de los funcionarios con quienes deben tratar, para establecer qué confianza puede otorgarse a la autoridad que

179 Constantineau, Alberto, Tratado De La Doctrina de Facto en relación a los funcionarios y entidades públicas, basado en la jurisprudencia de Inglaterra, Estados Unidos y Canadá, con comentarios sobre los recursos legales extraordinarios referentes a la prueba del título al cargo y a la existencia corporativa de una entidad, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945, pág. 9.

180 Constantineau, ob. cit., págs. 9 y 10.

se atribuyen. Esto haría que la validez de sus actos dependiese de sus títulos oficiales, lo que sería inaceptable.”¹⁸¹ Más adelante dirá Constantineau que si el público “se ve obligado a inquirir a su riesgo sobre la naturaleza del título del funcionario” o “no puede confiar en la apariencia de legitimidad (color) o legitimidad plausible de un derecho”, entonces “la doctrina de facto desaparece.”¹⁸²

Segunda. Se piensa que “si cada funcionario estuviese obligado a sostener y defender su título contra cualquiera que quisiera denegarlo o impugnarlo colateralmente, quedaría en tal forma embarazado para cumplir con sus obligaciones oficiales que su eficiencia, en cuanto funcionario, quedaría grandemente disminuida.”¹⁸³

Tercera. La doctrina es imprescindible “para mantener la supremacía de la ley y preservar la paz y el orden en la comunidad general, desde que cualquier otra norma llevaría a tal incertidumbre y confusión que perturbaría el orden y la tranquilidad de toda administración civil”, ya que “si se permitiese a cualquier individuo o grupo de individuos, a su simple arbitrio, desafiar la autoridad y rehusar obediencia al gobierno del Estado y a los numerosos funcionarios a través de los cuales ejerce sus diversos poderes o a rehusar reconocimiento de entes municipales y a sus funcionarios, basándose en su existencia irregular o en sus títulos defectuosos, se fomentaría insubordinación y desórdenes de la peor especie, en forma que podría fácilmente culminar en la anarquía.”¹⁸⁴

Constantineau ubica el origen de la doctrina, por lo menos en lo que se refiere a los funcionarios de facto, en Inglaterra en 1431, cuando se habría decidido sobre la validez de los actos otorgados por un abad que no cumplía con todos los requisitos para ocupar el cargo. En 1461 dice Constantineau que “la doctrina de facto recibió un solemne reconocimiento por una ley del Parlamento”, donde aparece la distinción entre un rey de iure y un rey de facto: “Fue después que la casa de York había reafirmado su título a la corona de Inglaterra y conseguido asumirla en la persona de Eduardo IV. Al subir éste al trono se aprobó una ley para indemnizar a aquéllos que se habían sometido a los reyes de la casa de Lancaster y para, en pro de la paz del reino, confirmar todos los honores conferidos o todos los actos efectuados

181 Constantineau, ob. cit., pág. 11.

182 Constantineau, ob. cit., pág. 303.

183 Constantineau, ob. cit., pág. 11.

184 Constantineau, ob. cit., pág. 11 y 12.

por aquéllos que en ese momento eran llamados usurpadores en cuanto no tendieran al deshederamiento del heredero legítimo. En esta ley Enrique IV, Enrique V y Enrique VI eran designados como “Últimamente reyes de Inglaterra de hecho y no por derecho”. A partir de estas fechas la doctrina fue utilizada en Inglaterra, aunque “Con sus instituciones esencialmente democráticas, que requieren que casi todos los cargos públicos sean llenados por elección popular, la república norteamericana ha ofrecido el campo más propicio para el desarrollo de la doctrina. Sin ella, el pueblo norteamericano no hubiera podido satisfactoriamente conducir los asuntos públicos del país, en relación con el Estado, la administración de justicia o los gobiernos municipales, y por todas partes hubiera prevalecido una incertidumbre que en algunos momentos podría haber producido los mayores desórdenes.”¹⁸⁵

La doctrina de facto y la doctrina del estado de excepción guardan similitudes y diferencias. La relación entre ambas doctrinas puede ser pensada como la intersección entre dos conjuntos: hay elementos que ambos conjuntos comparten, mientras que hay otros elementos que sólo pertenecen a una de las dos clases.

La doctrina de facto y la doctrina del estado de excepción comparten la norma que manda reconocer al gobierno usurpador. El gobierno de facto es un gobierno usurpador. En ambas doctrinas, esa norma se intenta justificar sobre la base de la necesidad, del evento extraordinario o transitorio. Ante la situación de emergencia se sostiene la legitimidad del usurpador (del gobierno de facto) para mandar. El gobierno usurpador tiene todas las facultades que sean necesarias para alcanzar los fines que se ha propuesto. Pero cada una de estas doctrinas se integra con otras normas.

Además de ordenar reconocer a los gobiernos de facto, a sus actos y normas, la doctrina de facto también manda reconocer a los funcionarios de facto de gobiernos de iure, y a las asociaciones (públicas y privadas) de facto. Estas normas no integran la doctrina del estado de excepción, sino que pertenecen exclusivamente a la doctrina de facto. La doctrina del estado de excepción, siempre ante el hecho extraordinario (la emergencia o la crisis), brinda varias soluciones. Una extrema, que comparte con la doctrina de facto, está dada por la norma que manda reconocer al gobierno usurpador. Pero hay otras que se dan dentro del gobierno de iure. Ante la emergencia (o la excepción) se permite al gobierno suprimir o limitar los derechos humanos.

185 Constantineau, ob. cit., págs. 15 a 27.

Este es el caso del estado de sitio (sucedáneo de la dictadura romana). Pero también ante la situación extraordinaria se otorga al poder ejecutivo facultades legislativas (por ejemplo: el congreso le delega al poder ejecutivo la atribución de sancionar leyes, o el poder ejecutivo tiene la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia); o se le da al poder ejecutivo facultades judiciales (por ejemplo es el caso de la ley marcial que implica, entre otros casos, el sometimiento del ciudadano o habitante a la jurisdicción militar); o, en definitiva, se le reconoce al poder ejecutivo la suma del poder público. Así, en general, la doctrina del estado de emergencia propone normas que ordenan una centralización (o unificación) del poder de decisión del gobierno, junto a un incremento de las facultades discrecionales del magistrado autorizado para la toma y ejecución de la acción política.

El estado de excepción -si bien no es prohibido- es limitado por el derecho internacional. En el Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos, ante “situaciones excepcionales”, con límites en “las exigencias de la situación” y mientras sus medidas no impliquen violar otras normas del derecho internacional o provocar discriminaciones por “motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”, se permite a los estados la suspensión de “las obligaciones contraídas en virtud” del Pacto. Pero no se autoriza la “suspensión alguna de los artículos 6, 7 y 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.” Además, el estado debe comunicar tanto la adopción como el término de la medida de emergencia (art. 4). De ello resulta que, si bien se acepta el estado de sitio, queda prohibido suspender (en definitiva suprimir o limitar) los siguientes derechos, a saber: el derecho a la vida; prohibición de adoptar la pena de muerte cuando la misma había sido abolida; prohibición de suspender las obligaciones asumidas por la Convención Para La Prevención Y La Sanción Del Delito De Genocidio; derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital; prohibición de establecer la pena de muerte a menores de 18 años y a las embarazadas; prohibición de las torturas o de las penas crueles o degradantes; prohibición de someter a la persona a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento; prohibición de la esclavitud y la servidumbre; prohibición de la prisión por el incumplimiento de una obligación contractual; prohibición de la retroactividad de la ley; principio de la ley más benigna; derecho del ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica; y derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

En la Convención Americana también se permite a los estados suspender

las “obligaciones contraídas en virtud” del convenio, en “caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado”, “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación” y mientras que sus medidas no impliquen violar otras normas del derecho internacional o provocar discriminaciones por “motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.” Además, se dispone que la suspensión de los derechos no alcanza a los establecidos “en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos” (art. 27).

De esta manera, aunque en forma insuficiente, se pone un límite al estado de excepción en el derecho internacional. La centralización de las atribuciones del gobierno en uno de sus poderes y el incremento de las facultades discrecionales del gobierno, por cualquier razón y también por motivos (reales o simulados) de necesidad, de emergencia o de excepción, son políticas contrarias a la democracia y al imperio de los derechos del hombre y del ciudadano.¹⁸⁶

La doctrina de facto ha sido utilizada para justificar las más crueles tiranías que han asolado a muchos de los países de Nuestra América. En la Argentina, después de las sucesivas tiranías que hemos padecido desde 1930, el derecho vigente en el territorio de las provincias ha quedado integrado por actos y normas de facto que, a no dudarlo, hacen perdurar el despotismo. Los gobiernos posteriores a las dictaduras han mantenido muchos e importantes actos y normas de facto. La regla que manda reconocer a los gobiernos de facto y a los actos y normas de sus funcionarios ha permitido dar validez a las leyes de las tiranías, no sólo durante el gobierno despótico, sino también una vez terminado el mismo e instalada o reinstalada la autoridad democrática. Así, a través de sus normas, las dictaduras han perdurado más allá del tiempo de permanencia de los tiranos en el ejercicio ilegal de sus cargos.

186 Carlos Sánchez Viamonte decía que “Estado de sitio no es otra cosa que una receta de formulario republicano para confeccionar dictaduras, aderezadas con el viejo ingrediente de las ‘monárquica razón de Estado’, que es la razón de la sinrazón, la razón de la fuerza” (ver Estado de sitio, Enciclopedia Jurídica Ameba, Tomo X, EBA, 1959, pág 1043).

5.1. ALGUNAS CRÍTICAS

A mi entender la doctrina de facto, en lo que respecta a su regla que manda reconocer los gobiernos de facto y los actos y las normas de los funcionarios de esos gobiernos, merece -entre otras- las críticas que paso a exponer.

5.1.1. La regla sobre los gobiernos de facto no indica cuál es la forma del gobierno de facto que manda reconocer u obedecer. Así, en principio, manda tanto obedecer a un gobierno de facto cuya forma sea una tiranía como a un gobierno de facto que consista en una democracia. Un gobierno de facto puede ser una tiranía (un gobierno despótico, absoluto, autoritario). Al ordenar obedecer o reconocer una tiranía es claro que la doctrina de facto (en especial su regla bajo análisis) resulta incompatible con la democracia.

La doctrina de facto no distingue entre la noción de gobierno de facto y el concepto de forma de gobierno. Recuérdese que el gobierno de facto “en el estricto sentido jurídico, es un gobierno que ilegalmente obtiene la posesión y control de un Estado o país, desapoderando al legítimo gobierno legal y manteniéndose por la fuerza y las armas contra la voluntad del legítimo gobierno legal, cuyos poderes declara ejercer.” De modo que, cualquiera sea su forma, será un gobierno de facto en la medida que por la fuerza desplace a la autoridad legítima y se mantenga en el poder. Entonces la idea de gobierno de facto implica a cualquier forma de gobierno. Por ejemplo: en la doctrina de facto, el concepto de tiranía está implicado por la noción de gobierno de facto. Y, así, cuando justifica el reconocimiento de un gobierno de facto también sustenta la aceptación de una tiranía. Pero un gobierno de facto no necesariamente es una tiranía; ni una tiranía es necesariamente un gobierno de facto. La confusión es grave ya que tiene por consecuencia sostener el reconocimiento de gobiernos que, como la tiranía, son incompatibles con los derechos humanos y la democracia.

5.1.2. No hay unanimidad en la aceptación de la doctrina de facto en lo que se refiere a su norma que manda reconocer a los gobiernos de facto y, en especial, a las tiranías.

John of Salisbury, en *Policraticus* (Libro VIII, Cap. 19) dice, a modo de conclusión luego de relatar algunas maldades de Domiciano, que “Al desgarrar Domiciano la Iglesia de Dios e incluso todo el Imperio, él mismo experimentó en sí idéntico juicio de Dios y fue destrozado. Su cadáver fue sacado por sepultureros nocturnos en un sencillo ataúd y enterrado de la

manera más indigna. Su sucesor, Nerva, abolió todas sus decisiones y está considerado entre los príncipes no tiranos”.

Tomás de Aquino (Libro I, Cap VI, del Gobierno De Los Príncipes) hace referencia a este mismo hecho que utiliza Salisbury, cuando analiza el derecho de resistencia al tirano y la facultad popular de expulsarlo. Dice Tomás de Aquino que “Así también el senado romano mató a Domiciano, sucesor de Vespasiano su padre y de Tito su hermano, quienes habían gobernado prudentemente; y todas sus maldades contra el pueblo romano fueron justas y saludablemente revocadas. Por tal derogación, el discípulo amadísimo del Señor, Juan el Evangelista, fue devuelto a Efeso por decreto del senado, ya que había sido desterrado a la isla de Patmos.”

No hay la más mínima unanimidad sobre el reconocimiento de los actos y las normas de facto. Tan es así que un claro defensor de la monarquía absoluta (como es Bodin) debe insistir, en Los Seis Libros De La República, en “que las buenas ordenanzas y acciones loables del tirano no sean anuladas a su muerte.”, y que “Se engañan los príncipes que anulan todos los actos de los tiranos que fueron sus predecesores”. En Bodin esta cuestión está vinculada a la seguridad que busca el nuevo príncipe. Para Bodin estas acciones contra el tirano no le dan ninguna seguridad al príncipe que lo depuso. La seguridad no se adquiere, según Bodin, anulando los mandatos y acciones del anterior tirano, ni dando recompensas a quienes lo mataron y ni siquiera asesinando a los que dieron muerte al tirano, sino “en que se crea que es santo e inviolable.”¹⁸⁷ Así es como piensa uno de los defensores de la doctrina del derecho divino de los reyes, que debe salir a refutar una idea o una práctica de algunos reyes y que consiste en anular los actos de los tiranos. Bodin no recomienda que se mantengan todos los actos de los tiranos, sino que pide que no se anulen las “buenas ordenanzas y acciones loables”. Así Bodin aconseja llevar a cabo una política selectiva, que consistiría en mantener los actos o las normas buenas y en anular las malas.

En la Petición De Derechos a Carlos I, cuya redacción se atribuye a Sir Edward Coke en 1628, luego de enumerar una serie de violaciones a los derechos de los súbditos por parte de los funcionarios del rey y de solicitar el cese de las mismas y el cabal cumplimiento de las leyes del reino, se exige además que el rey “declare que de todos los derechos o procedimientos,

187 Bodin, Jean, Los Seis Libros De La República (1576), Editorial Tecnos SA, Madrid, 1997, pág. 106.

sentencias, ejecuciones y demás hechos a que nos hemos referido, no se sacará consecuencia ni sentencia precedente en perjuicio de la nación.” Así se pide que los actos o normas adoptados por los funcionarios y contrarios a los derechos de los súbditos (reconocidos, por ejemplo, en la Carta Magna) no sean considerados como precedentes y, en consecuencia, que de ellos no se tome ningún principio o norma de derecho para decidir nuevas causas o justificar nuevas acciones.

En 1922, Nicaragua, El Salvador y Honduras firman un Tratado de Paz y Amistad (los “tratados del Tacoma”, porque fueron suscriptos a bordo del buque de guerra yanqui USS Tacoma, en navegación en el Golfo de Fonseca) a instancias, o mandato, de los EE.UU., donde entre otras cosas se comprometen a no reconocer entre las partes ningún gobierno de facto o que tuviera origen en un golpe de estado.¹⁸⁸

Luego de la creación de las Naciones Unidas y de la OEA, de sus cartas constitutivas, y de la firma de la Declaración Universal De Los Derechos Humanos (o de la Declaración Americana), como de la concertación de los principales tratados o pactos internacionales sobre derechos humanos (civiles, políticos, sociales, culturales), no cabe la menor duda que el reconocimiento de los gobiernos surgidos de golpes de estado, tiránicos o dictatoriales, viola al derecho internacional, al derecho de gentes. En otras palabras se puede decir que no es norma del derecho internacional el reconocimiento de los gobiernos de facto que sean tiranías o dictaduras. El repudio del orden internacional a los gobiernos de facto puede ser, a su vez, una razón para justificar la intervención (preventiva o represiva) de aquellos países gobernados por usurpadores despóticos, siempre y cuando no sea una forma simulada de una política imperialista que, sin lugar a duda alguna, también lesiona al derecho de gentes.

En 1952 Hans Kelsen (en sus Principios De Derecho Internacional) sostenía que “Cada Estado es libre de entrar o negarse a entrar en relaciones políticas o de otra clase con el nuevo gobierno por cualquier razón, porque ningún Estado está obligado por el derecho internacional general a entrar en tales relaciones con otros Estados o en mantenerlas. Un Estado puede,

188 Aprendo este hecho del libro Augusto C. Sandino El Pensamiento Vivo, Introducción, selección y notas de Sergio Ramírez, Editorial Nueva Nicaragua, 2da. edición, Managua, 1984, donde en varias cartas, proclamas o manifiestos Sandino hace referencia a los Tratados del Tacoma (por ejemplo: en la carta a Froylán Turcios del 14-3-28, T° I, pág. 252), y donde también Ramírez alude a ellos en su escrito El Muchacho De Niquinhomo (ver pág. 39).

por ejemplo, realizar el reconocimiento político del nuevo gobierno de otro Estado supeditándolo al hecho de que su gobierno sea sostenido, o el cambio revolucionario aprobado por la mayoría del pueblo. Puede rehusar su reconocimiento, porque no quiere entrar en relaciones normales con un Estado en el que se ha establecido por una revolución o coup d'état un régimen comunista o fascista, o por otras razones.”¹⁸⁹ Podestá Costa sostiene que “El reconocimiento de un gobierno de facto -del mismo modo que el reconocimiento de un nuevo Estado- es un acto facultativo.”¹⁹⁰

Tampoco antes de los principales documentos internacionales sobre derechos humanos, era una norma del derecho de gentes el reconocimiento de un gobierno de facto como de sus actos y normas. Así, por ejemplo, Antonio Sáenz, en su curso de 1822 y 1823 dictado en la Universidad de Buenos Aires, enseñaba que “Una reunión de hombres malvados, una muchedumbre de aventureros que invade un país por fuerza, un amotinamiento escandaloso y toda asociación injusta que se hace en daño y perjuicio de otro Estado, no debe ser reconocida. Tampoco deben serlo las que se hagan sin observar algún orden público y en forma de gobierno racional; porque tales facciones o conjuntos de hombres constituyen esencialmente la anarquía.”¹⁹¹

5.1.3 La doctrina de facto posee una exagerada amplitud y que consiste en la extensión de sus principios a casos que son muy diferentes y que, por ello, merecen valoraciones distintas. En efecto, no es lo mismo justificar el reconocimiento de un gobierno de facto, o de los usurpadores de una autoridad democrática que, por ejemplo, aceptar como válidos los actos de una persona que, adoleciendo su designación de vicios ocultos, ejerció un cargo legal en beneficio del público. Hay en el primer caso, y no cabe la menor duda, una lesión enorme a los derechos humanos, a las libertades públicas y a la democracia; mientras que en el segundo hay una defensa de los derechos favorables a la persona. Y no es posible sostener la misma doctrina para justificar hechos tan diferentes. Por otro lado, tampoco es moralmente aceptable una doctrina que, sobre la base de los mismos principios, otorga

189 Kelsen, Hans, Principios De Derecho Internacional, Buenos Aires, 1965, pág. 244.

190 Podestá Costa, L.A., Derecho Internacional Público, Tercera Edición, Buenos Aires, 1955, Tomo I, pág. 150.

191 Sáenz Antonio, Instituciones Elementales Sobre El Derecho Natural Y De Gentes, Buenos Aires, Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1939, pág. 210.

fundamento a todo un gobierno de facto y también a los actos de una persona que, por ejemplo, ocupa el cargo de jefe de la mesa de entradas de una oficina pública y tiene por función recibir los escritos que el público presenta y entregarles una copia sellada y firmada.

Es claro que muchas razones que se dan a favor de la doctrina de facto no se pueden sostener para cada una de sus reglas (o sea: para la de los gobiernos, para la de las corporaciones y para la de los funcionarios de facto) sino, sólo y exclusivamente, para algunas de ellas. En especial, muchas de las razones que se exponen en el libro de Constantineau son aplicables a la norma que manda reconocer los actos y las normas de los funcionarios de facto, pero no resultan utilizables para justificar la primera regla que ordena reconocer y obedecer a los gobiernos de facto.

5.1.4 Hay una importante restricción al otorgamiento de validez a los actos o a las normas de funcionarios de facto, que ocupan cargos en gobiernos de facto o no (aunque nos interese sólo el primer caso) y que consiste en exigir que “la realización de tales actos oficiales sea en beneficio del público o terceras personas y no para su propia ventaja personal.”¹⁹² Así no se reconoce cualquier acto o norma de facto sino, sólo y exclusivamente, aquellas que son beneficiosas para el individuo y el público en general. Esta razón es susceptible de ser utilizada para justificar las tres reglas. Y no veo ningún inconveniente en decir que no merece mayores objeciones, salvo su extrema imprecisión. ¿Quién seriamente se puede oponer a reconocer un gobierno de facto si resulta beneficioso del público? Nadie. La cuestión es definir cuándo es beneficioso un gobierno de facto. Si se trata de una tiranía, entonces no es beneficioso: una tiranía por definición no es una forma de gobierno beneficiosa del pueblo. De modo tal que la restricción aquí señalada excluye el reconocimiento de gobiernos de facto cuando se tratan de tiranías.

5.1.5 Otra de las razones que se han dado a favor de la doctrina es que “se basa en consideraciones de orden público, justicia y necesidad y está destinada a proteger y resguardar de daños a la comunidad en general o a las personas privadas que inocentemente o por medio de coerción se someten, reconocen o invocan la autoridad asumida por los gobiernos, corporaciones

192 Constantineau, ob. cit., pág. 9.

o funcionarios de facto.”¹⁹³

Las palabras “orden público, justicia y necesidad” son muy imprecisas. Sin embargo, el significado de ellas puede ser claramente establecido sobre la base de la doctrina democrática, sobre la base de los derechos humanos; de modo tal que se entiendan con esas expresiones el sistema de derechos humanos y la forma de gobierno republicana o democrática. A partir de esas nociones (y con este sentido) sólo se debería reconocer un gobierno de facto que fuera democrático (o sus actos y normas compatibles o acordes con los derechos humanos) y desechar a la tiranía.

Es loable que la doctrina tenga por objeto proteger de daños a las personas y a la sociedad. Se trata de protegerlas, de asegurar sus derechos, entonces el gobierno posterior al gobierno de facto no debe desasegurar los derechos adquiridos por las personas. Así el gobierno posterior no puede tener por fin dañar a las personas. Pero, al mismo tiempo, el gobierno posterior no puede convalidar (o legitimar) los perjuicios ocasionados por el gobierno de facto. El gobierno democrático posterior a la usurpación tiránica no debe desasegurar los derechos adquiridos por las personas durante el gobierno de facto o en virtud de normas o actos de facto. Es claro que un gobierno democrático no puede tener por fin dañar a las personas. Pero, al mismo tiempo, el gobierno democrático no debe reconocer validez a los actos o a las normas de facto que han ocasionado o provocan daños. Por el contrario, el gobierno democrático debe desconocer esos actos y esas normas, como parte integrante de una política que procure o facilite una reparación integral de los perjuicios.

5.1.6 Se intenta justificar la doctrina de facto afirmando que “Respecto al público y terceras personas, no sería razonable esperar que averiguasen previamente el título de los funcionarios con quienes deben tratar, para establecer qué confianza puede otorgarse a la autoridad que se atribuyen.”¹⁹⁴ Así no cabe hacer depender la validez del acto o de la norma del título del funcionario. Pero esta no es una razón aplicable a los gobiernos de facto (máxime si además son tiranías), ya que el carácter ilegítimo que poseen es conocido por todos. Por ello nadie razonablemente puede invocar el desconocimiento del carácter ilegal del gobierno fáctico para intentar mantener un derecho o un privilegio

193 Constantineau, ob. cit., págs. 9 y 10.

194 Constantineau, ob. cit., págs. 11.

que no tiene sustento en el sistema de derechos humanos o que es fruto de la connivencia con la usurpación tiránica.

5.1.7 La otra razón en que se busca sustentar a la doctrina de facto y sus tres reglas es que resulta “necesaria para mantener la supremacía de la ley y preservar la paz y el orden”, ya que cualquier otra norma y, en especial, otra que permita desobedecer al gobierno cuestionando sus títulos, promovería la insubordinación y hasta la anarquía. Uno de los argumentos contra la libertad suele ser la anarquía. Está siempre equivocado. No se trata de favorecer el desorden ni la intranquilidad. A nadie en su sano juicio se le ocurre desconocer todos y cada uno de los actos celebrados por los habitantes de un país durante el lapso que la autoridad política fue ejercida por un gobierno de facto, aunque sea una tiranía, sino, por el contrario, de terminar con el despotismo y promover la real instalación o reinstalación de un gobierno democrático y del imperio de los derechos humanos, para lo cual, no cabe la menor duda, procede desconocer y anular seriamente todos aquellos actos y normas que resultan, como mínimo, incompatibles con la nueva constitución que rige luego del término del gobierno de hecho.

Es claro que la doctrina de facto, como la doctrina del estado de excepción, contiene soluciones contrarias a la democracia y al imperio de los derechos humanos. Ambas son doctrinas del orden y de la seguridad, en contra de la libertad y de la igualdad. Son doctrinas que pertenecen al pensamiento político de la derecha. Son doctrinas del poder del rico y del fuerte sobre el pobre y el débil. Una doctrina de la emergencia, acorde con la democracia y los derechos del hombre y del ciudadano, debe integrarse con normas que, ante el evento extraordinario, manden reconocer más y mejores derechos a favor de la persona, de modo tal que se avance hacia un mayor incremento de la libertad y de la igualdad. Desde el punto de vista de los derechos humanos, la excepción no justifica la imposición del rico y del fuerte en desmedro del pobre y del débil sino, muy por el contrario, la promoción del menesteroso y del endeble, del necesitado de los medios imprescindibles para satisfacer sus requerimientos vitales (físicos y morales para su subsistencia y desarrollo).

La doctrina de facto resulta incompatible con la democracia. Para que la norma o principio que manda reconocer a los gobiernos de facto sea una regla que pertenezca al sistema democrático es necesario que, sólo y exclusivamente, justifique la aceptación de gobiernos de facto democráticos; o, en otras palabras, que nunca permita reconocer gobiernos tiránicos.

5.2 ELIMINACIÓN DE LA REGLA QUE MANDA RECONOCER LOS GOBIERNOS DE FACTO

Una manera sencilla de hacer consistente a la doctrina de facto con la democracia es eliminar la regla que ordena el reconocimiento de los gobiernos de facto y de los actos y de las normas emitidos por los funcionarios que ocuparon cargos en esos gobiernos. De la doctrina de facto (según la presentación de Constantineau) eliminamos la primera regla y entonces la dejamos integrada sólo con la segunda y la tercera norma, de modo tal que sólo manda reconocer a las corporaciones de facto, a las normas y actos de sus funcionarios, y a las normas y actos de los funcionarios de facto. De esta manera se suprime toda posibilidad de reconocer tiranías.

Pero es muy torpe proceder de esa manera, o sea: eliminar la regla que manda reconocer a los gobiernos de facto. Así como la doctrina de facto no distingue entre las diferentes formas de gobierno cuando ordena reconocer a los gobiernos de facto, no debemos incurrir en el mismo defecto al proponer eliminar esa regla, ya que al hacerlo podemos, en algún caso, ordenar desconocer a un gobierno que, si bien es de facto, ha sido democrático o ha favorecido el imperio de los derechos humanos y de la democracia en relación a sus antecesores: como sería el caso de un gobierno revolucionario que derroca a una tiranía y que impone, en forma inmediata, la vigencia de los derechos individuales, políticos y sociales, y convoca a una asamblea constituyente para que se sancione una constitución. El reconocimiento de los gobiernos de facto no se debe supeditar al mero hecho de su existencia o de su efectividad o vigencia temporal y espacial, sino que, desde una perspectiva eminentemente valorativa, debe realizarse desde el punto de vista de los derechos humanos y de la democracia. Un gobierno democrático no puede mandar obedecer actos o normas de una tiranía; un gobierno democrático no puede obedecer actos y normas de una tiranía; y tampoco un gobierno democrático puede desconocer, o negar validez, a normas y actos que, aunque provenientes de un gobierno tiránico, hayan tenido por objeto o por resultado establecer mejores derechos y, en consecuencia, hayan promovido el desarrollo hasta ese entonces alcanzado. De modo tal que cualquier reconocimiento o desconocimiento debe ser realizado sobre la base de los principios de aseguramiento y de progresividad social, para que, en definitiva, sea para mejor y no implique una modificación in peius de los derechos humanos protegidos o del nivel de desarrollo obtenido. Debe ser claro que para un gobierno democrático, en principio, sólo son válidas

aquellas normas de facto que sean compatibles con los derechos humanos y la democracia, y si se trata de normas provenientes de un gobierno de hecho que ha desplazado a un gobierno democrático, sólo sean válidas sus normas cuando, además de estar acordes con los derechos humanos y la democracia, establezcan como mínimo el mismo nivel de desarrollo alcanzado durante el gobierno usurpado (o gobierno democrático anterior).

5.3 LA INSTALACIÓN DE UN GOBIERNO DEMOCRÁTICO

Un gobierno democrático originario, primogénito, precedido por el estado de naturaleza, o por un gobierno revolucionario, o por una tiranía, debe reconocer aquellos actos y normas anteriores que resulten compatibles con los derechos humanos (con la ley democrática o con la constitución). La instalación de un gobierno democrático originario conlleva, entre otras tareas, la adecuación del derecho existente a la constitución. Pero esta reforma se debe realizar sobre la base de los principios del aseguramiento y de la progresividad social. El gobierno democrático originario no debe, por el hecho de ser el primogénito y ajustar su proceder a la constitución, desconocer el derecho existente en cuanto ha establecido un nivel de desarrollo o de protecciones favorables a la persona. La reforma debe ser para mejor (no para peor) a partir del grado de adelantamiento alcanzado en el reconocimiento de los derechos humanos en el período anterior, o sea, sin que el cambio consista en una retrogradación o en una modificación in peius de los derechos humanos ya asegurados o en un retroceso del grado de desarrollo de la vida en sus aspectos individuales, familiares, políticos, sociales o culturales.

El fin de un gobierno de facto y la instalación de un gobierno democrático es un avance en el nivel de desarrollo. Pero el fin de un gobierno de facto no necesariamente constituye su término definitivo. Por ejemplo, una tiranía perdura a través de las consecuencias que tienen sus actos dañosos, que no cesan en forma inmediata con el inicio del nuevo gobierno democrático. Los déspotas, en su propio beneficio o en defensa del interés que representan, han matado, torturado y robado a muchos de sus dominados y han empobrecido a la mayoría de la población. De manera que el estado de infelicidad general no termina en forma inmediata con el cese de la tiranía. Por otro lado la dictadura deja una burocracia estatal integrada por muchos de sus simpatizantes que obstaculiza el ejercicio del nuevo gobierno democrático o restringe la plena vigencia de los derechos humanos. Además, el despotismo mantiene su presencia a través de los actos y normas que ha dictado, o por medio del

orden jurídico que ha establecido y que no cesa de existir o de ser utilizado y aplicado en forma instantánea por la puesta en funciones del nuevo gobierno democrático.

Algunas de las tareas más importantes del gobierno democrático, instalado después de una tiranía, consisten en terminar con su herencia dañosa. El gobierno democrático deberá reparar los daños; crear una administración estatal acorde con la libertad o integrada con personas partidarias de la democracia y, por último, modificar las normas tiránicas adecuándolas a la nueva constitución. Sin lugar a dudas se trata de políticas difíciles pero necesarias para que el nuevo gobierno sea democrático; para que no resulte una continuación simulada del despotismo; y para que, en definitiva, no se transforme en una legitimación *ex post facto* de la tiranía.

5.4. LA REINSTALACIÓN DE UN GOBIERNO DEMOCRÁTICO

Un gobierno democrático sólo puede reconocer actos y normas de facto democráticas, de modo tal que cualquier aceptación de las mismas sea un avance, sea para mejor y no consista en una retrogradación del progreso obtenido, lo que implica, para el caso de sucesiones entre gobiernos democráticos y tiránicos (o cuando la tiranía ha desplazado a una democracia y ésta resulta reinstalada), que un gobierno democrático sólo debe reconocer los actos y las normas de facto que, como mínimo, alcancen el nivel de desarrollo logrado en el anterior gobierno democrático desplazado. En el supuesto de sucesiones de tiranías y democracias, es claro que una república no puede ser la continuación del despotismo (en todo caso debe ser la continuación del anterior gobierno democrático); un gobierno democrático no debe mantener la lesión o el agravio producido por la tiranía contra el gobierno democrático expulsado ilegalmente que, entendiéndose bien, es un perjuicio a los habitantes del país, al grado de aseguramiento de los derechos humanos alcanzado; y tampoco un gobierno democrático debe brindar una legitimación *ex post facto* al autoritarismo (al adoptar una política coincidente con el despotismo).

El gobierno tiene dos funciones básicas y que son asegurar los derechos y promover el progreso social. Estos dos principios definen un orden social progresivo, mientras que la ausencia de ellos determina la existencia de un orden social regresivo. Una tiranía impone un orden social regresivo, o sea: un sistema social decreciente en el reconocimiento de derechos y beneficios a favor de los habitantes, o, para definirlo en términos no jurídicos o no morales (o sea: en términos de hechos y no de derechos), un sistema social

de descenso constante del nivel de vida.

Todo sistema jurídico define un nivel de desarrollo que el gobierno debe, como mínimo, asegurar, o impedir que retroceda. Así cualquiera sea el nivel de desarrollo alcanzado (mucho o poco), el gobierno tiene como primer deber mantenerlo y como segunda obligación procurar o facilitar su avance a etapas superiores de evolución. Una tiranía se caracteriza por ser un gobierno dañoso, un gobierno que causa perjuicios a los habitantes del país. Una tiranía lesiona, lastima, impone un orden decreciente o, en otras palabras, hace descender el nivel de desarrollo alcanzado durante el gobierno democrático desplazado.

Desde el punto de vista democrático, los actos y normas de un gobierno de facto carecen de validez; son actos y normas de origen espurio, que no han sido dictadas de acuerdo al procedimiento definido en la constitución y su orden jurídico. Al igual que los actos y normas de un gobierno democrático, los actos y normas de facto pueden lesionar los derechos humanos reconocidos en la constitución. Pero además, y también al igual que los actos y normas de un gobierno democrático, los actos y normas de un gobierno de facto pueden agravar los derechos reconocidos en la constitución, cuando retrogradan los derechos establecidos en el orden jurídico democrático que ha sido dictado en consecuencia de la carta fundamental y que asegura en un grado de desarrollo determinado los derechos humanos en ella dispuestos. Se trata de actos perjudiciales distintos aunque ambos desciendan desde el nivel general de desarrollo alcanzado durante el gobierno democrático desplazado. El primer acto perjudicial, como dije, es un agravio a los derechos humanos establecidos en la constitución. Mientras que el segundo consiste en dictar actos y normas que modifican in peius los mejores derechos establecidos en el orden jurídico democrático; de modo tal que se desaseguran los derechos humanos que estaban protegidos por el orden jurídico dictado en consecuencia de la constitución; se incumple con la prohibición de retroceder y, en definitiva, se retrograda el nivel de desarrollo alcanzado.

Pese a que ambas lesiones son notorias, la segunda se soslaya por cuanto, en general la evaluación de la validez de los actos y normas de facto se limita, en el mejor de los casos, a analizar la adecuación de estos actos y normas con los derechos reconocidos en la constitución, al mismo tiempo que no se juzga si esos actos y normas retrogradan los mejores derechos establecidos en el orden jurídico democrático anterior al interregno despótico y que aseguraban a los derechos humanos establecidos en la carta fundamental. Al proceder de esta

manera se incumple la prohibición de retroceder desde el grado de protección a los derechos humanos logrado, por cuanto se convalida la retrogradación del nivel general de aseguramiento de esos derechos que llevó a cabo la tiranía. El gobierno democrático incumple el deber de asegurar los derechos de la persona y del ciudadano cuando mantiene los actos y normas de facto que modificaron in peius los mejores derechos individuales y sociales establecidos en el orden jurídico anterior al interregno despótico, y que habían asegurado los derechos humanos reconocidos en la constitución, por cuanto obra igual que la tiranía desasegurando los derechos que estaban protegidos.

En vez de ello, cabe sostener que una vez reinstalado el gobierno democrático debe, sólo y exclusivamente, mantener a los actos y normas de facto cuando se adecuan a los derechos reconocidos en la constitución y, al mismo tiempo, cuando no han modificado in peius los derechos establecidos en el orden jurídico democrático anterior, que la dictadura destituyó, y que aseguraban los derechos humanos reconocidos en la carta fundamental en un grado más elevado de desarrollo, o cuando, como mínimo, equivalen a dicho nivel de adelantamiento.

Las leyes tiránicas son nulas por su origen espurio. El gobierno democrático posterior a la tiranía no debe reconocer las normas y actos del despotismo si violan en forma directa a los derechos humanos reconocidos en la constitución o si vienen a desasegurar los mejores derechos reconocidos en las leyes anteriores al período autoritario. Las leyes democráticas del gobierno anterior al período despótico establecen un grado de protección a los derechos humanos o un nivel de desarrollo social que la tiranía desasegura, retrograda. Restablecida la democracia, el gobierno no debe continuar con la política de la tiranía, no debe continuar desasegurando los derechos humanos, sino que, por el contrario, tiene la obligación de protegerlos, para lo cual debe no otorgar validez a las normas de facto en cuestión y tiene que mantener el grado de avance alcanzado durante el gobierno republicano anterior al interregno despótico.

En definitiva, hay que ejecutar políticas hacia mejor, en avance constante hacia la libertad y la igualdad y con la clara convicción que el sistema de derechos humanos no ampara delitos, no impide castigar tiranos, no otorga validez a normas despóticas y nunca resulta un escollo para el adelantamiento individual y social sino que, por el contrario, es un instrumento necesario para favorecer el perfeccionamiento y que, cuando la república obra en ese

sentido está cumpliendo con sus deberes de asegurar los derechos humanos y de promover la progresividad.

5.5. JURISPRUDENCIA LABORAL REGRESIVA

El estudio de la doctrina de facto y de su uso en el derecho laboral es más que oportuno porque, básicamente, la ley de contrato de trabajo vigente en el país es una norma de facto sancionada por la última dictadura. La ley de contrato de trabajo 20.744, que fuera sancionada por el Congreso de la Nación en 1975, fue modificada por la ley 21.297 y reordenada por el decreto 390/76 por la dictadura autodenominada Proceso de Reorganización Nacional. Pero la ley 21.297 no es sólo una norma de facto sino que es una norma de facto que vino a desasegurar los mejores derechos que ya estaban protegidos en una norma de iure (en la ley 20.744). Se trata de una norma de facto que impuso una modificación in peius de los derechos del trabajador y, en consecuencia, con grave violación al mandato de asegurar que ordena el art. 14 bis de la Constitución. En el análisis de esta cuestión están en juego el principio del aseguramiento (la prohibición de retroceder) y el principio de la progresividad, tanto como la continuidad entre gobiernos democráticos separados por interregnos despóticos o la continuidad entre gobiernos tiránicos distanciados por gobiernos democráticos. Para la evaluación de la validez de las normas de los gobiernos de facto hay que partir del origen espurio de estas normas. La apreciación debe ser realizada a partir del principio del aseguramiento de los derechos (de la prohibición de retroceder), comprendiendo cabalmente que este principio impone el deber de no menoscabar los niveles de desarrollo alcanzados, que prohíbe la regresividad o la retrogradación de una etapa a otra peor. Y este estudio debe ser también efectuado sobre la base del principio de la progresividad en cuanto manda avanzar de un nivel a otro superior, lo que significa -como mínimo- recuperar los grados de desarrollo ya obtenidos y que fueron arrebatados por el gobierno de facto.

En adelante analizo algunos fallos que son un ejemplo de una jurisprudencia regresiva durante un nuevo gobierno democrático. Se trata de sentencias dictadas en pleitos laborales que muestran una jurisprudencia que mantiene la vigencia de las normas de facto que habían desasegurado los mejores derechos establecidos en el orden jurídico democrático anterior, y que, en definitiva, lesiona los derechos humanos reconocidos en la constitución al incumplir con el mandato de asegurarlos.

El 27-4-87, la Sala V, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de

la Capital Federal, dictó sentencia en los autos “Filgueiras Roberto Sebastián c/ Santa Rosa Estancias SA”¹⁹⁵. En ellos, la parte actora solicitó, entre otras peticiones, la inconstitucionalidad del art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo en atención a que es una norma dictada por un gobierno de facto. El reclamo era oportuno en la medida en que se efectuaba a un poder de un gobierno constitucional y, al mismo tiempo, era importante toda vez que pretendía que ese poder reparara el daño causado por la dictadura que le precedió y que había, al reformar la ley 20.744, reducido el plazo de prescripción de cuatro años, según disponía su art. 278, a dos años. Se trataba entonces de eliminar los perjuicios, las limitaciones y restricciones que había introducido la dictadura a la ley 20.744 y reponer su validez.

La petición fué rechazada. El juez Vaccari, en su voto, dijo: “A pesar de que sobre éste me he pronunciado críticamente en otra oportunidad (conf. mi voto en autos ‘Troiani c/ Ford S.A. s/despido’, sent. 35.866 del 24/2/86) estimo que asiste razón a su oponente cuando al contestar la demanda afirma que de aceptarse el criterio de la actora se produciría un caos jurídico. Lo cierto es que aún cuando conducido por un grupo usurpador, el orden jurídico en gran parte tuvo efectividad, como esos organismos que sufren una enfermedad grave pero conservan en buen estado algunas funciones. La continuidad jurídica de la Nación debe prevalecer sobre las contingencias de los gobiernos ocasionales. Sin embargo, hay afirmaciones de la contestación de agravios que son por lo menos sorprendentes cuando se refieren a la pasada dictadura militar: ‘Aún cuando no se viviere una época de plena normalidad constitucional, las garantías y derechos fundamentales contenidos en nuestra Carta Magna fueron respetados y tuvieron plena vigencia’. Es evidente que en el terreno de los derechos humanos fundamentales esta afirmación carece de todo sustento. Tal vez, el letrado apoderado de la accionada habla de la Confederación Helvética o de Dinamarca o quizá, al revés del personaje imaginado por Shakespeare (Hamlet, acto I escena IV) padecía de amnesia en los años pasados y no advertía que ‘algo’ estaba ‘podrido’ en el país.”

Por su parte, el juez Cascelli se hace cargo del argumento que expuso la parte actora en el sentido que la dictadura carecía de facultades para dictar la ley 21.927, que introducía la prescripción de dos años, y modificar la legislación de fondo. Para ello, recuerda la opinión del Procurador General del Trabajo expuesta en la causa “Mendez Casariego Ricardo M. c/ Asociación Civil

195 Ver DT, 87-B, 1655.

Jockey Club de Buenos Aires s/ despido (dictamen 7785 del 17-9-85)” y en los autos “Acosta Luis Angel c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones s/ cobro de pesos (dictamen 7454 del 9-11-84)”, donde el fiscal laboral considera que la Corte “sólo ha exigido la ratificación expresa o implícita de los actos de gobierno de poder de facto con la restitución del orden constitucional, pero de ninguna manera se proyecta tal temperamento a los actos de contenido legislativo (caso ‘Aramayo’ Corte Suprema de Justicia de la Nación 14/2/84, E.D., 187, p. 694)” y que, además, “resultaría perjudicial para la seguridad jurídica sustentar una tesis que invalidara ab initio toda regla creada durante un gobierno de facto por la sola circunstancia de su origen, ya que la efectividad que adquiere hace conveniente para preservar el normal desenvolvimiento social, mantener su virtualidad hasta tanto no medie acto derogatorio expreso a su respecto, o descalificación judicial en base al reproche de constitucionalidad”. Por ello, el juez Cascelli dijo que “el control de constitucionalidad por parte de los jueces excluye el examen de la conveniencia o acierto adoptado por quien legisla en el ámbito propio de sus atribuciones (Fallos 300:642), restringiéndose, por lo tanto, la descalificación sólo a aquellos casos en que el contenido de la norma no se adecua a los fines cuya realización perduran o cuando consagran una manifiesta iniquidad”, y que “La reducción a dos años del plazo prescriptivo importó el retorno al plazo consagrado por la ley 17.709, por lo que la decisión del mismo constituyó un criterio de oportunidad que no puede -en principio- ser objeto de control judicial, salvo que en la solución se advierta una irrazonabilidad manifiesta que desvirtúe el instituto jurídico o comprometa gravemente la vigencia de garantías constitucionales.”¹⁹⁶

196 La ley 17.709 fue dictada el 19/4/68 por la dictadura autodenominada Revolución Argentina (1966/1973). De modo tal que cuando la dictadura del Proceso de Reorganización Nacional redujo a dos (2) años el plazo de la prescripción liberatoria de la ley 20.744, que lo fijaba en cuatro (4) años, no hacía otra cosa que volver al lapso extintivo de la acción judicial ordenado por la ley de facto 17.709. Esto indica una coincidencia en las políticas de las tiranías en la supresión y limitación de los derechos populares. Y los dichos del juez bajo examen muestran como los tribunales del trabajo, luego de terminada la dictadura, mantienen el retroceso e incumplen el mandato de asegurar y, al mismo tiempo, prueban que, mientras aceptan las políticas coincidentes de las dictaduras, no están dispuestos a proteger el nivel de desarrollo alcanzado en el gobierno democrático anterior al interregno despótico. Nótese que para el juez cabe sostener el plazo prescriptivo de dos (2) años fijado por la dictadura del Proceso porque la tiranía de la Revolución Argentina también había dispuesto ese lapso; pero que no corresponde aceptar que es válido el plazo de cuatro (4) años, ordenado por el gobierno democrático (el gobierno peronista de 1973 a 1976) anterior a la dictadura

En los autos “Díaz Félix Alcides c/ Ferrocarriles Argentinos”, resueltos el 22-10-87 por la Sala IV de la Cámara del Trabajo¹⁹⁷, el juez Perugini dijo que “Realmente no entiendo de dónde saca el recurrente eso de que el acto que declaró la cesantía del actor esté viciado de ‘nulidad total, manifiesta y absoluta’ (sic) cuando está fundado en la ley 21.274, cuya constitucionalidad ni siquiera ha sido impugnada. Los años del último proceso militar no fueron un pozo negro en la historia del país porque, en algunos casos mejor y en otros peor, las instituciones han funcionado, a punto que ante este Fuero se han tramitado innumerables casos en los cuales se discutieron decisiones tomadas en base a las llamadas leyes de prescindibilidad.” Y como si lo dicho fuera insuficiente, agrega para despejar cualquier duda que “esta Sala ha considerado válidos los actos legislativos emanados de gobiernos de facto y más concretamente ha dicho que ‘entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 hubo derecho en nuestro país (a punto que) en abstracto, no se puede prescindir del orden normativo por razón de su origen puesto que obligó a los argentinos a comportarse de determinada manera’” (sent. 58.333 del 19/3/87 “in re”, “Calderón Dante Daniel c/ ENTEL”). Los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual composición, unos explícita y otros implícitamente, se han pronunciado también en el sentido de admitir que no hay ilegitimidad de origen con relación a las leyes dictadas por el gobierno militar y que continúan con vigencia en tanto no sean derogadas o modificadas por el Congreso Nacional.”

Frente a lo expuesto el juez Lescano consideró que “las leyes dictadas por un gobierno de facto son legítimas porque así lo impone la necesidad de la continuidad jurídica, en aras de la seguridad de los negocios”, y que la opinión de su colega “acerca del rol que le atribuye al Gobierno militar, corre por su exclusiva cuenta y es producto de una apreciación subjetiva de la que no participo”.¹⁹⁸

del Proceso, a partir del término de este gobierno de facto o del inicio del nuevo gobierno democrático (o sea: del 10/12/83).

197 Ver D'I, 88-A, 389.

198 Pero nótese que la continuidad es entre las normas de las dictaduras, entre las leyes de la Revolución Argentina y del Proceso de Reorganización Nacional, y que no hay tal continuidad entre el gobierno democrático que dictó la ley 20.744 y el gobierno democrático que comenzó el 10/12/83. Así el fallo frustra toda continuidad democrática, al mismo tiempo que consagra el mantenimiento del despotismo y la vigencia de un orden regresivo en el reconocimiento y aseguramiento de los derechos individuales y sociales.

La misma Sala IV, el 29 de febrero de 1988, dictó sentencia en la causa “Trevisani José Alfredo c/ Asociación Civil Jockey Club de Buenos Aires”¹⁹⁹. En éstos la parte actora había reclamado la aplicación del art. 278 de la ley 20.744 y la inconstitucionalidad del art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo. Para resolver la cuestión, el juez Abdelnur transcribió la opinión que su colega Perugini había expuesto en el caso Calderón. Las razones que dió el juez Perugini a favor de la validez de las leyes de los gobiernos de facto fueron, entre otras, las siguientes: que era esa la doctrina vigente en la materia; que “analizada la cosa desde el punto de vista del positivismo jurídico, se trata de un poder legislativo derivado de un poder constitucional que, a su vez, está asentado en una norma básica que es de fuerza y que el maestro Gioja anunciaba con el siguiente texto: ‘si A manda y E no puede impedirlo, debe ser que A mande y B obedezca’”; que “No es del caso que entre a determinar si la fuerza puede ser el único origen de la norma fundamental, porque sería inútil dispendio el análisis de las distintas posiciones que tratan de dar esa función a Dios, a la costumbre, a la voluntad popular o a todos o alguna de ellas combinadas”; que “siempre es la fuerza -emane de quien emane- la que otorga capacidad fáctica para crear un derecho que, analizado en teoría pura, no es más que un orden normativo de la conducta humana”; que “no tengo dudas que entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 hubo derecho en nuestro país y que, en abstracto, no se puede prescindir del orden normativo por razón de su origen puesto que obligó a los argentinos a comportarse de determinada manera”; que “se presenta el problema de determinar con relación a qué cuerpo constitucional se debe realizar el juicio de constitucionalidad que nos está reservado a los jueces” (o sea: si es con respecto a las actas del Proceso de Reorganización Nacional o con respecto a la Constitución de 1853); que habida cuenta que en esos textos no hay norma alguna sobre la prescripción de los créditos laborales, “es constitucionalmente válido cualquier período razonable de tiempo que fija el legislador salvo, claro está, que determine uno tan pequeño que convierta en letra muerta los derechos reconocidos al trabajador por el art. 14 ‘bis’ de la Constitución Nacional.”

A diferencia de lo expuesto, por nuestra parte sostenemos que hay límites mínimos de la prescripción de la acción para reclamar el pago de los créditos laborales y que se imponen por la Constitución. No se puede aplicar sin más

199 Ver DT, 88-A, 948.

el plazo bianual del art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo sin atender en serio que se trata de una norma de facto in peius, que ha venido a retrogradar los mejores derechos ya establecidos a favor del trabajador en el art. 278 de la ley 20.744. Así hay un primer límite de cuatro años para la prescripción que tiene sustento en el art. 278 de la ley 20.744 sobre la base de la invalidez del art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo por su origen espurio, del principio del aseguramiento (prohibición de retroceder) y del principio de la progresividad. Pero también -y no es una razón menor- hay un límite que viene impuesto por el carácter propio del derecho del trabajo frente al derecho común. El derecho del trabajo es un derecho especial que se ha creado para proteger en particular al trabajador, otorgándole mejores derechos que los que le reconoce el derecho común. Desde esta perspectiva -que resulta coincidente con los principios del aseguramiento y de la progresividad- carece de sentido pensar y sancionar un derecho laboral para otorgar al trabajador peores derechos que los impuestos en el derecho común. En el Código Civil se establece el plazo de prescripción de diez años para toda acción personal (art. 4023), como sería toda acción que tiene por objeto el reconocimiento de un derecho laboral o a favor del trabajador. También en el Código Civil se fija el plazo liberatorio de cinco años para la acción por el pago de los atrasos (determinados y líquidos) que vence mes a mes (art. 4027, inc. 3). De modo tal que no se puede hacer prevalecer una norma de facto in peius (el art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo) por sobre una norma mejor del derecho común (arts. 4023 y 4027, inc. 3, del Código Civil). Además, a los empleados públicos (o estatales) se les reconoce el derecho al plazo prescriptivo de cinco años del art. 4027 del Código Civil para el reclamo de sus créditos salariales.²⁰⁰ Los trabajadores de empresas privadas tienen derecho a igual trato que los trabajadores estatales (art. 16 de la Constitución). Sobre la base del principio de igualdad los trabajadores privados tienen derecho al mismo plazo de prescripción que el que gozan los trabajadores públicos.

200 Así resulta de la doctrina plenaria de la CNFed Contencioso administrativo fijada en los autos Arbey Ballesteros, del 19-10-1993 (JA, 1994-i-600; ED, 156-455; Rep. LL, 1994, 1572, N° 143).

**EL DERECHO DEL
TRABAJO EN LA
CONSTITUCIÓN NACIONAL**

—☉ 6. EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La Constitución Nacional define un nivel de desarrollo al reconocer determinados derechos favorables a la persona. Estudiaré aquí los derechos laborales asegurados por la ley suprema que se encuentran indicados en el art. 14 y en los dos primeros párrafos del art. 14 bis, con las ampliaciones dispuestas en los tratados enumerados, y cuyo pleno goce y ejercicio el estado debe garantizar y promover.

6.1. EL DEBER DE ASEGURAR EN EL ARTÍCULO 14 BIS

La Constitución Nacional dispone que el “trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador”, como mínimo, los derechos que enumera en el art. 14 bis. En ese texto constitucional se establece el deber de asegurar al trabajador y en adelante indicaré en qué consiste.²⁰¹

El art. 14 bis reconoce un privilegio a favor de los trabajadores. El mandato constitucional no es a favor de los empleadores. Sin embargo, es consistente con el principio de igualdad ante la ley (art. 16). En efecto, este principio manda que la ley conceda a unos lo que otorga a otros en iguales circunstancias, que la ley sea aplicada en forma neutral y que no se discrimine. Así no prohíbe preferir a unos sobre otros cuando no están en iguales circunstancias. Y ésto es lo ordenado por el art. 14 bis al mandar que las leyes aseguren al trabajador los derechos que enumera, por cuanto los trabajadores no están en iguales circunstancias que sus empleadores. Entonces, el privilegio legal pretende corregir el desequilibrio fáctico existente entre el dependiente y el patrón. Pero esta preferencia no constituye una discriminación, habida cuenta que, si bien se basa en la posición económica, no tiene por objeto o por resultado

201 En general la doctrina iuslaboralista considera que el texto del art. 14 bis indicado expresa el principio protectorio del trabajador, que está integrado por las siguientes tres reglas: la regla del indubio pro operario, la regla de la norma más favorable al dependiente y la regla de la condición más favorable al trabajador. Sin embargo, al respecto ha resuelto la Corte Suprema que “carece de sustento constitucional, y debe rechazarse el agravio vinculado con la violación de la garantía ‘del principio protectorio, que es de la esencia del Derecho del Trabajo y se encuentra consagrado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional’, pues dicho principio -que, según el apelante, se expresaría a través de tres reglas básicas: 1) in dubio pro operario; 2) el de las normas más favorables y 3) el de la condición más beneficiosa-, no se encuentra establecido en la norma invocada” (Fallos 303:1197).

anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos sino, por el contrario, garantizarlos. Y por ello, resulta también compatible con la atribución del Poder Legislativo de “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución” (art. 75, inc. 23). En efecto, el deber de asegurar al trabajador procura la adopción de acciones positivas para garantizar la igualdad real y el ejercicio de los derechos humanos.

Cuando el art. 14 bis dispone que las leyes deben asegurar al trabajador, utiliza la palabra “leyes” en el sentido de todo acto estatal. Con la palabra “leyes” alude tanto a la ley sancionada por el Poder Legislativo, como a las instrucciones y reglamentos del Poder Ejecutivo y a las sentencias del Poder Judicial. De modo tal que los tres poderes del gobierno federal tienen el deber de asegurar al trabajador.²⁰²

El deber de asegurar, establecido en el art. 14 bis, encuadra en los objetivos previstos en el preámbulo de la Constitución cuando expresa que los representantes del pueblo se proponen “asegurar los beneficios de la libertad”. Hay coincidencia entre el preámbulo y el art. 14 bis. Ambos procuran instaurar un seguro legal de derechos, de modo tal que el trabajo humano sea una expresión libre de producción y de cultura y no el envilecimiento del trabajador explotado o sometido. Así el mandato constitucional no es desasegurar. Y en este sentido el deber de asegurar del art. 14 bis es un ejemplo de la prohibición de retroceder en el reconocimiento y aplicación de los derechos humanos.

La política constitucional no admite camino inverso. Entonces toda fuente de derecho inferior a la Constitución (los tratados, las leyes, los convenios colectivos o los contratos individuales) no puede desasegurar los derechos ya garantizados en cualquier otra anterior. Así, por ejemplo, un tratado, ya sea común, no enumerado con jerarquía constitucional o de integración, no puede menoscabar o anular los mejores derechos asegurados en un tratado,

202 En este sentido se ha resuelto que “La Constitución Nacional protege al trabajo en sus formas y dispone que las leyes le aseguren al trabajador los llamados derechos sociales que enumera el art. 14 bis. El mandato constitucional se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a tales normas, dentro del marco que exigen las diversas formas de la justicia” (CS, 3/5/79, Valdez Julio H c/ Cintioni Alberto D, DT 1979, 355).

en una ley, en un convenio colectivo o en un contrato individual anteriores. Por ello la denuncia de un tratado común (art. 75, inc. 22, primer párrafo), de un tratado internacional no enumerado con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo) o de un tratado de integración (art. 75, inc. 24) que asegure derechos al trabajador, sólo tendrá efectos en el derecho internacional, o en las relaciones del Estado con las otras naciones, y subsistirá en el derecho interno.²⁰³ Y esta misma conclusión se impone para las relaciones de una ley de la Nación con otra ley, con un convenio colectivo o con un contrato individual de trabajo anteriores; para las relaciones de un convenio colectivo con otro o con un contrato de trabajo anteriores; o para las relaciones de un contrato de trabajo con otro contrato anterior.²⁰⁴ En definitiva: se trata de

203 Al respecto dice Nikken que “la denuncia no debe tener efecto sobre la calificación de los derechos que en él se ha reconocido como inherentes a la persona. El denunciante solo se libraría, a través de esa hipotética denuncia de los mecanismos internacionales convencionales para reclamar el cumplimiento del tratado, pero no de que su acción contra los derechos en él reconocidos sea calificada como una violación de los derechos humanos.” Ver Nikken, Pedro, ob. cit., pág. 25. Que el deber de asegurar dispuesto en el art. 14 bis impida a un tratado suprimir o limitar los mejores derechos reconocidos en la legislación interna, es consistente con lo establecido en el sistema internacional de protección a los derechos humanos: ver por ejemplo el art. 5.2 del Pacto de Derechos Económicos o del Pacto de Derechos Civiles; o la Convención Americana cuando establece que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes” (art. 29, b).

204 Sin embargo, la CS ha resuelto que “La regla de la norma más favorable resulta del principio protectorio del ordenamiento laboral, y se dirige a establecer un parámetro de interpretación en orden a decidir la aplicación de una norma entre varias propuestas. De ello resulta que por tratarse de una característica de la norma que limita la autonomía de la voluntad de las partes, y de una regla de interpretación relacionada con la efectividad de un principio determinado, no puede vincularseles con la facultad del legislador de derogar, reemplazar o modificar las leyes si lo estima necesario o conveniente” (Fallos 306:1799). Por mi parte sostengo que el legislador no puede “derogar, reemplazar o modificar las leyes”, en forma expresa o tácita, cuando ello implica un retroceso en el nivel general de aseguramiento, ni puede menoscabar o anular los mejores derechos establecidos en los convenios colectivos o en los contratos de trabajo. A su vez, los convenios colectivos no pueden reducir o suprimir los mejores derechos reconocidos en los convenios colectivos o los contratos individuales anteriores. Pero la CS considera que “El orden público laboral, traduce en el derecho del trabajo la aplicación del principio de irrenunciabilidad que le informa, y supone la imposibilidad de disminuir convencionalmente los mínimos establecidos legalmente” (Fallos 306:1799). O sea: limita la noción del orden público laboral a “los mínimos establecidos legalmente” y no al nivel general de aseguramiento del trabajador; de modo tal que permite desasegurar, al aceptar que un convenio colectivo reduzca los mejores

establecer niveles de derechos favorables al trabajador, de forma tal que no está permitido desasegurar los derechos que ya han sido garantizados por los tratados, las leyes, los convenios colectivos o los contratos individuales y, entonces, para que siempre prevalezca la fuente que mayor protección o garantía brinde. Y es claro que si extendemos la idea a todo el derecho, resulta que se trata de establecer grados de derechos favorables a la persona, de modo que no esté permitido desasegurar los derechos ya garantizados.

El Poder Legislativo tiene prohibido establecer un sistema que, distinto al descripto, permita retroceder a partir del nivel de garantía obtenido por cualquier fuente de derecho inferior a la Constitución. Y el Poder Judicial tiene la obligación no sólo de velar para que el Poder Legislativo cumpla con lo dispuesto en el art. 14 bis, sino que además tiene que, al conocer y decidir todas las causas, el deber de identificar las normas más beneficiosas al trabajador a partir de las fuentes del derecho, porque de no ser así estaría realizando aplicaciones del derecho desaseguradoras y, en consecuencia, lesivas del mandato constitucional.

El Poder Legislativo, al cumplir el mandato del art. 14 bis, debe asegurar cada uno de los derechos allí indicados y conforme a las ampliaciones dispuestas en los tratados enumerados (art. 75, inc. 22); de modo tal que cualquier menoscabo o anulación de esos derechos reconocidos es inconstitucional (arts. 14 bis, 28 y 31). El aseguramiento puede ser realizado por la aprobación de un tratado común, o no enumerado con jerarquía constitucional o de integración, o por una ley. Pero si lo efectúa por una ley deberá respetar no sólo los derechos reconocidos en la Constitución sino, además, el nivel de garantía alcanzado por los tratados comunes, enumerados con jerarquía constitucional o de integración ya aprobados, por cuanto son superiores a las leyes (art. 75, inc. 22); de no ser así la ley es inconstitucional (arts. 14 bis, 31 y 75, inc. 22).

Cuando el art. 14 bis establece que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes” pone un límite a la libertad contractual de los gremios y de los empleadores al concertar convenios colectivos de trabajo, y del trabajador y del patrón al celebrar un contrato individual de trabajo. No hay libertad contractual para desasegurar la protección de las leyes ordenada por la Constitución. Por ello, no sólo son irrenunciables esas leyes (art. 19 CC) sino que además no pueden dejarse sin efecto voluntariamente

los derechos en ellas reconocidos. De modo tal que la libertad contractual, colectiva o individual, debe ser ejercida sólo para mejorar el nivel de garantía estatal dispuesto a favor del trabajador. Entonces toda fuente estatal, ya sea general o especial, que sea anterior a otra no estatal y que reconozca un mayor nivel de aseguramiento laboral, sustituye de pleno derecho a las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos y los contratos individuales de trabajo posteriores.

6.2. EL DERECHO DE TRABAJAR (Y EL DERECHO AL TRABAJO)

El art. 14 reconoce el derecho de trabajar. Y siendo un derecho implica la facultad de no trabajar. Entonces el art. 14 establece los derechos de trabajar y de no trabajar. A su vez, cuando la Constitución expresa que los “habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos...: de trabajar”, significa que todas las personas, sean nacionales o extranjeros, tienen el derecho de elegir un trabajo, un oficio o profesión, o un empleo.

La libertad de elegir un trabajo está confirmada por los tratados enumerados (art. 75, inc. 22). La Declaración Americana ordena que toda persona tiene derecho “a seguir libremente su vocación” (art. XIV). La Declaración Universal reconoce el derecho de la persona “a la libre elección de su trabajo” (art. 23, 1). El Pacto De Derechos Económicos, al establecer el derecho a trabajar, expresa “que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado” (art. 6, 1). La Convención Contra La Discriminación Racial dispone el derecho “a la libre elección de trabajo” (art. 5, e, i). Y la Convención Contra La Discriminación De La Mujer dispone el derecho “a elegir libremente profesión y empleo” (art. 11, 1, c).

Asimismo, tanto el derecho de no trabajar como el derecho de elegir un trabajo, encuentran sustento en el repudio constitucional a la esclavitud y al trabajo forzoso. El art. 15 declara que en la Nación “no hay esclavos”, que “los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución” y que “los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”. A su vez, el art. 17 ordena que “Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley”, al mismo tiempo que prohíbe a cualquier cuerpo armado “exigir auxilios de ninguna especie”. Pero también es cierto que aquellas libertades tienen el límite impuesto por la obligación de armarse en

defensa de la patria y de la Constitución, “conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo Nacional” (art. 21).

A su vez el repudio a la esclavitud y al trabajo forzoso puede ser complementado por lo dispuesto en los tratados enumerados. La Declaración Universal dispone que “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre” y que “la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidos en todas sus formas” (art. 4). Con mayor generosidad el Pacto De San José De Costa Rica declara que “Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre” y que “tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas” (art. 6, 1). Además, establece que “Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio” (art. 6, 2), al mismo tiempo que declara que “No constituyen trabajo forzoso u obligatorio” los servicios exigidos a un detenido por sentencia judicial (art. 6, 3, a), el servicio militar o el servicio nacional que lo reemplace (art. 6, 3, b), “el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad” (art. 6, 3, c), y “el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales” (art. 6, 3, d). A pesar que todas estas excepciones al concepto de trabajo forzoso son limitaciones a los derechos de no trabajar y de elegir libremente un trabajo, pueden ser, sin embargo, consideradas como un complemento de la primera parte de la Constitución, por cuanto ella dispone que “Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley” (art. 17). De modo que las excepciones establecidas en el Pacto precisan lo ordenado en el art. 17, indicando cuándo la ley y, en su consecuencia, una sentencia pueden exigir un servicio personal. Por su parte, el Pacto De Derechos Civiles, al contener normas similares a las del Pacto de San José, merece las mismas observaciones.

Por lo expuesto todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros, tienen los derechos de trabajar, de no trabajar y de elegir libremente un trabajo. El estado y toda persona tienen el deber de no menoscabar o anular el ejercicio de estos derechos. Y una de las formas de supresión o limitación de los derechos de trabajar y elegir libremente un trabajo se encuentra expresamente prevista en la primera parte de la Constitución Nacional, a saber: la admisibilidad. En efecto, todos los habitantes son “admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad” (art. 16); de modo que queda eliminada la arbitrariedad, la discrecionalidad injustificada, para negar un trabajo a una persona, por cuanto su aspiración debe ser sólo juzgada atendiendo a su capacidad o a su

destreza para llevarlo a cabo. Asimismo cualquier otra razón esgrimida puede ser considerada una distinción discriminatoria y, en consecuencia, lesiva del principio de igualdad ante la ley (art. 16).

En virtud del principio de la progresividad el estado debe hacer avanzar el pleno goce y ejercicio del derecho de trabajar. Esto coincide con el mandato de proteger al trabajo (art. 14 bis). Y adviértase que dice “en sus diversas formas”, sin distinguir entre los diferentes tipos de trabajo. Para ello, y en especial, el estado debe “proveer lo conducente a la generación de empleo” y “a la formación profesional de los trabajadores” (art. 75, inc. 19). Se trata de nuevos objetivos, incorporados por la Convención de 1994, y con respecto a ellos tenemos el derecho de exigir que el Poder Legislativo provea lo conducente para alcanzarlos. Confirmando y complementando lo expuesto el Convenio Contra La Discriminación De la Mujer establece su derecho a la “capacitación profesional” (art. 10, a); mientras que el Pacto De Derechos Económicos dispone que el derecho a trabajar “comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado” (art. 6, 1). Y el estado tiene el deber de adoptar las medidas de acción positiva que garanticen que esa oportunidad sea real para todas las personas (art. 75, inc. 23). De modo que el gobierno federal está obligado a poner a todas las personas en condiciones de trabajar. Así, y volviendo al Pacto, algunas de “las medidas que habrá de adoptar” serán la “orientación y formación técnicoprofesional” y “la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona” (art. 6, 2).²⁰⁵

205 La flexibilidad laboral lesiona el objetivo político de la ocupación plena al procurar un derecho del trabajo adecuado a la economía de mercado y, en consecuencia, que facilite el aumento o la disminución de la mano de obra ocupada a partir de la relación entre la oferta y la demanda de bienes y servicios. Armando Caro Figueroa (*La Flexibilidad Laboral. Fundamentos Comparados Para La Reforma Del Mercado De Trabajo Argentino*, Editorial Biblos y AM Consultores, Buenos Aires, 1993) dice que “la flexibilidad laboral...es la capacidad que el sistema de relaciones de trabajo, sus normas y el comportamiento de sus actores, brinda a quienes organizan y dirigen el proceso de producción para adaptar cuantitativamente y cualitativamente sus Recursos Humanos a la evolución de los mercados” (pág. 39), para más adelante agregar que “la flexibilidad de un ordenamiento laboral determinado está en relación directa con las facilidades que brinde al empleador para que pueda realizar los ajustes a la baja en la cantidad de trabajo contratado, en la medida en que éstos vengan impuestos por necesidades económicas, organizativas o tecnológicas” (pág. 262). La diferencia entre el

Hasta aquí hemos avanzado desde el derecho de trabajar hasta la obligación del estado de poner a todas las personas, a través de medidas de acción positiva, en condiciones de hacerlo. Queda entonces por saber si la Constitución reconoce el derecho al trabajo o, en otros términos, si el gobierno tiene el deber de dar ocupación a quien la solicita o si posee la atribución de ordenar a un tercero que lo haga.

Si complementamos el art. 14 de la Constitución Nacional con lo expresado en los tratados enumerados, resulta que la Declaración Americana reconoce que “Toda persona tiene derecho al trabajo” (art. XIV) y que lo mismo establecen la Declaración Universal (art. 23, 1), la Convención Contra La Discriminación Racial (art. 5, e, i) y la Convención Contra La Discriminación De la Mujer (art. 11, 1, a). La Constitución establece el derecho al trabajo de modo que el gobierno está obligado a dar ocupación. El derecho al trabajo aparece como una obligación directa del gobierno de dar ocupación al desempleado. Además, el estado tiene el deber de asistir al desocupado. El art. 14 bis manda establecer el “seguro social obligatorio” que, entre otras cosas, consiste en el seguro por desempleo. Y ésto mismo ordenan los tratados enumerados.²⁰⁶ Así la ocupación dada por el gobierno federal sería una contraprestación por el seguro por desempleo que abona.²⁰⁷

mandato constitucional y esta idea central de la flexibilización es tan abismal como importante, al mismo tiempo que sólo ella es fundamento suficiente para descalificar la legalidad de las reformas que sobre esa base se promueven e impulsan. En definitiva, tenemos derecho a que el gobierno federal no cambie ni distorsione los objetivos políticos determinados en la CN y a cuestionar por irrazonables todos los medios que se utilicen y que no sean adecuados al logro de esos fines. Las reformas de flexibilización laboral no sólo son medios inadecuados sino que, además, muestran la voluntad de alcanzar otros objetivos diferentes a los que promueve y procura la CN.

206 La Declaración Americana sostiene a favor de la persona el “derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación” (art. XVI); la Declaración Universal expresa que “Toda persona tiene derecho a la protección contra el desempleo” (art. 23.1) y que “tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo” (art. 25.1); el Pacto De Derechos Económicos reconoce “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” (art. 9); la Convención Contra La Discriminación De La Mujer establece el derecho “a la seguridad social, en particular en casos de desempleo” (art. 11, 1, e); y la Convención Del Niño establece “el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso el seguro social” (art. 26.1).

207 La obligación del gobierno de dar ocupación no resulta ajena a la legislación argentina. Por ejemplo, la ley 22.431 establece que “El Estado Nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, están obligados a ocupar personas discapacitadas que reúnan

Pero que la Constitución faculte al estado a ordenar a una persona a dar trabajo es difícil de justificar. Una orden como esa podría lesionar los derechos de trabajar y ejercer toda industria, de comerciar, de usar y disponer de su propiedad y de asociarse con fines útiles (art. 14). Aunque podría ser considerada una medida de acción positiva (art. 75, inc. 23) que, además, proveería “lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social” y “a la generación de empleo” (art. 75, inc. 19).²⁰⁸

6.3. LAS CONDICIONES DE LABOR

El art. 14 bis ordena que la ley asegure al trabajador “condiciones dignas y equitativas de labor”. Este derecho a condiciones dignas y equitativas de labor hay que ampliarlo en el sentido que deben ser también satisfactorias, de acuerdo a lo dispuesto por la Declaración Universal (art. 23, 1) y por el Pacto de Derechos Económicos (art. 7). Las condiciones de labor son tanto las cláusulas del contrato de trabajo como las circunstancias en las que se presta el servicio. Ambas deben ser dignas, equitativas y satisfactorias. En cuanto cláusulas del contrato de trabajo, las condiciones de labor se confunden con los derechos que manda asegurar el art 14 bis y que deben ser ampliados con lo establecido en los tratados enumerados.

El derecho a condiciones dignas, equitativas y satisfactorias de labor implica el derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo, de modo que éste no cause daños al dependiente, sino sólo beneficios (“satisfacciones” materiales e inmateriales). Este derecho junto al art. 19 de la Constitución Nacional, cuando somete a la autoridad de los magistrados las acciones que “perjudiquen a un tercero”, fundamenta la responsabilidad civil del patrono por los perjuicios sufridos por el trabajador con ocasión de sus labores. Los tratados enumerados confirman lo expuesto y permiten ampliar este derecho. En el Protocolo de San Salvador se reconoce el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 7.e), se prohíbe el trabajo insalubre a los menores de

condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal” (art. 8).

208 Y esta obligación no es ajena al derecho argentino. Así se ha resuelto que “Las obligaciones que la ley 14.226 impone a los empresarios de incluir ‘espectáculos artísticos vivos de variedades’ en los programas de las salas cinematográficas, a los efectos de asegurar adecuados niveles de ocupación a las personas dedicadas a las mencionadas actividades, son válidas por no lesionar las garantías constitucionales de la propiedad y de comerciar y ejercer una industria lícita” (CS, 22/6/60, Callao (Cine), DT 20, 343).

diez y ocho años y se ordena para el trabajo insalubre una jornada menor a la jornada de labor normal. La seguridad y la higiene en el trabajo es un derecho que debe ser asegurado conforme al Pacto De Derechos Económicos (art. 7, b); y para la mujer, la seguridad en las condiciones de trabajo incluye “la salvaguardia de la función de reproducción” (art. 11, 1, f).²⁰⁹ Además la Convención Sobre La Eliminación De La Discriminación Contra La Mujer manda tomar medidas adecuadas para “prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado resultar perjudiciales para ella” (art. 11, 2, d).²¹⁰

El derecho a una carrera laboral y a ascender en la misma está reconocido por el Protocolo de San Salvador (adicional a la Convención Americana) cuando dispone “El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrá en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio” (art. 7.c); por el Pacto De Derechos Económicos cuando establece la “igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad” (art. 7, c); y por la Convención Contra La Discriminación De La Mujer (art. 11, 1, c).

En especial tenemos que ampliar el derecho a las condiciones dignas, equitativas y satisfactorias con las protecciones dispuestas en la Convención Sobre Los Derechos Del Niño, teniendo en cuenta que, al ratificarla -y, en consecuencia, establecer las “condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, segundo párrafo)-, el gobierno federal declaró que el art. 1 debía “interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad” (art. 2 de la ley 23.849). Así para la Constitución la niñez se extiende hasta los 18 años y, entonces, es durante este lapso que se reconoce “el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo

209 De manera tal que las reformas de la flexibilidad que consisten en suprimir los controles estatales de las condiciones de salubridad y seguridad en el trabajo son inconstitucionales.

210 Hay en esa Convención otras protecciones especiales a favor de la mujer que aquí no menciono por considerarlas ampliaciones de otros derechos enumerados en el art. 14 bis y que, en consecuencia, serán analizadas al estudiar a cada uno de ellos. Aunque, no está demás insistir en que la ley al asegurar las condiciones dignas, equitativas y satisfactorias de labor debe garantizar, además, el trato igualitario entre el hombre y la mujer, como especialmente lo ordena la Convención (arts. 1 y 11), en coincidencia con los otros tratados.

que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social” (art. 32, inc. 1, del Convenio).²¹¹

Asimismo, las condiciones de labor deben respetar todos los derechos reconocidos a la persona por la Constitución (incluidos los tratados enumerados). Por ejemplo: deben respetar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de opinión y de expresión, de reunión y de asociación pacíficas, el derecho a gozar de no injerencias en la vida privada y familiar, en el domicilio o la correspondencia, el derecho a no sufrir ataques a la honra o a la reputación, el derecho a casarse y fundar una familia y a no ser sometido a torturas, tratos crueles o degradantes, consagrando el principio de igualdad sin distinciones o discriminaciones de cualquier índole, entre muchos otros.²¹²

6.4. LA JORNADA LIMITADA

El tiempo de trabajo se limita básicamente fijando una cantidad máxima de horas durante las cuales se debe trabajar (la jornada limitada) y determinando algún lapso en que se tiene derecho a no trabajar (el descanso semanal y vacaciones anuales). La Constitución ordena asegurar el derecho a la “jornada

211 Por ello son especialmente inconstitucionales las reformas de la flexibilidad laboral que promueven el trabajo de niños a través de contratos que eliminan o reducen la obligación del empleador de pagar los aportes sociales, o que limitan o suprimen las indemnizaciones por despido arbitrario, o que facilitando la contratación a plazo fijo lesionan el derecho a la estabilidad en el empleo, a la promoción y a la elevación del nivel de vida.

212 Especial mención merece el derecho a la jurisdicción, que si bien se encuentra implícito en el derecho a peticionar a las autoridades establecido por el art. 14, los tratados enumerados lo reconocen expresamente. En efecto, en la Declaración Universal se dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley” (art. 8). Y en el mismo sentido se establece este derecho en la Declaración Americana (art. 18), en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 25) y, en especial, en el Pacto de Derechos Civiles de Naciones Unidas (art. 14). Tener presente el derecho a la jurisdicción -en el sentido de poder presentar una demanda ante los tribunales, de contestarla, de ofrecer pruebas y producirlas, de alegar y apelar una sentencia-, es muy importante, habida cuenta que resulta un serio inconveniente para algunas reformas de la flexibilidad tendientes a prohibirlo, limitando el derecho de peticionar sólo ante la autoridad administrativa, con el claro propósito de completar la reducción de los derechos sociales con la eliminación o cercenamiento de la defensa de ellos. Entonces, cualquier reforma que impida el acceso a la jurisdicción para reclamar por los derechos individuales o colectivos del trabajo, a toda persona o sindicato sin distinción alguna de cualquier índole, es sin lugar a dudas inconstitucional y así deberá ser declarada por el PJ.

limitada” (art. 14 bis). Aunque no se establece el límite. Y esta indeterminación también la encontramos en los tratados enumerados que, sin embargo, dan alguna pauta -imprecisa, por cierto- para su fijación. Así la Declaración Universal dispone el derecho “a una limitación razonable de la duración del trabajo” (art. 24), mientras que el Pacto de Derechos Económicos establece “la limitación razonable de las horas de trabajo” (art. 7, d). Entonces se trata de asegurar no ya el derecho a la jornada limitada sino a una limitación razonable de la jornada. Así la protección consiste en establecer la duración del tiempo del trabajo por jornada; es decir, por día. Entonces el límite temporal se encuentra distribuido, conforme al art. 14 bis, por jornada o por día.²¹³

El problema consiste en determinar qué es “razonable” o “limitación razonable”. Por ejemplo, podríamos decir que “razonable” es una propiedad que se atribuye a un objeto adecuado a la razón. Pero qué es “razón”: ¿es un conjunto de principios morales? o ¿es la habilidad del hombre para resolver problemas? La primera alternativa nos llevaría a justificar un límite sobre la base de ciertos principios morales. Sosteniendo la segunda alternativa, trataríamos de determinar la razonabilidad de la limitación de acuerdo al conocimiento aportado por la ciencia sobre la capacidad y rendimiento del trabajo humano de acuerdo a las diferentes tareas y a los objetivos a lograr con cada una de ellas; al desarrollo de la técnica; a las características de las personas que las llevan a cabo y, entre otras variables, a las condiciones climáticas donde se ejecutan.

6.5. EL DESCANSO

El art. 14 bis manda asegurar el derecho al descanso y a las vacaciones pagados. La Declaración Americana reconoce que la persona “tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico” (art. XV). Así podemos distinguir el derecho al descanso de los derechos a la honesta recreación y al disfrute del tiempo libre. El descanso, al igual que las vacaciones, es el tiempo necesario para la recuperación de la fuerza de

213 Y advertir ésto es muy importante, toda vez que constituye un serio inconveniente a la reforma propuesta por la flexibilidad laboral en el sentido de fijar una duración máxima de las labores por semana, o por mes o por año que, a su vez, sería susceptible de ser distribuida, en principio, unilateralmente por el empleador. Entonces, una reforma que no asegurara una limitación de la duración de las labores por jornada -es decir por día- y que, exclusivamente, estableciera un tiempo máximo de labores semanal, mensual o anual, es inconstitucional.

trabajo o, en otros términos, para la reparación del desgaste físico y mental que producen las labores; mientras que el disfrute del tiempo libre es el uso y goce del lapso que no constituye tiempo real de labor ni descanso o, en otras palabras, que no es el período que insume el proceso de producción de los medios necesarios para el mantenimiento de la vida humana. Por su parte la Declaración Universal establece el “derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y a vacaciones periódicas pagadas” (art. 24). Y esto mismo ordena el Pacto De Derechos Económicos (art. 7, d). Entonces no hay que asegurar sólo el derecho a vacaciones pagadas, sino también a que sean periódicas.²¹⁴ Por lo expuesto toda persona tiene derecho al descanso pagado, a vacaciones periódicas pagadas, a honesta recreación y al disfrute del tiempo libre.

Es importante que los tratados enumerados dispongan además del derecho al descanso, los derechos al disfrute del tiempo libre, a la honesta recreación y a la oportunidad de emplear el tiempo libre en beneficio del mejoramiento espiritual, cultural y físico, por cuanto con ello suponen la existencia de un lapso necesario para la realización de las acciones que autorizan. Y este tiempo no sólo es diferente al utilizado para trabajar, sino que también es distinto al necesario para descansar o gozar de vacaciones. De manera tal que ese tiempo imprescindible para ejercer todas las acciones permitidas por los tratados con jerarquía constitucional -y que son las señaladas y también otras tales como la de reunión, asociación, voto, participación en actividades educativas o culturales, formación y atención de la familia-, deben ser tenidas en cuenta para determinar el límite razonable de la jornada y la duración del descanso y de las vacaciones. Se trata, entonces, de fijar un límite a la duración del trabajo y un lapso para el descanso y las vacaciones que, al mismo tiempo, posibilite en los hechos la realización de las acciones permitidas por la Constitución Nacional y sin perjuicio que se lleven a cabo o se desistan. La legislación debe asegurar todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional previendo el tiempo necesario para el ejercicio de los mismos. Y esta idea encuentran sustento en la Convención Sobre La Eliminación De

214 Que las vacaciones deban ser periódicas tiene por consecuencia que el patrón no puede, a partir del establecimiento legal de un número determinado de días de vacaciones, distribuirlos conforme a su voluntad unilateral impidiendo el goce o disfrute de las mismas en forma continua y pagadas. Una reforma en este sentido es inconstitucional. En efecto, el derecho no consiste a un número de días distribuibles por el empleador, sino que es a vacaciones periódicas, o adecuadas a un período o a un espacio de tiempo con un inicio y un fin.

Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer cuando dispone que se aliente “el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños” (art. 11, 2, c). Hay que posibilitar entonces el ejercicio de todos los derechos, al asegurarlos legalmente, sin desmedro de ninguno.

Para la determinación de la duración del descanso y de las vacaciones se pueden utilizar alguno de los medios indicados cuando analizamos el límite de la jornada de trabajo. Además, con respecto al descanso es posible demostrar que la Constitución establece una duración. No podemos prescindir de lo dispuesto por el art. 2 en el sentido que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano y que el catolicismo prescribe el descanso dominical. De manera tal que el descanso tiene, conforme a la Constitución, una duración mínima de un día por semana, siendo ese día el domingo. No desconozco la discusión existente en torno al art. 2 y, en especial, al sentido de la palabra “sostiene”, ni tomo partido a favor de una de las posiciones. Sólo hay que aplicar en el caso el principio de la norma más favorable, de la interpretación más beneficiosa a la persona. Por otro lado deberíamos advertir que resultaría como mínimo hipócrita que el gobierno federal afirmara que el art. 2º no justifica el descanso dominical, al mismo tiempo que en sus oficinas se cuelgan crucifijos, de sus actos participan sacerdotes católicos, sus ejércitos y policías cuentan con la asistencia de capellanes y una vez al año el presidente y sus ministros asisten a un Tedeum en la Catedral metropolitana.²¹⁵

Además del descanso y de las vacaciones, la Constitución ordena asegurar otras dos licencias. La primera son los días festivos, que reconoce el Pacto De Derechos Económicos (art. 7, d). La segunda es la licencia por maternidad. En efecto la Convención Contra La Discriminación De La Mujer dispone “Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales” (art. 11, 2, b); mientras que el Pacto De Derechos Económicos establece que será “durante un período de tiempo

215 De modo que el tiempo de trabajo debe ser fijado por jornada y el descanso, en principio, es dominical. Por ello, el empleador no tiene facultad para distribuir unilateralmente el tiempo de trabajo y del descanso y cualquier reforma en este sentido es inconstitucional.

razonable antes y después del parto” (art. 10, 2).

El descanso, al igual que las vacaciones, es el derecho a no trabajar durante un período y a recibir el salario correspondiente al mismo. Por ello si se trabaja y no se descansa, se tiene derecho al salario de la licencia (al descanso pagado, art. 14 bis) y a la retribución por la labor. A su vez el día festivo debe ser abonado (art. 7, d, del Pacto de Derechos Económicos). Entonces la retribución debe ser doble, cuando se lo trabaja (una por el día festivo y otra por el servicio prestado) o cuando coincide con un día de descanso (una por el día de fiesta y otra por el descanso). Y será triple si se trabaja un día festivo cuando, además, correspondía descansar: una por el trabajo, una por el descanso y una por el día festivo.²¹⁶

6.6. RETRIBUCIÓN JUSTA Y SALARIO MÍNIMO

La Constitución, en el art. 14 bis, ordena asegurar una retribución justa. E inmediatamente después protege el salario mínimo, vital y móvil. La retribución justa es una remuneración superior al salario mínimo, vital y móvil. Por ello primero estudiaré a éste. Así indicaré el límite inferior de la remuneración. Luego, a partir del límite inferior -del salario mínimo, vital y móvil- elevaré la remuneración para que sea justa. Veamos los tratados enumerados.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece a favor del trabajador el “derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social” (art. 23, inc. 3). Ante este texto deberíamos tener presente que tratamos de precisar la noción de remuneración justa y que no diríamos de un salario que requiere ser completado que es justo. Se trata de un salario

216 Conforme a la Constitución, el descanso es un derecho. Entonces el trabajador no tiene prohibido trabajar durante el mismo ni está obligado a hacerlo, ni comete un acto prohibido o ilícito cuando lo hace, que deba ser castigado ya sea con una multa, con la pérdida del derecho a gozar de un franco compensatorio pagado, o del salario por los servicios prestados o del abono indemnizatorio de su frustración. Así el descanso no es un período durante el cual se encuentra prohibido el trabajo, como establecía la ley 4.661 (la primera “ley obrera”), como acepta el fallo plenario N° 33 de la CNAT (DT 1956, 503) y como ordenan los arts. 204 a 207 de la ley de contrato de trabajo. Afirmar tal concepción del descanso suprime específicamente la calificación constitucional que recibe, al mismo tiempo que implica una lesión al deber de asegurar (art. 14 bis) dado que, en definitiva, hace pesar los efectos de las nulidades del contrato de trabajo sobre el trabajador, que es la parte más débil.

inferior a la remuneración justa. Este salario inferior debe ser satisfactorio para el trabajador y su familia. Y con esta idea complementamos al art. 14 bis: el salario debe ser satisfactorio para el trabajador y su familia.²¹⁷ Sin embargo, no sabemos qué debe satisfacer. Por ello recurrimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos que ordena el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (art. 25). El salario, entonces, debe satisfacer la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales. Y éste es el concepto de salario mínimo, vital y móvil (o ajustado a los valores de los bienes y servicios) del art. 14 bis complementado.

Dispone la Declaración Americana de Derechos que “Toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia” (art. 14). A su vez, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece, entre las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, el derecho a “igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad” (art. 7, c). Por ello, el derecho a condiciones dignas y equitativas de labor, del art. 14 bis, debe ser ampliado con el derecho a la categoría en razón del tiempo de servicio, la capacidad y la destreza. La remuneración del trabajador tiene como límite inferior al salario mínimo, vital y móvil y, a su vez, es justa cuando, como condición digna y equitativa de labor, se fija en atención a la categoría. De manera que a mayor categoría -capacidad, destreza y tiempo de servicio- mayor importe de la remuneración para que sea justa.

Resumiendo: todos los trabajadores tienen derecho al salario mínimo, vital y móvil; la remuneración justa tiene como límite inferior al salario mínimo, vital y móvil; la remuneración justa se fija en atención a la categoría y, para cada una, sin discriminación de ninguna índole.²¹⁸

217 Lo expuesto, asimismo, encuentra sustento en el art. 14 de la Declaración Americana De Derechos Y Deberes, y en el art. 7, inc. a), párrafo segundo, del Pacto De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales.

218 Lo expuesto en relación al salario de los trabajadores tiene importantes consecuencias. En primer lugar y con respecto a la flexibilidad, son constitucionalmente inválidas todas las reformas que tienden a eliminar el salario mínimo, vital y móvil, y que pretenden fijar la remuneración sólo en razón de la productividad del empleado. Esta, conforme a la Constitu-

6.7. PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS

La Constitución, en el art. 14 bis, ordena asegurar al trabajador su participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección. Así se establece un salario adicional al mínimo, vital y móvil y a la retribución justa y que debe ser garantizado con independencia de éstos. La participación en las ganancias se suma al salario mínimo y a la retribución justa. La participación en las ganancias no reemplaza al salario mínimo ni a la retribución justa. Una vez asegurado el salario mínimo corresponde hacerlo con la retribución justa y luego con la participación en las ganancias.

Desde que el derecho a la participación fue reconocido por la Convención de 1957 hasta la fecha, no ha sido asegurado a favor de todos los trabajadores por la ley. Sin embargo ellos tienen derecho al seguro legal y la omisión del Poder Legislativo es inconstitucional.²¹⁹

ción, es sólo un criterio para ubicar al trabajador en una categoría. Por ello exclusivamente incide en la determinación de la remuneración justa. En segundo lugar, el derecho a participar en las ganancias de la empresa, con control en la producción y colaboración en la dirección (art. 14 bis), es un salario adicional al mínimo, vital y móvil y a la remuneración justa. De modo tal que las reformas de flexibilización que intentan reemplazar a éstos -desasegurando el derecho al salario mínimo, vital y móvil y a la remuneración justa- por el derecho a participar en las ganancias, son inconstitucionales. En tercer lugar, después de la reforma de la Constitución son inconstitucionales los montos salariales vigentes, pactados en los convenios colectivos (los “mínimos de convenio”). En efecto, los salarios convenidos no se ajustan a la Constitución y, en consecuencia, deben ser elevados, por lo menos, al nivel del salario mínimo, vital y móvil que manda asegurar aquella. En cuarto lugar, la misma conclusión se impone con respecto a las resoluciones del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, que fijan el salario mínimo, vital y móvil conforme a las atribuciones otorgadas en el inc. a) del art. 135 de la ley 24.013. En quinto lugar, en los pleitos laborales, en los que se reclamen salarios o en los que haya que determinar la remuneración a los efectos del cálculo de cualquier indemnización o licencia, los jueces deben verificar si la retribución efectivamente pagada al trabajador alcanzó o no alcanzó para solventar la alimentación, el vestido, la vivienda (por créditos sociales o alquiler - “vivienda digna” del art. 14 bis de la CN), la asistencia médica y los servicios sociales, a que se refieren los tratados internacionales enumerados; de modo tal que si la prueba del pleito laboral demuestra que el salario abonado no alcanzó para satisfacer razonablemente esas necesidades, la condena se impone por la diferencia, ya que aquellos bienes y servicios son de muy fácil verificación a través de los valores relativos del mercado. Esta es la obligación del Poder Judicial para “afianzar la justicia” y “asegurar los beneficios de la libertad” para nosotros y para todos los hombres que quieran habitar en el suelo argentino.

219 Para la inconstitucionalidad por omisión ver CS, Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros, 7/7/92, LL 1992-C, 540.

El texto de la Constitución reconoce a favor del trabajador tres derechos: el derecho a la participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; el derecho al control de la producción y el derecho a la colaboración en la dirección. Afirmar que se reconocen tres derechos no implica desconocer el texto de la Constitución. El uso de la palabra “con” hace pensar que se trata sólo del derecho a la participación en las ganancias. Así se considera que el derecho es a la participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección. Pero ello no es necesariamente así. No se trata de desconocer el sentido de la palabra “con” en el texto constitucional, sino de mostrar que a partir de toda la oración pueden tener sustento otros derechos diferentes a la participación en las ganancias. Cuando decimos que se establecen tres derechos abrimos esta posibilidad. Las palabras “control de la producción” y “colaboración en la dirección” dan fundamento a derechos del trabajador que son distintos a la participación en las ganancias. Y estos derechos diferentes se vinculan con el derecho a concertar convenios colectivos y a contar con representantes gremiales (tal como se dispone en el segundo párrafo del art. 14 bis). El control de la producción y la colaboración en la dirección son derechos que también deben ser considerados junto con el derecho a concertar convenios colectivos y a poseer representantes gremiales. Los representantes gremiales son un medio para ejercer el control de la producción y la colaboración en la dirección. Aunque está claro que no son el único medio, ya que puede haber un control y una colaboración directa del trabajador.

La palabra “participación” significa la “acción y el efecto de participar”. “Participar” en un primer sentido es “tomar parte de algo”; en un segundo es “recibir una parte de algo” y en un cuarto es “tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos.”²²⁰

El trabajador tiene derecho a la participación en las ganancias que es tanto como decir que tiene derecho a tomar parte de algo o a recibir una parte de algo, y también a que tiene parte en una sociedad o negocio o que es socio de una sociedad o negocio. La Constitución cuando establece que el trabajador tiene derecho a la participación en las ganancias reconoce a su favor dos formas diferentes -pero similares- de participar en las ganancias.

220 Ver Diccionario De La Lengua Española, RAE, 22da ed.. En adelante para este tema las definiciones de las palabras que cito las tomo de este diccionario.

Una forma es la de tomar parte en las utilidades sin ser socio -o sin participar en la propiedad del negocio o sociedad. Otra forma es la de tomar parte en las utilidades porque es socio o porque participa en la propiedad del negocio o sociedad. El primer caso es una forma simple de participación. El segundo caso es el accionariado obrero.

El concepto de ganancia no es el mismo en uno y en otro. La ganancia o la utilidad de un negocio puede ser la diferencia entre los ingresos y los gastos. La cuestión a determinar es qué gastos se cuentan a los efectos de definir el derecho a participar en las ganancias. En el caso de la participación simple -donde el trabajador no es propietario de una parte del capital sino que sólo tiene derecho a recibir una porción de la utilidad- los gastos a descontar de los ingresos no deben incluir erogaciones que beneficien (o graven) al capital. El capital no es del trabajador, de modo tal que todo gasto que aproveche (o sea un tributo) al capital pesa sobre su propietario (el patrón o capitalista). Diferente es el caso del accionariado obrero, donde el trabajador es socio de la sociedad o del negocio. En este caso los gastos a descontar de los ingresos pueden incluir cuentas que aprovechan (o gravan) al capital, del cual participa el trabajador.

La palabra “control” significa, en un primer sentido, “comprobación, inspección, fiscalización, intervención”; en un segundo sentido, es “dominio, mando, preponderancia”. En estos dos sentidos está reconocido el derecho al control de la producción. En el primer caso se trata de un control mínimo: el patrón dirige la producción y el trabajador inspecciona o fiscaliza esa función directriz. En el segundo caso el trabajador es el titular del dominio o del mando de la producción. En este segundo caso no necesariamente el patrón ha dejado de ser el propietario de la empresa (o del capital) pero ha perdido el control de la producción.

La palabra “producción” es tanto la “acción de producir” (primera acepción) como la “cosa producida” (segunda acepción). El control (en cualquiera de sus dos sentidos) puede ser tanto sobre la acción de producir (sobre el proceso de creación de la cosa) como sobre la cosa producida (o resultado del proceso).

Cuando la Constitución reconoce el derecho al control de la producción establece a favor del trabajador el derecho a fiscalizar o inspeccionar el proceso de creación de la cosa; el derecho a fiscalizar o inspeccionar la cosa producida; el derecho a dominar o mandar sobre el proceso de creación de la cosa; o el derecho a dominar o mandar sobre la cosa producida.

La “colaboración” es la “acción y el efecto de colaborar”. En una primera acepción “colaborar” significa “trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra”. En una cuarta acepción “colaborar” es “contribuir” o “ayudar con otros al logro de algún fin”. La palabra “dirección” es la “acción y efecto de dirigir” (primer sentido) y también es el “conjunto de personas encargadas de dirigir una sociedad, un establecimiento, una explotación” (quinto sentido). “Dirigir” es “gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión” (quinto sentido).

Cuando la Constitución reconoce el derecho a colaborar en la dirección establece el derecho del trabajador a trabajar con otras personas (que puede ser el patrón y otros empleados o sólo otros trabajadores sin el patrón) en el gobierno de la empresa.

Siempre el derecho a participar en las ganancias de la empresa es con control de la producción y colaboración en la dirección. Algunos sentidos que hemos indicado para esas palabras como derechos del trabajador son parecidos entre sí pero no equivalentes. El derecho al control de la producción en cuanto derecho a dominar o mandar sobre el proceso de creación de la cosa, no equivale al derecho a colaborar en la dirección en el sentido de gobernar la empresa, ya que el derecho a la colaboración en la dirección tiene un objeto más amplio que el derecho al control de la producción: la dirección de la empresa incluye a la producción, pero abarca también todas las otras actividades secundarias o accesorias del negocio.

La participación en las utilidades (sin ser socio) se puede dar junto con el control de la producción en cualquiera de los sentidos señalados. Puede haber participación en las utilidades con fiscalización del proceso creativo de la cosa; o participación en las utilidades con fiscalización de la cosa producida; o participación en las utilidades con fiscalización del proceso y de la cosa; o participación en las utilidades con dominio sobre el proceso; o participación en las utilidades con dominio o mando sobre la cosa producida; o participación en las utilidades con dominio o mando sobre el proceso y la cosa. Lo mismo cabe decir de la participación en las utilidades cuando el trabajador es socio del negocio o sociedad: también en este caso se puede dar junto con el control de la producción en cualquiera de los sentidos indicados.

La participación en las utilidades (en cualquiera de sus dos sentidos: cuando el trabajador no es socio o cuando es socio) junto con cualquiera de los sentidos indicados para el control de la producción, se pueden dar con la colaboración en la dirección (en cuanto gobierno de la empresa por

parte del trabajador en conjunto con el patrón o sólo con otros trabajadores). Los casos son varios y todos son posibles. La participación en las utilidades (sin ser socio) con fiscalización del proceso o de la cosa y colaboración en el gobierno de la empresa; o participación en las utilidades (sin ser socio) con dominio del proceso o de la cosa y colaboración en el gobierno de la empresa. Y lo mismo para el caso de la participación en las utilidades cuando el trabajador es socio: la participación se debe dar con fiscalización del proceso o de la cosa y colaboración en el gobierno de la empresa; o la participación se debe dar con mando del proceso o de la cosa y colaboración en el gobierno de la empresa. Cabe advertir que no es innecesario afirmar el derecho del trabajador a la fiscalización del proceso o de la cosa producida junto con el derecho a gobernar la empresa (sólo con otros trabajadores): la inspección en cuanto derecho del trabajador no resulta superflua aunque la empresa esté dirigida por los trabajadores. Se trata de un derecho democrático que, en cuanto tal, limita al poder de la dirección (en el caso realizada por los trabajadores) y de esta manera procura impedir la burocratización.

6.8. IGUAL REMUNERACIÓN POR IGUAL TAREA

El art. 14 bis establece a favor del trabajador el derecho a igual remuneración por igual tarea. La Declaración Universal dispone que “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual” (art. 23, inc. 2) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que el salario ha de ser “igual por trabajo de igual valor sin distinciones de ninguna especie” (art. 7, a, i).

Este derecho tiene un primer sentido elemental. Es claro que el derecho a igual remuneración por igual tarea significa que el empleado que realiza la misma tarea que otro tiene derecho a percibir el mismo salario. En principio se trata de un derecho que impera en la misma empresa o en empresas similares. Nada prohíbe que las comparaciones se realicen entre tareas y sueldos de diferentes empresas en la medida que entre ellas se guarden ciertas similitudes (como son, por ejemplo, su actividad, tamaño, ubicación). Sobre la base de este derecho queda prohibido la existencia de diferentes escalas salariales en la misma empresa (o sea: la existencia de diferentes grupos de empleados que realizan las mismas tareas pero que tienen distintos derechos). El trabajador que invoca el derecho a igual remuneración por igual tarea y que pretende percibir las diferencias salariales existentes entre lo que cobra y lo que debería cobrar si se le abonara el sueldo que se le paga a quien él

señala como prestador de sus mismas tareas, deberá probar la similitud de los servicios y las distintas remuneraciones.

Este primer sentido básico del derecho ha recibido un fuerte agravio en la doctrina de la Corte Suprema desde el caso Ratto donde se expresó que “El precepto del art. 14 de la Constitución Nacional que obliga al pago de “igual remuneración por igual tarea”, se opone a discriminaciones arbitrarias, como serían las fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no a aquellas fundadas en la mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del obrero. El derecho del empleador de premiar a quienes revelen méritos que justifican una remuneración superior a la que se abona a los otros trabajadores que realizan iguales tareas, no puede sujetarse a la prueba, en la práctica muy sutil y difícil, de que ellos existen, debiendo quedar librado a su prudente discrecionalidad.”²²¹ Esta doctrina merece las siguientes críticas. Primero, no hay que limitar el derecho a igual salario por igual tarea a un caso de trato discriminatorio. El derecho puede ser lesionado a través de un acto discriminatorio. Pero también puede serlo por un conducta negligente, por una organización torpe de la empresa que no merece ser descalificada de discriminatoria, y por medio de la cual uno a algunos de los empleados cobran menos que otros a pesar de cumplir con los mismos servicios. Segundo, no es loable premiar a quienes muestran mayor eficacia, laboriosidad, contracción al trabajo o méritos en el mismo con una mejor remuneración. Por el contrario resulta moralmente más aceptable abonar una mayor retribución a quien más lo necesita o a quien se encuentra en una situación de desventaja -permanente o transitoria- con respecto a los otros integrantes de su comunidad laboral. De esta manera se fomentarían los lazos de amistad, de simpatía, de solidaridad o de fraternidad, y no la competencia o la lucha por la vida. Sin embargo es cierto que toda sociedad -cualquiera sea su forma- requiere de un mínimo de represión y de competencia. De ser así los premios deben -conforme a la Constitución- ser un pago por sobre el salario mínimo, la retribución justa y la participación en las ganancias. Se trataría de un beneficio que estaría en función de la productividad individual pero que su percepción no afectaría al resto de los trabajadores (en lo que hace al derecho a satisfacer sus necesidades básicas y de desarrollo). Tercero, el fallo resulta contradictorio ya que si acepta que la persona realiza “iguales tareas”, entonces no puede ordenar el pago de salarios diferentes. Cuarto -la crítica más común-, el fallo libera de la carga de

221 CS, 26/8/66, Ratto y otro c/ Productos Stani SA, DT 26, 449.

la prueba a quien alega que paga mejores salarios por razones de mérito, o de eficacia o laboriosidad o cualquier otro motivo. De esta manera incrementa las facultades discrecionales del empleador en desmedro de la parte más débil del contrato de trabajo (del empleado). Si el empleador sostiene que abona mejores salarios a un trabajador porque es más laborioso o eficaz, es él quien debe probar ese hecho.

Hay otro sentido de este derecho a igual salario por igual tarea que resulta oportuno mostrar. La palabra “tarea” alude al trabajo asignado, y no se refiere a la forma o al modo en que se lleva a cabo la labor. El trabajo asignado es la categoría profesional. Como he señalado la retribución justa está en relación directa con la categoría profesional o, en otros términos, con la antigüedad, la capacidad y la destreza. Nótese que las categorías profesionales se establecen en función al tiempo de servicio y a la capacidad, de forma que la manera en que se lleva a cabo la labor -la capacidad o la destreza- es uno de los criterios para clasificar a los trabajadores en categorías laborales o para diferenciarlos fijando para cada grupo su retribución justa. Por ello, a mayor antigüedad y habilidad los trabajadores tienen derecho a ser promovidos a una categoría superior y a su correspondiente retribución justa; al mismo tiempo, que tienen derecho a cobrar igual remuneración en cada categoría laboral o tarea asignada en razón del tiempo de servicio, la capacidad y la destreza.

Cada categoría se define por el tiempo de servicio, la capacidad y la destreza. Para cada categoría se determina una retribución. El derecho a igual salario por igual tarea impera dentro de cada categoría. Para cada categoría se impone una retribución. Así todos los empleados que pertenecen a la misma categoría perciben el mismo salario. Hay un trato igual en identidad de situaciones. Aquí está presente un importante límite a la facultad de organización y dirección del empleador. La Constitución no acepta un sistema de categorías abierto, donde los trabajadores que se encuentran encuadrados en la misma perciben diferentes remuneraciones. La Constitución repudia un sistema de categorías donde las mismas son pensadas como cajones -definidos por una remuneración mínima y una máxima-, que se solapan con la categoría inferior y con la categoría superior, y donde el empleador ubica a los empleados que perciben diferentes salarios. De acuerdo a la Constitución hay derecho a la carrera profesional, hay un orden de categorías y para cada una corresponde una retribución justa, de modo que todos los empleados encuadrados en la misma categoría perciban el mismo sueldo.

6.9. LA ESTABILIDAD

Manda el art. 14 bis que las leyes aseguren la “protección contra el despido arbitrario” y la “estabilidad del empleado público”. Además, en su segundo párrafo, dispone que “Los representantes gremiales gozarán de las garantías... relacionadas con la estabilidad de su empleo”. A partir de las diferencias lexicográficas de estos textos se ha sostenido que reconocen distintos derechos. El trabajador en general, o sea aquellas personas que prestan servicios a favor de patronos privados o no estatales y que no son dirigentes sindicales, tendrían derecho a la “protección contra el despido arbitrario”. Mientras que los empleados públicos y los representantes gremiales, ya sean integrantes de los órganos directivos de un sindicato o los llamados “delegados”, poseerían el derecho a la estabilidad. Y la “protección contra el despido arbitrario” y el derecho a la “estabilidad” no serían lo mismo. Sin embargo ésto no es así. Se podría mostrar que esa doctrina estaba equivocada en cuanto descripción del art. 14 bis y de la Constitución vigente antes de la reforma de 1994. Pero, dejando a un lado esa prueba que ya no es importante, resulta claro que, después de los cambios introducidos por la Convención reformadora de 1994, la doctrina referida es insostenible. En efecto, hay que ampliar el art. 14 bis con los derechos establecidos en los tratados enumerados. En el Protocolo de San Salvador (adicional a la Convención Americana y aprobado por la ley 24658) se establece claramente el derecho del trabajador a la estabilidad (art. 7.d). La Convención Contra La Discriminación De La Mujer -que resulta aplicable a los varones por el principio de igualdad y, en especial, por la prohibición de distinguir por razones del sexo- dispone el derecho “a la estabilidad en el empleo” (art. 11, 1, c). Entonces todos los trabajadores, ya sea que presten servicios a favor de patronos privados o del estado y sean o no representantes gremiales, gozan del derecho a la estabilidad. De modo tal que el estado (o los tres poderes del gobierno), en cumplimiento del mandato del art. 14 bis, debe asegurar el derecho a la estabilidad en el empleo de todos los trabajadores sin distinciones o discriminaciones de ninguna índole.

En otras palabras: cuando el art. 14 bis manda asegurar la “protección contra el despido arbitrario” reconoce el derecho a la estabilidad en el empleo o a la permanencia en la labor del trabajador en general, como una garantía del desarrollo de la vida de la persona y de la familia a su cargo. Y que este reconocimiento es a favor de todos los trabajadores queda confirmado cuando más adelante dispone la estabilidad del empleado público y del representante gremial. Así el trabajador goza de la protección contra el despido arbitrario e

incluso cuando es un empleado público o un dirigente sindical.

El despido arbitrario es la decisión patronal de separar al trabajador del empleo en forma injustificada, o sin justa causa o causa justa. El despido arbitrario es una forma de rescisión del contrato de trabajo que se debe a la exclusiva voluntad del empleador, que no constituye el ejercicio de ningún derecho reconocido a su favor y que no tiene sustento en ningún incumplimiento del contrato por parte del dependiente. Y contra esta decisión, que es arbitraria, ilegítima e irracional, el art. 14 bis ordena la protección del trabajador.

La Convención Contra La Discriminación De La Mujer permite ampliar la noción de despido arbitrario cuando dispone “Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil” (art. 11, 2, a). Así es arbitrario el despido de la mujer embarazada o cuando se sustenta en su estado civil (casada, soltera, viuda).²²² De modo tal que el despido arbitrario no sólo es la decisión de separar al trabajador de su empleo en forma injustificada o basada en la exclusiva voluntad del patrono, sino que es además la rescisión dispuesta por el empleador y sustentada en una causa o razón que repugna al derecho. En este sentido es claro que no constituyen causas para despedir el ejercicio por parte del trabajador de los derechos reconocidos en la Constitución a favor de todos los habitantes, dado que el trabajo, conforme ya analizamos al estudiar la jornada, no puede ser un medio para anular o menoscabar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución. Y tampoco lo son las razones que dicha carta indica como discriminaciones, ni la decisión patronal de dar por terminado el ejercicio de los derechos de “trabajar y ejercer toda industria lícita” o de “navegar o comerciar” (art. 14).

Todo despido constituye la pérdida del trabajo y, en consecuencia, del salario. Este debe ser suficiente para satisfacer, conforme lo hemos explicado, necesidades básicas del trabajador y su familia, tales como la alimentación, el vestido, la vivienda y la salud. De modo que la privación del trabajo y su salario ocasiona, en mayor o menor medida, la insatisfacción de esas

222 Por el principio de igualdad también el varón es titular de estas protecciones. Así será arbitrario el despido de un varón cuya esposa o concubina esté embarazada. Esta extensión al varón, por otra parte, es una medida para asegurar el derecho a formar un familia, ampliamente reconocido en los tratados enumerados. Además, también será arbitrario el despido del varón que se base en su estado civil (casado, soltero, viudo).

necesidades. Asimismo, el despido frustra la carrera laboral a la que tiene derecho el dependiente por lo dispuesto en el Protocolo de San Salvador (art. 7.c), en el Pacto De Derechos Económicos (art. 7, c) y en la Convención Contra La Discriminación De La Mujer (art. 11, 1, c). Además, el despido, ya sea dispuesto en forma intempestiva o como resultado de un proceso más o menos largo de hostigamiento hacia el dependiente, en busca de su renuncia o de su aceptación de un supuesto retiro voluntario, provoca daños en su salud mental y física. Ante un despido son comunes los dolores de cabeza y de estómago, las úlceras, los problemas de piel o del corazón, la merma del deseo sexual o la impotencia, que acarrea un deterioro en la relación con la pareja. Por otro lado, provoca un estado de frustración e insatisfacción generales, de desánimo de resentimiento y de menoscabo de la capacidad y del deseo de proyectar, que coloca a la persona en una situación de prevención exagerada, de temor o de exasperación, con la consiguiente generación o incremento de sus conflictos familiares o sociales.

Cuando el art. 14 bis dispone proteger al trabajador contra el despido arbitrario, garantiza que no ocasione daños al dependiente o que los mismos sean reparados en forma integral. En este sentido se trata de una aplicación especial del art. 19 cuando declara sometidas a la autoridad de los magistrados las acciones que perjudican a un tercero, en concordancia con lo dispuesto en el art. 116. Pero además aquella protección se inscribe dentro de la política estatal de pleno empleo (art. 75, inc. 19, y ampliaciones de los tratados enumerados) y en la obligación de otorgar los beneficios de la seguridad social, que incluye al seguro por desempleo con carácter de integral e irrenunciable (art. 14 bis, tercer párrafo, y complementos de los tratados enumerados).

Por ello el art. 14 bis, al establecer la protección contra el despido arbitrario, reconoce el derecho del trabajador a solicitar al Poder Judicial su readmisión en el empleo, con más el goce de los salarios caídos o no pagados durante su separación injustificada y la reparación de los daños que la misma le hayan ocasionado. Pero, repito, se trata sólo de un derecho, de modo tal que el trabajador no está obligado a petitionar su reinstalación.²²³ El art.

223 Que se trata de un derecho resulta indudable habida cuenta lo establecido en el Protocolo de San Salvador en el sentido que es un deber del estado garantizar (en su legislación nacional) "La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el em-

14 bis también reconoce su derecho a aceptar el despido, a someterse a la voluntad arbitraria del patrono (a no solicitar su reinstalación), y a peticionar una indemnización equivalente a los salarios debidos desde la adopción del mismo y hasta la fecha en que se encuentre en condiciones de acceder a la jubilación por vejez. Se trata de una indemnización mínima dado que procura el mantenimiento del nivel de vida del trabajador, que no debe verse deteriorado por la decisión patronal. Por ello su cobro no excluye el derecho del trabajador a exigir la reparación de los daños que el despido le hayan ocasionado. Por otro lado, el pago de esa indemnización puede ser al contado o en cuotas aunque siempre a elección del dependiente.

Tanto el pago de los salarios caídos, para el caso de la readmisión, como el pago de la indemnización, si se eligió aceptar el despido, deben estar asegurados y el precio del seguro nunca puede estar a cargo del trabajador. De esta forma se cumple con la obligación de proteger contra el despido arbitrario y con el establecimiento del seguro social obligatorio (art. 14 bis, tercer párrafo, y ampliaciones de los tratados enumerados).

A diferencia del despido arbitrario, la separación será justificada cuando posea una causa lícita, no discriminatoria ni, en definitiva, repugnante al derecho. Así constituye una causa de despido del trabajador el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

La obligación de proteger contra el despido arbitrario, de promover una política de pleno empleo y de garantizar el derecho a los seguros en caso de desempleo, conforme lo establecen el art. 14 bis y los tratados enumerados, tiene por consecuencia que cuando el patrono despide con causa debe probarla antes de la separación del dependiente de su trabajo. De no ser así se lo condena al trabajador a tener que cuestionar la causa de despido invocado habiendo ya perdido su trabajo y el salario correspondiente. Y de la misma manera, si el Poder Judicial decide su separación preventiva o provisoria durante el pleito, la misma debe ser acompañada con el pago de los salarios que, a su vez, tiene que estar asegurado (art. 14 bis, tercer párrafo, y ampliaciones de los tratados enumerados). Y demostrada la causa se opera el despido. Pero esta separación justificada no suprime el goce del seguro contra el desempleo.

Para el caso que no se demuestre la causa, el trabajador tiene derecho a su readmisión, si había sido separado preventivamente, o a continuar prestando

servicios, o a allanarse a la decisión patronal, que resulta injustificada o arbitraria, y a cobrar la indemnización ya indicada.

La protección contra el despido arbitrario puede ser fácilmente lesionada a través de la renuncia al trabajo o de la firma de acuerdos rescisorios del contrato laboral, denominados “retiros voluntarios”, que se logra u obtienen “explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia” del dependiente. Sabido es que la renuncia al empleo y el retiro voluntario son el resultado de un proceso de persecución del trabajador más o menos largo y que, por ello, no son la expresión de su voluntad para rescindir o resolver el contrato, sino que son, sólo y exclusivamente, actos nulos por medio de los cuales el patrón procura asirse de un recibo del pago de sus obligaciones para eliminar o limitar su responsabilidad por los daños ocasionados. Así, en general, la renuncia y el retiro voluntario no son otra cosa que despidos arbitrarios simulados o vulgarmente llamados “encubiertos”.

La renuncia al trabajo es un acto lícito, que está implicado, conforme ya explicamos, por el art. 14 cuando reconoce el derecho de trabajar y por los tratados enumerados cuando establecen el derecho a elegir libremente un empleo. Pero este derecho, que resulta compatible con la abolición de la esclavitud y la prohibición del trabajo forzoso, no puede constituir un medio para perjudicar el derecho a la estabilidad. Su ejercicio debe ser asegurado para que en los hechos exprese la auténtica y libre voluntad del dependiente.²²⁴ Para ello además de prohibir las presunciones de su existencia, determinar su manifestación inequívoca y establecer una forma solemne para su manifestación, es necesario agregar otras protecciones. Algunas serían las siguientes: la renuncia no puede constituir un obstáculo para obtener el seguro por desempleo; la renuncia debe ser confirmada por el cónyuge del trabajador o por el ministerio pupilar cuando sólo tiene a su cargo hijos menores; y la renuncia de un trabajador que presta servicios en forma no regular o en “negro” sólo exterioriza el fraude a la legislación y le da derecho a solicitar su reincorporación o el cobro de la indemnización por despido arbitrario.

224 En este sentido es insuficiente que la ley disponga que no admitirá presunciones en contra del trabajador que conduzcan a sostener su renuncia al empleo, ya sea que deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco, como establece el art. 58 de la LCT; o que ordene que la renuncia al trabajo debe ser expresada a través de un despacho telegráfico colacionado o ante la autoridad administrativa, como determina el art. 240 de la LCT; o que la misma puede ser retractada mientras no haya sido aceptada (arts. 868 y 875, CC).

También debería tenerse en cuenta para evaluar la validez de la renuncia si ésta constituye una política patronal, habitual o permanente, de rescisión de los contratos de trabajo. Y esto mismo debería considerarse para los llamados “retiros voluntarios”. Son todos casos de despidos arbitrarios (simulados o “encubiertos”) que la ley, para asegurar el derecho a la estabilidad, debe presumir como tales.²²⁵

Quizás para terminar con el uso abusivo de la renuncia haya que establecer una indemnización tarifada como reparación mínima y a cuenta de los daños que causa esta forma de extinción del contrato de trabajo.

El mandato de asegurar el derecho a la estabilidad implica que el contrato de trabajo sea por tiempo indeterminado o de plazo indefinido o, en otras palabras, que su término expire cuando el dependiente tiene derecho a acceder a los beneficios de la jubilación, cuando ha perdido su capacidad para prestar los servicios (accidente de trabajo, enfermedad inculpable o enfermedad profesional), o cuando finaliza el ejercicio de los derechos “de trabajar y ejercer toda industria lícita” y de “navegar y comerciar”, ya sea por decisión unilateral del patrono (caso equiparable al despido arbitrario) o por fuerza mayor, caso fortuito u otra causa de cualquier índole. Pero lo expuesto, es claro, no puede impedir la existencia de contratos a plazo definido o de contratos para un evento, en la medida que responden a características o necesidades especiales, propias o exclusivas de determinadas actividades económicas. La Constitución reconoce los derechos “de trabajar y ejercer toda industria lícita” y “de navegar y comerciar” (art. 14). En estos casos la protección del derecho a la estabilidad se logra primero prohibiendo el conchabo (la colocación onerosa, las agencias de servicios eventuales) y ordenando que los contratos sean -prima facie- por tiempo indefinido; determinando formas solemnes

225 Así por ejemplo resulta inadmisibles el Plenario N° 107 de la CNAT, del 12/5/67, cuando dispone que “El trabajador que conforme al comunicado 7/962 de la gerencia general de Yacimientos Carboníferos Fiscales, optó voluntariamente por retirarse de la empresa, no tiene derecho a una indemnización mayor que la explícitamente ofrecida en ese comunicado” (DT 1967, 319). En efecto, frente a una política patronal de reducción de personal, formalizada a través de acuerdos rescisorios de los contratos de trabajo, hay que presumir, admitiendo prueba en contrario, que existen persecuciones para que los dependientes los firmen. Y éstas, en general, consisten en las siguientes acciones: quite de tareas o de trabajos extraordinarios, traslados, que impliquen o no un ius variandi ilegítimo, amenazas y malos tratos, entre otras. A pesar de lo expuesto la CS admite los acuerdos rescisorios (ver autos “Gatarri c/ Comatarsa SA”, 23/8/88, DT 1989-A, 585 y autos “Marchese y otros c/ Autolatina Argentina SA”, 2/7/93, DT 1993-B,1615).

para los contratos a plazo o eventuales; estableciendo la transformación de los contratos a plazo o eventuales en contratos por tiempo indeterminado cuando exceden un lapso prudencial o cuando constituyen, lisa y llanamente, medios para evadir la responsabilidad patronal; o poniendo a cargo del empleador la prueba de que el contrato no es por tiempo indefinido. Además, la terminación de un contrato a plazo o eventual no puede constituir un obstáculo para obtener el seguro por desempleo.²²⁶

6.10. LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

El art. 14 reconoce el derecho “de asociarse con fines útiles”. Pero que exprese “con fines útiles” no significa que quede excluido el derecho de asociarse con fines inútiles o inócuos, dado que éste integra la clase “de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (art. 33).

La Declaración Americana establece que la “persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden” (art. 22). Así esta declaración agrega que el fin de la unión debe ser legítimo.

La Declaración Universal reconoce que “Toda persona tiene derecho de libertad de reunión y de asociación pacíficas” (art. 20.1). En el mismo sentido la Convención Internacional Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De

226 La ley no asegura ni la protección contra el despido arbitrario ni el derecho a la estabilidad en el empleo, cuando facilita y privilegia formas de contratación por tiempo determinado que, a la expiración del plazo, quedan resueltas sin derecho alguno al cobro de indemnizaciones o con el pago de indemnizaciones inferiores a la establecida para la rescisión unilateral dispuesta por el patrono de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Que la ley privilegie y facilite el contrato por tiempo determinado (o a plazo) constituye una lesión enorme al mandato del art. 14 bis de asegurar la protección contra el despido arbitrario o la estabilidad en el empleo. Las reformas de la flexibilidad laboral en este sentido son constitucionalmente inválidas y así deben ser declaradas por el Poder Judicial. Y esta conclusión se extiende a todos los contratos de trabajo por tiempo determinado que presenta la flexibilización con diferentes denominaciones, tales como “contrato de trabajo a prueba”, “contrato de trabajo de aprendizaje”, “contrato de trabajo de formación”, “contrato de trabajo por tiempo parcial”. Y también se lesiona el derecho a la estabilidad en el empleo cuando la ley permite la existencia de las agencias de colocación con fines de lucro, o empresas de servicios eventuales, en vez de asegurar la colocación gratuita, por cuanto con ello facilita el despido y lesiona el derecho al cobro de las remuneraciones e indemnizaciones en atención a la insolencia de esos comercios intermediarios.

Discriminación Racial establece el derecho a la libertad de asociación pacífica (art. 5, d, ix). Entonces podemos considerar que el derecho es a asociarse con fines pacíficos. Y adviértase que la característica pacífica que debe reunir la asociación es coincidente con el preámbulo cuando declara que uno de los objetos de la Constitución es “consolidar la paz interior”.

Por lo hasta aquí expuesto el derecho es a asociarse con fines útiles, inútiles, inócuos, legítimos y pacíficos. En la medida que el fin puede ser útil, inútil o inócuo, ninguna discusión sobre esas propiedades es relevante. Veamos las otras dos.

La legitimidad de los fines de una asociación queda definida básicamente por la conformidad de los mismos con los derechos reconocidos en la Constitución. Así serán ilegítimos cuando consistan en la supresión o limitación de los derechos humanos establecidos en la primera parte de la Constitución y ampliados por los tratados enumerados (art. 75, inc. 22). De modo que la Constitución no reconoce el derecho de asociarse con fines ilegítimos o lesivos a los derechos humanos. Esta limitación al derecho de asociarse tiene una primera justificación en los objetivos expresados en el preámbulo de la Constitución, por cuanto esos fines (“constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad”) requieren que las personas sean titulares de los derechos humanos. En segundo lugar, de no aceptarse esa limitación queda lesionado el reconocimiento de derechos realizado en el art. 14 a favor de todos los habitantes que, a su vez, está confirmado por el principio de igualdad (art. 16). En tercer lugar, la restricción tiene sustento en la acción de amparo, prevista como defensa de los “derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley” (art. 43); de modo que si los habitantes pueden interponer esa defensa de todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución, es verdad afirmar que constituye un fin ilegítimo la lesión, restricción, alteración o amenaza, actual o inminente, de los mismos. En cuarto lugar, hay ciertas uniones, más o menos permanentes, expresamente previstas y prohibidas en la Constitución y que serían las siguientes: la unión del comprador y el vendedor de toda persona y el escribano o funcionario que autorice el contrato (art. 15); un cuerpo armado que tenga por fin hacer requisiciones o exigir auxilios de cualquier especie (art. 17); “Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticiones a nombre de éste” (art. 22); la unión de los congresistas nacionales o provinciales para

conceder al PE o a los gobernadores facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías (art. 29); la asociación para interrumpir la observancia de la Constitución y usurpar funciones previstas por ella (art. 36); la unión con los enemigos de la Nación prestándoles ayuda y socorro (art. 118); o “La asociación para cometer genocidio” que ordena castigar el art. III, b, de la Convención Para La Prevención Y La Sanción Del Delito De Genocidio.

El fin de la asociación debe ser pacífico o, en otros términos, debe proveer a que las relaciones entre las personas sean conforme a los derechos humanos, de modo que quede excluido todo acto de violencia moral o física. Sin embargo, es posible sostener que la Constitución reconoce el derecho de asociarse con fines no pacíficos, porque establece que “Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren” actos de fuerza “contra el orden institucional y el sistema democrático”, que tuvieron como resultado interrumpir su observancia (art. 36). Así el hombre, no estando los derechos humanos protegidos “por un régimen de Derecho”, se ve “compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” (tercer considerando de la Declaración Universal), en asociación o unión con otros. Pero que la Constitución reconozca el derecho de resistencia a la opresión no implica que su ejercicio deba ser violento ni que esta forma de llevarlo a cabo esté autorizada por la carta.

El art. 14 dispone el derecho de asociarse a favor de todos los habitantes. De modo que excluye cualquier distinción entre ellos que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento del derecho. Y esto, a su vez, encuentra fundamento en el principio de igualdad (art. 16 ampliado por los tratados enumerados), conforme ya lo hemos explicado, y, en especial, en el art. 20 para los extranjeros. Asimismo, y aunque valga como aclaración, el concepto de habitante del art. 14 incluye a los niños que, por la Convención Sobre Los Derechos Del Niño, tienen derecho a la libertad de asociación (art. 15.1).

Cuando el art. 14 establece el derecho de asociarse significa que los habitantes pueden o bien unir en los hechos sus acciones para obtener un fin, o crear una asociación que, en otros términos, es pactar las normas que deben regular la actividad común a desarrollar. Con las palabras “estatuto” o “estatuto social” en general se alude a esas normas. Asimismo, el derecho de asociarse significa la facultad de ingresar a una asociación o de aceptar un estatuto elaborado por otros. Además, el derecho de asociarse implica poder modificar el estatuto por cualquier motivo.

En la medida que se trata de un derecho, los habitantes tienen también la facultad de no asociarse. De modo que pueden no crear una asociación o renunciar a la que integran. Por ello muchas veces se dice que el derecho es a la libertad de asociación o que se trata de un derecho a la asociación libre. El Pacto De San José De Costa Rica expresa, en forma muy parecida a la Declaración Americana, que “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole” (art. 16.1); y en el mismo sentido el Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos reconoce que “Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras” (art. 22.1). Estas normas, a su vez, confirman la Declaración Universal cuando expresa que “Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación” (art. 20.1).

En definitiva, cuando el art. 14 establece el derecho de asociarse con fines útiles significa que todos los habitantes tienen el derecho a unir en los hechos sus acciones, a crear una asociación o a integrar una ya formada, con fines útiles, inútiles, inócuos, legítimos y pacíficos, a no unir en los hechos sus acciones, a renunciar a la que pertenecen, a no crear una asociación o a no ingresar a una. Y de la misma manera, decir que todos los habitantes tienen el derecho de asociarse significa que el gobierno está obligado como mínimo a no lesionar el goce y el ejercicio del mismo (arts. 28, 99, inc. 2 y art. 116). Entonces el estado no puede suprimir ni limitar el derecho de asociarse, de crear o disolver una asociación, de ingresar o renunciar a una unión existente, u obligar a los habitantes a que integren una asociación; ni tampoco puede el estado anular o menoscabar los intereses elegidos por los habitantes para promover, ejercer o proteger a través de la unión y que son intereses “de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden” (art. XXII, Declaración Americana).

Cabe indagar si la Constitución prescribe cuáles son las normas que deben regular la actividad común a desarrollar o, en otras palabras, si establece el contenido del estatuto de la asociación. La cuestión es muy importante y puede ser planteada de otras formas, por ejemplo: cuando la Constitución ordena que los fines de la asociación deben ser legítimos y pacíficos, ¿se refiere sólo a las relaciones de los asociados con otras personas no integrantes de la unión o alude también a las relaciones de los miembros de la asociación?; ¿la Constitución al reconocer el derecho de asociarse acepta que los habitantes pueden pactar relaciones entre ellos que menoscaben o anulen por ella misma reconocidos?; ¿el derecho a asociarse implica que son renunciables los derechos

reconocidos en la Constitución?; ¿son renunciables todos los derechos o sólo algunos?; ¿cuál es la libertad que acepta la Constitución al reconocer a favor de los habitantes el derecho de asociarse?; ¿la Constitución acepta la existencia de estatutos sociales que, sin perjuicio de establecer fines lícitos y pacíficos para la unión, ordenen relaciones entre sus miembros que son diferentes a las prescritas por ella misma?; esas relaciones ¿cuán diferentes pueden ser?; ¿qué pueden hacer o qué tienen prohibido los habitantes cuando la Constitución reconoce el derecho de asociarse?; o, en definitiva, ¿qué significa que “todos los habitantes gozan del derecho de asociarse con fines útiles”?

En la medida que la Constitución ordena que los fines de la asociación deben ser legítimos y pacíficos, dispone un contenido mínimo para el estatuto. Este contenido mínimo limita al derecho de asociarse y a la libertad de contratar de los habitantes ya que no pueden pactar fines ilícitos o no pacíficos o violentos. En principio, ello es así para las relaciones de los miembros de la asociación con otros habitantes no integrantes de la misma. El derecho de asociarse no faculta a los habitantes para unirse, en forma más o menos permanente, para lesionar o limitar los derechos de otras personas (arts. 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19 - “ni perjudiquen a un tercero”-, 20 y cc). Pero la cuestión es si los habitantes pueden unirse, sin menoscabar o perjudicar los derechos de personas ajenas a la asociación, para establecer relaciones diferentes a las que prescribe la Constitución y que, al mismo tiempo, agravian a los derechos reconocidos en ella.

Cuando la Constitución establece que los fines de la asociación deben ser pacíficos también se refiere a las relaciones de los miembros de la unión, de modo tal que los habitantes no pueden unirse, o no pueden pactar estatutos, que permitan acciones violentas o no pacíficas entre ellos. Y ésto encuentra sustento en el preámbulo de la Constitución cuando los representantes del pueblo declaran que tienen por objeto “consolidar la paz interior”. Así parecería como mínimo inadecuado que si los constituyentes tienen por objeto consolidar la paz interior, permitan que los habitantes pacten acciones violentas.²²⁷

227 Los tratados enumerados dan nuevo sustento a esta posición. La Declaración Universal ordena que los seres humanos “deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1); la Convención Americana establece que “ Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (art. 1); el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera “que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia y de sus derechos iguales e inalienables”; y ésto mismo expresa el preámbulo del Pacto

Entonces los habitantes no pueden unirse para realizar acciones violentas entre ellos ni para menoscabar o perjudicar los derechos de personas ajenas a la asociación. Pero sigue pendiente de respuesta la cuestión de si los habitantes, al unirse o asociarse, pueden pactar relaciones diferentes a las que prescribe la Constitución y que, al mismo tiempo, las suprimen o limiten en forma pacífica o no violenta. Por ejemplo: ¿acepta la Constitución que los habitantes pacten en el estatuto que la asociación tendrá autoridades, no representantes de los asociados, y que las mismas serán elegidas por algunos miembros?; ¿está permitido crear una asociación con una forma de gobierno monárquica?; ¿los habitantes tienen derecho a crear una asociación donde la libertad de expresión o de información esté restringida a algunos miembros?; ¿o donde los asociados tengan prohibido trabajar, o comerciar, o transitar libremente por el territorio nacional, o usar y disponer de su propiedad, o asociarse con fines útiles?; ¿en un estatuto se pueden establecer sanciones?; en su caso, ¿qué tipo de sanciones?; ¿puede ser una sanción la prohibición de enseñar o de publicar ideas como miembro de la asociación?; ¿puede ser una sanción el arresto o confinamiento del asociado?; ¿la Constitución permite que el estatuto establezca un tribunal para decidir las disputas entre los asociados en forma inapelable ante el Poder Judicial?; en su caso, ¿debe ese tribunal ajustar su actuación a las garantías de la defensa en juicio reconocidas en la Constitución o puede seguir un procedimiento lesivo de esos derechos?

Mi respuesta es la siguiente: si bien la Constitución reconoce la más amplia libertad de asociación de modo que los habitantes puedan pactar en el estatuto las relaciones que les plazcan siempre que, como dije, no tengan por finalidad perjudicar los derechos de terceros ni el ejercicio de acciones violentas entre ellos, al mismo tiempo los asociados, o la asociación, no tienen derecho de peticionar al estado o, más precisamente, al Poder Judicial que ordene el ejercicio de la fuerza pública para que alguno de aquéllos (asociados, socios, afiliados, adherentes o integrantes) cumpla con acciones que sean lesivas de los derechos reconocidos en la Constitución. Así ningún estatuto social que prescriba, sólo para las relaciones entre los asociados, derechos y obligaciones que menoscaban o anulan los derechos humanos dispuestos en la Constitución, es vinculante para el Poder Judicial, ya que éste debe conocer y decidir todas las causas sobre la base de lo dispuesto en la Constitución, las leyes y los tratados (art. 116). Y por ello

los habitantes tienen derecho de peticionar al Poder Judicial la liberación de cualquier obligación estatutaria que hayan contraído y que resulte lesiva de los derechos reconocidos en la Constitución.

El derecho de asociación implica el de crear, integrar, renunciar o disolver partidos políticos o uniones de ciudadanos que tengan por objeto la participación en elecciones para acceder a cargos o funciones públicas. Estos derechos, que tenían sustento suficiente en el art. 14 al establecer el derecho de asociarse con fines útiles, quedaron confirmados por la reforma de 1994, que incorporó en el art. 38 algunas garantías de los partidos políticos.²²⁸

El art. 14 bis manda asegurar al trabajador la “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”. Todo lo hasta aquí expuesto en relación al derecho de asociarse con fines útiles (art. 14) es aplicable, en principio y salvo una cuestión que indicaré luego, a aquel derecho del trabajador. Este derecho debe ser complementado con lo dispuesto en los tratados enumerados (art. 75, inc. 22).

La Declaración Americana reconoce a favor de la persona “el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden..., sindical” (art. 22). La Declaración Universal establece que “Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses” (art. 23.4). Y en los mismos términos está expresado este derecho en el art. 22.1 del Pacto De Derechos Civiles. La Convención Sobre La Eliminación De La Discriminación reconoce “El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse” (art. 5, e, ii). El Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone “El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales” (art. 8, 1, a). Y nótese que dice “el derecho de toda persona”. De modo que ya no se trata de un derecho sólo y exclusivamente a favor del trabajador, como sugeriría el texto del art. 14 bis. Antes de la

228 La incorporación del art. 38 por la Convención Constituyente de 1994 es una reafirmación de la democracia en la Nación. Pero este reconocimiento constitucional no autoriza al Poder Legislativo para que les otorgue el monopolio de la presentación de candidatos a cargos electivos, en forma lesiva a los derechos de elegir y ser elegidos que poseen los ciudadanos. En este sentido es inconstitucional el art. 2 de la ley N° 23.298 y pese a la doctrina de la Corte Suprema (Fallos 310:819). Por otro lado el art. 38 es desacertado cuando expresa que “El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes”. Así, conforme a la Constitución, se trata de asociaciones que tienen derecho al financiamiento estatal.

reforma de 1994 el derecho de toda persona (ya no del trabajador) a fundar un sindicato o afiliarse a un gremio era un derecho implícito (art. 33 de la ley suprema). Luego de la reforma de 1994 el derecho de toda persona a fundar sindicatos está expresamente enumerado. Entonces cualquier persona puede fundar un sindicato, sea o no un trabajador y, además, si es un trabajador, entonces con prescindencia de si está ocupado o desocupado o jubilado.

El Pacto de Derechos Económicos reconoce “El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas” (art. 8, 1, b). Así queda ampliado el art. 14 bis de modo que un sindicato tiene derecho no sólo a concertar convenios colectivos de trabajo, a recurrir a la conciliación y al arbitraje y a la huelga, sino que, además, tiene derecho a formar federaciones nacionales. A su vez queda ampliado porque aquel tratado enumerado manda reconocer las federaciones nacionales y el derecho de éstas de fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las ya existentes. Entonces el estado debe aceptar la actividad de organizaciones sindicales internacionales que en cuanto gremios tienen los derechos indicados en el segundo párrafo del art. 14 bis.

El Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales dispone que “Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías” (art. 8.3). El Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos en el art. 22.3 dispone lo mismo y casi en igual texto. Ahora bien, ¿esta referencia al Convenio N° 87 de la OIT, que realizan dos tratados enumerados (art. 75, inc. 22), significa que aquél integra el texto de la Constitución Nacional?

Entiendo que no. El Convenio N° 87, conforme al régimen constitucional previsto para los pactos internacionales, es un tratado común con jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22). Por ser un tratado común resulta susceptible de ser evaluada su constitucionalidad por el Poder Judicial (art. 116) o, en otros términos, es posible indagar si está “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (art. 27). Para decidir esta cuestión hay que recurrir tanto a la primera parte como a la segunda parte de la Constitución, teniendo en cuenta que aquélla debe ser complementada por los tratados enumerados (art. 75, inc. 22). De modo que

para evaluar la constitucionalidad del Convenio N° 87 hay que considerar lo dispuesto en el Pacto De Derechos Económicos y en el Pacto de Derechos Civiles pero, en atención a lo ordenado en el art. 8.3 del primero y en el art. 22.3 del segundo, a esos efectos no podrá ser usado lo expresado en el art. 8, puntos 1 y 2, y en el art. 22, puntos 1 y 2 de los referidos pactos (porque en los arts. 8.3 y 22.3 se ordena que nada de lo dispuesto en ellos autorizará a los estados partes en el Convenio 87 a adoptar políticas que menoscaben los derechos que reconoce). En definitiva, los arts. 8 y 22 son una excepción a la complementación dispuesta en el art. 75, inc. 22, y sólo a los efectos de evaluar la conformidad del Convenio N° 87 “con los principios de derecho público establecidos en la Constitución.”²²⁹

Cuando el art. 14 bis de la Constitución manda asegurar al trabajador la “organización sindical libre” está confirmando lo dispuesto en el art. 14 en el sentido que el derecho es a asociarse libremente o, en otras palabras, está prohibiendo al estado que suprima o limite el derecho de los trabajadores a crear, integrar, renunciar o disolver sindicatos. De esta manera queda claramente prohibido que el estado sancione una legislación que establezca el unicato sindical o el sindicato único por actividad o profesión. En este sentido la libertad sindical no es otra cosa que la libertad de asociación. Pero en nuestro país y desde hace más de cincuenta años, a pesar de lo dispuesto en la Constitución Nacional, predomina en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina una concepción corporativa y, por ende, limitativa de estas libertades.²³⁰

229 Está claro que aunque el Convenio 87 no integre el texto de la Constitución es superior a las leyes y, además, en nada se desmerece la libertad de asociación tal cual la reconoce nuestra ley suprema.

230 Una breve historia del unicato sindical es la siguiente: a) Decreto 2.669/43, que reglamenta la constitución, organización y funcionamiento de las asociaciones profesionales y que, aceptando la libertad de afiliación, faculta al Departamento de Trabajo a otorgar la personería gremial a asociaciones obreras o patronales, con o sin personería jurídica previa, de modo que adquieran la representación del gremio ante el estado y para celebrar convenios colectivos o arbitrajes. b) Decreto 23.852/45, que aprueba el régimen legal de las asociaciones profesionales de trabajadores y establece el sindicato único a través del otorgamiento estatal de la personería gremial, al mismo tiempo que crea el Consejo Nacional de Relaciones Profesionales, para apreciar los hechos o actos denunciados como prácticas desleales o contrarias a la ética de las relaciones profesionales del trabajo, e integrado por dos representantes de las patronales, dos de los trabajadores y tres del estado. c) Ley 14.295 que establece el régimen de las asociaciones profesionales de empleadores y ordena el sindicato único a través del otorgamiento de la personería gremial o económica. d) Ley 14.348, de asociaciones

Una concepción corporativista defiende un gobierno con magistraturas corporativas o con poderes donde estén representadas las corporaciones. Una política corporativista consiste en organizar la sociedad incorporando las asociaciones al gobierno. La actividad gubernamental está integrada por acciones encaminadas a la elaboración de políticas (o de planes de acción política o de planes de gobierno); por acciones que consisten en la elección de algunos de los planes elaborados o en la toma de la decisión política; y por acciones de ejecución del plan político o de la decisión adoptada. Una política corporativista hace participar a las corporaciones en alguna o todas las actividades gubernamentales, de modo tal que las corporaciones pueden actuar tanto para la elaboración de los planes, como para la elección de alguno de ellos, como para la ejecución de la decisión adoptada.²³¹

de profesionales de las artes, las ciencias, la enseñanza y la investigación técnica y faculta al estado a dar la personería profesional. e) Las leyes 14.455, 20615, 22.105 y 23.551, ésta última vigente, mantienen el sistema de sindicato único con personería gremial dada por el estado a una asociación profesional de trabajadores. Así se lesiona el derecho a crear sindicatos. Pese a ello el sistema queda en general morigerado por cuanto no establece la obligación de afiliarse al sindicato único y dado que la Corte Suprema ha considerado inconstitucional que el derecho de trabajar quede supeditado a una agremiación obligatoria o a la permanencia en el sindicato mientras dura la ocupación (Fallos 267:215). f) Paralelo a esta legislación se ha sancionado toda una serie de leyes provinciales que establecen la asociación compulsiva de los profesionales (abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, escribanos) en los denominados “colegios”. La Corte Suprema, in re “Sogga Constantino y otros”, del 29/10/45, declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial que ordenaba la colegiatura obligatoria de los abogados para ejercer la profesión en Santiago del Estero (Fallos 203:100). Pero en los autos “Colegio de Médicos de Santa Fe c/ Sialle”, del 8/4/57, acepta la constitucionalidad de la colegiación obligatoria y de la atribución impositiva de esa asociación. Y esta posición corporativista queda confirmada in re “Ferrari, Alejandro Melitón c/ Gobierno Nacional (PEN)”, del 26/6/86, donde la Corte considera que el colegio público de abogados de la Capital Federal, creado por la ley 23.187, es constitucional; a su vez, con respecto a esa ley el Comité Interamericano ha considerado que no es violatoria de la Convención Americana en su Informe Sobre Los Casos N° 9777 y 9718, Argentina, del 30/3/88, repitiendo, en gran medida, las opiniones de la Corte nacional. Y si ingresamos en el derecho internacional encontraremos opiniones similares en la CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, La Colegiatura Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos), a través de los votos de los jueces Nieto Navia (págs. 51 y ss), Piza (págs. 65 y ss) y Nikken (págs. 77 y ss) dado que aceptan una tesis típica del corporativismo, a saber: la delegación de funciones públicas en asociaciones profesionales obligatorias.

231 La elaboración de políticas muchas veces se denomina “diálogo social”. La elección del plan de acción se suele llamar la “concertación social” o “pacto social”. Las corporaciones se piensan como los órganos sociales, las fuerzas vivas, o los actores sociales.

Hay diferentes formas de incorporar las asociaciones al estado. De modo tal que existen distintas políticas corporativistas. Todas ellas se piensan a partir de la existencia del capitalismo y, según sus defensores, constituyen medios adecuados para dominar las crisis económicas (o los desajustes entre la oferta y la demanda de bienes y servicios periódicos en una economía de mercado) y eliminar o morigerar la lucha de las clases obrera y burguesa. La política corporativa propone crear asociaciones interclasistas (ej: la empresa) o agrupar a las clasistas en órganos públicos interclasistas (ej: consejo económico social).²³² Las políticas corporativistas se extienden desde propuestas completamente antidemocráticas y opuestas al liberalismo político y a los derechos humanos hasta posiciones más compatibles con la democracia y las libertades públicas (aunque siempre limitativas de éstas).

Las propuestas corporativistas completamente antidemocráticas entiende que la democracia no sólo es un sistema incapaz de prevenir y resolver los conflictos del capitalismo sino que, además, los favorece dado que a ellos suma la lucha política. Entonces la política corporativista consistirá en una incorporación de las asociaciones que sustituya la forma de gobierno democrática y su sistema de representación. Así el congreso o parlamento será formado por representantes de las fuerzas vivas de la nación, de los sectores o actores sociales, y constituirá una especie de consejo de notables, no una asamblea popular, que puede acompañar a un monarca o a un dictador carismático y de aspecto guerrero. A su vez, este consejo puede tener atribuciones meramente consultivas o poseer capacidad para adoptar decisiones políticas.

Mientras que las propuestas corporativistas un poco más compatibles con la democracia consideran que esta forma de gobierno no es suficiente para resolver los conflictos del capitalismo y que, por ende, requiere ser completada con un sistema de representación social. Se habla, entonces, de adoptar una

232 La noción de empresa es una típica idea corporativa. Para la ideología corporativista, el lugar de trabajo, la fábrica o el taller, se piensa como una “comunidad”, o sea como una empresa o unión de factores ideales y materiales encaminados al logro de un fin común. De esta forma se piensa (o se intenta hacer creer) que la concertación social comienza en el taller o, mejor dicho, en la empresa, que se presenta como un sucedáneo de los gremios medievales, y a partir de allí la concertación social se extiende a los diferentes sectores de la producción hasta constituir la paz social, el gran acuerdo nacional o la reconciliación definitiva de las clases sociales. No es casual que una de las primeras nociones legales de empresa sea la dispuesta en el art. 2082 del Código Civil italiano de 1942, sancionado durante el gobierno fascista y en plena segunda guerra mundial.

democracia “social”, “participativa”, “integrada” o “funcional”, de modo tal que la voluntad del estado no esté sólo formada por los representantes del pueblo, elegidos por el voto libre, secreto y directo del ciudadano, sino, además, por los mandatarios de las corporaciones sindicales, patronales y de profesionales. Para ello se crea un consejo económico social, generalmente con facultades consultivas, o se integra alguna de las cámaras del congreso con mandatarios sectoriales.²³³

De este modo el corporativismo incorpora a las asociaciones al proceso de la formación y adopción de las políticas estatales. Pero para que las mismas alcancen los resultados esperados o deseados, el corporativismo requiere que las asociaciones también participen en la ejecución de la propuesta concertada. Entonces delega funciones públicas, estatales, en las corporaciones. Así éstas adquieren, entre otras, facultades jurisdiccionales; atribuciones para el cobro de impuestos o contribuciones previsionales; y poderes para el control disciplinario de los profesionales o para la inspección de las condiciones de labor. Y para asegurar todo el sistema, el estado crea o reconoce las corporaciones con carácter monopólico para el ejercicio de sus funciones sociales (producción, educación, entretenimiento, representación y defensa de los derechos e intereses comunes a los miembros del sector social)

233 A finales de la Revolución Argentina, el 13/4/72, se promulgó la ley N° 19.569, que creó el Consejo Nacional Económico y Social, integrado por funcionarios del estado y representantes de los trabajadores y los empresarios. Su mensaje de elevación al presidente de facto es un buen repertorio de una concepción corporativa (ver DT, 1972-382). Así procura la “participación activa y directa” de los sectores sociales en la elaboración de las “estrategias, objetivos y metas condicionantes del planeamiento económico”; crítica al “corporativismo totalitario” y elogia a la democracia y a la CN, sosteniendo que viene a complementarla con la participación directa de los trabajadores y patronos, dado que hay que “enriquecerla”, “vigorizarla”, “modernizarla” o “ajustarla a las premiosas exigencias del mundo actual”. En general, después de la segunda guerra mundial y de la derrota del fascismo, las propuestas corporativas o neocorporativas se acompañan con expresiones favorables a la democracia, aunque consistan en claras limitaciones de ella. En efecto, si se quiere incrementar la democracia nunca hay que crear nuevas dependencias estatales ni élites de dirigentes corporativos que se interpongan entre el habitante y el estado, limitando la capacidad de aquél en su participación directa en los procedimientos políticos, sino que hay que aumentar los tipos de cargos electivos, reducir el período de los mandatos, introducir la representación con mandato y revocable, o adoptar formas semidirectas o directas. Muchos años después de aquella ley se insiste en políticas corporativas para llevar adelante la flexibilización laboral y el 24/7/94 se firma entre el Estado, los sindicatos y los representantes patronales el Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social.

y públicas o estatales.²³⁴

Después de la reforma de 1994 la Constitución adquirió un tinte corporativista al regular el consejo de la magistratura (art. 114). En efecto, se trata de una dependencia del Poder Judicial con representantes de los “órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal” y “por otras personas del ámbito académico y científico”. Se complementa así a los representantes del pueblo con un consejo de notables de procedencia profesional (abogados), “académica” y “científica”, con atribuciones para participar en la selección de los jueces y administrar los recursos y ejecutar el presupuesto del Poder Judicial. La incompatibilidad de esta magistratura con la democracia es notoria. Mientras la democracia procura un orden social liberal e igualitario, la política corporativa impone un orden jerárquico (antiliberal y desigualitario). El ejemplo típico es el valor del voto. El voto del abogado para elegir un

234 En los autos Ferrari ya citados, la Corte Suprema dice que “el colegio no es una asociación (art. 14, CN) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al estado, y que éste por delegación, circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia” (consid. 11). Y agrega que “la colaboración en el mejoramiento de la administración de justicia y los estudios del derecho, en el nombramiento de magistrados y en la elaboración de la legislación en general, comportan objetivos característicos de los llamados entes de consulta como forma de participación de los grupos sociales” (consid. 12). Así se busca “el perfeccionamiento de la democracia representativa, mediante la creación de instituciones que se adecuan a la creciente complejidad de la estructura social que caracteriza a nuestra época, y que en modo alguno contradicen la forma de gobierno republicana y representativa consagrada por el art. 1 y cons. de la CN” (consid. 12). Y similares ideas expone el juez Petracchi cuando expresa que “el funcionamiento de la forma representativa puede ser reforzado y mejorado con los modos de consulta y participación de base socio-profesional”, de modo que los colegios coadyuven “a la integración de los foros de debates y planificación que auspician quienes buscan el perfeccionamiento de la democracia representativa, mediante ensayos institucionales, no prohibidos por la Constitución, que se compadezcan de la creciente complejidad de la estructura social que caracteriza a nuestra época” (consid. 9). Pero la CN no acepta “ensayos institucionales” u otra forma de gobierno diferente a la que establece; si no es así ¿qué ordenaron los representantes del pueblo cuando la decretaron? Y el Comité Interamericano en su informe sobre el tema va todavía más allá, dado que sostiene que el colegio profesional ejerce el “poder de policía que forma parte de la organización del Estado y del orden público, compatible con el Estado de Derecho y con la organización de una sociedad democrática” (punto V, 7). Entonces defiende una democracia “social” o corporativa, limitativa de las libertades públicas. Aunque es dudoso que esta posición puede ser defendida sobre la base de lo dispuesto en la CA.

consejero (o integrante del consejo de la magistratura) vale tres veces más que el voto de un ciudadano común. Hay ciudadanos de diferentes niveles. Y en esos niveles los abogados están ubicados en los más elevados. Un abogado tiene derecho a votar tres veces para las elecciones de consejeros. Primero vota como ciudadano en la elección de representantes al Congreso Nacional (que enviará un diputado al consejo). En este caso está equiparado a cualquier otro ciudadano. Pero puede votar dos veces más, a saber: en el colegio de abogados (donde se elige un consejero) y en la facultad de derecho (donde se elige un consejero). Así el abogado (que en principio es un simple ciudadano) tiene tres votos contra uno sólo que posee el ciudadano común. A este tipo de sistemas se los denomina “democracia participativa”.

En la medida que las asociaciones o corporaciones tienen funciones públicas o estatales se sostiene que poseen un “carácter público” o un “carácter público-privado”, que son personas de “derecho público” o “agentes auxiliares del estado”. La democracia pasa a ser una democracia social (la palabra “social” se utiliza para indicar que se trata de una democracia plena, real o que no es una democracia liberal pero en realidad lo único que significa es que en la democracia social se anulan o menoscaban las libertades públicas y se adoptan procedimientos corporativos). El derecho que regula las relaciones de los integrantes de las corporaciones y de éstas entre sí y con el estado se denomina “derecho social”. Es más, dentro de esta concepción todo pasa a ser “social” o a tener una “función social”. La propiedad no es privada ni colectiva u obrera, sino que es propiedad con función social; el derecho laboral es derecho social, algo intermedio entre lo público y lo privado; el voto o el trabajo no son derechos, sino “derechos-deberes”; el convenio colectivo de trabajo consiste en una especie de ley con forma de contrato o en un contrato con efectos de ley; el abogado no es un defensor, sino un “auxiliar de la justicia”²³⁵; el médico es un funcionario social y el artista

235 El juez Belluscio en los autos Ferrari transcribe el voto que los jueces Sagarna y Casares formularon en el caso Sogga (Fallos 203:100), donde integraron la minoría. Y allí dijeron que “el abogado no es simplemente un profesional habilitado por su diploma universitario para exponer el derecho, enseñarlo y hacerlo valer en patrocinio de las causas en justicia, es decir un *juris peritus* y un *juris consultus* según la expresión y el concepto romano; es, además, un auxiliar de la justicia, un colaborador de la misma y un integrante potencial de sus tribunales en los casos de impedimento, recusación o excusación...; y en su consecuencia lógica, las leyes que organizan la justicia...pueden exigir a los abogados cierta organización y disciplina dentro del poder reglamentario previsto en el art. 14” de la CN (consid. 6). Sobre la base de esta concepción en las universidades del país no se enseña

un “trabajador de la cultura” con “compromiso social”. Así el ciudadano, que como individuo no existe en la medida que no pertenece a una corporación, pasa a ser un funcionario. De este modo el corporativismo reduce el ámbito de lo privado y restringe el individualismo.

El art. 14 bis, además, manda asegurar al trabajador que la organización sindical sea democrática. El sindicato, en cuanto asociación, debe perseguir fines legítimos y pacíficos, entonces no puede tener por objeto perjudicar derechos reconocidos en la Constitución ni realizar acciones violentas entre sus afiliados. Estos fines constituyen un contenido mínimo del estatuto social del sindicato en cuanto asociación. Pero este contenido mínimo, según lo dispuesto por el art. 14 bis, debe también establecer que la forma de gobierno del sindicato sea democrática. Entonces las relaciones entre los miembros de un sindicato de trabajadores deben estar reguladas por normas similares a las dispuestas en la Constitución para la forma del gobierno.

Por su parte el estado, como ya dije, debe asegurar que la organización sindical sea libre y reconocer a todo sindicato “por la simple inscripción en un registro especial”. A estos efectos el estado tiene la obligación de llevar un registro especial de sindicatos y asegurar a los trabajadores no sólo la inscripción en el mismo, sino que las asociaciones, además de tener fines legítimos y pacíficos, posean una forma de gobierno democrática. Así la forma de gobierno democrática es un requisito para la inscripción de un sindicato de trabajadores en el registro especial que manda llevar el art. 14 bis al estado.

6.11. LOS CONVENIOS COLECTIVOS

El convenio colectivo de trabajo es una fuente de derecho que regula el trabajo en sus diversas formas y que está reconocida por la Constitución en el art. 14 bis. Se trata de una fuente inferior a la Constitución por lo dispuesto en los arts. 31 y 14 bis. Es, además, una fuente inferior a las leyes de la Nación, por lo establecido en el art. 31 y habida cuenta que son aquéllas las que deben asegurar los derechos enumerados en el art. 14 bis. Siendo inferior a las leyes también lo es a “las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para las ejecución” de aquéllas (art. 99, inc. 2). El convenio colectivo es inferior a los tratados comunes (art. 75, inc. 22) y a los tratados de integración (art. 75, inc. 24), por cuanto éstos son superiores a las leyes y a sus instrucciones

o reglamentos. De modo tal que el convenio colectivo de trabajo debe estar en conformidad con los derechos establecidos en la Constitución, ampliada por los tratados enumerados (art. 75, inc. 22), en los tratados comunes (art. 75, inc. 22), en los tratados de integración (art. 75, inc. 24), en las leyes de la Nación y en sus instrucciones o reglamentos.

Cuando el art. 14 bis expresa que “El trabajo en sus diversas formas gozará de las protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador” los derechos que enumera, significa, entre otras cosas, que la prelación entre las fuentes que regulan el trabajo es un orden de seguridad progresiva o ascendente, de modo tal que siempre prevalece la fuente que mayor protección o garantía brinda al trabajador.

La Constitución no permite que un tratado, común o de integración, o una ley de la Nación, o sus instrucciones o reglamentos, vengan a menoscabar o anular los mejores derechos ya asegurados en un convenio colectivo de trabajo. De la misma manera un convenio colectivo no puede suprimir o restringir los mejores derechos ya garantizados en un convenio colectivo anterior. De no ser así quedaría incumplido el mandato constitucional de asegurar al trabajador los derechos enumerados en el art. 14 bis y se permitiría un sistema de desprotección, un orden descendente de derechos. Y por la misma razón, si bien un contrato de trabajo puede mejorar los derechos establecidos en un convenio colectivo de trabajo, éste no puede desconocer o limitar los mejores derechos dispuestos en aquél.²³⁶

A través de los convenios colectivos de trabajo sólo se pueden mejorar los derechos ya asegurados en cualquier otra fuente inferior a la Constitución, como son los tratados, comunes o de integración, las leyes y sus instrucciones o reglamentos, y los contratos individuales de trabajo. Y la posibilidad de llevar a cabo la promoción de las condiciones de trabajo a través de los convenios colectivos, está reconocida por la Constitución cuando expresa

236 Por ello, son inconstitucionales las reformas de flexibilidad laboral en los sentidos de permitir que los contratos individuales de trabajo puedan dejar sin efecto los mejores derechos reconocidos en los convenios colectivos; de autorizar que un convenio colectivo deje sin efecto los derechos ya garantizados en otro anterior; de facultar que los contratos individuales puedan reducir o limitar las condiciones de labor ya pactadas entre el trabajador y el empleador; de disponer que los convenios colectivos puedan eliminar o restringir los mejores derechos establecidos en los contratos individuales de trabajo; por cuanto violan y lesionan el mandato de asegurar, impuesto a la ley por el art. 14 bis. En efecto, una ley que sancione los proyectos referidos incumple el orden de asegurar y permite desasegurar. En definitiva, establece un orden descendente.

que “Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo” (art. 14 bis). Se trata así de un derecho a favor de los gremios o, en otros términos, de toda organización sindical libre y democrática, con los alcances que ya hemos descripto. De modo que sólo un sindicato puede concertar un convenio colectivo de trabajo.

El derecho de los gremios a concertar convenios colectivos de trabajo, tiene por correlato la obligación del gobierno federal de no interferir en el goce y ejercicio del mismo, de aceptar que constituye una fuente de derecho reguladora del trabajo en todas sus formas y de reconocer su jerarquía, conforme al orden que acabamos de exponer. Además, en virtud del principio de la progresividad, el gobierno federal tiene el deber de promover el goce y ejercicio de este derecho. Aunque ello no significa que pueda obligar a los patronos a celebrar un convenio colectivo, sí debe citarlos a estos efectos, prestando su mediación en el negocio.

Por su parte, los patronos tienen la obligación de reconocer la capacidad del sindicato para concertar convenios colectivos. Los patronos tienen el deber de cumplir con las estipulaciones reguladoras del trabajo pactadas en un convenio colectivo. La fuente de esta obligación es la Constitución que reconoce el derecho a concertar convenios colectivos.

El convenio colectivo beneficia a todos los trabajadores del patrón que lo celebra y estén o no afiliados al sindicato con el que se pactó. Si bien el sindicato representa sólo a sus afiliados, la mejora de los derechos que a través del convenio se obtienen, debe alcanzar a todos los empleados del patrón, toda vez que de no ser así, quedaría lesionado el principio de igualdad ante la ley (art. 16), al no conceder a unos lo que se otorga a otros en iguales circunstancias o en las mismas condiciones de trabajo que, a su vez, deben ser equitativas (art. 14 bis). De modo tal que el efecto erga omnes del convenio colectivo, en cuanto extensión del mismo a todos los trabajadores del patrón que lo celebró, tiene a mi entender sustento en el principio de igualdad y, en consecuencia, no está vinculado necesariamente al sistema de unicato sindical, ni a la doctrina que sostiene que el convenio colectivo es una especie de ley estatal sancionada por organizaciones obreras y patronales, integrantes o auxiliares del estado en una sociedad industrial o moderna.

El convenio colectivo obliga sólo al empleador o a los patronos que lo hayan suscripto o que con posterioridad a su celebración se hayan adherido. Sin embargo, cabe indagar si la Constitución establece que el convenio colectivo también obliga a los patronos que no lo celebraron o, en otros

términos, si acepta el efecto erga omnes en cuanto extensión del convenio a empleadores que no lo suscribieron. Este efecto del convenio podría estar justificado en el principio de igualdad ante la ley (art. 16) y en el deber de asegurar que las condiciones de labor sean equitativas y que el salario sea igual por igual tarea (art. 14 bis). De este modo cualquier mejora de derechos obtenida a través de un convenio colectivo de trabajo beneficiaría a todos los trabajadores que estuvieran en igualdad de circunstancias. Esta solución, asimismo, estaría conforme al principio de la progresividad. Aunque, podría ser considerada lesiva de los derechos de “trabajar y ejercer toda industria lícita”, de “comerciar” y de “usar y disponer de su propiedad” (art. 14). Así, menoscabaría la libertad de contratar, que o bien se considera implícita en esos derechos o bien integra la clase de los “otros derechos y garantías no enumerados” (art. 33). Pero, a su vez, estas razones podrían ser rechazadas si se entiende que el efecto erga omnes, en cuanto extensión del convenio a otros patronos, constituye una medida de acción positiva que garantiza la igualdad real de oportunidades y de trato (art. 75, inc. 23).

La relación del convenio colectivo con las otras fuentes de derecho -o su ubicación en el orden jerárquico descripto- indica su contenido mínimo. El convenio colectivo no puede menoscabar ni anular los derechos reconocidos en la Constitución ni los mejores derechos establecidos en cualquier otra fuente inferior a ella y anterior a él. Los derechos de “trabajar y ejercer toda industria lícita”, de “comerciar”, de “asociarse con fines útiles”, reconocidos en el art. 14, y las protecciones al salario y al derecho de sindicarse, ordenadas en el art. 14 bis, como el principio de igualdad ante la ley (art. 16), quedarían lesionados si el convenio colectivo estableciera cláusulas como las siguientes, a saber: la prohibición para el patrón de contratar personal no afiliado al sindicato; la prohibición para el patrón de contratar personal afiliado a otro sindicato distinto al que celebra el convenio; la obligación para el patrón de contratar sólo personal afiliado al sindicato; la obligación para el patrón de mantener empleado sólo al personal afiliado al sindicato que celebra el convenio, o sólo al personal afiliado y al no afiliado a ningún otro sindicato; la obligación para el empleador de reconocer mejores derechos al personal afiliado al sindicato, que celebra el convenio, que al personal no afiliado al mismo; o la obligación para el empleador de retener una parte del salario del personal no afiliado al sindicato que celebra el convenio, para ser entregada a él, cualquiera sea su causa o motivo.

6.12. LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE

La acción de recurrir a la conciliación y al arbitraje es un derecho garantizado a los gremios (art. 14 bis).

En la medida que la Constitución declara que la acción de recurrir a la conciliación y al arbitraje queda garantizada a los gremios, establece el deber del estado de asegurar este derecho. Y para ello el estado tiene que proveer de conciliadores y de árbitros que permitan en los hechos a los gremios el pleno goce y ejercicio del derecho en cuestión. Esta provisión constituye una medida de acción positiva (art. 75, inc. 23) o un medio, expresado por una ley o reglamento, conveniente “para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno” (art. 75, inc. 32). Desde este punto de vista el derecho de recurrir a la conciliación y al arbitraje es un caso especial del derecho de peticionar a las autoridades (art. 14).

Ante el ejercicio del derecho de recurrir a la conciliación o al arbitraje, el estado debe convocar al empleador o los patronos y, además, debe o bien procurar la conciliación o bien arbitrar. Por su parte, el empleador o los patronos convocados deben concurrir a la conciliación, aunque ello no implica la obligación de conciliar; o someterse al arbitraje, que no conlleva limitación alguna al derecho de defensa (art. 18) de la patronal porque su ejercicio esté garantizado a los gremios. Los patronos, además, tienen la obligación de no interferir en el ejercicio de este derecho de los gremios. Esto implica, entre otras cosas, que ante la petición gremial de conciliar o de someter la disputa al arbitraje estatal los empleadores deben suspender toda acción directa contra los intereses o derechos de los trabajadores representados por el gremio y estén o no afiliados al mismo.

Cuando la Constitución, en su art. 14 bis, expresa que “Queda garantizado a los gremios:... recurrir a la conciliación y al arbitraje” no autoriza al estado ni, en especial, al poder ejecutivo para someter a los gremios a procesos de conciliación o arbitraje obligatorios que impliquen la suspensión de acciones directas contra los intereses o derechos de los patronos. Así, por ejemplo, la huelga, que está calificada como un derecho de los gremios (art. 14 bis), constituye una acción directa permitida al sindicato y que resulta compatible con el ejercicio de los derechos de recurrir a la conciliación o al arbitraje.²³⁷

237 En este sentido la ley 14.786, de conciliación y arbitraje en conflictos laborales, y la ley 16.936, de arbitraje obligatorio, son inconstitucionales. La conciliación y el arbitraje, en cuanto deber del estado, constituye una competencia del poder judicial, en cuanto tiene a su cargo “el conocimiento y decisión de todas las causas” (art. 116), inclusive los conflictos colectivos

Más allá del deber estatal de garantizar a los gremios estos derechos, la Constitución no prohíbe que los sindicatos pacten con los patronos, al concertar convenios colectivos de trabajo o en forma especial, procedimientos privados, paritarios o no paritarios, con suspensión de las acciones directas o con su mantenimiento, para resolver cualquier tipo de conflicto laboral.

6.13. EL DERECHO DE HUELGA

Antes de la reforma de 1957, el derecho de huelga encontraba su fundamento constitucional en el derecho de trabajar (art. 14), que implica la facultad de abstenerse de prestar servicios; en el derecho de asociarse con fines útiles (art. 14), habida cuenta que la huelga constituye una unión de personas, más o menos organizada, con un objetivo básico consistente o bien en mantener determinadas condiciones de labor o bien en mejorarlas; en que ningún habitante será privado de lo que la ley no prohíbe (art. 19); y por ser un derecho implícito (art. 33).

Confirmando su consistencia con la Constitución, la reforma de 1957 reconoció el derecho de huelga a favor de los gremios (art. 14 bis). Y después de la reforma de 1994, este derecho debe ser ampliado con lo dispuesto en los tratados enumerados. Veamos.

del trabajo. De modo que cualquier “jurisdicción administrativa” es limitativa del derecho de peticionar a las autoridades (art. 14) y contraria a la forma republicana de gobierno (arts. 1 y 116). A mayor abundamiento, cabe subrayar que el denominado “derecho administrativo”, tal cual se difundió y adoptó en el país en forma paralela al desconocimiento de la Constitución durante el siglo XX, resulta completamente incompatible con la forma de gobierno y los derechos establecidos en la carta. Sería extenso ingresar en la crítica del mismo pero sólo adviértase las consecuencias lesivas de la “jurisdicción administrativa”, del reconocimiento de “facultades discrecionales” o de “cuestiones no justiciables”, una especie de atribuciones estatales arbitrarias y ajenas a todo mandato constitucional, o de la “presunción de legitimidad del acto administrativo”; o nótese la siguiente enseñanza de Bielsa: “una distinción debe señalarse en lo que respecta al ‘modo de obrar’ en la esfera del derecho en que el Estado desarrolla su actividad, y es la siguiente: si él obra como una persona de derecho privado (art. 33 del Cód. civ.) las relaciones que de esa actividad nazcan se registrarán por el derecho privado; si el Estado obra como Administración pública, esto es, como entidad de derecho público, desaparece la igualdad jurídica que domina respecto de los sujetos en el derecho privado; entonces la Administración, como órgano de la colectividad, como poder público (destacado en el original), ejerce cierta supremacía sobre los otros sujetos de la relación jurídica, es decir los administrados. Y son precisamente las relaciones de esta clase las que entran en el dominio del derecho administrativo” (ver Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 3^o edición, Santa Fe, 1938, Tomo I, pág. 5). Así el habitante, que de acuerdo a la Constitución integra el pueblo soberano, pasa a ser un “administrado”, un pupilo sujeto al poder estatal.

El Pacto De Derechos Económicos establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país” (art. 8, 1, d). Adviértase que no condiciona el goce y ejercicio del derecho de huelga a una organización determinada de las personas, como sería un sindicato. Se trata entonces de un derecho reconocido, lisa y llanamente, a favor de la persona, por cuanto “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto” (art. 3).

Y ésta ampliación del derecho de huelga del art. 14 bis tiene una importante consecuencia. La complementación versa sobre el sujeto titular del derecho. En virtud de ella, toda persona es titular del derecho de huelga, de modo tal que ésta no constituye un derecho limitado a las relaciones de los trabajadores con sus patronos ni está condicionado su ejercicio, entonces, a la existencia de un contrato de trabajo. Así las huelgas de solidaridad, llevadas a cabo por algunos trabajadores en apoyo de los reclamos de otros, adquieren nueva justificación. Y de la misma manera, la huelga política, en cuanto medio de protesta o de defensa frente a un proyecto de acción estatal, o ante la acción misma del gobierno, sea ejecutiva, legislativa o judicial, o en cuanto instrumento de reclamo de acciones estatales determinadas, también está permitida. De esta manera la huelga política constituye una forma de ejercer el derecho de peticionar a las autoridades (art. 14), que tiene por límite al delito de sedición o a una “fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste” (art. 22). Aunque también es cierto que este límite cae cuando la Constitución reconoce el derecho de resistencia contra quienes interrumpen “su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático” (art. 36). Por ello, la huelga revolucionaria, en cuanto procedimiento para la toma del poder, es una manera de ejercer el derecho de resistencia y, en consecuencia, está permitida en las condiciones dispuestas por el art. 36 de la Constitución.

A pesar que desde 1957 la huelga es un derecho, o una acción que está expresamente permitida por la Constitución, en nuestro país la jurisprudencia y gran parte de la doctrina jurídica consideró que la huelga también podía ser ilegal. Para ello se dieron argumentos con respecto a sus causas, a su finalidad y a las condiciones para su ejercicio. Con relación a las causas se entendió que la huelga para ser legal debía responder a un conflicto laboral, o a una disputa de derechos o de intereses laborales entre trabajadores y

patronos vinculados por un contrato de trabajo. Por ello se admitió que la huelga tuviera como finalidad sólo la defensa de las condiciones de trabajo, frente a un intento patronal de modificación in peius o ante esta variación, o la mejora de las mismas. Además, se consideró que el ejercicio de la huelga estaba condicionado a que fuera declarada por un sindicato con personería gremial, una vez agotado el procedimiento de la conciliación obligatoria y no estando sometido el conflicto a un arbitraje obligatorio; de forma tal que no siendo así, la huelga era ilegal. A ésto se agregó que la ausencia de texto legal expreso no obstaba a la calificación de la legalidad de la huelga y que esta calificación puede ser realizada por el poder ejecutivo.

Toda esta doctrina sobre la ilegalidad de la huelga es notoriamente inconstitucional. En primero lugar si la huelga es un derecho, así calificado por la ley suprema, no puede ser al mismo tiempo ilegal. Esto es básico. El ejercicio de un acto permitido por la Constitución, no constituye un acto ilícito. En segundo lugar no hay razón alguna que justifique limitar la huelga a la relación de los trabajadores con sus patronos, no sólo por la ampliación dispuesta en el Pacto ya indicado sino, además, porque en el art. 14 bis no queda restringida necesariamente a causa o finalidad alguna. En tercer lugar los requisitos impuestos para su ejercicio, como el unicato sindical (o la asociación profesional de trabajadores con personería gremial) y la conciliación y el arbitraje obligatorios, son inconstitucionales, conforme ya hemos explicado. Además, estos requisitos, como cualquier otro, lesionan el art. 14 bis cuando declara que “Queda garantizado a los gremios: el derecho de huelga”. No se trata de un derecho cuyo ejercicio deba ser reglamentado por ley alguna sino que debe ser garantizado. De modo que cualquier condición para su ejercicio constituye, lisa y llanamente, una alteración, en los términos del art. 28, o una lesión, restricción, alteración o amenaza, conforme a lo dispuesto en el art. 43. En cuarto lugar considerar que la ausencia de texto legal expreso no obsta a la calificación, administrativa o judicial, de la legalidad de la huelga, como de cualquier otro acto, y sin perjuicio que aquélla sea un derecho constitucional, es lesivo del principio nulla poena sine lege previa (art. 18), del principio de legalidad (art. 19) y de la supremacía de la Constitución (art. 31).

6.14. LOS REPRESENTANTES GREMIALES

Ya nos ocupamos de las garantías relacionadas con la estabilidad de los representantes gremiales. Por ello aquí y para terminar con el análisis de los derechos laborales reconocidos en la Constitución, me referiré al art. 14

bis cuando dice que “Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical”.

Un representante gremial es toda persona que por mandato expreso o tácito ejerce la defensa de los intereses o derechos individuales o colectivos de los trabajadores o de un grupo de ellos. La gestión sindical es el ejercicio de este mandato, que puede ser cumplido por una persona individual, en general un trabajador en actividad denominado “delegado”, o por un gremio.

La noción de representante gremial supone el derecho de los trabajadores a participar de un proceso eleccionario; a que se presenten varios candidatos, se difundan sus propuestas y a que se vote. Cuando el art. 14 bis reconoce garantías necesarias a favor de los representantes gremiales establece, a su vez, estos derechos de los trabajadores que son, para el caso, electores. Asimismo, según el texto que estamos comentando, el representante gremial no debe necesariamente ser afiliado a un gremio inscripto “en un registro especial”. La Constitución no limita en ese sentido el derecho de los trabajadores, como tampoco lo restringe de manera que sólo puedan elegir a un compañero de labores. Y ello sin perjuicio que se considere que dichas alternativas sean las más adecuadas para la defensa de los intereses y derechos de los obreros.

Para el desarrollo de su gestión el representante gremial debe tener acceso a los lugares de trabajo, poder recibir en forma personal las inquietudes, preocupaciones, deseos u órdenes de sus mandantes, presentar peticiones ante el estado y las patronales y rendir cuentas de sus diligencias.

La Constitución establece a cargo del estado la obligación de facilitar el cumplimiento de la gestión sindical o de remover los obstáculos que imposibiliten su ejecución. Esta obligación pesa sobre los tres poderes del gobierno y en atención a la vaguedad del sentido de las palabras “garantías necesarias”, resulta difícil indicar con precisión las acciones debidas por el estado, sin caer en un detallado casuismo.²³⁸ Los patronos tienen la obligación de no interferir en la elección del representante gremial, de reconocerlo como mandatario de los obreros y de no suprimir o limitar su gestión. El

238 Por ejemplo, el delegado requiere de una relación o contacto directo con sus compañeros de trabajo. Para garantizarlo se puede limitar la facultad patronal de disponer su traslado a otras secciones o establecimiento de la empresa con el fin de separarlo o alejarlo de sus electores. Pero ésto último lo puede lograr la patronal trasladando a los electores y aislando al representante. Así, entonces, cuando el art. 14 bis reconoce el goce de garantías necesarias, para el caso en análisis alude a la permanencia del delegado y de sus mandantes en sus respectivos puestos de trabajo, como un medio adecuado para mantener el contacto directo entre ellos.

reconocimiento del representante gremial implica el deber de recibirlo, de escuchar sus peticiones y de resolverlas en forma favorable o desfavorable.

Un típico representante gremial es el sindicato inscripto “en un registro especial”. Para él la Constitución prevé expresamente una serie de acciones que constituyen su “gestión sindical” y que son, según ya vimos, el concertar convenios colectivos de trabajo, el recurrir a la conciliación y al arbitraje, el decidir y llevar adelante una huelga, el formar federaciones nacionales y el fundar o afiliarse a gremios internaciones. Estas acciones se agregan a las indicadas para el representante gremial individual.

**LA SEGURIDAD
SOCIAL EN LA
CONSTITUCIÓN NACIONAL**

— 7. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En el tercer párrafo del art. 14 bis se dispone: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

En adelante vamos a exponer el régimen de la seguridad social (los derechos personales de la seguridad social o la política de la seguridad social que fija la Constitución al gobierno) según el texto del art. 14 bis, ampliado por las normas de los tratados enumerados.

7.1. EL CONCEPTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Hay antecedentes muy ilustrativos -en los proyectos constitucionales argentinos y en el pensamiento emancipador americano- sobre la unión de la libertad y la igualdad, sobre la lucha por la independencia política como un beneficio para todos, que da una imagen distinta -y mucho más fructífera- del ideario liberal que, en nuestra América, fomentó y ejecutó la expulsión de la dominación española.

En el Estatuto Provisional Para La Dirección Y Administración Del Estado, del 5 de mayo de 1815, más precisamente en el art. 1 de la Sección Primera, del Capítulo VII, donde se establecen los “Deberes del Cuerpo Social”, se ordena: “El cuerpo social debe garantizar y afianzar el goce de los derechos del hombre.” Y, en su art. 2, se manda: “Aliviar la miseria y desgracia de los Ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse.” Las mismas disposiciones aparecen en el Estatuto Provisional del 22 de noviembre de 1816. En estas normas claramente encontramos como un deber de la sociedad -de cada uno de sus integrantes en las relaciones con sus prójimos- el respeto y la promoción de los derechos humanos, el alivio de la miseria y el otorgamiento de los medios para que se instruyan y progresen. El estatuto no excluye a los medios de producción entre los que se deben proporcionar para que los ciudadanos prosperen y de esta forma se alivien de la miseria y de la desgracia. El estatuto concuerda con una política

de distribución de dinero y también con una política de distribución de instrumentos para la producción.

El 15 de febrero de 1819 Simón Bolívar pronuncia un discurso en Angostura donde sostiene que “El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política.”²³⁹ Pero no es lo único que en su discurso de Angostura señala el Libertador. Allí Bolívar se pronuncia en contra de la reelección del gobernante y a favor de un gobierno republicano y unitario. Bolívar sabe que tiene que morigerar la voluntad popular y limitar al gobierno para estabilizar al estado. Es un heredero de la tradición liberal. Sabe que a los pueblos se los domina por la fuerza, y corrompiéndolos y embruteciéndolos. Y lucha contra el vicio y contra la ignorancia. E insiste en sus ideas sobre que “no somos indios ni españoles sino una especie media entre los legítimos propietarios del país y los usurpadores españoles: en suma, siendo nosotros americanos por nacimiento y nuestros derechos los de Europa, tenemos que disputar éstos a los del país y mantenernos en él contra la invasión de los invasores”, que ya había expuesto en su Carta de Jamaica del 6 de septiembre de 1815.²⁴⁰

Bolívar es un claro partidario de la libertad. Pero no por ello descuida a la igualdad. Para Bolívar “Que los hombres nacen todos con derechos iguales a los bienes de la sociedad, está sancionado por la pluralidad de los sabios; como también lo está que no todos los hombres nacen igualmente aptos a la obtención de todos los rangos; pues todos deben practicar la virtud y no todos la practican; todos deben ser valerosos y todos no lo son; todos deben poseer talentos y todos no lo poseen. De aquí viene la distinción efectiva que se observa entre los individuos de la sociedad más liberalmente establecida. Si el principio de la igualdad política es generalmente reconocido, no lo es menos el de la desigualdad física y moral. La naturaleza hace a los hombres desiguales, en genio, temperamento, fuerzas y caracteres. Las leyes corrigen esta diferencia porque colocan al individuo en la sociedad para que la educación, la industria, las artes, los servicios, las virtudes, le den una igualdad ficticia, propiamente llamada política y social. Es una inspiración eminentemente benéfica la reunión de todas las clases en un estado, en que la diversidad se multiplicaba en razón de la propagación de la especie. Por este solo paso se

239 Simón Bolívar, *Doctrina Del Libertador*, Biblioteca Ayacucho, pág. 111.

240 *Idem*, pág. 62.

ha arrancado de raíz la cruel discordia. ¡Cuántos celos, rivalidades, y odios se han evitado!”²⁴¹

Es a partir de estas ideas que Simón Bolívar define al “sistema de gobierno más perfecto” como el que produce mayor felicidad, mayor seguridad social y mayor estabilidad política. Así aparece la seguridad social pensada como una política gubernamental que tiene por finalidad la corrección de las desigualdades reales (físicas y morales) por medio de las leyes.

El art. 14 bis dispone que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable.” El art. 14 bis impone al estado la obligación de otorgar los beneficios de la seguridad social. El correlato de este deber es el derecho de la persona a gozar de los beneficios de la seguridad social. Este derecho personal queda ampliado por lo establecido en los tratados enumerados.

El art. 16 de la Declaración Americana expresa: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.” En el art. 35 de la misma declaración se ordena que “Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias.” En el art. 22 de la Declaración Universal se afirma que la persona “tiene derecho a la seguridad social y a obtener... la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.” En el capítulo III de la Convención Americana se alude a los derechos económicos, sociales y culturales. Más precisamente en el art. 26 de esta Convención los estados se comprometen a adoptar las medidas para obtener la plena vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales. En el Protocolo de San Salvador (ley 24.658) se reconoce que “1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentren trabajando el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes

241 Idem, págs. 110 y 111.

de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.” (art. 9).

En el art. 25.1 de la Declaración Universal se manda: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.” En el art. 9 del Pacto de Derechos Económicos se reconoce “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.” En el art. 10 de ese pacto internacional se ordenan protecciones a favor de la familia, de las madres y de los niños; en el art. 12 se reconoce el derecho a la salud y en el art. 13 el derecho a la educación. En los arts. 23 y 24 del Pacto de Derechos Políticos aparecen derechos personales referidos a las relaciones familiares y a favor de los niños. En la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial también encontramos normas directa o indirectamente vinculadas con la seguridad social y que nos permiten construir el concepto constitucional de la misma. En esta Convención contra la discriminación racial se manda proteger a la persona contra el desempleo (art. 5.e.i), se le reconoce el “derecho a la vivienda” (art. 5.e.iii), “a la salud pública, a la asistencia médica, la seguridad social y servicios sociales” (art. 5.e.iv), y a la educación (art. 5.e.v). En la Convención para eliminar la discriminación de la mujer se establece a favor de ella el derecho a la seguridad social “en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar” (art. 11.1.e), a la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo (art. 11.1.f y art. 12), al mismo tiempo que se otorgan protecciones especiales para impedir la discriminación por razones de matrimonio y de maternidad (art. 11.2 y art. 16). También en esa convención se reconoce a favor de la mujer el derecho a prestaciones familiares (art. 13.a) y especialmente a favor de la mujer rural los derechos a la atención médica, la planificación familiar y la seguridad social. También hay disposiciones de la seguridad social en la Convención de los derechos del niño. En su art. 23 se determinan derechos a favor del niño física y mentalmente impedido; en el art. 24 y 25 se fija el derecho a la salud; y en el art. 26 el derecho a la seguridad social.

A partir de estas disposiciones nacionales e internacionales la seguridad social es el derecho de la persona a la satisfacción de sus necesidades vitales

(o de sus requerimientos de subsistencia y de desarrollo), ante hechos que conllevan la pérdida o disminución de sus ingresos o ante hechos que requieren de mayores ingresos para solventar los gastos que causan. El derecho de la seguridad social es un derecho de la persona a un nivel de vida digno -para sí y para su familia-, en el sentido que tiene asegurado, como mínimo y entre otros, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Este concepto de seguridad social está estrechamente vinculado a la noción de necesidad vital (necesidad de subsistencia y de desarrollo). La seguridad social aparece como una política estatal -o como un derecho personal- que está encaminada a satisfacer las necesidades de la persona y su familia o a coadyuvar a ese fin.

La política constitucional de la seguridad social no está sólo regulada en el tercer párrafo del art. 14 bis con las ampliaciones de los tratados enumerados en el inc. 22 del art. 75, sino en otros textos de la ley suprema que deben ser considerados para comprender cabal y acabadamente el sentido de las obligaciones que pesan sobre el gobierno en cuanto correlato de los derechos reconocidos a favor de la persona.

En el art. 29 de la Constitución se reconoce el derecho de los argentinos a la vida, al honor y a la fortuna. En el art. 41 se establece el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.” Aquí claramente aparece en el texto de la ley suprema la finalidad de toda actividad productiva y que es la satisfacción de las necesidades. Así resulta que la actividad productiva está dirigida a la invención y fabricación de bienes para cubrir los requerimientos vitales de las personas. La actividad productiva de bienes no tiene entonces por objeto -según la ley suprema- la explotación del hombre por el hombre, el aprovechamiento de la inmensa mayoría por unos pocos que obtienen una desventaja desproporcionada en el reparto de los bienes -no por razones vinculadas a sus necesidades o merecimientos (capacidades, habilidades o destrezas)- sino, sólo y exclusivamente, por ser los propietarios de los medios de producción y manejar (en forma directa o indirecta) al gobierno.

Esta desventaja desproporcionada que se da en la actividad productiva (entre los propietarios y los trabajadores) se mantiene o reproduce en las relaciones de consumo. De ahí las protecciones especiales que la ley suprema ordena a favor de los consumidores en su art.42, entre las que se encuentra la salud como un bien a tutelar.

En el art. 75, inc. 2 se ordena como un deber del Congreso Nacional que las contribuciones indirectas y las directas que imponga sean distribuidas entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires en forma “equitativa, solidaria” y dando “prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.”

En relación a los indígenas y con respecto a la seguridad social no hay que soslayar, como mínimo, que en el inc. 17 del art. 75 se establece como una obligación del Congreso de la Nación (en forma concurrente con las provincias) “el derecho a una educación bilingüe e intercultural”. Además, a favor del indígena se reconoce “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”, como “la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano”. La Constitución agrega que “ninguna de ellas será enajenable, transferible ni susceptible de gravámenes o embargos.” Este texto constitucional es operativo, de aplicación automática y tiene por objeto o por resultado inmediato (desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994) la invalidez de toda compraventa no registrada con anterioridad a esa fecha o el levantamiento de todo gravamen o embargo salvo que tenga por causa la mejor protección de otro indígena. La política constitucional -incluida la seguridad social- es a favor de la vida y del desarrollo de todas las personas (entre las que se encuentran, nunca está demás aclararlo, los indígenas).²⁴²

En el art. 23 de la Declaración Americana se reconoce el derecho de propiedad privada en relación a las necesidades esenciales de la persona. En ese art. 23 se dispone: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.” Así la propiedad privada está pensada (correcta o incorrectamente pero pensada al fin) como

242 La política constitucional no era ni es “batir El País de los Araucanos, toldería por toldería, acuchillar sus guerreros indómitos, cautivar sus familias y desalojar de las lagunas del campo abierto y de las selvas, focos de vida en los desiertos, la población nómada, y estrechados por varios cuerpos del ejército arrojar sus restos destrozados y exánimes al Sur del paralelo 39 (del río Negro), y al Occidente de los Andes, es decir a Chile, ocupando nuevas posiciones estratégicas que impidieran las irrupciones de los araucanos sobre su viejo país del Oriente” (ver Estanislao S. Zeballos, *Viaje al país de los araucanos*, 1881, Buenos Aires, 2005, pág. 505). Ni tampoco es anunciar “la Victoria y la Conquista, desde el teatro colosal de la guerra” (como hace Zeballos, ob. cit., pág. 506), sino asegurar la vida y promocionar el desarrollo humano desde la paz, desde la libertad y la igualdad, desde y en un orden social progresivo.

un medio para la satisfacción de las necesidades de la persona y su familia. La propiedad privada no es una razón para justificar la apropiación de gran parte de los frutos del trabajo por parte de una minoría de personas, sino un instrumento para saciar los requerimientos vitales de todas.²⁴³

Toda la seguridad social gira en torno de la obligación estatal y social de satisfacer las necesidades vitales del ser humano. La política constitucional -de aseguramiento y de progresividad- no acepta la distribución de los bienes sobre la base del derecho de propiedad. El propietario no tiene mayores méritos constitucionales que el necesitado. La política constitucional (como el gobierno) no está para crear o mantener la miseria o la pobreza, sino para eliminarla. Al respecto no hay que soslayar que los tratados enumerados reconocen a favor de la persona el derecho a la vida. Así resulta del art. 1 de la Declaración Americana; del art. 3 de la Declaración Universal; del art. 4 de la Convención Americana; del art. 6.1 del Pacto de Derechos Civiles; o del art. 6.1 de la Convención del Niño; entre otros. A ello se suma que en esos mismos tratados enumerados se establece el derecho de la persona a su integridad física, psíquica y moral (art. 1 de la Declaración Americana, art. 5.1 de la Convención Americana y art. 5.b de la Convención para la eliminación de la discriminación racial). Estos dos derechos -el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral- justifican un concepto normativo de la seguridad social como un derecho de la persona a la satisfacción de sus necesidades vitales. Las necesidades vitales son requerimientos de subsistencia y de desarrollo de la persona. Un listado -meramente orientativo o ejemplificativo- de esas necesidades a satisfacer puede ser el siguiente: alimentación, vestimenta, vivienda, salud, educación, descanso y esparcimiento.

Hay un paralelismo entre las necesidades del hombre (a subsistir y a desarrollarse) y los deberes del gobierno (asegurar derechos o niveles de desarrollo, y coadyuvar al progreso). De modo tal que se debe beneficiar al pobre sobre el rico (al necesitado sobre el satisfecho) para que no sufra las consecuencias de la miseria (de la ignorancia, de la incultura, de las enfermedades, de la vejez, de la falta de trabajo) y, entonces, pueda satisfacer sus requerimientos vitales (alimentación, ropa, vivienda, medicinas, instrucción), y pueda también desarrollar sus potencialidades (o humanizarse).

La seguridad social (en cuanto sistema de normas e instituciones) es una expresión del principio de la fraternidad (o inclusive de la solidaridad), pero con

243 John Locke, Segundo Tratado Sobre El Gobierno Civil, párrafos 25 a 51.

un sentido claro de distribución de los bienes (de los medios de producción, de los bienes de uso y de cambio) en atención a las necesidades de subsistencia y desarrollo de la persona. La fraternidad es uno de los principios integrantes del lema de la revolución francesa, es uno de los principios de 1789 junto con la libertad y la igualdad. El principio de fraternidad tiene expresión en los tratados enumerados.

Una acabada expresión de la fraternidad está en el art. 1 de la Declaración Universal, donde se establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” Este art. 1º de la Declaración Universal -redactado por René Cassin- afirma el lema de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad de la revolución de 1789.²⁴⁴ Mientras que en el art. 29.1 de la misma Declaración se expresa que “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.” En el mismo sentido Kant -que desarrolla un pensamiento político en gran medida acorde con la revolución de 1789- dice que “Hacer el bien, es decir, ayudar a otros hombres necesitados a ser felices, según las propias capacidades y sin esperar nada a cambio, es un deber de todo hombre. Porque todo hombre que se encuentra necesitado desea que los demás hombres le ayuden. Pero si él manifestara su máxima de no querer, por contrapartida, prestar ayuda a los demás en caso de necesidad, es decir, si la convirtiera en una ley permisiva universal, todos le negarían igualmente su ayuda cuando él mismo estuviera necesitado o, al menos tendrían derecho a negársela. Por tanto, la máxima del interés personal misma se contradice si se convierte en ley universal, es decir, es contraria al deber, por consiguiente, la máxima del interés común, consistente en hacer el bien a los necesitados, es un deber universal de los hombres, y precisamente porque ellos han de considerarse como semejantes, es decir, como seres racionales necesitados, unidos por la naturaleza en una morada para que se ayuden mutuamente.”²⁴⁵

244 René Samuel Cassin (1887-1976) fue un político y jurista francés, que adhirió a la Francia Libre de De Gaulle (ante la invasión nazi de 1940). Fue uno de los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948. Fue uno de los fundadores de la UNESCO. En 1968 mereció el Premio Nóbel de la Paz. Entre nuestros juristas y en nuestras universidades no es un autor citado ni recordado. Las influencias, en general (y a partir de 1930), han sido de autores europeos opositores a la democracia y simpatizantes del fascismo italiano o del franquismo español.

245 Kant, *Metafísica De Las Costumbres, Doctrina Etica Elemental*, párrafo 30.

Una política distributiva (o redistributiva) de los bienes tiene apoyo en el art. 11 de la Declaración Americana cuando afirma que “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (art. 11); de modo tal que se deben usufructuar los recursos de la comunidad para ser efectivo el derecho a la salud. En el art. 29 de la Declaración Americana se ordena que “Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que toda y cada una pueda formar y desenvolver integralmente su personalidad.” El deber de cooperar con el estado y la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con las posibilidades y con las circunstancias (art. 35 de la Declaración Americana), es uno de los sustentos -que da la ley suprema- a favor de una política social o de la seguridad social de carácter distributiva (o redistributiva) de los bienes. Hay que cooperar de acuerdo con las posibilidades y con las circunstancias, de modo tal que a mayores posibilidades, hay el deber de brindar una mayor cooperación con el estado y la comunidad en la asistencia y seguridad sociales. En la misma Declaración se establece que “Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad” (art. 37). El trabajo aparece como un deber -limitado a las capacidades y posibilidades del ser humano- para la satisfacción de las necesidades de la persona (y su familia) y de la comunidad. El derecho del pueblo a sus propios medios de subsistencia -que reconocen los arts. 1.2 del Pacto de Derechos Económicos y del Pacto de Derechos Civiles- justifican una política de distribución de bienes.

A ello se suma el principio de igualdad, la prohibición de discriminar, el deber de asegurar y la progresividad, de donde resulta entonces que aquellas personas con más recursos (con más posibilidades) deben cooperar con el estado y la comunidad en la asistencia de los más necesitados, de los más desprotegidos o desfavorecidos.

Conforme a la Constitución Nacional la seguridad social tiene por objeto o por resultado la satisfacción de las necesidades vitales de la persona (sus necesidades de subsistencia y de desarrollo). La seguridad social procura la eliminación de la desigualdad y apunta a que todas las personas alcancen la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y se encuentren en condiciones de desarrollar sus potencialidades, sus capacidades, sus destrezas para ejecutar sus proyectos de vida. En este sentido la seguridad social o la

política constitucional de la seguridad social se inspira en el principio de la fraternidad o de la solidaridad. Pero se trata del principio de la solidaridad con un claro y categórico sentido distributivo (o redistributivo) de los bienes. La solidaridad no es un sentimiento de amor al prójimo o de asistencia paternal al pobre —que es tratado como un objeto y no como un sujeto. La solidaridad no tiene por fin que el pobre siga siendo un miserable. La solidaridad no tiene por objeto ayudar al pobre para que, en definitiva, se mantenga y reproduzca en su estado de miseria. La política de la seguridad social debe beneficiar al pobre sobre el rico para que no sufra las consecuencias de la miseria (de la ignorancia, de la incultura, de las enfermedades, de la vejez, de la falta de trabajo) y, entonces, pueda desarrollar sus deseos, sus proyectos, su razón y sus emociones amorosas; en definitiva, se pueda humanizar.

Toda política gubernamental (como la política laboral y la política de la seguridad social) tiene la finalidad de asegurar los derechos personales y coadyuvar al progreso social. Es una política de liberación y no de mantenimiento y reproducción de la desigualdad, de la jerarquía, de la explotación, o de la pobreza.

Según la Constitución Nacional la política de la seguridad social no puede ser la política del gobierno para mantener la miseria. Hay que tener bien en claro que si la sociedad (si las relaciones sociales) son desigualitarias (y unos obtienen ventajas desproporcionadas de otros, de quienes también se aprovechan de sus necesidades) y producen y reproducen pobres, la política de la seguridad social (y la laboral al igual que toda política estatal) no está encaminada según la Constitución a sustentar esa estructura de explotación, sino que, muy por el contrario, tiene por objeto o por resultado la reforma (o el cambio) de esas relaciones sociales por otras que sean igualitarias (o liberales), que favorezcan o hagan posible que todas las personas alcancen la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y desarrollo.

En un orden social progresivo, donde las personas tienen satisfechas sus necesidades vitales, la seguridad social tiene por objeto o por resultado la asistencia a las personas que, por causas ajenas a su voluntad (tales como los niños, los enfermos, los viejos) no pueden cubrir sus requerimientos vitales. En este caso del orden social progresivo, la seguridad social adopta también un carácter excepcional cuando cubre requerimientos vitales de la persona que tienen por causa un hecho extraordinario (como ser un cataclismo natural). Mientras que en un orden social regresivo (que reproduce una clase explotadora de otra clase explotada) la seguridad social es parte de la política

de empobrecimiento que lleva adelante el gobierno, cuando en realidad debería contribuir a frenar el retroceso y a promover el adelantamiento, y así cumplir con el carácter eminentemente liberador que tiene toda política estatal (como la seguridad social), según la ley suprema.

Este concepto de seguridad social resulta coincidente con la política constitucional de prevenir y eliminar la explotación del ser humano. En el art. 21.3 de la Convención Americana (que lleva por título “derecho a la propiedad privada”) se establece que “Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.” Queda así prohibida toda forma de explotación del hombre por el hombre. Como caso especial de esta prohibición general está el art. 10.3 del Pacto de Derechos Económicos que ordena que “Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley.” Con este texto nos aproximamos a un concepto general de explotación (de todo ser humano y ya no sólo del niño). Hay explotación -en el caso económica y social- cuando se emplea a la persona en trabajos nocivos para su moral y su salud; o cuando se la emplea en trabajos donde peligre su vida; o cuando se la emplea en trabajos donde existe el riesgo de perjudicar su desarrollo normal. En el art. 2 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, se expresa que el progreso social y el desarrollo en lo social requiere de la eliminación de la explotación de los pueblos y de los individuos; en el art. 6 se dice que el progreso y el desarrollo en lo social, entre otras políticas, exige “de modos de propiedad de la tierra y de los medios de producción que excluyan cualesquiera formas de explotación del hombre”; y en el art. 12.b -que integra la parte segunda dedicada a fijar los objetivos del documento internacional- se ubica, entre sus fines, a la “eliminación de todas las formas de discriminación y de explotación y de todas las demás prácticas e ideologías contrarias a los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas.” De aquí surge un concepto general de explotación en el ámbito del derecho y que consiste en la doctrina o en la práctica contraria a los derechos humanos. La explotación es el aprovechamiento que ejecuta una persona sobre otra, a través de la supresión o limitación de los derechos humanos, para obtener un beneficio que de otra manera no lograría. También la explotación es la doctrina que promueve o defiende aquella práctica. La explotación se puede dar en toda relación jurídica (contractual o extracontractual). Así resulta que el

concepto de explotación -conforme aparece en el derecho internacional- no supone un contrato entre la víctima y el victimario. Es un concepto general, amplio, que no debe ser confundido con la discriminación, ya que no toda discriminación es una forma de explotación, ni toda explotación se ejecuta a partir de una razón discriminatoria. Y ello es así aunque en los hechos aparezcan casi siempre juntas la explotación y la discriminación.²⁴⁶

En principio la satisfacción de las necesidades vitales (de subsistencia y de desarrollo) se debería lograr con los frutos del trabajo. Así lo ordena la Constitución. Al respecto no cabe la menor duda. Con el salario mínimo, vital y móvil, junto con la justa retribución, la participación en las ganancias, el descanso y las vacaciones pagados, la protección contra el despido (o la estabilidad), más la reparación integral de la salud por causa de la enfermedad o el accidente profesionales (como parte de las condiciones dignas, equitativas y satisfactorias de labor y del deber de respetar la vida y la integridad psicofísica de la persona), deben quedar holgadamente cubiertos los requerimientos vitales del trabajador y su familia.

Cuando la persona es un empleado, un obrero o trabajador en relación de dependencia, hay varios obligados ordenados según quien sea el deudor principal o secundario. Con los frutos del trabajo, la persona debe satisfacer sus necesidades y las de su familia. Ante la persona empleada, el primer obligado es el empleador; luego la sociedad y por último el gobierno a través de la política de la seguridad social. Este orden queda justificado sobre la base de lo establecido en los arts. 11, 29, 30, 35, 36 y 37 de la Declaración

246 El concepto de explotación no es nuevo en el derecho y no resulta desconocido en la Argentina. Se supone en la lesión enorme del derecho romano y aparece claramente en el derecho alemán. Está en el art. 954 del Código Civil cuando dispone "Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda." Hay una ventaja desproporcionada e injustificada (una lesión enorme) que hace presumir la existencia de explotación (de aprovechamiento) de la necesidad, ligereza o inexperiencia de una parte de la relación sobre la otra.

Americana y 22 y 29 de la Declaración Universal ya indicados. Frente al obrero, el primero que debe responder es el patrón. Si el patrón no puede cumplir con sus obligaciones, el principio del aseguramiento manda que respondan los otros patrones (como deudores solidarios) que compensan la incapacidad de pago o la falencia (o cesación de pagos) del primero. Hay que distinguir la incapacidad de pago de la falencia o cesación de pagos. La incapacidad de pago no es una cesación de pagos, si bien toda cesación de pagos es una incapacidad de pago. La incapacidad de pago es un pago de involuntaria insuficiencia para satisfacer las necesidades vitales del obrero y su familia.

Resulta moralmente inadmisibles y jurídicamente improcedente que los empleados no puedan percibir sus salarios o sus indemnizaciones laborales por la incapacidad de pago o por la falencia real o ficticia de sus empleadores cuando se puede justificar un sistema de responsabilidad de aseguramiento progresivo de los créditos laborales, como acabo de mostrar y que no resulta ajeno a nuestro derecho positivo. Hay que proteger tanto al obrero que sufre la quiebra de su patrón como al obrero que percibe una remuneración insuficiente para cubrir sus requerimientos vitales. Así hay que asistir a las personas que, aunque trabajen, con el fruto de su labor no cubren sus necesidades. No toda tarea igual a otra cuando se presta a favor de diferentes empleadores percibe el mismo salario. La diferencia de importancia entre los empleadores implica que los empleados de uno perciban mejores salarios que los de otro. Estas diferencias deben ser compensadas con la política de la seguridad social. Hay un sistema para el aseguramiento de los créditos laborales que va desde el patrimonio del empleador hasta los beneficios de la seguridad social, pasando por la compensación que deben brindar los otros empleadores. Hay que asegurar el pago de los créditos laborales con la creación de un fondo compensador financiado por las empresas del sector (o de la misma actividad, como mínimo). Una política de compensación entre las empresas del mismo sector equipara los distintos niveles salariales que se dan entre los empleados de las mismas y que provienen de las diferencias existentes entre las empresas, al mismo tiempo que asegura los créditos laborales ante el caso de la cesación de pagos de una de ellas. La compensación entre las empresas no es una política extraña en el país.²⁴⁷ Hay que sacar al obrero de

247 Fue el caso del sistema de las asignaciones familiares establecido por los Dtos 7913/57, 7914/57, 3256/65, o las leyes 18.017 o 20.859. Sobre ese régimen la Corte Suprema había resuelto que “No es procedente la impugnación de la validez constitucional del decreto ley 7914/57 que fija el régimen de las asignaciones familiares para los trabajadores de la indus-

la quiebra o del concurso.²⁴⁸ Por ello ante la persona empleada la obligación estatal (de otorgar los beneficios de la seguridad social) es supletoria del deber del empleador y del resto de los empleadores. Este es un sistema de aseguramiento progresivo para todo crédito laboral.²⁴⁹

En general -con grave error y una visión muy limitada- se piensa el aseguramiento de los créditos laborales sólo ante la cesación de pagos del empleador. En este caso, además, muchas de las soluciones que se han propuesto o adoptado han sido meramente aparentes o muy limitadas. Pensemos que han hundido al obrero en la quiebra. Así sucede quizás con el medio más tradicional de privilegiar los créditos laborales de modo tal que su pago sea preferido a otros créditos que pesan sobre la empresa fallida. Otro medio se funda en el principio de la continuidad de la empresa y consiste en mantener la explotación bajo la administración de un síndico nombrado por el juez del concurso o de la quiebra.²⁵⁰ Otra solución -similar a la anterior- es que el gobierno se haga cargo de la administración de la empresa concursada o quebrada.²⁵¹ Acorde con la doctrina del corrimiento

tria, especialmente frente a las normas consagradas por la reforma constitucional de 1957, art. 14, respecto del ‘salario vital mínimo’, ‘protección integral de la familia’ o ‘compensación económica familiar’” (CS junio 16-1961, Roldán c. Borrás, DT 22, 319).

248 Sacar al obrero de la quiebra, crear los medios institucionales para hacerlo inmune a la cesación de pagos de la empresa es ejecutar una política opuesta a la flexibilización laboral que, como se recordará, hundió al obrero en el proceso concursal cuando ordenó que los juicios laborales del fallido tramitaran ante el juez comercial a cargo de la quiebra (ley 24.522, art. 21 y cc). No se trata de una cuestión de competencia (de administración de la jurisdicción), sino de ejecutar o no una política de aseguramiento real de los derechos del trabajador.

249 Ante estos casos la política constitucional de la seguridad social tiene un carácter subsidiario o accesorio a la política laboral reconocida en la misma ley suprema. El derecho de la seguridad social es subsidiario del derecho del trabajo. La política del gobierno en materia de seguridad social opera donde la política laboral no lo puede hacer. Por ello, en principio, la política de la seguridad social está encaminada a asistir a las personas que por razones ajenas a su voluntad no pueden trabajar, tales como los niños, los enfermos, los viejos, la mujer embarazada, los desempleados, entre otros.

250 Este fue uno de los “principios generales orientadores” de la ley 19.551: “la continuidad de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad” (ADLA, XXXII-B, 1852); y así se estableció en su art. 182 y ss. El principio se mantiene en la ley 24.522 (art. 189 y ss).

251 Por ejemplo esa fue la política impuesta en la Ley 18.832, que facultaba al Poder Ejecutivo nacional a disponer la continuidad del funcionamiento de determinadas empresas bajo un administrador designado por el mismo Poder Ejecutivo, por “razones de interés público y con el fin de asegurar la paz social”, ante la quiebra o el concurso y con el financiamiento

del velo societario o de la teoría de la penetración en la personalidad de la sociedad, se encuentra -como decisión en principio del juez del concurso o de la quiebra- la extensión de la quiebra a otras empresas del mismo grupo económico con el objeto de procurar la solvencia del fallido, facilitar su continuidad o posibilitar el pago de las deudas.

Pero el aseguramiento debe ser pensado y ejecutado no sólo para el estado de falencia del empleador sino también para compensar la capacidad de pago del patrón cuando ésta resulta insuficiente en relación a los requerimientos de subsistencia y de desarrollo del obrero y su familia.

Ante las personas jurídicas (que como las sociedades anónimas limitan la responsabilidad de sus accionistas a las acciones suscriptas o al capital integrado en la misma) se puede intentar extender la responsabilidad que pesa sobre la entidad (en cuanto empleador) a sus socios y directores. Durante los años de 1990 en adelante, en nuestro país tomó nuevo impulso el uso de la teoría del corrimiento del velo societario para hacer responsables a los socios y directores de la sociedad anónima ante casos de fraude laboral consistentes en pagos de salarios no registrados según las normas vigentes o de registraciones irregulares de la fecha de ingreso de los empleados²⁵².

En los prolegómenos del comienzo de la cesación de pagos del gobierno nacional en los finales del 2001 y principios de 2002, cuando la economía nacional hacía ya tres años que se encontraba en recesión (que tuvo su inicio en 1997 o 1998 a más tardar), luego de las políticas económicas implementadas

del estado. La Ley 18.832 fue sancionada el 12-11-1970 durante la dictadura militar autodenominada Revolución Argentina.

252 Sobre el tema y en contra del uso de la teoría del corrimiento del velo y a favor de mantener a la sociedad separada de sus socios y directores sin hacer a ellos responsables de sus deudas, la Corte Suprema se ha pronunciado cuando sostuvo que “La personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y ésta conforma un régimen especial que se explica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía” (CS, 2002-10-31.- Carballo, Atilano c. Kanmar SA -en liquidación- y otros. DT 2003-A, 221). En el mismo sentido la Corte Suprema ha dicho que “Es improcedente la resolución que extendió solidariamente la condena a los directores y socios de la sociedad anónima empleadora por la falta de registración de una parte del salario convenido y pagado a un trabajador, si no fue acreditado que se trataba de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley y que, prevaleciéndose de la personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales” (CS, 2003-4-3.- Palomeque, Aldo R. c. Benemeth SA y otro, DT, 2003-A, 1003).

por el peronismo desde 1989 con el presidente Carlos Saúl Menem, ante las empresas fallidas -de manera más o menos espontánea y planeada- los obreros o empleados en algunos casos las ocuparon, las tomaron y continuaron con su explotación. Se trata de las empresas recuperadas. La política constitucional de distribución de bienes, el principio del aseguramiento de los derechos, el de la progresividad, el de la igualdad, junto con el de la justicia social y el derecho de propiedad en función de la satisfacción de las necesidades, justifican acabadamente la recuperación de las empresas fallidas por parte de sus empleados u obreros y, consiguientemente, una política gubernamental en ese sentido. Pero claro está que se debe tratar de una política que saque al obrero de la quiebra o del concurso. No se trata de darle la administración de una empresa para que se haga cargo del pago de las deudas que dejó su antiguo dueño, sino de que sea el administrador para gozar de los frutos de su trabajo y poder satisfacer sus necesidades.

7.2. INTEGRALIDAD, IRRENUNCIABILIDAD Y MOVILIDAD

El art. 14 bis manda que la seguridad social tenga “carácter de integral e irrenunciable”. Además, el art. 14 bis manda que la ley establezca “jubilaciones y pensiones móviles”. En principio, la integralidad, la irrenunciabilidad y la movilidad son tanto caracteres de la seguridad social como de los beneficios de la seguridad social.

El derecho a la seguridad social con carácter de integral se amplía con el derecho de la persona a la vida (art. 1 de la Declaración Americana; art. 3 de la Declaración Universal; art. 4 de la Convención Americana; art. 6.1 del Pacto de Derechos Civiles; art. 6.1 de la Convención del Niño), que es un nivel de vida adecuado para su desarrollo (art. 27.1 de la Convención del Niño) o un “nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11.1 Pacto de Derechos Económicos). Este carácter integral de la seguridad social también se mejora con el derecho de todo ser humano a la integridad física, psíquica y moral de su persona (art. 1 de la Declaración Americana; art. 5.1. de la Convención Americana; art. 5.b de la Convención contra la Discriminación Racial). Todo ello quiere decir que la seguridad social debe ser universal y total. La seguridad social es universal en dos sentidos. Primero: la seguridad social es universal cuando es a favor de todas las personas necesitadas. Así es universal pero en una dirección emancipadora, liberadora, redistributiva. La seguridad social

no es universal para beneficiar a quien no padece necesidades contra los derechos de la persona sin posibilidades de satisfacer sus requerimientos de subsistencia y de desarrollo. Segundo: la seguridad social es universal cuando está encaminada a cubrir todas las necesidades que experimenta la persona y que le impiden o limitan su existencia o su desarrollo. Además, la seguridad social es total en la medida que el beneficio está encaminado a la satisfacción plena o completa de la necesidad de subsistencia o de desarrollo o crecimiento de la persona o su familia.

Además, el art. 14 bis ordena que la seguridad social tenga carácter de “irrenunciable”. Que la seguridad social sea irrenunciable quiere decir - en primer lugar- que el derecho a la seguridad social y a obtener los beneficios de la seguridad social está fuera del comercio y no es objeto de enajenación. El derecho a la seguridad social, en cuanto derecho a acceder a los beneficios de la seguridad social o a exigir del estado el cumplimiento de otorgarlos, es indisponible para la persona. De modo tal que cualquier acto de enajenación de ese derecho es nulo, de nulidad absoluta e insanable. La acción para reclamar el beneficio es imprescriptible. La imprescriptibilidad es una consecuencia de la irrenunciabilidad. En la medida que la persona sufre la insatisfacción de sus necesidades tiene derecho al beneficio y posee la acción judicial para reclamarlo.

En segundo lugar, que la seguridad social tenga carácter de irrenunciable quiere decir que está prohibida la renuncia gratuita del beneficio de la seguridad social ya otorgado. La persona no puede renunciar gratuitamente al beneficio ya otorgado. Esto no quiere decir que la persona está obligada a gozar del beneficio. La persona no está obligada a gozar del beneficio. Pero el estado -en cuanto sujeto obligado a dar o a hacer- no puede esgrimir una renuncia gratuita para negar el goce del beneficio a su titular.²⁵³

La movilidad aparece como una propiedad de las jubilaciones y las pensiones. La movilidad como una característica de la seguridad social quiere decir que se trata de un derecho progresivo, de un derecho que está en función de las necesidades vitales. La movilidad, como una propiedad de todo beneficio de la seguridad social -y ya no sólo de las jubilaciones y de las pensiones-, quiere decir que el monto en dinero o la cantidad en especie del beneficio debe variar en relación directa a la necesidad a satisfacer y al costo de la misma, de modo tal que a mayor necesidad mayor sea el beneficio, o que

253 Ver arts. 868, 869 y ss, Código Civil.

a mayor costo la persona perciba un mayor beneficio.²⁵⁴

7.3. SEGURO SOCIAL, BENEFICIOS Y APORTES

En el art. 14 bis se expresa: “En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes...”

Acorde con la finalidad de satisfacer las necesidades de la persona carente o limitada en sus posibilidades de subsistir o de desarrollarse, la seguridad social tiene un carácter eminentemente de rescate, de ayuda, de asistencia, de salvación, emancipación o liberación de esa persona, que por las circunstancias en las que se encuentra -que son las que ameritan la protección especial- no es quien debe contribuir, prima facie, a sufragar el costo de los beneficios de la seguridad social. La seguridad social -en cuanto deber del gobierno, del estado, impuesto en el art. 14 bis- es un gasto de la nación que debe ser provisto por el gobierno con los fondos del tesoro formado, especialmente, con las “contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso” (art. 4, Constitución Nacional), o sea: con los recursos obtenidos de las contribuciones impuestas a quienes tienen posibilidades (o poseen satisfechas sus necesidades de subsistencia o desarrollo).

Lo expuesto lleva a definir las palabras “seguro social obligatorio” desde el punto de vista de la justicia social, o de la política redistributiva ordenada en la misma ley suprema, y que, entonces, está alejado de toda finalidad lucrativa (de todo fin de lucro), como el que posee el contrato de seguro del derecho comercial. El seguro social obligatorio queda así definido como los beneficios de la seguridad social que tienen por objeto o por resultado la satisfacción de las necesidades de subsistencia de la persona y su familia, y de sus requerimientos de desarrollo o de progreso. El seguro social obligatorio es un derecho de la persona a recibir el beneficio de la seguridad social y como tal es el correlato de la obligación estatal.

Desde esta perspectiva, el seguro social obligatorio, al que se alude en el art. 14 bis, incluye a los otros beneficios de la seguridad social que se mencionan en el mismo texto constitucional (tales como las jubilaciones y pensiones móviles, la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna). Cada

254 Vuelvo sobre el tema de la movilidad en el párrafo 7.5.

uno de estos derechos son beneficios de la seguridad social o seguros sociales obligatorios, que no agotan la lista de los mismos atento al carácter integral (universal y total) de aquélla. Además, claro está que sobre la base de los tratados enumerados en el art. 75, inc. 22 de la ley suprema, corresponde ampliar la lista con los derechos de la seguridad social que se reconocen en los documentos internacionales.

El seguro social es obligatorio porque se trata de un beneficio que debe otorgar el estado. Que el seguro social sea obligatorio no impone ningún deber al acreedor del beneficio de la seguridad social (a la persona necesitada), y menos todavía si esa obligación se establece como una condición o requisito para acceder a la prestación. Que el seguro social sea obligatorio quiere decir que se trata de un deber del estado -que se cubre con los recursos de las personas con posibilidades- a favor de la persona necesitada. Que el seguro social sea obligatorio no puede significar que la persona sin posibilidades o necesitada tenga el deber de incorporarse a un sistema de seguridad social contributivo o que él mismo (u otros necesitados) deban solventar. El beneficiario -en cuanto necesitado- es un acreedor del sistema de la seguridad social y, en este sentido, él tiene un derecho a la prestación, al seguro social, a la seguridad social, o a estar asegurado. De aquí resulta que el aporte -en cuanto recurso de la seguridad social- no deba ser realizado por quien debe ser amparado (o sea: por el acreedor del beneficio de la seguridad social).

Tanto la eliminación como la reducción de un beneficio de la seguridad social deben responder a la política constitucional de distribución de los bienes. En principio toda eliminación o reducción de un beneficio acordado viola el deber de aseguramiento, la prohibición de retroceder, salvo que se trate de una prestación superflua para la persona y mucho más si, a su vez, resulta necesaria para satisfacer las necesidades de otra. Al igual que su otorgamiento, la eliminación o reducción de los beneficios de la seguridad social están en relación directa con los requerimientos vitales (de subsistencia y desarrollo) de la persona y su familia. La eliminación o reducción de un beneficio de la seguridad social no puede lesionar la vida de la persona, no la puede matar ni tampoco agraviar en su integridad física, psíquica ni moral. De modo tal que se pueden eliminar o reducir cuando son innecesarios, superfluos, o conllevan una ventaja económica a favor de una persona en detrimento de otra.²⁵⁵

255 Sobre la base de lo dicho es poco clara y muy imprecisa la Corte Suprema cuando

El sistema de financiamiento debe ser eminentemente progresivo de modo tal que las personas que tienen mayores bienes contribuyan al régimen de la seguridad social en mayor proporción que las personas que poseen menos bienes. El carácter progresivo del sistema impera tanto con respecto a los aportes como con relación a los impuestos. En cualquiera de los dos casos aquellas personas que ostentan una mayor cantidad de bienes (o de necesidades satisfechas) deben contribuir en mayor medida al sostenimiento de la seguridad social que las personas que poseen una menor cantidad de bienes (o que adolecen de la satisfacción de todas o algunas de sus necesidades).²⁵⁶

Este carácter progresivo de la seguridad social no se limita sólo a la forma que debe adoptar su sistema de financiación sino que también hace a la manera en que se otorgan los beneficios, de modo tal que a mayores necesidades insatisfechas se deberán mayores beneficios y, de la misma manera, a menor cantidad de necesidades insatisfechas, menores serán los beneficios (o prestaciones) a otorgar. Con respecto a esto último recordemos que el deber del estado de otorgar los beneficios de la seguridad social es subsidiario en el sentido que es una obligación que suple, a través de la política redistributiva, el actuar de la persona para la satisfacción de sus necesidades vitales. Se trata de una obligación estatal eventual, accidental, que opera ante la deficiencia o el fracaso del obrar de la persona. De modo tal que es claro

afirma que “El derecho a los beneficios jubilatorios, una vez acordados legítimamente, constituye un derecho adquirido, amparado por el art. 17 de la CN, que puede ser reducido, en cuanto a su monto, en la medida que intereses superiores lo requieran, únicamente para lo futuro y sólo en tanto tal reducción no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada” (CS setiembre 12-1965, Casanegra c. INPS, DT 16, 621). La eliminación o reducción de un beneficio sobre la base de “intereses superiores” es en general un argumento que se utiliza para justificar una política de empobrecimiento (o política de ajuste económico; toda política de ajuste es una política de empobrecimiento del pueblo).

256 En sentido similar ha dicho la Corte Suprema que “Los beneficios jubilatorios no están en relación económica estricta con los aportes efectuados. Es un sistema de asistencia social que así como se financia en parte con aportes de los que no se ha seguido ningún beneficio para quien los hizo ni para sus sucesores, se financia también con rentas generales, es decir, con una contribución de la colectividad cuyas generaciones van tomando sobre sí sucesivamente, por las razones elementales de solidaridad social, la carga económica que impone el cumplimiento del deber de justicia distributiva a que obedece la asistencia en cuestión. Lo que la ley regula y limita al ponerle condiciones al otorgamiento de beneficios, no es sólo el derecho de los beneficiarios sino la contribución colectiva con que se las sostiene; no procede pues aplicarla consultando exclusivamente el interés privado del beneficiario...” (CS abril 16-1953 Sosa c. Instituto Nac. Previsión Social, DT 13, 534).

que el estado nada debe otorgar a quien tiene satisfechas sus necesidades. Lo expuesto es una consecuencia del sistema asistencial de seguridad social que impone la Constitución Nacional, de su política distributiva, del deber de aseguramiento, del principio de progresividad, de la igualdad y de la prohibición de discriminar.²⁵⁷

El pago del aporte es obligatorio en atención al deber de solidaridad o de fraternidad y, en definitiva, a la obligación de pagar impuestos, y no porque los beneficios sean irrenunciables e imprescriptibles.²⁵⁸ El estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social que tendrán el carácter de irrenunciables. Que sean irrenunciables quiere decir que la persona no puede renunciar en forma gratuita su derecho a gozar del beneficio de la seguridad social; de modo tal que el estado no puede (o tiene prohibido) esgrimir contra la persona cualquier renuncia gratuita que ella haya formulado de su derecho a gozar de un beneficio previsional. Pero que el beneficio sea irrenunciable no significa que la persona esté obligada a recibirlo. No pesa sobre la persona semejante obligación. El deber del estado de otorgar el beneficio consistirá en ponerlo a disposición de la persona quien -como ya dije- no está obligada a percibirlo.

257 En sentido similar ha resuelto la Corte Suprema “No es forzoso que medie una estricta proporcionalidad entre los aportes recibidos y las prestaciones acordadas por las cajas, ya que las relaciones jurídicas provenientes de leyes jubilatorias no son contractuales ni privadas, sino de derecho público y de manifiesto carácter asistencial” (CS, octubre 29-1958, Aguirre c. Provincia de Santa Fe, DT 19, 311). También la Corte Suprema ha decidido que “Ninguna disposición expresa del sistema previsional imperante en el orden nacional autoriza a fulminar con la pérdida del derecho a la jubilación, sea ésta la ordinaria o la especial por invalidez, por la sola razón de no haberse realizado los aportes de ley. El hecho de haber pagado los aportes en medida insuficiente y después de haberse producido la invalidez, no afecta el derecho del profesional al beneficio correspondiente” (CS, octubre 4-1967, De Iriondo c. INPS, DT 27, 651). De esta manera la doctrina de la Corte se aproximaba a las reglas que vinculan el aporte con la capacidad contributiva y al beneficio con la necesidad a satisfacer. Pero la Corte Suprema se aleja de estas reglas de progresividad cuando establece la relación del aporte con la antigüedad del obligado en la actividad o en la afiliación a la caja previsional y no a la cantidad de sus bienes. Así sucede cuando sostiene que “No viola la garantía de igualdad la circunstancia de que los arts. 18 y 19 del decreto-ley 7825/63 establezcan la cuantía de los aportes en graduación ascendente, de acuerdo con la mayor antigüedad en la inscripción en la matrícula profesional” (CS setiembre 25-1968, Pedemonte c. INPS, DT 28, 593).

258 La Corte Suprema se equivoca cuando afirma que “No corresponde liberar de aportes a un régimen jubilatorio que impone la afiliación y contribución obligatoria, ya que el propio régimen dispone, para que no se desvirtúe el fin tuitivo, que los beneficios a otorgar tienen carácter de irrenunciables e imprescriptibles” (CS, noviembre 10-1983.- Deniard de Cherubini, María L. C/ Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Buenos Aires: DT 1984-B, 989).

Se dice, a mi entender con error, que la Constitución Nacional prohíbe la “superposición de aportes” y no la “diversidad” de aportes que tengan su origen o fuente en diferentes actividades.²⁵⁹ No es así. La Constitución prohíbe la superposición de aportes, o sea: toda superposición, máxime si el aporte proviene del propio acreedor del beneficio. No es la persona necesitada quien debe contribuir al pago de los gastos de la seguridad social con aportes que provengan de sus diversas actividades. No hay superposición de aportes. No hay que confundir una política redistributiva con una política impositiva confiscatoria de los bienes de la persona sin posibilidades o necesitada, quien, prima facie, es acreedora del beneficio de la seguridad social y no deudora del aporte. Si esta persona necesitada aportara al sostenimiento de la seguridad social, es claro que -por la prohibición constitucional- no debería hacerlo a partir de sus diversas actividades (si las tuviera) sino, sólo y exclusivamente, desde una de ellas. El aporte es un instrumento de la política redistributiva; es un instrumento de la política social, del proyecto constitucional de rescate de la persona necesitada. De modo tal que si se distingue entre la superposición de aportes y la diversidad de las actividades para limitar la prohibición constitucional a la primera y para permitir a la segunda, la imposición de aportes a diferentes actividades debe mantener su carácter redistributivo, de forma que contribuyan quienes tienen posibilidades (y que aporten más quienes tienen más bienes).

7.4. ENTIDADES NACIONALES O PROVINCIALES

El art. 14 bis establece que el seguro social obligatorio “estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado”. La entidad puede ser nacional o provincial, o nacional y provincial (mixta). El seguro social es cualquier beneficio de la seguridad social. Entonces el otorgamiento del beneficio de la seguridad social estará a cargo de una entidad nacional o provincial. De acuerdo al texto del art. 14 bis tanto el gobierno nacional como los gobiernos provinciales pueden otorgar los beneficios de la seguridad social a través de entidades autónomas. Cualquiera sea el beneficio, el mismo puede ser otorgado por el estado nacional o por los estados provinciales. La

²⁵⁹ Así decide la Corte que “Lo que el art. 14 bis de la CN prohíbe no es la ‘multiplicidad’ sino la ‘superposición’ de aportes, a cargo de un mismo aportante y por tal ha de entenderse no la misma persona física sino la misma calidad o carácter en virtud de los cuales debe aportar” (CS, julio 25-1978.- Spota, Alberto A: DT 1979-433).

atribución de las provincias de otorgar los beneficios de la seguridad social, que dispone el art. 14 bis, no se trata de un poder no delegado al gobierno federal (art. 123 de la Constitución), sino de una facultad reconocida expresamente en aquel texto nuevo incorporado en la reforma de 1957. Las provincias pueden crear entidades para el otorgamiento de los beneficios de la seguridad social. Y la nación -o el gobierno federal- también. Cuando en el art. 125 de la Constitución se ordena que “Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales...” (según el texto reformado en 1994), no se limita la facultad reconocida en el art. 14 bis a favor de las provincias para que otorguen los beneficios de la seguridad social sólo a sus empleados o a las personas que en ellas ejerzan sus profesiones. No hay tal límite. El art. 125 sólo reafirma el derecho a conservar los organismos ya creados. Y de la misma manera tampoco con el texto del art. 125 se prohíbe a las provincias -que, al momento de la reforma de 1994, no hubieran creado organismos de seguridad social para sus empleados y los profesionales-, a que instituyan esas entidades para esas personas o para cualquier otra.²⁶⁰

El poder delegado por las provincias a favor del estado nacional en materia de seguridad social es el dictado del código o de la legislación sobre el tema (art. 75, inc. 12, de la Constitución). Este poder delegado no puede ser ejercido por ninguna de las provincias (art.126 de la ley suprema).²⁶¹

260 Así, por ejemplo, ha decidido la Corte Suprema que “En razón de las implicancias de los arts. 14 bis, 67 incs. 11 y 17, 105 y 108 de la CN, corresponde afirmar que la necesidad de alcanzar los beneficios de la seguridad social, en sus diversos propósitos particulares, importa el reconocimiento de facultades concurrentes de la Nación y las provincias sin que pueda admitirse que la CN las haya centralizado exclusivamente en el Gobierno nacional.” (CS, noviembre 8-1983.- Provincia de Buenos Aires c/ Dirección Nacional de Recaudación Previsional: DT 1984-A, 505). Y en la misma sentencia la Corte decide que “Es improcedente la demanda deducida por la provincia de Buenos Aires contra la Dirección Nacional de Recaudación Previsional por repetición de la suma que ante el reclamo de la demandada hubo de depositar la Comisión de Investigaciones Científicas en concepto de una presunta deuda por aportes y recargos destinados al Fondo Nacional de la Vivienda y creados por la ley 21581, ya que la Provincia actora no ha invocado ni demostrado haber ejercido la facultad concurrente de promover el acceso a una vivienda digna de sus agentes públicos en el lapso por el que pretende la repetición por lo que no se ha configurado supuesto alguno de superposición de aportes a cargo de la misma persona con desconocimiento de la prohibición del art. 14 bis de la CN.” Sin perjuicio de ello la opinión que aquí expongo es eminentemente minoritaria en la doctrina sobre el tema.

261 Cabe señalar que en materia de poderes conservados y delegados impera la prohibición de retroceder y el principio de la progresividad. De aquí que sea aventurado sostener que

La entidad u organismo de la seguridad social debe poseer “autonomía financiera y económica”. Así se trata de una entidad estatal independiente o con un presupuesto distinto del presupuesto provincial o nacional de gastos y cálculo de recursos. La entidad u organismo de la seguridad social es una persona de derecho público (art. 31, Código Civil) con recursos propios. Cuando en el art. 14 bis se ordena que la entidad tenga autonomía financiera y económica ello significa que el estado nacional o el provincial -según se trate de una entidad nacional o provincial- deben proveer los fondos para cubrir los gastos de la administración de la misma como para abonar los beneficios de la seguridad social. De esta forma el organismo debe contar con recursos que están afectados a solventar los gastos que irroguen el otorgamiento de los beneficios de la seguridad social (o sea: se trata de fondos que tienen por objeto o por resultado cubrir los gastos que demanda el pago de los beneficios). Otorgar los beneficios de la seguridad social es un deber del estado, que lo solventa con las contribuciones que impone a quienes tienen posibilidades y que deben ser entregadas a la entidad a cargo del seguro.

El organismo de la seguridad social debe estar administrado “por los interesados con participación del Estado”. En principio, el interesado es el acreedor del beneficio en cuanto persona necesitada. La forma de la administración de los interesados debe ser democrática. La Constitución no admite otra forma de administración. El estado es el gobierno nacional o provincial según se trate de una entidad nacional o provincial. Si se trata de una entidad nacional y provincial (mixta) la participación en su administración será del estado nacional y del estado provincial.

7.5. JUBILACIONES Y PENSIONES MOVILES

El art. 14 bis ordena que la ley establezca “jubilaciones y pensiones móviles”. Las jubilaciones y pensiones móviles son algunos de los beneficios de la seguridad social que debe otorgar el estado.

“Cuando la aplicación de un poder deferido choque con la de otro conservado, debe prevalecer el ejercicio del deferido por ser la ley de la Nación dictada por el Congreso sobre la base de un mandato constitucional y gozar, por lo tanto, de la supremacía que le acuerda el art. 31 de la Ley Suprema” (CS, marzo 30-1989.- Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés y otros c/ provincia de Buenos Aires y otra: DT 1989-B, 1196). No necesariamente hay que hacer prevalecer el poder delegado por la provincia a la Nación sobre el poder conservado por aquella, sin contemplar si viola o no a la prohibición de regresividad.

El trabajo es el castigo que Dios impuso al hombre por el pecado original. El trabajo hace sufrir al hombre, lo cansa, lo fatiga, lo lastima. Con estos sufrimientos el hombre redime su deuda con Dios. Con estos padecimientos el hombre paga su deuda con Dios por haber cometido el pecado original. Y por medio de este rescate (de este buen sufrimiento) el hombre se acerca a la gracia de Dios. Esta es la concepción represiva del trabajo humano que, sobre la base de una interpretación de la Biblia, defiende -en gran medida- la Doctrina Social de la Iglesia, de muy amplia influencia entre los iuslaboralistas.

Sobre la base de esta idea del trabajo como un castigo, se intenta justificar un orden social regresivo (o de explotación), compensar el dolor diario del pobre con la promesa de un futuro de salvación (la vida eterna al lado de Dios) y, consecuentemente, reducir sus deseos de mejora.

En consonancia con esta doctrina del trabajo, la jubilación aparece como la expresión de la alegría que causa el cesar de trabajar (o de sufrir el castigo) y como el tiempo que se abre a partir de la liberación de la pena. La jubilación es el acto de liberarse del trabajo (el acto administrativo que otorga el beneficio de la jubilación) y también es el efecto de dicho acto (el estar jubilado, el ser beneficiario del haber jubilatorio, o el tiempo del jubileo).

Con la palabra “pensión” se puede aludir a cualquier beneficio de la seguridad social -no hay obstáculo constitucional para ello. La pensión es el pago del beneficio de la seguridad social. La palabra “pensión” puede tener el mismo significado que la palabra “jubilación”, o se puede utilizar para aludir al pago que recibe la persona (determinada por la ley) para el caso del fallecimiento del beneficiario de la jubilación. Este último es el sentido más usual en nuestro derecho.

Las jubilaciones y las pensiones móviles son un derecho de la persona a una protección especial gubernamental para compensar la incapacidad involuntaria de trabajar y que tiene su causa en la vejez (la ancianidad, la edad avanzada) o en la invalidez física o psíquica (que sufre la persona por una causa propia o extraña al trabajo).

Las jubilaciones y las pensiones móviles son un derecho de la persona y el otorgamiento de las mismas es un deber del gobierno. En cuanto derecho de la persona es clarísimo que no se trata de un deber. La persona no está obligada a jubilarse. La persona no debe jubilarse cuando cumple con determinados requisitos impuestos en general por las leyes previsionales para acceder al beneficio de la seguridad social y que consisten en la fijación de un número de años de servicios y en una edad determinada. La jubilación -en cuanto

derecho de la persona- no es una causa de extinción del contrato de trabajo. La Constitución repudia tal sistema en la medida que, como ya he dicho, la jubilación no es un deber sino un derecho, al que se accede -no porque se ha cumplido determinada edad o años de servicios- sino porque la persona no puede satisfacer sus necesidades vitales por haber disminuido su capacidad de trabajo a raíz de su vejez o invalidez física o mental.

Es doctrina de la Corte Suprema que “La correcta inteligencia que cabe asignar a las normas que consagran beneficios previsionales de excepción debe establecerse con un criterio estricto y riguroso que no se aviene con las reglas amplias de interpretación respecto de los sistemas jubilatorios ordinarios.”²⁶² Se trata de una doctrina que es sólo correcta en su apariencia. Es una doctrina errada ya que acepta la existencia de regímenes especiales de jubilación con grave perjuicio al principio de igualdad. Explico la cuestión. Hay que distinguir diferentes regímenes jubilatorios que se han ido imponiendo en la Nación. Está el sistema común o general que, en principio, beneficia a todos los habitantes de la Nación. Pero también hay sistemas especiales donde los beneficiarios son los integrantes de una clase o conjunto determinado de habitantes. Estas clases o conjuntos pueden ser definidos sobre razones serias o de fomento o protección de determinadas personas. Así, por ejemplo, sucede cuando se establecen sistemas jubilatorios a favor de personas que trabajan en tareas insalubres, para las cuales se reducen los requisitos para acceder al beneficio previsional, de manera tal que puedan hacerlo a una menor edad o con menos años de servicios que para obtener la jubilación prevista en el régimen general. Pero las clases o conjuntos también se definen sobre razones de privilegio (o contrarias a la igualdad o excluyentes). Así por ejemplo sucede con las regímenes jubilatorios que benefician a los integrantes de los poderes del gobierno y (en algunos casos también) a sus empleados. Se trata de las jubilaciones de privilegio que son notoriamente inconstitucionales por lesionar al principio de igualdad. De todo ello resulta que, en principio, no debe haber jubilaciones de privilegio; que las jubilaciones especiales sólo se sustentan en razones de protección de una clase determinada de personas para impedir su degeneración o para frenarla o reducirla; y que las normas sobre jubilaciones -en cuanto en ellas se establecen derechos de la persona para satisfacer sus necesidades- deben ser interpretadas en forma amplia,

262 CS, diciembre 6-1979.- Entraigas de Castello, Amelia R: DT 1980, 267.- Idem CS, marzo 21, 1978.- Olivieri, Raúl J: DT 1978, 1105.

generosa, favorable al reconocimiento del beneficio. En este último sentido sostiene la Corte Suprema “En materia de seguridad social el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder a fin de que no se desnaturalicen los fines superiores que informan, que no son otros que cubrir los riesgos primarios de los sujetos que, por su edad o estado físico, no están en condiciones de proveérselos con su trabajo.”²⁶³

Es doctrina de la Corte Suprema que “Los derechos jubilatorios se rigen, en principio, por la ley vigente al momento de producirse el hecho generador del beneficio (cese del afiliado en su actividad para las jubilaciones y muerte del causante para las pensiones).”²⁶⁴ Esta doctrina de la Corte Suprema no es, *prima facie*, aceptable ya que no contempla si durante la vida laboral de la persona han existido cambios legislativos que hayan reducido los beneficios previsionales o hayan aumentado los requisitos para acceder a los mismos. Esta doctrina viola la prohibición de retroceder y resulta muy gravosa cuando el régimen jubilatorio imperante se sustenta con los aportes de los mismos beneficiarios (o cuando, en igual sentido, se trata de un régimen jubilatorio no redistributivo de los bienes).²⁶⁵

Quizás más acorde con la prohibición de regresividad está la Corte Suprema cuando sostiene que “Cuando la ley ha optado por omitir toda referencia a su aplicación al juzgamiento de los hechos ocurridos bajo la vigencia de la ley anterior, aquéllos deben quedar sometidos a los dispositivos imperantes en el momento en que se produjeron, ya que en esas condiciones, el nuevo ordenamiento no tiene efecto retroactivo, no se proyecta hacia atrás en el tiempo, ni altera el alcance jurídico de las consecuencias de los hechos y actos realizados en su momento bajo un determinado dispositivo legal, pues de lo

263 CS, marzo 12-1987.- Lenta Dominga: DT 1987-B, 1468. Idem CS, julio 31-1973.- Noriega, María A., DT 34, 298. Aunque cabe señalar que los “razonamiento lógicos” o la lógica no imponen una ética ni una política gubernamental ni, por cierto, son contradictorios con una acción social favor de los pobres.

264 CS, noviembre 2-1977.- Fiori, Pedro A: DT 1979-43. Idem CS, febrero 10-1987.- Neme, Emilio E. c/ Caja Nacional de Previsión Social para Trabajadores Autónomos: T y SS 1987-312; o, entre otros, CS, agosto 2-1983. Lauriente, Osvaldo H.: LT 1983 (XXI-B), 1137).

265 En el sentido que indico es descalificable la decisión de la Corte Suprema de que “Mientras no se haya acordado la jubilación, el afiliado que la solicitó sólo tiene un derecho en expectativa, que puede ser modificado por la ley exigiendo otros requisitos para obtener el beneficio” (CS marzo 17-19444, Garibotti c. Caja Nac. Jub. Pensiones Ferroviarias, DT 4, 184).

contrario podría afectar derechos adquiridos bajo el régimen anterior.”²⁶⁶ En este caso, ante el cambio de un sistema legal, la Corte Suprema no aplica sin más el nuevo porque “podría afectar derechos adquiridos bajo el régimen anterior.” Ahora bien, ¿qué sucede si el nuevo sistema legal es mejor que el anterior? En atención a la progresividad hay que aplicar el nuevo régimen legal y mejorar la prestación a favor de la persona, siempre y cuando ese incremento de recursos no signifique que otras personas consoliden su situación de desamparo o no obtengan la satisfacción de sus necesidades. Toda mejora de la prestación de una persona es viable -dentro de la política constitucional de distribución de bienes- cuando se trata de una persona menos favorecida que otras, quienes, a su vez, no dejan de satisfacer sus necesidades con los beneficios que pierden.

Para la Corte Suprema es un principio del régimen previsional argentino la no acumulación de los beneficios: “La no acumulabilidad de beneficios previsionales, cualquiera fuese su origen, salvo expresa autorización legal, constituye un principio básico en nuestro ordenamiento previsional.”²⁶⁷ La no acumulación, *prima facie*, no conspira contra la norma más favorable, contra la progresividad ni contra la prohibición de regresividad, ya que se inspira en la política constitucional de redistribución de bienes que vincula en forma directa el deber de contribuir al sistema con la capacidad de hacerlo, de la misma manera que relaciona al beneficio con la necesidad, para el que más requiera más reciba. De aquí que, en principio, los beneficios no resulten acumulables. Dos beneficios del mismo tipo o que tengan por objeto satisfacer la misma necesidad no son acumulables salvo que ambos sean imprescindibles para alcanzar el fin previsto. Es obvio que si con un beneficio se obtiene la satisfacción de la necesidad, el otro beneficio es superfluo y su otorgamiento a la misma persona puede significar que otra quede insatisfecha o que se genere una desigualdad injustificada.²⁶⁸

266 CS, mayo 28-1991.- Caja Nacional de Ahorro y Seguro en Escudero Adolfo c/ Orandi y Massera SA: T y SS 1992-107.

267 CS setiembre 4-1963, Romay c. Instituto ac. De Previsión Social, DT 24, 171.

268 Aunque estas consideraciones no se aplican cuando la Corte Suprema decide que “Los empleados y obreros amparados por la ley 11.110 de jubilaciones no tienen derecho a las vacaciones pagadas previstas por la ley 11729. Es al Congreso de la Nación al que incumbe declarar -si lo cree- acumulables los beneficios de diversas leyes” (CS, octubre 15-1941, Riera c. Cía. Hidroeléctrica de Tucumán SA, DT, 2, 215.), habida cuenta que en este caso la acumulación pretendida apunta a beneficios diversos y que buscan mantener el nivel de vida alcanzado durante el período en que la persona trabajaba.

Las jubilaciones y las pensiones deben ser “móviles”. Con la palabra “móviles” se alude a la relación que debe guardar la jubilación o la pensión con respecto, en primer lugar, al costo de la vida (en un sentido de subsistencia y de desarrollo) y, en segundo lugar, también a los ingresos de la persona (o trabajador) que desarrolla una actividad similar al beneficiario. Así se trata de una doble movilidad o, mejor dicho, de dos criterios para determinarla de modo tal que resulte de esas comparaciones una adecuada satisfacción de las necesidades y, al mismo tiempo, un cabal cumplimiento del principio de igualdad. Es claro que, en la medida que la jubilación y la pensión -como cualquier otro beneficio de la seguridad social- tiene por fin la satisfacción de las necesidades vitales de la persona y su familia, la movilidad que exige la Constitución significa que esos beneficios deben estar en relación directa con el costo del requerimiento a cubrir. Este es el primer sentido del concepto de la movilidad que no debe perderse de vista. Satisfecho este nivel, entonces es posible atender a la proporcionalidad que debe guardar el beneficio jubilatorio o pensionario con el sueldo de la actividad en miras a mantener un máximo de igualdad entre los habitantes de la Nación (o lo que es lo mismo: para que el cese del trabajo no provoque un descenso del nivel de vida del beneficiario con respecto al trabajador activo).

El primer sentido de movilidad señalado -que vincula en forma directa al haber de la prestación con el costo de la necesidad- incluye el derecho a la actualización de la moneda por la pérdida de su valor. Así resuelve la Corte Suprema que “El carácter alimentario de la prestación debida (haber de retiro), hace aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sustentada respecto a la actualización de deudas por desvalorización monetaria.”²⁶⁹ Para la Corte Suprema “Debe concederse la corrección numeraria o actualización por desvalorización monetaria a fin de salvaguardar la justicia y la garantía de la propiedad, cuando ese denominador común, que es el dinero, ha sido afectado de suyo por la progresiva depreciación monetaria, de modo tal que de abonarse la prestación debida nominalmente, en circunstancias que no pueden imputarse al acreedor, se vería frustrada su finalidad esencialmente alimentaria con desmedro del principio de la movilidad de las prestaciones que consagra el art. 14 de la Constitución Nacional.”²⁷⁰

269 CS, abril 12-1977.- Pietranera Horacio c. Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal, DT 37, 498.

270 CS, mayo 7-1981.- Gras, Fernando: DT 191-B, 987.- En igual sentido: CS julio 7-1981.-

Por ello, para la Corte Suprema “El art. 15 de la ley 17.310, en cuanto estableció el congelamiento de los haberes de jubilaciones y pensiones por su término incierto, configura un claro apartamiento de lo preceptuado por el art. 14 bis de la Constitución nacional, que garantiza la movilidad de las prestaciones.”²⁷¹ Pero la Corte Suprema se equivoca cuando -en el mismo fallo- afirma que el art. 14 bis “no especifica... el procedimiento” de la movilidad que queda “librado... al criterio legislativo.” El criterio legislativo no puede ser arbitrario, no es discrecional, no puede ser restrictivo, no puede imponer la regresividad. Por el contrario, la facultad del legislador es para asegurar los derechos y coadyuvar al progreso social. Así resulta más acertado sostener que “Si bien lo atinente a la adopción del sistema a seguir para actualizar los haberes jubilatorios es materia propia del legislador, motivo por el cual los cambios operados en el mismo no pueden ser cuestionados constitucionalmente, es evidente que la elección de un régimen que de derecho o de hecho suprime la movilidad contraría el art. 14 bis de la Constitución Nacional.”²⁷²

La Corte Suprema se equivoca cuando resuelve que “La tacha de inconstitucionalidad podría ser procedente si la privación de la movilidad del 82% de que gozaba el beneficiario y su reemplazo por el reajuste mediante coeficientes se tradujese en un desequilibrio de la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación de jubilado y la que resultaría de continuar el afiliado en actividad, en grado tal que pudiera ser confiscatoria o de injusta desproporción, violando la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional.”²⁷³ Con este fallo la Corte Suprema acepta la regresividad. La razonable proporcionalidad entre el haber jubilatorio y la remuneración de actividad debe ser un criterio para asegurar la movilidad (en cuanto derecho constitucional) y no una razón para justificar la regresividad o reducción del haber jubilatorio por un cambio en el sistema de reajuste. De modo tal que no

Borrazas, Raul: DT 1982-A, 64; CS febrero 4-1982.- Molins, Mario R: LT 1982 (XXX-B), 640; CS agosto 3-1982.- García de Burigotto, Sara A c/ Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Pcia de Buenos Aires: DT 1982-B, 1642.

271 CS, agosto 31-1976.- Incarnato, Arístides A, DT 36, 579.- En igual sentido: “Las normas que no autorizan la movilidad del haber jubilatorio se apartan claramente de lo preceptuado al respecto por el art. 14 bis de la CN.”, CS, julio 29-1980.- Iglesias Juan c. c/ Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia: LT 1981 (XXIX-A), 70.

272 CS, mayo 30-1978.- Soler Pujol, César E.A. y otros c/ Estado de la Provincia de Corrientes: LT 1978 (XXVI-B), 839.

273 CS, agosto 31-1976.- Incarnato, Arístides A, DT 36, 579.

está justificado afirmar que el nuevo método de cálculo o reajuste del haber jubilatorio es constitucional si no lesiona a la razonable proporcionalidad debida entre el haber de jubilación y el de actividad, cuando aquel nuevo mecanismo de reajuste tiene por consecuencia una reducción del haber jubilatorio y del nivel del vida del beneficiario del mismo y resulta por todo ello claramente violatorio de la prohibición de retroceder.

En general, la Corte Suprema acepta la reducción del haber de la jubilación y de esta forma viola la prohibición de retroceder y afirma la regresividad. Así sucede cuando consiente el cambio del sistema de reajuste del haber jubilatorio por otro que tiene por resultado un monto de jubilación menor. El límite que pone la Corte Suprema para el cambio del sistema es que no dé por resultado una reducción que pueda ser calificada de confiscatoria. Pero así hay disminución, regresividad y violación a la prohibición de retroceder. Por ejemplo, ha dicho la Corte Suprema que “La privación de la movilidad del 82% de que gozaba el beneficiario y su reemplazo por otro procedimiento no es invalidable constitucionalmente en tanto no se traduzca en un desequilibrio de la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación de jubilado y la que resultaría de continuar el afiliado en actividad, en grado tal que pudiera ser confiscatoria o de injusta proporción.”²⁷⁴ El cambio de sistema

274 CS, mayo 7-1981.- Orgaz Ahumada, Jorge: DT 1981-B, 1261. También la Corte ha resuelto que es inconstitucional el sistema de movilidad que “se traduce en un desequilibrio de la razonable proporcionalidad que debía existir en la situación del jubilado y la que resultaría de continuar el afiliado en actividad, en grado tal que pudiera ser confiscatoria o de injusta proporción” (CS, diciembre 7-1982.- Liguori, Angel: LT 1983 (XXXI-A), 371; T Y SS 1983-129). En igual sentido: CS, setiembre 20-1983.- Villar, Héctor A.: LT 1984 (XXXII-A), 168, donde consiente “la posibilidad de alterar los sistemas” siempre que “dicho cambio no produzca lesión irrazonable al patrimonio del jubilado”. Poco tiempo después decide que si la reducción del beneficio es de más del 30% es confiscatoria (CS, setiembre 1-1983.- Pelli-za, Rosario Cayetana: LT 1983 (XXXI-B), 1151); o que “Es inconstitucional el art. 53 de la ley 18037 si por aplicación del régimen de movilidad en él previsto el monto del beneficio queda reducido en un 40 ó 50% de lo que el interesado percibiría en actividad, violando así el derecho constitucional de propiedad y produciendo un desequilibrio confiscatorio” (CS, diciembre 5-1983.- Muriago de Coll, Fanny: DT 1984-B, 1496); o que hay derecho al reajuste cuando los jubilados “perciben un haber inferior a un 30% del que percibirían si se aplicara la legislación vigente al momento de jubilarse” (CS, febrero 26-1985.- Jaroslavsky, Bernardo: DT 1985-, 827); o que “Si la diferencia en perjuicio de la afiliada motivada por el cambio del sistema de movilidad supera el 22% puede hablarse de confiscatoriedad y arbitraria desproporción con la consiguiente lesión al derecho de propiedad garantizado por los art. 14 bis y 17 de la CN” (CS, julio 3-1990.- Maderna Agote María A.: DT 1990-B, 2438). Así la Corte Suprema acepta como mínimo una reducción del 22% del haber de las prestaciones, lo que significa una caída del 22% en la satisfacción de las necesidades. Se trata de un descenso equi-

no puede tener por consecuencia una reducción confiscatoria, ni tampoco, por supuesto, la pérdida de toda movilidad: “Si bien el procedimiento de movilidad puede modificarse por razones de bien común, es preciso admitir que si el cambio de sistema llega a provocar en la práctica la desaparición o la modificación sustancial de la movilidad bajo cuyo imperio se otorgó el beneficio, quedará vulnerada la garantía de propiedad establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional y burlado el principio de movilidad previsional contenido en el art. 14 nuevo del mismo cuerpo normativo.”²⁷⁵

También la Corte Suprema se pronuncia a favor de la reducción por razones de necesidad. Es una aplicación de la doctrina de la dictadura, del estado de excepción o del estado de sitio. Es doctrina de la Corte Suprema que “El art. 17 de la Constitución no impide que los beneficios jubilatorios sean disminuidos por razones de orden público e interés general -en el caso con relación al personal policial de una provincia-, siempre que la reducción no se traduzca en un desequilibrio de la razonable proporción que debe existir entre las situaciones de actividad y pasividad y que no se afecte el nivel de vida del beneficiario en forma confiscatoria o injustamente desproporcionada.”²⁷⁶

Para la Corte Suprema “Uno de los principios básicos que sustentan el sistema provisional argentino es el de la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, en virtud del cual el jubilado conserva a través de su haber actualizado una situación proporcionada a la que correspondería de haber continuado en actividad.”²⁷⁷ El haber jubilatorio o la pensión tienen sustento sólo y exclusivamente en la medida que con ellos se satisfacen las necesidades del beneficiario. La razonable proporcionalidad no es una razón suficiente para justificar el monto del haber jubilatorio o de la pensión sino que se trata de un parámetro para determinar equivalencias entre las prestaciones de la seguridad social y los sueldos de actividad a fin de mantener el equilibrio entre los diferentes sectores sociales. El monto de la prestación debe estar en relación directa al costo del requerimiento vital. Una vez cubierto éste, el haber debe ser aumentado hasta el nivel de los salarios para que guarde una razonable proporcionalidad con ellos y así se cumpla

valente a la quinta parte del total alcanzado que, por cierto, no es necesariamente el grado óptimo o nivel donde la persona tiene cubiertas sus requerimientos vitales (de subsistencia y de desarrollo).

275 CS, agosto 4-1983.- Quiroga Eleodoro A.: TYSS 1984-855.

276 CS, agosto 13-1981.- Zárate, Jades y otros c/ Provincia de La Pampa: DT 1982-A, 160.

277 CS, marzo 29-1967, Del Valle c. INPS, DT 27, 605.

con el principio de igualdad.

Para la Corte Suprema el haber jubilatorio sustituye el sueldo. De ser así el monto de la prestación debería ser equivalente al salario. Pero sucede que este criterio sustitutivo la Corte Suprema lo morigera con la idea de la razonable proporcionalidad, que le permite justificar la reducción o disminución del beneficio jubilatorio. Así, por ejemplo, decide la Corte Suprema que “Uno de los principios básicos que sustentan al sistema previsional argentino es la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, atendiendo a la naturaleza ‘sustitutiva’ que cabe reconocer al primero respecto del segundo y a los fines que inspiran el ordenamiento jurídico sobre la materia. El conveniente nivel de la prestación jubilatoria ha de considerarse alcanzado en principio, cuando el jubilado conserva una situación patrimonial proporcionada a la que le correspondería de haber seguido en actividad.”²²⁷⁸

Para la Corte Suprema el haber jubilatorio debe guardar una razonable o necesaria proporcionalidad con el sueldo de actividad, ya que la jubilación posee un carácter sustitutivo de la remuneración. Pues bien: ello tiene sustento en la creencia que, en la medida que guarda una razonable proporcionalidad con el sueldo de actividad y éste satisface las necesidades del trabajador, el haber jubilatorio también alcanza ese fin. Pero claro está que ello no necesariamente es así, toda vez que el sueldo de actividad puede no ser suficiente para satisfacer las necesidades del obrero y su familia, de donde proviene que la razonable proporcionalidad que debe guardar el haber jubilatorio con el salario, será un criterio lesivo de los derechos de la persona a gozar de un beneficio integral y móvil. Porque a no dudarlo, aquí en la cuestión de la razonable proporcionalidad está también en juego el deber del estado a otorgar un beneficio integral. La razonable proporcionalidad es un criterio que puede -como llevo dicho- en algunos casos asegurar la movilidad ya que al aumentar el sueldo debería incrementarse el haber jubilatorio. Pero la sola movilidad -sobre la base del parámetro de la razonable proporcionalidad- no asegura la integralidad del beneficio. Con la sola movilidad el estado no

278 CS, mayo 31-1971, Ballester Piterson de Tavella c. Caja Nacional Previsión del Personal del Estado, DT 31, 491. De la misma manera se decide que “Debido al carácter ‘sustitutivo’ que asume el haber jubilatorio, ha de estimarse alcanzado su conveniente nivel, en principio, mientras el jubilado conserve una situación patrimonial proporcionada a la que le correspondería de haber seguido en actividad” (CS, setiembre 20-1971.- Smith, Ricardo J., DT 32, 273).

cumple con su deber de otorgar un beneficio que además debe ser integral. Más allá de la razonable proporcionalidad y de su carácter sustitutivo, el haber jubilatorio debe ser móvil e integral en el sentido que es suficiente para satisfacer las necesidades vitales (de subsistencia y de desarrollo) de la persona y su familia.

Por ello, la Corte Suprema se equivoca cuando decide que “El conveniente nivel de la prestación jubilatoria sólo ha de considerarse alcanzado cuando el jubilado conserva una situación patrimonial proporcional a la que le correspondería de haberse seguido en actividad.”²⁷⁹ La razonable proporcionalidad no puede definir “el conveniente nivel de la prestación jubilatoria”, sino sólo cierta equiparación entre el sector activo y el pasivo con el fin de cumplir con el principio de igualdad. De la misma manera también se equivoca la Corte Suprema cuando afirma que “La jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que percibía el beneficiario como contraprestación de su actividad laboral una vez cesada ésta y como débito de la comunidad por dicho servicio, razón por la cual el principio básico que se privilegia es de la necesaria proporcionalidad entre el haber de pasividad y el de actividad.”²⁸⁰ La jubilación no es una consecuencia del salario sino un beneficio de la seguridad social que tiene por finalidad cubrir las necesidades de la persona que no puede trabajar por lo avanzado de su edad y, en consecuencia, no puede obtener los bienes que requiere para vivir. Y la necesaria proporcionalidad si tiene algún sustento es el principio de igualdad. Por ello hay que insistir (o reafirmar) la doctrina de la Corte Suprema que reconoce que el beneficio de la seguridad social tiene un carácter alimentario, ya que de esta forma queda la prestación ligada a la satisfacción de las necesidades vitales.

Las críticas que formulamos a la doctrina de la Corte Suprema sobre la razonable proporcionalidad no se deben extender a este criterio en sí mismo sino sólo limitarlas al uso que hace el tribunal para fijar o limitar el monto de la prestación. Como ya dije, es claro que la razonable proporcionalidad es una aplicación del principio de la igualdad y permite equiparar al sector pasivo con el sector activo de la población.

La cuestión de la comparación entre el haber de jubilación y el sueldo de actividad puede ser difícil de realizar cuando las tareas que cumplía el beneficiario han desaparecido o han perdido el nivel escalafonario que

279 CS, setiembre 1°-1983.- Pelliza, Rosario C: LT 1983 (XXXI-B), 1151.

280 CS, mayo 21-1987.- Mestre Guillermo B.: T y SS 1987-889.

poseían. Por ello es que se requiere en el primer caso (en que la función ha dejado de existir) como en el segundo (cuando ha perdido nivel en las nuevas estructuras) realizar comparaciones con las remuneraciones de las actividades que en el nuevo escalafón guardan idéntico o similar grado en la organización que el que poseía el cargo que ostentaba el beneficiario antes del cese de sus servicios. En este sentido ha resuelto la Corte Suprema que “Los elementos constitutivos del ‘status’ jubilatorio, resultantes de la situación del agente al momento del cese, deben mantenerse sin que se opere una retrogradación de hecho por obra de modificaciones escalafonarias, que alteren en pasividad el nivel jerárquico que se tuvo en cuenta al concederse el beneficio.”²⁸¹ A partir de estas ideas se puede pensar que, para mantener una real movilidad, hay que atender al status de la actividad, de modo tal que si el mismo aumenta en la organización también deberá incrementarse el haber jubilatorio. Ante ello el beneficiario tendría el derecho al reajuste del monto de la prestación. La idea es una consecuencia del principio de la movilidad y del principio de la igualdad. Pero la Corte Suprema le pone un límite que puede no estar justificado y ser sólo una razón aparente. Dice la Corte que “La modificación de la clasificación atribuida en el escalafón a las funciones realizadas por el jubilado durante su actividad, no autoriza el reajuste de su haber, si obedeció al mayor aumento de tareas y responsabilidad que se operó en esa función después de su cese en ella.”²⁸²

En relación con los derechos reconocidos en la Constitución es claro que la legislación sobre jubilaciones en el país es inconstitucional. Las jubilaciones no están a cargo de entidades con autonomía financiera y económica, ni son administradas por los interesados.²⁸³ Los beneficios que se establecen no son móviles o la movilidad que se dispone es insuficiente para la satisfacción de las necesidades de la persona. A ello se suma la existencia de regímenes

281 CS, abril 19-1988.- Márquez, Julio C: DT 1988-B, 1613.

282 CS, marzo 14-1969, Fernández c. Caja Nacional Prev. Ferroviarios, DT 29, 410.

283 La ley 24.241 de jubilaciones y pensiones es un caso notorio de alejamiento de la política constitucional cuando permite (y alienta) un régimen jubilatorio de capitalización a cargo de compañías de seguros (administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, AFJP) a quienes se les ha reconocido elevadísimos gastos de administración. Todo el sistema es opuesto a la finalidad de satisfacer las necesidades del jubilado o pensionado y ha tenido por objeto financiar los gastos del gobierno y favorecer las ganancias de los bancos: el dinero de los aportes y contribuciones se deposita en el ente estatal de recaudación, el gobierno cambia ese dinero por títulos públicos y liquida a la AFJP sus gastos de administración. Así se benefician unas pocas personas en perjuicio de la inmensa mayoría de la población.

especiales o extraordinarios a favor de determinadas personas (jubilaciones de privilegio) que lesionan al principio de igualdad.

7.6. LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA

El art. 14 bis ordena que la ley establezca “la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia” y “la compensación económica familiar”. La defensa del bien de familia y la compensación económica familiar son dos casos de la protección integral de la familia. ¿Qué quiere decir la Constitución cuando ordena que la ley establecerá la protección integral de la familia? En principio la protección integral de la familia son los beneficios de la seguridad social -integrales, irrenunciables y móviles- que tienen por objeto o por resultado facilitar a la persona la constitución y el mantenimiento de una familia.

Puede resultar necesario dar un concepto de familia si se advierte que la persona puede ser acreedora a determinados derechos por pertenecer a una familia (ej: el derecho a la defensa del bien de familia o el derecho a la compensación económica familiar) y, además, porque también puede resultar que se privilegie al agrupamiento familiar por sobre otras formas de asociación (ej: la protección integral de la familia por sobre la sociedad comercial). Por estas razones trataremos de brindar un concepto de familia en la ley suprema.

El mandato constitucional de dar una protección integral a la familia del art. 14 bis es amplio, general y, en definitiva, como todo derecho humano debe ser interpretado en forma favorable a la persona. El concepto de familia, de acuerdo a la Constitución, es amplio, general y resulta favorable a la persona. El concepto de familia no debe ser un obstáculo para que la persona goce del pleno ejercicio de sus derechos. El concepto de familia debe ayudar a que la persona goce de sus derechos y, además, coadyuvar a su desenvolvimiento. A los efectos de precisar un concepto de familia hay que tener en cuenta los bienes tutelados. Los bienes tutelados son la persona y la familia. Con la palabra “familia” aludimos a algunos grupos de personas. Estos agrupamientos entre las personas, que denominamos “familia”, son acreedoras a la protección legal, que es un derecho reconocido en la Constitución. De aquí resulta que para definir la noción de familia haya que atender a que la misma es altamente valorada en la ley suprema; que, para ella, exige su protección.

El art. 20 de la Constitución reconoce a favor de los extranjeros el derecho a casarse conforme a las leyes. Este derecho queda también reconocido a favor de los nacionales por el principio de igualdad ante la ley (art. 16). En

el art. 6 de la Declaración Americana se reconoce que “Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ello.” En la Declaración Universal se establece que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia” (art. 16.1). El texto de la Declaración reconoce el derecho a casarse y a fundar una familia tanto a los hombres como a las mujeres. Ello significa que se reconoce el derecho a casarse entre los hombres con las mujeres, como también entre los hombres entre sí o entre las mujeres entre sí. Además para la Declaración Universal “Sólo mediante libre y pleno conocimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio” (art. 16.2). Según la Declaración Universal “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16.3). Prácticamente los mismos derechos se reconocen a favor de la persona en el art. 17 de la Convención Americana y en el art. 23 del Pacto de Derechos Civiles, que vienen reafirmados en especial para la mujer en el art. 16 de la Convención de la Mujer. En este art. 16 de la Convención de la Mujer se agrega, entre otros derechos, el de “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos”. En la Declaración Universal se alude a los “nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio” (art. 25.2). Por “nacidos de matrimonio” se puede entender a las personas nacidas de la unión sexual estable de un hombre y una mujer, sea dicha unión legal, ilegal o de hecho. Si por “matrimonio” se entiende a la unión sexual estable entre un hombre y una mujer, los nacidos fuera de matrimonio son las personas nacidas fuera de esa unión sexual estable. Por “nacidos fuera de matrimonio” se puede entender a las personas nacidas de la unión sexual (ocasional, eventual o no estable) de un hombre y una mujer; o a las personas nacidas de una unión sexual estable o inestable de un hombre y una mujer que, a su vez, mantiene otra unión sexual estable (se trata de personas nacidas fuera del matrimonio con el que conviven); o a las personas nacidas de una mujer sin unión sexual con un hombre (una mujer fertilizada artificialmente); o a las personas nacidas de cualquier método de fertilización o incubación no humano (animal o mecánico). En cualquier caso la persona es titular de los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

El concepto de familia de la Constitución no es el que se establece en el Código Civil argentino. Entre uno y otro hay diferencias que tienen su

origen en las reformas introducidas por la convención de 1994, tales como los derechos de los pueblos indígenas argentinos (art. 75, inc. 17) y los documentos internacionales incorporados en el art. 75, inc. 22. El concepto de familia de la Constitución es más amplio que la noción de familia que encontramos en el Código Civil. Pero que el concepto de familia del Código Civil sea más restringido o estrecho que la idea de la Constitución no lo descalifica. El Código Civil no es inconstitucional por ello. En todo caso es insuficiente, que no es lo mismo.

El concepto de familia tiene sustento en el principio de la fraternidad. Los integrantes de una familia son aquellas personas que mantienen relaciones fraternales; son personas que se dan y reciben un trato de hermanos. Sobre esta base la familia sería una hermandad. Un concepto muy aproximado de familia y compatible con la ley suprema abarca a diferentes grupos o conjuntos de personas, que deben ser entendidos como distintas relaciones entre las personas. Quizás una característica común y muy general a estos grupos sea que las personas mantienen relaciones regulares (o estables o con vocación de permanencia en la unidad) de tipo afectivo y que, además, consisten en la cooperación para su mutua subsistencia y desarrollo.²⁸⁴

Una familia puede estar integrada por la unión sexual de un hombre y una mujer; la unión puede ser legal, ilegal o de hecho; la descendencia de esa unión sexual de un hombre y una mujer puede ser biológica o estar integrada por los “nacidos fuera de matrimonio”. La unión sexual de un hombre y una mujer puede ser legal, de hecho e ilegal. La unión es legal cuando ha cumplido con las formalidades establecidas en el derecho vigente. La unión es de hecho cuando, si bien no se han cumplido con las formalidades dispuestas por el derecho vigente, la ley positiva no la prohíbe. La unión es ilegal cuando se trata de una unión de hecho prohibida por la ley. En todos los casos se trata de una unión compatible con la ley suprema, con la Constitución y el derecho internacional. La descendencia de esta unión puede ser biológica o estar constituida por los “nacidos fuera de matrimonio”. Las personas “nacidas fuera de matrimonio” son considerados descendientes (o hijos) de

284 En el art. 9 del Protocolo de San Salvador se indica que “En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.” Y que, por ejemplo, en el art. 9° de la ley 23.091 (de alquileres) se establece que los “continuadores del locatario” son “quienes acrediten haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar.” De ello resulta que la familia sería el conjunto de personas que mantienen relaciones de dependencia, que conviven y reciben ostensible trato familiar.

la unión por la vía de la adopción, que puede ser legal (cuando cumple con las formalidades establecidas en el derecho vigente) o de hecho (cuando, dándose en los hechos la relación de padres e hijos, el derecho no la prohíbe).

Un segundo concepto de familia puede ser el grupo formado por la unión sexual estable entre dos varones o entre dos mujeres; sea legal, ilegal o de hecho y por su descendencia (en este caso por los “nacidos fuera de matrimonio”). Se trata de una unión homosexual o lesbiana. En este caso la descendencia está integrada por las personas “nacidas fuera de matrimonio” (en el sentido que los he definido), ya que la unión homosexual o lesbiana carece de capacidad fisiológica de reproducción. También en este caso estas personas “nacidas fuera de matrimonio” son considerados descendientes (o hijos) de la unión homosexual o lesbiana por la vía de la adopción legal o de hecho. Un tercer concepto de familia es la unión estable de sólo un hombre o sólo una mujer con su descendencia (biológica o los “nacidos fuera de matrimonio”). Se trata de un grupo integrado por el padre con sus hijos, o de un grupo formado por una madre con sus hijos. Un cuarto tipo de familia puede ser la unión sexual de dos personas (cualquiera sea su sexo) que carece de capacidad fisiológica de procrear. Bajo el concepto de familia, que manda proteger la Constitución, se pueden agregar otros agrupamientos más. Por ejemplo, un quinto conjunto familiar es el formado por los abuelos y sus nietos; un sexto el integrado por un tío y sus sobrinos; un séptimo puede ser un conjunto de hermanos solteros que conviven en el mismo domicilio. En cualquier caso la familia también incluye a los ascendientes y a los parientes consanguíneos y afines que convivan o no en la misma vivienda.

Para la Corte Interamericana “el término ‘familiares’ debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.”²⁸⁵ Un concepto amplio de familia es más protectorio que un concepto restringido. Ello se debe a que aumenta el número de personas amparadas o susceptibles de recibir el beneficio de la seguridad social. Para la Corte Suprema “La seguridad social tiene por objetivo fundamental proteger íntegramente a la familia y evitar el desamparo de quienes, por su edad y modo de vida, no están en condiciones de proveer a su sustento.”²⁸⁶

Un concepto amplio de familia beneficia incluso a quienes, en principio, defienden una noción estrecha o restringida. Por ejemplo, la Corte Suprema

285 CIDH, OC – 17/2002, párr. 70.

286 CS, noviembre 29-1988.- L., M. del C.: DT 1989-A, 1031.

ha decidido que “En el campo de la previsión los requisitos formales del derecho común no son exigibles con el mismo rigor que en el orden de la vida civil. Cuando resulta que ambos contrayentes tuvieron el propósito indudable de formalizar su unión, aunque lo hicieron solamente como sacramento religioso, corresponde reconocer a la viuda el derecho a la pensión prevista en el art. 66 del decreto ley 6395/46.”²⁸⁷ Sobre esta misma base se reconoce el concubinato y el derecho a la pensión del concubino.²⁸⁸

7.7. DEFENSA DEL BIEN DE FAMILIA

La defensa del bien de familia es un derecho reconocido en el art. 14 bis. La defensa del bien de familia es una de las protecciones debidas a la familia. La defensa del bien de familia es un derecho de la familia, o de la persona en cuanto integrante de una familia y a los fines de su protección. La defensa del bien de familia tiene por objeto o por resultado asegurar a la familia sus bienes muebles o inmuebles que resultan indispensables para cubrir sus necesidades vitales. Este derecho de la persona es el correlato del deber estatal de respetar y de hacer respetar los bienes de la familia. Se trata de un derecho operativo, de aplicación automática, por la sola mención en la ley suprema. Así no se requiere la inscripción en el registro de la propiedad inmueble para que el hogar familiar, la residencia o domicilio de la familia, sea inenajenable o inembargable, sino que basta sólo que se trate de eso mismo, o sea: de un bien de familia. En este sentido la inscripción es solo un medio para acreditar que el inmueble es un bien de familia, pero no es una formalidad solemne o

287 CS, diciembre 20-1957, Sánchez c. INPS, DT 18, 749.- Aunque también ha resuelto que “No corresponde el beneficio de pensión a quien no estaba unida en matrimonio civil con el causante, aunque se había formalizado la unión religiosa por un sacerdote del Culto Católico y sin que existieran impedimentos de la ley de matrimonio (ley 2.393)” (CS, agosto 12-1982.- Carbonell, Luis A: DT 1982-B, 1485).

288 La Corte resuelve que “En la interpretación de las leyes previsionales debe prescindirse de “estrictas exigencias respecto de la perfección o legitimidad del estado civil en que se sustenta el reclamo” para atentar a lo prescripto en leyes análogas como el art. 269 de la ley 20.744 de contrato de trabajo, que a ciertos fines equipara a la viuda a la mujer que hubiese vivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos dos años antes de fallecer el causante si fuese soltero”, y en términos más amplios sostiene que “Debe ampararse el comportamiento de quienes estuvieron unidos de hecho contribuyéndose a mantener la solidez familiar mediante la crianza de un hijo y la asistencia permanente de la peticionante al causante” (CS, diciembre 29-1975.- Lobos, Juana A, DT 36, 203). En igual sentido: CS, noviembre 21-1989.- Vázquez, Victorina: DT 1990-B, 1725; o CS, octubre 20-1992.- R.A., C.G.: DT 1993-B, 1143.

constitutiva del derecho, o un requisito sine qua non para considerar que el objeto es un bien de familia.

Los derechos a la protección integral de la familia, a la defensa del bien de familia y el acceso a una vivienda digna impiden categórica y automáticamente todo acto administrativo, legislativo o judicial, que tenga por objeto o por resultado la expulsión (desalojo) de la familia de su residencia, ya tenga ese mandamiento origen en el incumplimiento del pago del precio de la locación o del arrendamiento, en el incumplimiento del pago del precio de la compraventa, en la ejecución de una garantía hipotecaria, o en cualquier deuda personal del propietario del inmueble (ya sea un integrante de la familia a echar u otra persona ajena a dicho agrupamiento), o en cualquier otra causa, suspendiendo la manda judicial hasta que la familia a expulsar pueda ser ubicada en una vivienda similar y salvo, claro está, que aquel que pide la expulsión no la requiera para cubrir sus necesidades de vivienda, ya que, en este último caso, a igual requerimiento vital prevalece su derecho de propiedad sobre el derecho del ocupante. El mandato constitucional implica la suspensión de todo desalojo hasta que no esté cumplido este deber del gobierno.

7.8. COMPENSACIÓN ECONOMICA FAMILIAR

El derecho a contraer matrimonio y a formar una familia -reconocidos en la Constitución y en los tratados enumerados- se asegura, entre otros medios, a través del derecho a la compensación económica familiar. La persona tiene derecho a ser compensada económicamente para contraer un matrimonio o para unirse legalmente o en los hechos y para formar una familia. Se trata de un derecho reconocido a favor de la persona, de modo tal que se establece tanto a favor del trabajador dependiente, autónomo como del jubilado o desocupado. El correlato del derecho de la persona es la obligación del estado de compensarla económicamente. La compensación económica incluye tanto la prestación de una suma de dinero como la dación de una cosa (o sea: el beneficio puede ser en dinero o en especie).

7.9. ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA

El art. 14 bis manda que la ley establezca “el acceso a una vivienda digna”. El acceso a una vivienda digna es un derecho de la persona. El estado debe, primero, velar que la persona goce de ese derecho de modo que debe impedir que cualquier otra persona obstruya (u obstaculice) el ejercicio del mismo. Además el estado debe facilitar que toda persona acceda a una vivienda digna

en cuanto se trata de un beneficio de la seguridad social. El acceso a una vivienda digna debe entenderse, como mínimo, en dos sentidos que, a su vez, son compatibles. El acceso a una vivienda digna significa el uso y goce de una vivienda digna para la persona y su familia. La vivienda es una vivienda digna no sólo porque tiene buena fama o es honorable sino, además, cuando la vivienda brinda un adecuado refugio o protección a la persona y su familia contra las condiciones del ambiente natural o social; o cuando la vivienda no daña la integridad psicofísica de sus habitantes; o cuando facilita la instrucción o educación de todos ellos, o el reposo, el descanso o la necesaria intimidad, o la vida sexual o, en definitiva el desarrollo de sus planes de vida. Pero también el acceso a una vivienda digna alude a la acción de llegar, de acercarse a la vivienda; significa su entrada o su paso. En este caso el acceso a la vivienda digna incluye todo el entorno a la misma, las calles, las veredas, la señalización, los medios de transporte, la seguridad personal o individual. El acceso a una vivienda digna supone un ambiente digno (o adecuado para que la persona satisfaga sus necesidades). El derecho a un ambiente sano se reconoce expresamente en el art. 41 de la Constitución. La persona tiene derecho al acceso a una vivienda digna en los dos sentidos señalados: tiene derecho a usar y gozar de una vivienda digna y tiene derecho a un entorno digno, sano o adecuado para su desarrollo.

7.10. LA SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO

Hay que abordar el estudio de las normas vinculadas a la seguridad social como un derecho de los niños.

Se impone primero definir el concepto constitucional de niño. En el art. 1 de la Convención sobre los derechos del niño se lo define como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” De este artículo resulta, en principio, que todo ser humano menor de dieciocho años de edad es un niño; que cumplidos los dieciocho años de edad el ser humano alcanza la mayoría de edad; y que por la ley aplicable a la persona, el ser humano puede llegar a la mayoría de edad con menos años que los dieciocho. Pero aquí agregó que esto último puede ser así siempre y cuando la ley aplicable no sea un recurso para evadir o eludir el cumplimiento de la Convención de los derechos del niño, ni se transforme en un instrumento para ejecutar políticas

regresivas (supresoras o limitativas) de los derechos del niño.²⁸⁹

El art. 1 de la Convención del niño no excluye a que se considere que existe el ser humano -titular de derechos- desde la concepción. Es claro que al definirse en el art. 1 de la Convención del niño a éste como el ser humano menor a los dieciocho años de edad, se incluye también en el concepto de niño al ser humano desde la concepción. En apoyo de esta opinión no hay que soslayar al art. 4.1 de la Convención Americana cuando establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” Para la Convención Americana la ley debe proteger el derecho a la vida “y, en general, a partir del momento de la concepción.” En principio, la persona -en cuanto titular de derechos y, en el caso, del derecho a la vida- existe desde la concepción. De ello resulta que, en principio, se debe considerar como niño a la persona desde su concepción y hasta los dieciocho años de edad.²⁹⁰

Los derechos del niño son el correlato de las obligaciones de la familia, de la sociedad y del gobierno. Si el niño tiene derechos, la familia, la sociedad y el gobierno están obligados frente a él. La protección de los niños es una obligación que pesa sobre la familia (en principio sobre los padres), sobre la sociedad y sobre el gobierno. En el art. 19 de la Convención Americana, bajo el título “derechos del niño”, se ordena que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En el art. 16 del Protocolo de San Salvador se establece que “todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres...” A su vez, en el art. 3.2 de la Convención sobre los derechos del niño los estados “se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.” En

289 La CIDH brinda este mismo concepto de niño en su OC-17/2002 (párrafos 38 a 42).

290 Lo expuesto es claro que no prohíbe al aborto en cuanto decisión de los progenitores, aunque sí prohíbe al aborto como una política del gobierno para la planificación familiar o la regulación del número de pobladores.

el mismo sentido ordena el art. 27.2 de la misma Convención que “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.”²⁹¹ De ello resulta que el régimen de la seguridad social especial a favor del niño -que debe dictar el Congreso nacional- tiene que contemplar este ordenamiento de los sujetos responsables frente a él.

El niño es un sujeto de derechos. Ello resulta de su carácter de persona y, en consecuencia, de ser titular de todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados enumerados a favor del ser humano. Al respecto no puede caber la menor duda y así la Corte Interamericana opina sobre el art. 19 de la Convención Americana que “Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.”²⁹²

Toda la actuación del gobierno con respecto a los niños debe quedar regulada por el principio del interés primordial del niño, reconocido, entre otros textos, en los arts. 3.1, 9.1, 18.1, 20.1, 21.1, 37.c y 40.2.b.iii de la Convención Sobre El Niño. Para la Corte Interamericana el principio del interés primordial del niño “implica que el desarrollo” del niño “y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.”²⁹³; o, en otros términos, que este principio es como un “punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.”²⁹⁴

En el art. 75, inc. 23 de la Constitución se ordena al Congreso nacional “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo o hasta la finalización

291 Para la CIDH “La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece.” (OC - 17/2002, párr. 62).

292 CIDH, OC - 17/2002, párr. 28.

293 CIDH, OC - 17/2002, párr. 137.2.

294 CIDH, OC - 17/2002, párr. 59.

del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

Se trata de un régimen especial de la seguridad social a favor del niño en situación de desamparo. Según el texto del art. 75, inc. 23 de la Constitución el régimen de seguridad social especial es “en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.” En el texto del art. 75, inc. 23 se ordena dictar un régimen de seguridad social especial dentro del sistema particular de protección que merecen los menores. El régimen de la seguridad social del art. 75, inc. 23 es una asistencia especial o determinada, incluida en el conjunto de políticas adecuadas que requieren los menores. Este régimen de la seguridad social del art. 75, inc. 23 se puede pensar como una medida positiva dentro de la política afirmativa de la niñez en general. El régimen de seguridad social especial que ordena el art. 75, inc. 23 es una acción de máxima protección a favor del menor en “situación de desamparo”. Se trata de una ultra protección a favor del niño en “situación de desamparo”. En adelante voy a tratar de explicar esta cuestión.

De los tratados enumerados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución surge claramente que el régimen de la seguridad social especial es a favor de todo niño. Al respecto en la Declaración Americana se ordena, como derecho de protección a la infancia, que todo niño tiene derecho a protección, cuidado y ayuda especiales (art. 7); en la Declaración Universal se dispone que “la infancia” tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales” y que todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, “tienen derecho a igual protección social” (art. 25.2); en el art. 19 de la Convención Americana se acepta el derecho del niño “a las medidas de protección que su condición de menor requieren”; y, por ejemplo, en el art. 10.3 del Pacto de derechos económicos los estados reconocen que “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.” De todo ello resulta que todo niño tiene derecho a protecciones, cuidados, ayudas, o asistencias especiales, sean niños “nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio”.

Que sea un régimen especial no es un acto discriminatorio, sino una acción positiva, una medida de promoción del niño para asegurar sus derechos y coadyuvar a su desarrollo. En este sentido ha resuelto la Corte Interamericana que “en razón de las circunstancias en las que se encuentran los niños, el

trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es por se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla”²⁹⁵; y que “el principio de igualdad recogido en el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.”²⁹⁶

A ello se agrega que los niños, en general (o sea: todos los menores de dieciocho años), son titulares del derecho a la seguridad social. Así en el art. 26.1 de la Convención de los derechos del niño los estados reconocen “a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso el seguro social”; mientras que en el art. 26.2 los mismos estados aceptan que “Las prestaciones deberían concederse, cuando correspondan, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.”

Entonces como derecho básico de todo niño está la protección especial debida, entre la que se incluye su derecho a la seguridad social, sin perjuicio de que se mejoren o esmeren las medidas positivas cuando el niño se encuentre en una situación de desamparo o desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, conforme se ordene en el art. 75, inc. 23. Es que todo niño que se encuentre en las situaciones descriptas en el art. 75, inc. 23 de la Constitución (o sea: en desamparo o desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental) tiene derecho a un régimen de seguridad social especial que, como tal, debe consistir en mejores protecciones que el régimen general de aseguramiento social previsto para todo niño, que de suyo ya es particular o adecuado a sus requerimiento de menor de edad.

La diferencia entre estos dos regímenes de la seguridad social a favor del niño -o sea: entre el régimen de la seguridad social a favor de todo niño y

295 CIDH, OC - 17/2002, párr. 55.

296 CIDH, OC - 17/2002, párr. 137.3.

el régimen de la seguridad social a favor del niño desamparado o desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental- es notoria, habida cuenta que niño es toda persona menor de dieciocho años, mientras que en el art. 75, inc. 23 se manda proteger al niño hasta el fin de la enseñanza elemental que, *prima facie*, no coincide con los dieciocho años de edad.

Queda por determinar qué es un niño en situación de desamparo. La situación de desamparo es el estado de cosas -natural o social- que impide o restringe la satisfacción de las necesidades vitales (de subsistencia y de desarrollo). La situación de desamparo es un estado de cosas opresivo que, como mínimo, impide el desenvolvimiento o desarrollo de la persona y, a partir de este agravio, reduce regresivamente la posibilidad de satisfacer sus requerimientos de subsistencia, tales como el mantenimiento de sus vínculos familiares, la vivienda, la alimentación, la ropa, la salud y la instrucción. Se encuentran en situación de desamparo, entre otros, los niños abandonados (pérdida del contacto con sus padres u otros familiares por causa de muerte o por cualquier otro motivo), los niños apropiados o secuestrados, los niños de la calle, los niños explotados económica y sexualmente, los niños enfermos, los niños impedidos (física y mentalmente), los niños detenidos, los niños en estado de emergencia naturales (ej: inundaciones) o sociales (ej: guerra), o los niños desplazados o refugiados.

El beneficio de la seguridad social especial en protección del niño en situación de desamparo que ordena el art. 75, inc. 23 no puede consistir en el encierro del menor como si se tratara de un delincuente. La situación de desamparo no es un acto del menor, no es una acción u omisión que se pueda imputar al menor, y mucho menos es un acto ilícito que se pueda atribuir al niño. El niño que está en situación de desamparo no es un delincuente ni ha cometido un acto ilícito. Nótese que en la Constitución las cárceles, que deben ser sanas y limpias, son para seguridad y no para castigo de los reos detenidos (art. 18). A ello se agrega que, para el caso de los niños que sean culpables de haber cometido un delito penal, en la Convención sobre los derechos del niño (que es ley suprema en la Confederación Argentina) los estados se obligan a disponer “de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones” (art. 40.4). De modo tal que para un niño que no sólo no ha cometido un delito penal sino que, por el contrario, se encuentra en una

situación de desamparo (o, quizás mejor dicho, sufre en una situación de desamparo) mucho menos aún se impone su encierro. El beneficio debe ser otro diferente al calabozo.

El beneficio de la seguridad social especial en protección del niño en situación de desamparo que ordena el art. 75, inc. 23 tiene por objeto o por resultado extraerlo de la situación de desamparo y ubicarlo en un estado de cosas adecuado para la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y desarrollo. Ese estado de cosas adecuado para la satisfacción de sus necesidades es una situación de amparo. El deber del gobierno consiste, en primer lugar, en transformar la situación de desamparo en una de amparo a partir de la cual pueda el menor mantener cubiertas sus necesidades de subsistencia y desarrollarse con la producción y adquisición de nuevos bienes materiales o inmateriales. El beneficio de la seguridad social deberá proveer a la regeneración del niño a partir de la reconstitución de sus vínculos amorosos, fraternales, con su grupo familiar o con un grupo familiar sustituto que no haga de esta tarea un negocio.

El art. 20 de la Convención de los derechos del niño impone al estado brindar una protección o asistencia especiales al niño que se encuentra privado de su familia (temporal o permanentemente o que por su interés no pueda permanecer en su seno). En ese mismo artículo se prevé expresamente entre los cuidados debidos al menor “la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”, prestando atención a que “haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” (art. 20.3 de la Convención Del Niño).²⁹⁷ En el art. 21 del mismo documento internacional se establecen algunos deberes de los estados con respecto a la adopción de los niños. La adopción debe ser autorizada por un magistrado competente, según las leyes y procedimientos aplicables, que la hagan admisible conforme a la situación jurídica del menor con respecto a sus padres y siempre que todos los interesados hayan prestado su consentimiento previo el debido asesoramiento (art. 21.a). Cuando la colocación en un hogar de guarda no sea posible, o cuando no se pueda llevar

297 La kafala del derecho islámico es la protección a un menor de edad, brindándole hospitalidad (casa, alimentación, vestimenta, educación), como si se tratara de un hijo pero sin que adquiera los derechos de este (tales como los referidos al apellido y a los derechos hereditarios), ni tampoco genera impedimento matrimonial. La kafala es claramente diferente a la adopción plena de nuestro derecho.

a cabo la adopción, o cuando no pueda ser atendido en su país de origen, se acepta la adopción en otro país (art. 21.b), cuidando que sea sometida a normas similares a las que se exigen en el país de origen del menor (art. 21.c), y cuidando que la adopción “no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella” (art. 21.d).

El niño refugiado o que pretende alcanzar ese estado, es titular de los derechos reconocidos a favor de todo niño y el estado debe adoptar las medidas adecuadas para el disfrute de los mismos (art. 22.1 del Convenio Sobre El Niño). Ante un niño refugiado el estado debe procurar localizar a sus padres o a su familia y, de no ser ello posible, proceder a su colocación (art. 22.2).

En situación de desamparo se ubica al niño enfermo. El niño enfermo puede ser un niño que padece una dolencia ocasional o permanente. De ser un niño enfermo el beneficio consistirá en el tratamiento de su dolencia y en la rehabilitación de su salud (arts. 24 y 25 de la Convención Del Niño).

7.11. DERECHO A LA SALUD

Antes de la reforma de 1994 el derecho a la vida se encontraba expresamente reconocido en el art. 29 de la Constitución cuando dispone claramente que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos (de los habitantes del país) no queda a merced del gobierno o de persona alguna. A su vez, el derecho a la integridad física, psíquica y moral era un derecho implícito o no enumerado según lo establecido en el art. 33 de la ley suprema. Luego de la reforma de 1994 estos derechos aparecen expresamente reconocidos en los tratados enumerados. Ambos derechos (a la vida y a la integridad) justifican claramente el derecho a la salud o el derecho de la persona a recibir aquellos cuidados necesarios para subsistir y desarrollarse. Además en los mismos tratados enumerados se reconoce el derecho a la salud. Con estos documentos internacionales se amplía el texto de la ley suprema sobre esta materia.

Con la reforma de 1994 se incluye en el art. 42 la protección de la salud de los consumidores y usuarios de bienes y servicios. En los tratados enumerados el derecho a la salud ya no está limitado a la relación de consumo. En el art. 11 de la Declaración Americana se establece que “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica”. De esta forma en

la Declaración Americana el derecho a la salud aparece ligado a una política general de desarrollo social.²⁹⁸ En el art. 25.1 de la Declaración Universal se ordena el derecho a la salud. En la Convención Americana los derechos económicos, sociales y culturales son objeto de un desarrollo progresivo (art. 26). Así resulta que en el Protocolo de San Salvador se reconoce el derecho a la salud y se define a ésta como “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (art. 10). Nótese que la salud no queda definida como la integridad física, psíquica y moral de la persona, sino que se la entiende como el goce del más elevado bienestar físico, mental y social. La salud -que es un bien de la persona- no depende sólo de su estado físico, psíquico o moral, sino que, además, requiere del bienestar social. Desde esta norma del Protocolo de San Salvador resulta que no hay salud individual sin bienestar social, no hay salud personal sin desarrollo social. Para el Protocolo la salud es un bien público (art. 10.2) y para garantizar el derecho a la salud los estados americanos se comprometen a adoptar la “atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad” (art. 10.2.a). La idea de atención primaria de salud que exhibe el Protocolo de San Salvador guarda cierta similitud con la expuesta en la Declaración de Alma-Ata²⁹⁹, donde se afirma que la “atención primaria de salud es la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su

298 Para algunos conceptos de salud (y de políticas de salud) ver de Horacio Luis Barragán, (autor-director), *Fundamentos de la salud pública*, Edulp, La Plata, 2007, el capítulo 2º referido a las políticas de salud internacionales (pág. 67 y ss).

299 Entre el 6 y el 12 de septiembre de 1978 se llevó a cabo la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud en Alma-Ata, en la URSS y bajo la influencia del gobierno soviético. Para los miembros de la Conferencia la salud es un “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (art. I). Sobre esta base la política de salud queda integrada a una política general de desarrollo. La Conferencia planteó como meta “alcanzar un nivel aceptable de salud para toda la humanidad en el año 2000” mediante la utilización de los recursos que se utilizan para fabricar armas o financiar guerras (art. X). En la Declaración la salud aparece como una condición para “llevar una vida social y económicamente productiva” (art. V). Parecería que no hay un fin hedonista sino un objetivo productivista: el hombre debe estar sano para producir, para contribuir al desarrollo económico y social que, a su vez, es una condición para que alcance un nivel aceptable de salud (arts. I, III, V, VI y X).

desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación.” (art. VI) Para la Declaración de Alma-Ata la atención primaria es una parte de la política de salud que además se integra a la política de desarrollo social y económico. La atención primaria de salud “comprende, cuando menos, las siguientes actividades: la educación sobre los principales problemas de salud y sobre los métodos de prevención y de lucha correspondientes; la promoción del suministro de alimentos y de una nutrición apropiada, un abastecimiento adecuado de agua potable y saneamiento básico; la asistencia materno-infantil, con inclusión de la planificación de la familia; la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y lucha contra las enfermedades endémicas locales; el tratamiento apropiado de las enfermedades y traumatismos comunes; y el suministro de medicamentos esenciales” (art. VI.3).

Además el Protocolo de San Salvador exige a los estados -para garantizar el derecho a la salud- que adopten la “extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado” (art. 10.2.b); la “total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas” (art. 10.2.c); la “prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole” (art. 10.2.d); la “educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud” (art. 10.2.e); y la “satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables” (art. 10.2.f).

El Pacto de Derechos Económicos expresa que toda persona tiene derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12.1). Además, en el art. 12.2 se ordena al estado adoptar algunas medidas necesarias para asegurar la plena efectividad del derecho a la salud. Las medidas necesarias deben tender a reducir la mortalidad y la mortalidad infantil (art. 12.2.a); mejorar la higiene del trabajo y el medio ambiente (art. 12.2.b); a prevenir y tratar a las enfermedades epidémicas, endémicas profesionales y “de otra índole” (art. 12.2.c) y, por último, debe procurar “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” En la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial se establece el “derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales” (art. 5.e.iv). En la Convención sobre la mujer se ordena el derecho “a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguarda de la función de reproducción” (art.

11.1.f); el derecho al “acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia (art. 12.1); derechos que se hacen expresamente extensivos a la mujer rural (art. 14.2.b).

La política de salud que manda la Constitución -como un derecho exigible de la persona- está integrada por la atención médica (que incluye remedios, prótesis, anteojos, o demás elementos para procurar la salud) del individuo o de un conjunto de ellos. El conjunto puede abarcar a toda la población (e inclusive integrarse con la población de otros países, como, por ejemplo, los limítrofes) o a una parte de ellos. En el caso de la atención sanitaria de toda la población queda incluida la política de vacunación; los programas contra la desnutrición (o malnutrición), contra los accidentes de tránsito, contra las adicciones (o contra el consumo no recreativo de drogas), entre otros; y la provisión de agua corriente, cloacas y de electricidad, telecomunicaciones, gas y transporte, y el tratamiento de residuos y control sanitario de los alimentos. En el caso de la atención sanitaria de una parte de la población se puede ubicar la política de salud ocupacional, como es la prevención y cura de los accidentes y enfermedades profesionales.³⁰⁰

En la República Argentina el servicio de salud se brinda a través de hospitales públicos nacionales, provinciales o municipales; por medio de obras sociales (asociaciones de empleados u obreros que procuran la atención sanitaria de sus afiliados en forma directa o a través de terceros); y por empresas privadas (que otorgan a sus asociados atención médica y farmacéutica de diferente nivel de acuerdo al precio que abonan). Mientras que los sectores más pobres de la población se atienden en los hospitales públicos, los sectores medios (de asalariados y empleados administrativos) cubren sus necesidades sanitarias por medio de las obras sociales sindicales. Las clases medias acomodadas y los ricos abonan por los servicios de las empresas privadas de medicina (que operan sobre la base de cálculos actuariales, a semejanza de las compañías de seguros, para satisfacer los requerimientos de sus asociados con el pago de una mensualidad).

Si se analiza la historia de la salud pública en el país desde la década de los años cincuenta del siglo XX en adelante, se verá un crecimiento de las obras sociales y las empresas de medicina privada en claro detrimento de los

300 Ver de Barragán, ob. cit., el capítulo 12 sobre los componentes de la salud pública (pag. 305 y ss).

hospitales públicos.³⁰¹ Este proceso perjudica a los pobres en beneficio de los ricos. La política constitucional en materia de salud pública se opone a esta política gubernamental. La política constitucional es exactamente opuesta. El gobierno incumple con su deber de brindar un servicio de asistencia sanitaria. Los hospitales públicos ostentan graves defectos: sus edificios están muy deteriorados y sucios; su personal está mal pago; y no están provistos de los instrumentos y remedios para llevar a cabo su función de atender a los enfermos. El incumplimiento del gobierno es más grave aún si sumamos -al deterioro de los hospitales públicos- la política de financiamiento directo o indirecto que ejecuta a favor de las obras sociales y de las empresas de medicina privada. Una es la contracara de la otra: la política gubernamental ha favorecido el desarrollo de las obras sociales y las empresas de medicina privada en contra del mantenimiento y progreso de los hospitales públicos. La política constitucional no prohíbe la existencia de obras sociales (de uniones de obreros, o de uniones de socorros mutuos) ni de empresas de medicina privada, ni tampoco ordena la promoción de estas asociaciones en perjuicio de los hospitales públicos y de la salud de las mayorías pobres de la población, máxime cuando claro está que impone al gobierno el deber de brindar asistencia sanitaria a los habitantes de la nación, quienes tienen el derecho a gozar de dicho bien en forma igualitaria y sin sufrir discriminación alguna.

7.12. ACCIDENTES Y ENFERMEDADES DEL TRABAJO

Los valores y derechos en juego -la vida y la integridad de la persona- justifican un concepto amplio tanto del accidente de trabajo como de la enfermedad profesional. Los accidentes y enfermedades del trabajo son los padecimientos o dolencias físicas, psíquicas y morales (o afectivas) que sufre el trabajador (o su familia) y que tienen por causa o concausa o motivo el trabajo o que se producen con ocasión del mismo, ya sea durante la prestación propiamente dicha de los servicios o durante el viaje de ida desde su casa al

301 Ver de Barragán, ob. cit., los capítulos 18 (Evolución Histórica De La Atención Médica En Argentina), 19 (Los proyectos De Seguros Y Servicios), 20 (El Plan Federal De Salud), 23 (El Estado Y La Atención Médica); 24 (Las Obras Sociales Y La Atención Médica), 25 (El Subsector Privado, Las Empresas De Prepago Y La Atención Médica); ver también de Oscar Centrándolo y Florencia Devoto, Organización De La Salud En Argentina Y Equidad. Una Reflexión Sobre Las Reformas De Los Años Noventa E Impacto De La Crisis Actual. 2002.

trabajo o en el viaje de regreso.³⁰²

Ya hemos señalado que el trabajador tiene derecho a las condiciones dignas, equitativas y satisfactorias de labor; que este derecho implica el derecho de la persona a la higiene y seguridad en el lugar de trabajo; que el derecho de la persona a la higiene y seguridad en el lugar de trabajo se encuentra, a su vez, expresamente reconocido en el derecho internacional; y que estos derechos se complementan con el deber de no dañar (arts. 14 y 19 de la ley suprema).³⁰³ Aquí por ello muestro otro sustento al derecho del obrero y al deber del patrón y del estado, que es más básico, más elemental y que suele no ser señalado ni utilizado claramente.

El obrero tiene derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral (por ejemplo: art. 1 de la Declaración Americana; art. 3 de la Declaración Universal; arts. 4, 5.1 de la Convención Americana; art. 6 del Pacto de Derechos Económicos; art. 5.b de la Convención contra la Discriminación Racial; art. 6 de la Convención Del Niño). Este derecho equivale a la obligación del patrón de respetar la vida y la integridad del trabajador. El derecho del empleado es el correlato de la obligación del empleador de no dañar la vida y la integridad del dependiente. Pero es algo más que ello. Es también la obligación del patrón de velar por la seguridad material y mental de su empleado. Es entonces el deber del empleador de brindar seguridad al empleado, como mínimo, en su lugar de trabajo, a cuyos efectos, debe crear las condiciones de labor que permitan que los servicios no dañen a su prestador. La obligación del patrón de reparar los daños que sufre el trabajador a raíz de un accidente laboral o de una enfermedad profesional tiene por fuente, en principio, el deber de respetar la vida humana y la integridad física, psíquica y moral de la persona. Sobre la base del derecho a la vida y a la integridad de la persona se sostiene la

302 No es protectorio del trabajador eliminar del concepto de accidente de trabajo al accidente in itinere, o en limitar a la noción de accidente in itinere como sucede cuando la Corte Suprema decide que “Los accidentes ocurridos a los obreros cuando vienen o salen del trabajo son indemnizables cuando ha mediado riesgo específico, es decir, cuando han tenido relación directa con el trabajo y no cuando el riesgo es genérico, esto es, común para todos, aún para aquellos que no tienen ninguna vinculación con las tareas propias del obrero accidentado” (CS, diciembre 22-1944, López de Cainzo c. Gobierno Nacional, DT, 5, 123). No hay que exigir ningún riesgo específico para que sea procedente la reparación del daño ocurrido durante un accidente in itinere, sino sólo que se trate de un accidente padecido en el trayecto (normal, habitual, razonable o definido con una razonable amplitud) de ida de la casa al trabajo y de vuelta.

303 Ver párrafo 6.3.

responsabilidad del patrón que, en la materia que nos ocupa, tiene un carácter preventivo del daño y un carácter reparador del mismo.

Se trata de un derecho de la persona (en cuanto trabajador) a la indemnidad (a no sufrir daños por el hecho o con ocasión de su trabajo), cualquiera sean sus labores y cualquiera sea su empleador.³⁰⁴

La responsabilidad preventiva del daño es el deber de seguridad que pesa sobre el patrón como una de las obligaciones del contrato de trabajo. Por las normas constitucionales que señalamos el contrato de trabajo está integrado con el deber de seguridad. El deber de seguridad es la obligación patronal, impuesta por la celebración del contrato de trabajo, de no dañar la vida ni la integridad psicofísica del dependiente a cuyos efectos tiene que imponer condiciones de labor que sean higiénicas y saludables desde el punto de vista físico, psíquico y moral.³⁰⁵

304 Al respecto dice la Corte Suprema que “No existe impedimento alguno para otorgar una indemnización basada en la ley de accidentes del trabajo a los integrantes de las fuerzas armadas o de seguridad -ya sea su incorporación voluntaria u obligatoria- toda vez que las normas específicas que rigen las citadas institucionales no prevén una indemnización sino un haber de retiro de naturaleza provisional” (CS, agosto 20-1996.- Lapegna, Mario D. c. Prefectura Naval, 1997-A, 197).

305 El deber de seguridad -en cuanto es una obligación del contrato de trabajo- tiene sustento constitucional. Ello es así más allá de las modificaciones que ha sufrido la ley de contrato de trabajo 20.744 sobre el tema. Recordemos al respecto las siguientes normas y hechos: en el art. 83 LCT de la ley 20.744 de 1974 se dispuso: “Deber de seguridad.- El empleador debe hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en esta ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en trasgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca.” A partir del golpe militar se impuso -por la ley 21.297- el siguiente texto para el art. 75: “Deber de seguridad.- El empleador debe hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en esta ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo observar las disposiciones legales y reglamentarias, pertinentes sobre higiene y seguridad del trabajo.” Por último con la ley 24.557 (de riesgos de trabajo) se modifica el art. 75 en el siguiente sentido:

La responsabilidad reparadora del daño es el deber del empleador de indemnizar los perjuicios padecidos por el dependiente (o su familia) producidos por un accidente o enfermedad laborales. La obligación es de reparar integralmente el daño, lo que quiere decir que es susceptible de ser indemnizado el daño emergente, el lucro cesante, la pérdida de chance y el daño moral. Se trata de una reparación integral conforme al mandato de la ley suprema de respetar la vida, la integridad de la persona y de no dañar, que, además, coincide con los derechos reconocidos en el derecho civil o común.

En el caso de un accidente del trabajo o de una enfermedad profesional el daño emergente es la incapacidad (o grado o porcentaje de incapacidad) que sufre la persona a raíz del accidente o de la enfermedad, que incluye a la invalidez física pero que no se limita a ella sino que también abarca al impedimento laboral en general.³⁰⁶ Pero también el daño emergente son los gastos médicos, farmacéuticos, de transporte y de cualquier otro tipo que debe realizar para curarse de la dolencia sufrida a partir del accidente o de la enfermedad.³⁰⁷ El lucro cesante es la pérdida de sus salarios (o ingresos en

“(Deber de seguridad).- 1. El empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal. 2. Los daños que sufra el trabajador como consecuencia de incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas.” Entre las “normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales” quedan incluidas tanto las comunes establecidas en el Código Civil como las especiales dispuestas en una ley de accidentes laborales (que cuando se redactó esta última versión del art. 75 LCT fue la ley 24.557). El artículo -muy modificado por cierto- igual mantiene el deber de seguridad como una obligación del patrón. Hasta inclusive en el título. De aquí que el trabajador tenga derecho a exigir su cumplimiento más los daños y perjuicios causados, o a rescindir el contrato. No hay duda al respecto. Se trata de derechos reconocidos en el derecho común o civil. Carlos Pose, entonces, se equivoca cuando afirma que la reforma impuesta por el art. 24.557 “ha vaciado de todo contenido jurídico al art. 75 de la LCT ya que no se concede acción alguna al trabajador contra el empresario, que aquél pueda intentar denunciando la omisión de las diligencias impuestas por el deber de seguridad” (Ley de Contrato de Trabajo, Buenos Aires, 2004).

306 Así ha dicho la Corte Suprema que “El concepto de incapacidad laboral no es esencialmente asimilable al de invalidez física, ya que resulta posible que en determinados supuestos ella no se presente en forma de incapacidad o dolencia, sino como producto de un estado de precariedad o desamparo nacido de determinadas circunstancias económico-sociales”(CS, abril 9-1991.- Damonte Eva I c/ Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires: DT, 1991-B, 2285).

307 Por ejemplo, la Corte Suprema ha resuelto que “Si el actor convivía con su esposa y dos

general) desde que el dependiente sufre el accidente (o deja de trabajar por la enfermedad profesional) hasta que el médico le otorga el alta luego de haber sido curado. La pérdida de chance es el daño a la posibilidad de avanzar en la carrera profesional (art. 7.c del Protocolo de San Salvador; o art. 7.c del Pacto de Derechos Económicos). Y el daño moral es el agravio a los afectos, a los sentimientos del dependiente o su familia.

En gran medida esta es la doctrina de la Corte Suprema en su fallo del caso Aquino, donde en el considerando tercero sostiene que la reparación debe alcanzar a la disminución de la capacidad, al daño moral, al daño a la integridad psicofísica en sí misma (que sería un perjuicio a la vida de relación en general) y a la pérdida de chance.³⁰⁸ En su considerando cuarto la Corte Suprema señala que ya había juzgado que “resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera ‘justa’, puesto que ‘indemnizar es... eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento’, lo cual no se logra ‘si el daño o el perjuicio subsiste en cualquier medida’” (Fallos 268: 112, 114, considerandos 4 y 5). Para la Corte es inconstitucional un sistema de reparación (en el caso de accidentes o enfermedades profesionales) que “no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador” (considerando 6°). Y es que, según afirma en el considerando once de su sentencia, “en la jurisprudencia de la Corte, no está ausente la evaluación del daño como ‘frustración del desarrollo pleno de la vida’” (Fallos 315:2834, 2848, considerando 12).

La indemnización debe ser integral, completa, total. Por ello “Es descalificable la sentencia que utiliza una fórmula matemática como pauta indicativa para resarcir el perjuicio y finalmente fija una cantidad que no guarda ninguna relación con el sistema indicado, ya que los montos a los que arribó no satisfacen el principio de integridad en función de la gravedad

hijas menores en el momento en que aquélla falleció, es lógico concluir que el viudo debió recurrir a terceros -cuyos servicios se presumen onerosos- para suplir las carencias que la muerte de su mujer provocó en la atención del hogar y el cuidado de sus hijas. Sobre tal base, debe tipificarse como daño emergente del fallecimiento de la víctima los gastos derivados de la necesidad de contratar a una persona para realizar los quehaceres domésticos en el hogar familiar correspondiendo su reparación por la vía civil, ya que existe una erogación no prevista que es consecuencia directa del infortunio” (CS, abril 1-1997.- L.E.A. y otros c. Nestlé SA, DT 1997-B, 1901).

308 CS, 2004-9-21.- Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA (Suplemento Especial Diario La Ley del 27-9-2004), donde además se citan las decisiones de Fallos 308:1109, 1115, consid. 7°; 310:1826, 1828/1829, consid. 5°; 308:1109, consid. 9°.

de la secuela invalidante, ni la repercusión moral, social y espiritual del menoscabo...”³⁰⁹ Hay que atender a la invalidez física y al menoscabo moral, social y espiritual que provoca el hecho dañoso.

Como ya dijimos, sobre la base de los derechos en juego se impone un concepto amplio del accidente laboral y de la enfermedad profesional y de la responsabilidad del empleador y del estado, tanto en su aspecto preventivo como reparador del hecho o estado dañoso. Por ello, por ejemplo, la Corte Suprema se equivoca cuando sostiene que “En el caso de enfermedad no profesional (síncope cardíaco) la indemnización es debida solamente cuando las condiciones del trabajo, que han actuado como causa o concausa de la misma, de su agravación o de su crisis final, son extraordinarias o anormales. Por consiguiente, cuando la incapacidad o la muerte provienen de los efectos de un trabajo ordinario sobre dicha afección, no hay desde ningún punto de vista enfermedad indemnizable como accidente.”³¹⁰ Primero, el síncope cardíaco puede ser considerado una enfermedad laboral. Segundo, es acertado sostener que las condiciones de trabajo pueden actuar como causa o concausa del daño sufrido por el evento. La reparación se debe tanto cuando el hecho dañoso es la causa del daño como cuando es sólo una concausa o evento coadyuvante del perjuicio. Tercero, la reparación se impone tanto cuando el daño es producido por condiciones de trabajo extraordinarias o anormales como cuando el perjuicio tiene su origen en un trabajo ordinario. La Corte Suprema pone una limitación sin sustento alguno cuando exige que para la reparación, el daño debe ser producido por condiciones de trabajo extraordinarias o anormales. Ello no es así. Si el daño tiene su causa o concausa en el trabajo o en las condiciones de labor -sean éstas ordinarias o extraordinarias- el empleador es el obligado a repararlo.³¹¹

En gran medida todo el deber de seguridad -en cuanto obligación del patrón- se encuentra en este repertorio de un fallo de la Corte Suprema: “Incurrir en manifiesta negligencia el propietario de un hospital que no ha

309 CS, setiembre 7-1993.- Ojeda, Tiburcio c. Aliver SA: TySS 1994-151.

310 CS, junio 25-1945, Tomelleri y otros c. Gobierno Nacional, DT, 5, 339.

311 Por ello es más acertado sostener que “Corresponde considerar como accidente del trabajo indemnizable el síncope cardíaco sufrido por un obrero cambista, pocos minutos después de haber realizado un serio esfuerzo, cuando se trata de un trabajador que fue considerado siempre como sano y no se ofrecieron pruebas para excluir la relación de causa a efecto entre dicho esfuerzo y el síncope” (CS, febrero 20-1946, Pacini de Gazzani c. Gobierno Nacional, DT, 6, 115).

dotado a éste de los elementos necesarios para la protección de su personal y, por consiguiente, debe reputársele culpable y único responsable de las consecuencias que hayan afectado al mismo.³¹² El lugar de trabajo (en ese caso el hospital) debe estar dotado por el empleador de “los elementos necesarios para la protección de su personal”. Así las condiciones de trabajo deben ser, como mínimo, inocuas, y, conforme a la Constitución, dignas, equitativas y satisfactorias.

La integralidad de las reparaciones debidas por el accidente o la enfermedad incluye a la actualización del valor de la moneda. El trabajador no está obligado a soportar la desvalorización monetaria. Así se ha resuelto que “No excede las facultades propias de los jueces de la causa la decisión que actualiza el monto de la condena en los términos de art. 301 de la Ley de Contrato de Trabajo, pese a que en el caso se dedujo la acción prevista en el art. 17 de la ley 9.688, con fundamentos en los arts. 1113 y 1078 del Código Civil.”³¹³ La integralidad de la indemnización coincide con el deber de asegurar los derechos del trabajador, con el principio de la norma más favorable y con el derecho a la igualdad, tal cual se puede ver en el siguiente fallo de la Corte Suprema: “El régimen de indemnización por accidente de trabajo para el personal aeronavegante del dec. 16130/46, creado con el objetivo de otorgar mayores beneficios que el de la ley 9.688, se transformó por el mero transcurso del tiempo y a raíz de las actualizaciones del sistema general, en un ordenamiento notoriamente menos favorable que este último por lo que su aplicación actual provoca lesión a la garantía prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional.”³¹⁴

El derecho del trabajador a la indemnidad en sus labores si bien implica en primer lugar un deber del empleador a respetar su vida y su integridad personal tal cual lo hemos expuesto, no excluye las obligaciones del gobierno. Y son estas obligaciones las que tenemos que analizar en adelante. Primero

312 CS, abril 7-1949, Sánchez Redondo c. Gobierno Nacional, DT, 9, 353.

313 CS marzo 15-977, Massini, Guillermo c. Calogrif SA, Jacobi, DT 37, 929. En el mismo sentido se ha decidido que “Procede la actualización por desvalorización monetaria de la indemnización por accidente de trabajo depositada en sede administrativa, desde que es debida hasta su efectivo pago”, y que “Es inconstitucional el art. 276 de la LCT en tanto requiere la iniciación de demanda judicial para que resulte precedente la actualización por desvalorización monetaria del crédito reclamado” (CS julio 26-1983.- Saavedra, Humberto M. C/ Eleprint SA: DT 1983-B, 1920).

314 CS, octubre 18-1984.- Dardanelli de Cowper, Ana Inés M. C/ Aerolíneas Argentinas SA: DT 1984-B, 1886.

el gobierno debe -en cuanto empleador- respetar la vida y la integridad de sus empleados. Segundo, el gobierno debe dictar una legislación que asegure el más pleno goce del derecho a la higiene y seguridad en el trabajo, a la prevención y reparación integral de los accidentes y enfermedades profesionales, a la prohibición del trabajo infantil en labores insalubres, a la limitación de la jornada en trabajos insalubres, entre otros. Y tercero, el gobierno debe velar para que las empresas cumplan con las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo.

Entre los deberes del gobierno se encuentra la obligación de impedir o limitar las labores en aquellos casos en que son lesivas a la salud de la persona. La supresión o limitación del trabajo insalubre es un deber del gobierno. La supresión consiste, lisa y llanamente, en la prohibición de su ejecución. La limitación se alcanza por diferentes medios: prohibir que algunas personas (como niños, mujeres o viejos) realicen las tareas insalubres; o que las mismas se ejecuten en horarios reducidos; o que los servicios dañinos se presten durante una breve cantidad de años. Este es un deber que pesa sobre todos los poderes del gobierno. Es un error sostener que la declaración sobre la insalubridad de un trabajo es una atribución exclusiva del poder ejecutivo nacional. Ello no es así. El deber de proteger al trabajador es una obligación impuesta a todos los poderes del gobierno por la ley suprema (art. 14 bis). En este sentido es tanto un deber del poder ejecutivo, como del legislativo y del judicial.

El poder judicial tiene atribuciones suficientes para conocer y decidir todas las causas (art. 116 de la Constitución). En una causa puede conocer y decidir sobre si un trabajo es o no es insalubre y aplicar a partir de ese presupuesto de hecho las consecuencias previstas en el orden jurídico (que, en general, consiste en el pago de las diferencias salariales devengadas por haber trabajado más horas que las debidas de haberse considerado desde un principio que eran labores insalubres). Toda ley (o doctrina) que establezca como condición necesaria para calificar de insalubre a un trabajo la declaración por parte del poder ejecutivo o del poder legislativo resulta inconstitucional y debe ser descalificada. La Constitución no establece ninguna condición para que el poder judicial conozca y decida en una causa sobre la insalubridad de un trabajo. Se trata de un deber ineludible y que está impuesto en el art. 14 bis y en el art. 116 de la ley suprema.³¹⁵

315 Hay una larga historia legislativa y doctrinaria que se opone a lo expuesto y que exige

Sobre la base de los derechos reconocidos en la ley suprema, en materia de accidentes y enfermedades laborales, resulta inconstitucional toda legislación que restrinja el conjunto de los hechos dañosos. La misma descalificación merece si limita al daño, o sea porque algunos daños son excluidos. Los daños se pueden excluir por diferentes procedimientos, por ejemplo: se elabora un listado taxativo de enfermedades profesionales, o sólo se ordena indemnizar el daño emergente. También es inconstitucional la legislación si limita el monto de las indemnizaciones, o si impone una reparación parcial (o no integral), o si impone una indemnización reducida y al mismo tiempo impide al trabajador que reclame por la que le corresponde según el derecho común

como paso previo ineludible a la declaración administrativa de la insalubridad. Así en 1929 en el art. 2 de la ley 11.544 se dispone “El Poder Ejecutivo determinará, sea directamente o a solicitud de parte interesada y previo informe de las reparticiones técnicas que correspondan, los casos que regirá la jornada de 6 horas.” En el art. 217 de la ley 20.744 (de 1974) se establece que “En lo que atañe a los servicios prestados en tareas penosas, mortificantes, riesgosas, determinantes de vejez o agotamiento prematuro, el Poder Ejecutivo determinará directamente o a solicitud de parte interesada los casos en que deba regir esta jornada limitada, sin perjuicio de los mayores beneficios acordados a los trabajadores por leyes, estatutos especiales y/o convenciones colectivas; tal jornada limitada en ningún caso importará rebaja alguna o disminución en las retribuciones.” En el art. 200 de la LCT (según la reforma de la ley 21.297) se ordena: “En caso de que la autoridad de aplicación constatare el desempeño de tareas en condiciones de insalubridad, intimará previamente al empleador a adecuar ambientalmente el lugar, establecimiento o actividad para que el trabajo se desarrolle en condiciones de salubridad dentro del plazo razonable que a tal efecto determine. Si el empleador no cumpliera en tiempo y forma la intimación practicada, la autoridad de aplicación procederá a calificar las tareas o condiciones ambientales del lugar de que se trate. La jornada de trabajo en tareas o condiciones insalubres no podrá exceder de seis (6) horas diarias o treinta y seis (36) semanales. La insalubridad no existirá sin declaración previa de la autoridad de aplicación, con fundamento en dictámenes médicos de rigor científico y sólo podrá ser dejado sin efecto por la misma autoridad si desaparecieran las circunstancias determinantes de la insalubridad. La reducción de la jornada no importará disminución de las remuneraciones. Agotada la vía administrativa, toda declaración de insalubridad, o la que deniegue dejarla sin efecto, será recurrible en los términos, formas y procedimientos que rijan para la apelación de sentencias en la jurisdicción judicial laboral de la Capital Federal. Al fundar este recurso el apelante podrá proponer nuevas pruebas. Por ley nacional se fijarán las jornadas reducidas que correspondan para las tareas penosas, mortificantes o riesgosas con indicación precisa e individualizada de las mismas.” En general la CNAT acepta esta legislación y doctrina sobre la materia. Así, por ejemplo, en su fallo plenario del 28-12-2007, en autos Escalera, Orlando y otros c. Aceros Zapla SA, fija la siguiente doctrina: “La declaración de la Dirección Provincial de Trabajo de la Provincia de Jujuy mediante Resolución N° 161/2001 en el sentido de que una tarea es penosa, riesgosa y/o determinante de vejez o agotamiento prematuro, dirigida a regir el ámbito provisional en los términos del decreto 4257/68, no se aplica como declaración de insalubridad en el marco del art. 200 LCT.”

o civil aplicable a todos los habitantes del país.³¹⁶

Dentro de las obligaciones del gobierno se encuentra su deber de establecer una legislación que asegure al trabajador, una vez acaecido el accidente o adquirida la enfermedad, su real y efectiva curación y el cobro de sus indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos. Para ello el gobierno debe imponer el nivel de responsabilidades que establece la Constitución nacional y sus tratados enumerados. En primer lugar la prevención y reparación de los accidentes y enfermedades profesionales son obligaciones contractuales que pesan sobre el empleador, quien debe pagar tanto una como otra. En su defecto aparecen los garantes y sus garantías. Primero está la sociedad y en ella los empleadores del sector o de la actividad. Luego se encuentra el estado. Y es que la prevención y reparación de los accidentes y enfermedades laborales son unos de los beneficios sociales que el estado debe otorgar.

316 Algunos de estos graves defectos ostenta la ley 24.557 (Ley de Riesgos de Trabajo), que aquí no analizamos en particular. Sólo señalo que la CS in re Aquino (DT, 2004-B, 1288) declaró la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT y, de esa forma, restituye el derecho del trabajador a reclamar las indemnizaciones debidas conforme al derecho común o civil; in re Castillo (DT, 2004-B, 1280) declaró la inconstitucionalidad de la norma que establece la jurisdicción federal para entender en las causas por accidentes de trabajo; y en autos Milone c. Asociart (sent. 26/10/2004) declaró la inconstitucionalidad del art. 14.2 de la LRT (que ordena el pago en cuotas de las indemnizaciones).

ÍNDICE

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	09
2. ASEGURAMIENTO Y PROGRESIVIDAD	19
2.1. El deber de asegurar (prohibición de retroceder)	22
2.2. El principio de la progresividad	29
2.3. Orden social progresivo y orden social regresivo	45
2.4. Ordenes jerárquico y de prelación de las normas	51
2.5. Los tratados internacionales y los decretos	73
2.5.1. Los tratados comunes	73
2.5.2. Los tratados enumerados	75
2.5.3. Los tratados no enumerados	78
2.5.4. Los tratados de integración	79
2.5.5. Los tratados internacionales de las provincias	83
2.5.6. Los decretos del PEN	83
2.6. La operatividad	85
3. SOBRE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD	91
3.1. Igualdad de derechos y de trato	93
3.2. La aplicación imparcial de la ley	102
3.3. Igualdad de oportunidades	105
3.4. La doctrina del derecho	109
4. IGUALDAD Y DERECHO LABORAL	113
4.1. A la celebración del contrato	130
4.2. Durante la ejecución del contrato	136
4.3. Y en la extinción del contrato	147
4.4. En el derecho colectivo	169
5. DOCTRINA DE FACTO Y JURISPRUDENCIA LABORAL REGRESIVA	173
5.1. Algunas críticas	180
5.2. Eliminación de la regla que manda reconocer los gobiernos de facto	187
5.3. La instalación de un gobierno democrático	188
5.4. La reinstalación de un gobierno democrático	189
5.5. Jurisprudencia laboral regresiva	192

6. EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL	199
6.1. El deber de asegurar en el art. 14 bis	201
6.2. El derecho de trabajar	205
6.3. Las condiciones de labor	209
6.4. La jornada limitada	211
6.5. El descanso	212
6.6. Retribución justa y salario mínimo	215
6.7. Participación en las ganancias	217
6.8. Igual remuneración por igual tarea	221
6.9. La estabilidad	224
6.10. La libertad de asociación	230
6.11. Los convenios colectivos	244
6.12. La conciliación y el arbitraje	248
6.13. El derecho de huelga	249
6.14. Los representantes gremiales	251
7. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL	255
7.1. El concepto de la seguridad social	257
7.2. Integralidad, irrenunciabilidad y movilidad	272
7.3. Seguro social, beneficios y aportes	274
7.4. Entidades nacionales o provinciales	278
7.5. Jubilaciones y pensiones móviles	280
7.6. La protección integral de la familia	292
7.7. Defensa del bien de familia	296
7.8. Compensación económica familiar	297
7.9. Acceso a una vivienda digna	297
7.10. La seguridad social del niño	298
7.11. Derecho a la salud	305
7.12. Accidentes y enfermedades del trabajo	309

Se terminó de imprimir en Artes Gráficas
Chilavert en el mes de Diciembre de 2008.
www.estudiointermedia.com.ar

CONSTITUCIÓN Y TRABAJO

¿Cuáles son los derechos del trabajador que reconoce la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos? ¿Cómo es el derecho del trabajo y de la seguridad social según el régimen de los derechos humanos y la democracia? En CONSTITUCIÓN Y TRABAJO se intenta dar respuesta a éstas preguntas y así se continúan aquellos estudios que se elaboraron en LA CONSTITUCIÓN, LOS TRATADOS Y LA FLEXIBILIDAD LABORAL (DT, 1996-B, 2707) y en EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL (DT, 1998-A, 681). Para ello se analiza el art. 14 bis con más las ampliaciones que ordenan los documentos o tratados internacionales enumerados en el Inc. 23 del Art. 75 de la ley suprema; se investiga el deber estatal de asegurar los derechos y el principio de la progresividad, a partir de los cuales se definen tanto el orden social progresivo y el orden social regresivo, como los órdenes jerárquicos y de prelación de las normas; se estudia al principio de igualdad y a la prohibición de discriminar y se señalan los límites que debe tener el reconocimiento de las normas y actos de los gobiernos de facto.

JAVIER SPAVENTA