

EL DERECHO AL TRABAJO COMO LÍMITE FRENTE AL DESPIDO SIN CAUSA EN ARGENTINA*

THE RIGHT TO WORK AS A LIMIT AGAINST DISSIMINAL WITHOUT CAUSE IN ARGENTINA

María Florencia SUÁREZ**

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año LIV, número 162,
septiembre-diciembre de 2021.

DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17076](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17076)

Resumen:

Comprender el significado, contenido y alcance con que el derecho al trabajo es reconocido legalmente a nivel internacional. Analizar su evolución en nuestro país hasta lograr su inclusión constitucional definitiva en 1994 y explorar las posibilidades del derecho al trabajo para actuar como límite protector frente al despido arbitrario. Iniciamos el desarrollo de este artículo relevando los principales instrumentos que refieren al derecho al trabajo en forma directa o indirecta. Luego describimos su proceso de recepción constitucional. Por último, a partir de preguntar si es posible un derecho al trabajo sin estabilidad, si su recepción constitucional es suficiente para tal fin y cuál sería la mejor forma de garantizar el derecho al trabajo apelamos al derecho comparado y a la teoría garantista de Ferrajoli (2001) en un ineludible test de compatibilidad entre un sistema de estabilidad relativa impropia¹ como el nuestro y las posibilidades concretas de garantizar su respeto. Una revisión general de los instrumentos internacionales nos

Abstract:

Understand the meaning, content, and scope with which the right to work is legally recognized at the international level. Analyze its evolution in our country until its definitive constitutional inclusion in 1994 and explore the possibilities of the Right to Work to act as a protective limit against arbitrary dismissal. We begin the development of this article by highlighting the main instruments that refer to the right to work, either directly or indirectly. Then we describe its constitutional reception process. Finally, starting with the question whether a right to work without stability is possible, if its constitutional is enough for this purpose and what would be the best way to guarantee the right to work, we appeal to comparative law and to Ferrajoli's guarantee theory (2001), in an inescapable compatibility test between an improper relative stability system like ours and the concrete possibilities of guaranteeing its respect. A first general review of international instruments allowed us to have a comprehensive notion of the

permitió tener una noción integral del sistema de derecho internacional y del marco protector del trabajo en el mundo. También descubrimos que su recepción constitucional no estuvo exenta de contradicciones ni retrocesos y que se edificó en diversas etapas representadas por distintos momentos históricos, modelos de Estado y reformas constitucionales produciendo importantes consecuencias.

Finalmente, concluimos en que un sistema de estabilidad relativa impropia como el nuestro resulta incompatible con la posibilidad de garantizar el respeto del derecho al trabajo.

Palabras Clave:

derecho al trabajo, Constitución nacional, despido sin causa, protección, límite.

international law system and more particularly, of the protective framework of labor in the world. We also discovered that its constitutional reception was not without contradictions or setbacks and that it was built in various stages represented by different historical moments, state models and constitutional reforms, each one impregnated with its own ideology and that this produced important consequences.

Finally, we conclude that the system of improper relative stability like ours is incompatible with the possibility of guaranteeing respect for the right to work.

Keywords:

Right to Work, National Constitution, Dismissal without cause, protection, limit.

SUMARIO: I. *Marco normativo internacional del trabajo.* II. *El proceso de recepción constitucional del derecho al trabajo en Argentina y sus repercusiones.* III. *El derecho al trabajo como límite frente al despido sin causa.* IV. *Reflexiones finales.* V. *Referencias.*

I. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

En el ámbito del sistema universal de carácter general en materia de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² (PIDESC) (1966) es el instrumento que trata con mayor profundidad el derecho en cuestión. En su artículo 6o. proclama el derecho al trabajo en un sentido general brindando una definición y descripción de su contenido en su primer párrafo. Al tiempo que en el segundo de ellos establece medidas a llevar a cabo por los Estados parte para lograr la plena efectividad de este derecho.

De esta manera, continúa desarrollando explícitamente su dimensión individual a través del reconocimiento del “derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo. Mientras que su dimensión colectiva es abordada en el artículo 8o. que estipula “el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al que sea de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente”.

El PIDESC debe ser interpretado necesariamente a la luz de la Observación General núm. 18³ del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cual fue emitida en 1966 con la

intención de ayudar a los Estados parte a aplicarlo y cumplir con sus obligaciones en materia de elaboración de informes. La Observación explica que “el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”.⁴

Ello incluye

El derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo. También supone no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo y el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso al empleo. Además implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo.⁵

Este es un derecho individual que pertenece a cada persona y es a la vez un derecho colectivo. “Engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. El derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo”.⁶ Podríamos decir que en realidad la obligación del Estado tiene que ver más bien con desarrollar una política de empleo y ocupación plena y productiva de todas las personas que desean trabajar.

Pero ¿a qué tipo de trabajo se refiere el derecho al trabajo? La Observación General núm. 18⁷ señala que debe ser un trabajo digno, entendiendo por aquel al que “se realiza en condiciones propicias que aseguren al trabajador el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana y que garanticen condiciones de seguridad y remuneración a través de una renta que les permita vivir”.⁸

Una vez precisado el contenido y alcance individual y colectivo del derecho al trabajo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció ciertos criterios de clasificación de las obligaciones en cabeza del Estado para velar por la realización efectiva y progresiva del mismo, estableciendo distintos tipos de ellas.

Por otro lado, dentro del sistema regional americano en materia de derechos humanos se encuentra el Protocolo Adicional a esta Convención, también conocido como Protocolo de San Salvador (1998).⁹ Este reconoce en su artículo 6o.: “El derecho de todas las personas al trabajo y a que se garantice su ejercicio en condiciones justas y equitativas y satisfactorias”.¹⁰ Enfatiza, además, en “la obligación de los Estados de adoptar medidas que garanticen la plena efectividad del derecho”,¹¹ en especial frente a determinados grupos de personas como mujeres, menores, entre otros.

Pero, tal vez, lo más relevante del Protocolo Adicional en relación con nuestro objeto de análisis es que consagra el principio de estabilidad y admite expresamente la readmisión en el puesto como forma de reparar la violación del derecho al trabajo. En su artículo 7.d dispone expresamente que:

...Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: d. 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 casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional...

El presente se encuentra vigente en nuestro país.

Luego, en la órbita de la Organización Internacional del Trabajo en 1998 se adoptó la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo¹² con el fin de responder a la necesidad de determinar algunas normas mínimas que los países miembros pudieran exigir su cumplimiento sin necesidad de una ratificación. Su importancia radica en el hecho de que su reconocimiento basta por el solo hecho de ser miembro de la Organización Internacional del Trabajo y haber adherido a su Constitución.

Asimismo, la Declaración compromete a los Estados miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías: “La libertad de asociación y libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorios, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.¹³

Al final se encuentra el Convenio núm. 158 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo (1985) el cual aún se encuentra pendiente de ratificación por parte de nuestro país. Este tiene su origen en la Recomendación núm. 119 que sobre la misma materia adoptó la Conferencia General de la OIT en 1963.

Recomendación que, por lo que respecta a los despidos individuales, se limita a indicar la conveniencia de que los mismos se apoyen en una causa justificada que evite su arbitrariedad subrayando al propio tiempo determinadas circunstancias o situaciones en las que nunca debiera poder fundarse el acto extintivo de la relación laboral (fundamentalmente razones sindicales o discriminatorias). Por lo demás, dicha Recomendación expresa el deseo de la Conferencia de que se reconozca a los trabajadores el derecho a recurrir contra el despido. (Galiana Moreno, 1986, p. 105)

El valor de este instrumento radica en que sus disposiciones revelan la necesidad de crear garantías frente a la extinción unilateral del contrato de trabajo con un alcance universal.¹⁴ De esta manera exige la observancia de determinados requisitos formales que impidan la indefensión del trabajador frente al acto de despido,¹⁵ así como la necesidad de ofrecer causa relacionada con la conducta del trabajador¹⁶ y la exigencia de establecer un recurso contra la terminación, es decir la posibilidad del trabajador de recurrir ante cualquier organismo neutral¹⁷ que deberá “estar facultado a examinar las causas invocadas y justificar la terminación y todas las demás circunstancias del caso para pronunciarse sobre si la terminación está justificada o no”.¹⁸

Si este llegase a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran

posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.¹⁹

Por último, no podemos pasar por alto que la readmisión del trabajador mal despedido es el mecanismo elegido por este convenio para reaccionar en principio frente al despido injustificado previéndose la posibilidad de ordenar el pago de una indemnización adecuada en su defecto.

II. EL PROCESO DE RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO EN ARGENTINA Y SUS REPERCUSIONES

La consagración legal del derecho al trabajo en nuestro país fue progresiva y no estuvo exenta de contradicciones ni retrocesos. La Constitución Nacional actualmente vigente se edifica en diversas capas superpuestas representadas por distintos momentos históricos, modelos de Estado y reformas constitucionales, cada uno de ellos impregnados de su propia ideología. En este marco, el proceso de constitucionalización del derecho al trabajo produjo importantes repercusiones y terminó de configurarse con la interpretación jurisprudencial que los más altos tribunales de nuestro país realizaron de la norma fundamental luego.

El primer momento constituyente debe buscárselo a mediados del siglo XIX, en los orígenes de la organización nacional, cuando luego de un largo período de convulsiones políticas sobre la forma de constituir el país a partir de la independencia del poder colonial y *todavía* bajo una impronta liberal muy marcada, nació la Constitución Nacional Argentina. (Gianibelli, 2014, p. 295)

Hay que decir que su versión originaria de 1853 consagró inicialmente la “libertad de trabajo”²⁰ (artículo 14 Constitución Nacional) y no el “derecho al trabajo” tal y como lo conocemos hoy, la cual era más compatible con los postulados liberales y con la defensa de los derechos a la propiedad o libertad de empresa propios de la época. Todavía nos encontrábamos muy lejos de poder incluir constitucionalmente el derecho al trabajo, con el contenido y alcance que recién había comenzado a gestarse en los países europeos y llegaría a las Constituciones de esos países casi un siglo después, en la segunda posguerra.

Siguiendo con nuestra línea del tiempo, el segundo momento fue el del constitucionalismo social con la Reforma constitucional de 1949. “Hubo que esperar casi un siglo para que en otro contexto político, social e internacional, se gestase un genuino proceso constituyente de carácter social que reemplazara la constitución liberal por un particular modelo de constitucionalismo social” (Gianibelli, 2014, p. 295) que si bien reconocía e incorporaba los derechos sociales, todavía negaba del derecho de huelga.

Esta reforma fue impulsada y realizada por el peronismo en el poder y significó un importante cambio porque la Constitución de 1853, que hasta el momento sólo contemplaba los derechos individuales del ciudadano, pero en forma aislada, sin tener en cuenta su interrelación con los demás, es decir, sin abordar a las personas en tanto miembros de una sociedad. La Carta

Magna de 1949 fue, además, “una de las primeras en incorporar derechos de tipo económicos, sociales y culturales y diferenciarlos de los derechos civiles y políticos” (Baldoni, Cippitelli, 2014, p. 1).²¹

Por otro lado, se observa una nueva asignación de roles al Estado exigiéndoles ahora un accionar determinado en la realización progresiva de dichos derechos. En otras palabras, el Estado adquiere, con el constitucionalismo social, el deber de realizar acciones positivas para estructurar y promover un orden económico justo, que permita el acceso de todos los hombres a las fuentes de trabajo y de producción, y que haga posible una distribución equitativa de la riqueza y de los bienes de producción y de consumo (Baldoni y Cippitelli, 2014, p. 1).

Como se puede advertir, la transición de un modelo constitucional a otro representó el paso en la garantía de derechos individuales a derechos sociales y la configuración de un nuevo modelo de Estado. En este orden de ideas, Orsini (2012) aclara que

El primero es un derecho individual liberal producto del constitucionalismo clásico, dirigido a evitar cualquier forma de obstaculización a la libre circulación y apropiación del trabajo (originalmente, la que provenía de la estructura corporativa del trabajo gremial); el segundo, un típico derecho social producto del constitucionalismo social, orientado a revertir las consecuencias sociales que generó esa libre apropiación ilimitada del trabajo ajeno. (p. 370)

Por todo lo expuesto, no puede ni debe confundirse el derecho de trabajar (art. 14, Constitución Nacional Argentina) con el derecho al trabajo (art. 75. inc. 22 CN, por remisión a la Declaración Universal y al PIDESC), que “tienen orígenes históricos y funciones completamente distintas. La diferencia semántica de modificar la proposición (“de” por “a”) en modo alguna resulta menor” (Orsini, 2012, p. 370), ya que esto implicó un cambio de paradigma pasando de una concepción del trabajo como libertad de hacer, al mismo como derecho. Todo esto, muy a pesar del liberalismo de la época, siempre convencido de que el mercado es el método óptimo de asignación de recursos. Esta resistencia a los cambios producidos se tradujo en el golpe de estado que tuvo lugar en 1955 y derogó la Constitución del 1949. Restablecida la vigencia de la Constitución de 1853, en 1957 una nueva reforma constitucional le agregó a su parte dogmática el artículo 14 bis, que incorporó los derechos sociales ausentes en su originaria concepción liberal.

El siguiente momento constituyente se plasma en 1994, con el impulso de una nueva reforma. Se puede decir que fue aquí cuando el derecho al trabajo quedó definitivamente alojado constitucionalmente en el derecho argentino. Ello es así porque aunque en esa ocasión no se modificó la parte dogmática de la Constitución,²² se incorporaron a ella una serie de tratados internacionales de derechos humanos a los que se les reconoció jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.), entre los cuales se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC y demás instrumentos que consagran el derecho al trabajo, como describimos en el primer apartado de este capítulo. Este hecho implicó inevitablemente un nuevo relacionamiento del sistema de fuentes del derecho en nuestro país, especialmente entre las normas internacionales y el derecho interno.²³

Por otro lado, si bien es cierto esos tratados internacionales ya habían sido incorporados al ordenamiento jurídico interno con jerarquía legal, la elevación del derecho al trabajo al rango constitucional significó un avance notable por varias razones. En primer lugar, porque con la inclusión de las normas internacionales a la Constitución se amplió considerablemente el número de derechos laborales y su alcance. De esta manera, el derecho al trabajo quedó situado al mismo nivel que los demás derechos constitucionales y por encima de otras normas que no lo son. Asimismo, su contenido aparece a partir de ese momento vinculado a la noción de estabilidad laboral, toda vez que a la luz de dichos instrumentos,²⁴ este puede ser entendido como un derecho individual y colectivo que posee todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo, lo cual supone no ser obligado de manera alguna a ejercerlo o efectuarlo y el derecho a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso al empleo, pero además, “el derecho a no ser privado injustamente del mismo”.²⁵ En el contexto de la evolución constitucional antes relatada, pareciera que aquella primitiva mención a la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario que fuera mencionada en el artículo 14 bis en el año 1957, se vio fortalecida y agigantada por un derecho al trabajo que extendió su contenido a la posibilidad de no perder el empleo ya obtenido, por lo menos en la letra de la ley. Como bien lo señala el Protocolo Adicional, que señala de manera particular la necesidad de que los Estados parte garanticen en sus legislaciones, la estabilidad.

En segundo lugar, porque según el propio artículo 75, inciso 22, CN, los tratados regirán en el ámbito interno “en las condiciones de su vigencia” lo cual significa que sus cláusulas deben ser aplicadas por el juez nacional en el ámbito interno, tal y como han sido interpretadas por los órganos internacionales encargados del control de su efectividad, no pudiendo otorgarle un alcance diferente. Con ello nos referimos al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶ en materia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el Pacto de San José de Costa Rica y el Comité de Libertad Sindical o Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones referentes a las normas de la Organización Internacional del Trabajo.

Con respecto a esto último, se torna una referencia insoslayable la interpretación que sobre el tema realiza el primero de dichos organismos, ya que a través de la Observación General núm. 18 no sólo ayudó a determinar el contenido del derecho en cuestión, sino que además impuso una serie de obligaciones en cabeza de los Estados parte, a los fines de garantizar su realización efectiva. Para ello, estableció criterios de clasificación de las mismas y previó la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional ante eventuales incumplimientos, sin que estos puedan eximirse de ellas invocando la vigencia de normas internas menos favorables.²⁷ En tal sentido, el fallo Méndez²⁸ en su considerando 6o. agrega que “cuando el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata”. Por lo tanto, reitera la Corte, “la

prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes podrá originar responsabilidad internacional del Estado Argentino”.

Por otro lado, mediante la Observación General núm. 3,²⁹ el Comité aclaró el modo en que pretende que dichas obligaciones sean llevadas a cabo, a los fines de lograr progresivamente la efectividad de los derechos reconocidos por el PIDESC. “Deben proceder lo más explícita y eficazmente posible”³⁰ y “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”,³¹ consagrando con ello, el principio de progresividad y no regresividad.³²

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en tanto órgano habilitado a ejercer el control de convencionalidad, dictó numerosos fallos que sentaron un importante precedente en la materia, entre los cuales se encuentra *Lagos del Campo*,³³ a través del cual la Corte señaló la ausencia de adopción de medidas adecuadas por parte del Estado peruano con el fin de proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros por haber avalado el despido en sus instancias judiciales. Al tiempo que puntualizó cuáles eran aquellas obligaciones³⁴ para la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado y el contenido de esta última advirtiendo que

No consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice este bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.³⁵

En tercer lugar, al constitucionalizarse el derecho al trabajo y reconocerlo expresamente como un derecho humano,³⁶ se generan una serie de consecuencias jurídicas y pautas interpretativa que con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos; o bien al *ius cogens*, deben asignarse a las normas internacionales constitucionalizadas y a los actos ilícitos que las vulneren.

¿Qué es el derecho internacional de los derechos humanos? ¿Cuáles son las principales pautas interpretativas que de él se desprenden y se aplican al tema? Para algunos autores es aquel “conjunto de normas que tienden a proteger los derechos y libertades fundamentales del ser humano en el ámbito internacional” (Zelada, 2002, p. 151). Aunque también suele ser entendido como “aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad” (Fernández de Casadevante, 2000, p. 49).

Este surgió a partir de la Primera (1914) pero, sobre todo al final, de la Segunda Guerra Mundial (1945), cuando se gestaron numerosos tratados internacionales, cuyo principal propósito era recuperar al hombre en toda su dignidad humana. Así lo dice el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁷ y lo repiten muchos otros en lo sucesivo. La obra de Gialdino (2013) resulta ineludible en este sentido. El autor ha definido a la dignidad humana como “principia máxima” y le ha asignado tres importantes funciones. La primera “como fundamento del ordenamiento positivo y, a la par, de medida de validez de este”. En segundo término, “como guía orientadora de la tarea interpretativa de las normas”. Y en tercer lugar, “como fuente del derecho cuando no se tenga normas concretas cumpliendo la función de integrar el derecho” (p. 21).

A partir de esto, se desprenden al menos tres claves interpretativas. La primera, es que el fundamento de los derechos humanos no depende de reconocimiento legislativo,³⁸ porque en realidad deriva de la dignidad intrínseca, inherente, de los seres humanos, y toda norma incompatible con ella se tornaría inconstitucional, porque aquella “es causa de Derechos Humanos” (Gialdino, 2013, p. 22). Además, la CN histórica por vía de los derechos implícitos y no enumerados, es decir aquellos que surgen de la soberanía de pueblo y de la forma republicana de gobierno (artículo 33), reconoció que entre ellos se encuentra el derecho a la dignidad humana.³⁹

La siguiente clave hermenéutica se deriva del principio *pro homine* y el sentido integrador que existen entre los tratados internacionales y el derecho interno, cuyo antecedente más nítido es el del principio de la norma más favorable propio de la disciplina laboral.

El derecho internacional de los derechos humanos provee un criterio selector de normas en el que, de todas las aplicables, debe optarse por la que más tutela proporcione al sujeto de que se trate. En este sentido por ejemplo, de los numerosos instrumentos que tratan sobre el derecho al trabajo, una lectura integradora permite utilizar el más superlativo en su formulación, por su carácter inalienable en la letra de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación de la Mujer. (Gianibelli, 2012, p. 297)

Existiría, por último, una interrelación e interdependencia entre todos los instrumentos de derechos humanos, que conocemos como derecho internacional de los derechos humanos, y que concurrían en su conjunto, toda vez que exista afectación de la dignidad humana.⁴⁰

Ahora bien, ¿qué es el *ius cogens*? ¿Todos los derechos humanos pertenecen al *ius cogens*? ¿Cuáles son los efectos que este generaría, en caso de considerar al derecho al trabajo como parte del mismo? La Convención de Viena de 1969, que regula el derecho de los tratados, lo definió en su artículo 53:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.

La importancia del *ius cogens* reside en que cualquier tratado internacional o acto unilateral de los Estados sería nulo si está en conflicto con los derechos humanos laborales recogidos en las normas imperativas del derecho internacional general. Así, el *ius cogens* goza de un carácter imperativo sobre el ordenamiento internacional y los ordenamientos nacionales respectivamente. Dicho orden público internacional genera, a su vez, obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto que por su naturaleza misma conciernen a todos los Estados.

La función del *ius cogens*, por lo tanto, es la de proteger a los distintos sujetos de Derecho internacional de los acuerdos, declaraciones o disposiciones de cualquier tipo que desafíen esos valores fundamentales de la comunidad internacional. La idea es crear una garantía para todas aquellas normas cuya observancia traería abajo la esencia fundamental del sistema internacional. (Zelada, 2002, p. 146)

Al respecto, la Corte IDH⁴¹ ha puntualizado en forma reiterada que “el principio en materia de violación de los derechos y libertades humanas debe ser reparada, siempre y cuando fuese posible, restituyendo a la víctima en el goce del derecho vulnerado”, es decir, la reparación *in natura*, la cual consiste en garantizar el goce del derecho conculcado mediante el restablecimiento de la situación anterior a la comisión de la transgresión, sin perjuicio, obviamente, de la reparación patrimonial complementaria que pudiera corresponder.

Si bien es cierto, no existirían dudas acerca de la calificación del derecho al trabajo como derecho humano porque, según hemos visto, esto ha sido receptado expresamente en los artículos 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴² (1948) y 6o. del PIDESC, entre otros. Y jurisprudencialmente en fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia, como *Vizzoti*,⁴³ *Álvarez*⁴⁴ o *Pellicori*;⁴⁵ advertimos que no todos los derechos humanos forman parte del *ius cogens* y en realidad se trata de normas de carácter excepcional que han sido cuidadosamente seleccionadas para tal fin y que en nuestro país la consecuencia jurídica prevista para la vulneración del derecho al trabajo es una indemnización pecuniaria y no la nulidad o vuelta al estado anterior, como el *ius cogens* señala.

Esto no sucedería, en cambio, con otros derechos donde sí existe un consenso masivo y generalizado en cuanto a su pertenencia a dicho grupo normativo. Entre ellos “se encuentran lo que podríamos llamar violaciones especialmente odiosas para la comunidad internacional, como la prohibición de la esclavitud, discriminación racial, genocidio” (Zelada, 2002, p. 151), sumado a algunas modalidades de la prohibición del trabajo forzoso o de trabajo infantil y la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

A este respecto, se observa una consolidada tendencia doctrinaria⁴⁶ y jurisprudencial, tanto a nivel nacional⁴⁷ como internacional,⁴⁸ que considera al principio de igualdad y prohibición de discriminación como *ius cogens* y que, de un tiempo a esta parte, sanciona los despidos de tal

carácter con la privación de eficacia extintiva del acto (nulidad) y consiguiente readmisión del trabajador afectado.⁴⁹ En efecto, la Comisión de Expertos de la OIT, ha señalado que

Una legislación que en la práctica permita al empleador poner término al empleo de un trabajador a condición de pagar la indemnización prevista por la ley para todos los casos de despido injustificado, cuando el motivo real es su afiliación o sus actividades sindicales, es insuficiente, habida cuenta del artículo 1 del Convenio (núm. 98), y que la reintegración del trabajador es la medida más apropiada. (OIT, 1998, p. 153)

III. EL DERECHO AL TRABAJO COMO LÍMITE FRENTE AL DESPIDO SIN CAUSA

Hasta aquí, es posible advertir un significativo avance en el proceso de humanización e internacionalización de los derechos humanos en el mundo. El derecho al trabajo ha pasado de una noción de mera libertad, como espacio de libre autodeterminación personal y abstención del Estado, a un verdadero derecho que estos últimos tienen la obligación de garantizar, bajo la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional. A su vez, la protección del trabajo y los derechos del trabajador indudablemente han encontrado un estándar relevante en el sistema constitucional argentino, lo que ha quedado expandido y proyectado en diversos aspectos sustantivos, como fuera descrito anteriormente. Sanguineti (2011), refiriéndose a los cambios producidos en este periodo, señala que

El Derecho del Trabajo ha experimentado, una notable expansión de sus objetivos protectores. De manera constante, aunque por lo general no estridente, los últimos años han sido testigos del tránsito, de la tutela exclusiva del trabajador como productor y sujeto de una relación jurídica de dependencia, a una visión más amplia y holística del mismo, que añade a la perspectiva clásica su consideración como titular del conjunto de derechos fundamentales que le corresponden en tanto persona y ciudadano (p. 660).

Pero todo el desarrollo argumental expuesto en este capítulo, se confronta directamente con la vigencia de un sistema de estabilidad relativa impropia como el nuestro, que todavía avala la eficacia de un acto que lesiona un derecho con rango constitucional, es decir, el despido libre indemnizado. Es aquí donde nos preguntamos, entonces: ¿es posible un derecho al trabajo sin estabilidad? ¿La constitucionalización del derecho al trabajo, es suficiente para actuar como límite frente a despidos injustificados? ¿Cuál es la mejor forma de garantizar el derecho al trabajo, en consecuencia?

El primer interrogante resulta de fácil respuesta desde el plano normativo, si tenemos en cuenta que la estabilidad laboral como manifestación del derecho al trabajo, a partir de su diseño constitucional, implicó tres cosas: en primer término, la pretensión —protegida por el propio texto constitucional— de conseguir una ocupación; en segundo lugar, la garantía de un puesto de trabajo adecuado y, finalmente, a un puesto estable. Esto no es ni más ni menos que la descripción del contenido del artículo 6o. del PIDESC (1966), cuando dispone que el derecho al trabajo consiste básicamente en tener la posibilidad de acceder a un trabajo libremente escogido

y aceptado, a condiciones dignas de labor; pero también a no perderlo injustificadamente. De esta manera, no es posible concebir cada uno de estos componentes por separado. Según la Observación núm. 18 y el derecho internacional de los derechos humanos, “la interpretación debe ser interdependiente, porque la observancia de uno de ellos determina el cumplimiento de los otros y afecta la realización integral del derecho”. En definitiva, “la inexistencia de uno de los elementos esenciales del derecho al trabajo conlleva una violación del mismo, pues estos recogen las garantías indispensables para su satisfacción plena como derecho humano fundamental”. Esto se suma a una necesaria interdependencia o diálogo de las fuentes, por la cual se postula que el conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforma un sistema que debe ser, en la medida de lo posible, manejado también en su conjunto. Así lo entendió la Comisión⁵⁰ encargada de reformar nuestro Código Civil en 2012. En tal sentido es válido, pertinente y a menudo necesario, integrar disposiciones de una y otra fuente para armonizar con los demás criterios interpretativos, proceder a la configuración del derecho y garantizar su aplicabilidad. De ahí que la noción de estabilidad se encuentre inescindiblemente vinculada a la de trabajo, como resulta de la lectura integral de los tratados internacionales incorporados a nuestra CN y las demás fuentes del derecho.

Sin embargo, todavía existe un sector de la doctrina argentina que no cuestiona la actual legislación, la cual en materia de estabilidad en el empleo opta por la técnica de la eficacia de la ruptura aún injustificada con sanción indemnizatoria cuya intensidad debe adaptarse a la gravedad de la inobservancia incurrida, por entender que el acto de despido sin causa configura un acto perfectamente lícito y que con ella se suple toda idea de daño resarcible. Ackerman (2008) ha señalado en este sentido que “no se puede imponer un régimen en el cual el trabajador quede sujeto *sine die* al empleador” (p. 112). Tampoco se puede “obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia”.⁵¹

En esta misma tesitura se ubica Herrera⁵² (1982), quien afirma que “en tanto el sistema legal no impide al empleador poder ejercer con eficacia el despido sin brindar causa justificada, tal facultad encuadra dentro de los derechos con que cuenta el empresario en el marco de sus facultades de organización y dirección” (pp. 266-277).

“Está en derecho”, sentenciaban los *proviviri*⁵³ de la etapa de industrialización apenas iniciada en Italia a finales del siglo XIX, para significar que el trabajador puede ser despedido con el único obstáculo del preaviso. “Está en derecho” era la premisa de la cual partían. (Romagnoli, 2008, p. 11).

En cuanto a la segunda cuestión, la experiencia española al igual que la nuestra, parece revelar una respuesta negativa. La inclusión del artículo 35⁵⁴ en la Constitución Española (1978) y la ratificación del Convenio núm. 158 de la OIT, significaron la imposición de importantes requisitos de validez para llevar a cabo el acto de despido, como ser: la exigencia de una formalidad mínima,⁵⁵ la necesidad de ofrecer causa —en tanto conocimiento adecuado de los

motivos que justifican la ruptura unilateral del contrato de trabajo— y la garantía de un canal de reacción adecuado para el trabajador. Es decir, que el acto que sea sometido a un control jurisdiccional posterior que verifique la corrección de la conducta patronal al respecto.

Sin duda, esto coloca en mejores condiciones formales a trabajadores españoles despedidos injustificadamente. Pero aun cuando la CE (1978) se ocupó de precisar la naturaleza causal, formal y fiscalizable del despido, guardó silencio sobre cuáles son las consecuencias que en orden a la extinción del contrato de trabajo estos tendrían por carecer de causa o contrariar las formalidades necesarias. En otras palabras, al igual que nuestro país, no precisó el grado de intensidad de la tutela del derecho al trabajo ante su vulneración siendo compatible con el marco constitucional citado, tanto un sistema que opte por la efectividad del acto y una indemnización como respuesta, como otro que implique, la privación de éste de efectos extintivos y la readmisión obligatoria al puesto de trabajo.

Entre ambas posibilidades se optó, al igual que nuestro país, “por la monetización del derecho reconocido, comprometiendo la propia eficacia del mismo con su patrimonialización y sustituyendo su observancia, con la liquidación del daño ocasionado” (Baylós, 2009, p. 58). Esta es la forma adoptada como regla general, mientras que la remoción del acto empresarial efectuado incorrectamente constituye la excepción y por consiguiente se encuentra reservada estrictamente a determinados supuestos de vulneración de derechos fundamentales, como el principio de igualdad de trato y no discriminación. Naturalmente los lectores, como nosotros, se preguntarán si acaso el derecho al trabajo no es uno de ellos y, por lo tanto, también pertenece al *ius cogens*. Pues sí, esto constituye una ostensible contradicción lógica y normativa.

Lo cierto es que la necesidad constitucional de que el despido obedezca a una causa y se exprese en términos formalmente admisibles, se contrapone con la previsión de una consecuencia de intensidad insuficiente para actuar ante la ausencia de estos requisitos. Esta termina por validar el acto y no lo priva de efectos extintivos sobre la relación laboral.

Por otro lado, no se puede desconocer que las reglas en el mundo han cambiado. Asistimos a un nuevo escenario nacional e internacional cada vez más adverso a los trabajadores. La desregulación ha contribuido con la progresiva deslaboralización de la sociedad, las nuevas tecnologías han traído consigo la destrucción de miles de empleos, particularmente de aquellos menos calificados. Aunque seguimos teniendo diseñadas instituciones sobre lo laboral, hay un creciente número de personas que viven al margen de la relación salarial y que precisan más que nunca de la protección que ofrecen los derechos sociales.⁵⁶

Nos encontramos, por lo tanto, con un mercado de trabajo completamente fragmentado y polarizado entre aquellos que tienen un trabajo, están registrados y aquellos que no lo poseen o son informales, precarios, mal remunerados y poco calificados. Esto inevitablemente sitúa a quienes se encuentran en ese lugar (*outsiders*), en una posición desigual en relación con la posibilidad de disfrutar, al menos, de las garantías que, aunque de manera insuficiente, prevé el

sistema jurídico laboral para tutelar el empleo de los que se encuentran dentro de ese sistema (*insiders*). Nos referimos concretamente a indemnización, preaviso, etcétera.⁵⁷

Este fenómeno se explicaría en parte porque antes, el trabajo era quizá la principal herramienta del derecho para la inserción en la sociedad, algo así como una carta de ciudadanía. A través del empleo se obtenía la plena pertenencia a la sociedad, el vínculo social era el vínculo laboral. “Hasta ahora, y desde hace dos siglos, el trabajo asalariado ha sido o ha intentado ser el lugar donde organizar al grupo social” (Cabello de Alba, Rodríguez Fernández, 2017, p. 17). Pero hoy lo normal es estar precarizado. El sistema productivo actual lanza a la informalidad, es decir, fuera de los límites del derecho laboral protectorio, a muchos de los trabajadores y trabajadoras del mundo.

Por lo tanto, se requiere identificar mecanismos que tiendan a hacer realidad el derecho al trabajo, más allá de su previsión normativa. Es decir, diferenciar las diversas maneras en que ese derecho puede ponerse en práctica. El término “garantía” tiene muchas acepciones en el discurso jurídico. Pero utilizaremos la distinción entre garantías primarias y secundarias que hace Ferrajoli (2001), las primeras se refieren a los deberes derivados de la existencia de derechos. “Son aquellas obligaciones o prohibiciones correlativas a ellos. Las normas que obligan a reconocer que los derechos existen y prescriben sanciones, con coacción” (p. 48).

Si las entendemos en sentido estricto, estaríamos ante una laguna primaria⁵⁸ ya que, como hemos visto, a pesar del reconocimiento constitucional de este derecho no se han podido prever consecuencias jurídicas capaces de evitar su vulneración, que se traduzcan en obligaciones o prohibiciones eficaces. Pero si las concebimos en un sentido más amplio, como aquel conjunto de instituciones e institutos que contribuyan a hacer real y efectivo el contenido de un derecho, podríamos plantear medidas de otro tipo, como la ratificación Argentina del Convenio 158 de la OIT, la publicación de un Código Laboral Internacional, la creación de la correspondiente jurisdicción específica sobre violaciones a derechos humanos laborales, o la introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad de todos los actos de los organismos internacionales e incluso de los de todos los Estados por violaciones de los derechos humanos, como el derecho al trabajo. Estas tal vez no solucionarían la cuestión de fondo, pero, indudablemente, constituirían un paso hacia adelante.

Las garantías secundarias, por su parte, se refieren a las jurisdiccionales. Son aquellas que entran en juego cuando un derecho ha sido vulnerado. “Incumbe a un juez de aplicar la sanción” (Ferrajoli, 2001, p. 47), privando de validez a las violaciones de las primeras. Para casos de despidos sin causa, esto se traduciría en la negación judicial de su eficacia extintiva, más la reincorporación al puesto de trabajo y reparación integral de los daños por aplicación de los tratados y principios constitucionales de carácter internacional que lo disponen como el PIDESC (artículo 60.) o Protocolo de San Salvador (artículo 7.d).

Del mismo modo que nada obstaría a los tribunales a plantear la nulidad de cualquier acto unilateral de los Estados que entre en conflicto con los derechos humanos laborales recogidos en las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*); o bien a declarar inconstitucionalidad de los despidos injustificados, derivada de la vulneración de un derecho humano fundamental perteneciente al derecho internacional de los derechos humanos, ya que su origen no depende de reconocimiento legislativo,⁵⁹ porque en realidad deriva de la dignidad intrínseca, inherente, de los seres humanos, y toda norma incompatible con ella se tornaría inconstitucional, porque aquella es causa de derechos humanos.

Ferrajoli (2001) sostiene que

La ausencia de garantías —en particular en relación a los derechos sociales—, debe ser considerada, como una indebida laguna de los poderes públicos internos e internacionales, que el poder judicial tiene la obligación de colmar porque poseen el mismo carácter que las violaciones de los derechos cometidas por dichos poderes en términos de antinomias (p. 50).

Por eso, resalta su rol protagónico en la garantía de los derechos y más precisamente en la funcionalización de los derechos fundamentales. En este sentido, conviene recordar, una vez más, los fundamentos elaborados por la comisión constituida durante el año 2012 para la elaboración del Anteproyecto de Código Civil, ocasión en la que se dictaron importantes directivas o ideas rectoras en torno a la labor de los magistrados, según las cuales estos deberán comenzar por el método deductivo, someterse al control de los precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento, y dar explicaciones suficientemente razonables. Se trata, en definitiva, de interpretar el derecho privado conforme la Constitución Nacional, pero también según los tratados internacionales en que nuestro país sea parte; la costumbre y usos y prácticas, en un diálogo de fuentes⁶⁰ imposible de eludir a la hora de tomar decisiones judiciales.

Finalmente, si de interpretación de las cartas fundamentales se trata, es interesante el planteamiento que realiza el pluralismo constitucional,⁶¹ cuando sostiene que la mayoría de estas surgieron a fines del siglo XIX en el contexto de Estados nación fortalecidos, donde todavía el orden internacional y la protección del trabajo a ese nivel no existía tal y como hoy los conocemos. Señala, además, que estas se muestran cada vez más incompletas e impotentes para regular de manera omnicompreensiva y suprema determinadas cuestiones sobre el territorio, en un contexto mundial en el que el ejercicio del poder público se desplaza a esferas más allá del Estado y donde la distinción entre lo nacional y lo internacional se torna borrosa.⁶² Así, resulta difícil imaginar la existencia de un único ordenamiento jurídico perfectamente articulado, en el cual se subsuman normas nacionales e internacionales, a la vez que también parece improbable concebir a los diferentes ordenamientos nacionales en juego como compartimentos estancos sin relación alguna, autosuficientes o completos.

Para ello, el modelo pluralista propone la necesaria coexistencia de un conjunto de ordenamientos jurídicos, en parte separados, pero en parte interdependientes (cada uno con su

propia Constitución, pero sin que estos estén jerárquicamente ordenados). Lo que se busca, entre otras cosas, es superar el debate en torno a si una norma es meramente constitucional o inconstitucional, para dar paso a una hermenéutica social y judicial que integre las Constituciones de cada país y los instrumentos sobre derechos humanos en una especie de diálogo multinivel que contribuya a garantizar global y más eficazmente los derechos humanos laborales, como el derecho al trabajo y su consecuencia más inmediata, la estabilidad laboral.

Por último, el contexto nacional e internacional en clave laboral afronta cambios disruptivos que requieren una lectura completamente nueva que sea capaz de vislumbrar un derecho internacional que se vincule con los derechos internos de los Estados y con el respeto de los derechos fundamentales de manera efectiva y no meramente declamativa. De lo contrario, el derecho al trabajo quedará suspendido “en un lugar parecido al limbo donde los católicos creen que encuentran las almas de los cándidos” (Romagnoli, 2008, p. 10).

IV. REFLEXIONES FINALES

Desde fines de la Primera Guerra Mundial (1914) y sobre todo a partir de 1945, el derecho internacional viene experimentando un proceso de cambio y humanización e internalización de los derechos humanos. El constitucionalismo, incorporó los derechos sociales en tanto vínculos sustanciales a la legislación positiva que se tradujo en una verdadera alteración interna del paradigma positivista clásico de aquel entonces.

En nuestro país, la elevación del derecho al trabajo a rango constitucional fue progresiva y significó un avance notable, pero no suficiente para limitar los despidos sin causa. De la interpretación legal de los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a partir de la última reforma, se desprenden importantes consecuencias y repercusiones como: la posibilidad de ampliar interpretativamente su alcance a la garantía de estabilidad, la creación de nuevas obligaciones y responsabilidad internacional en titularidad de los Estados a los fines de garantizar su vigencia,⁶³ el aporte hermenéutico de órganos internacionales encargados del control de su efectividad⁶⁴ y la eventual privación de eficacia extintiva o declaración de inconstitucionalidad de los despidos sin causa, derivada de la vulneración de un derecho humano perteneciente al *ius cogens* o al derecho internacional de los derechos humanos.

A partir de este momento surge con fuerza la idea de que el derecho al trabajo es un derecho humano⁶⁵ que comprende la posibilidad de no perder el puesto de trabajo y que la tutela contra el despido injustificado puede y debe asumir —como medio de protección— la forma de reinstalación. “En síntesis, la Constitución reformada en 1994 invita a pensar que no existen mayores obstáculos para plantear que los despidos injustificados puedan ser privados de eficacia extintiva por vulnerar el derecho humano al trabajo” (Orsini, 2012, p. 376).⁶⁶

Pero no es menos cierto que, de un tiempo a esta parte, el contexto nacional e internacional está cambiando de forma irreversible para el mundo del trabajo, generando condiciones que tornan más difícil aún la protección universal de los trabajadores y la garantía efectiva del derecho en cuestión. El nuevo tiempo requiere, por lo tanto, no sólo de normas jurídicas que den cuenta de la salvaguarda de ciertos principios y valores como los derechos humanos; sino también de la previsión de consecuencias jurídicas y demás institutos necesarios para frenar o contrarrestar de manera eficaz su vulneración (garantías primarias). Porque, para que una norma sea válida, su vigencia no basta. Que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, no genera una presunción apriorística de validez del derecho existente, sino que también es necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución⁶⁷ y sean aplicados y puestos en práctica en este mismo sentido.

V. REFERENCIAS

- Ackerman, M. (2008). *Tratado de derecho del Trabajo*. Rubinzal Culzoni.
- Baylós Grau, A. (2009). Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo. *Revista de Derecho Social*, (46), 11-30.
- Baylós, A. y Pérez Rey, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Trotta.
- Bidart Campos, G. (2002). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Ediar.
- Bidart Campos, G. (2014). 29/04/2012. Artículo 75 inc.22 de la Constitución y los Derechos Humanos. <http://legislacionperiodistica.blogspot.com/2014/04/german-j-bidart-campos-articulo-75.html#:~:text=Art.,jerarqu%C3%ADa%20superior%20a%20las%20leyes>
- Cabello de Alba, L. M. y Rodríguez Fernández, M. L. (2017). *El Futuro del Trabajo que queremos*. Bomarzo.
- Fernández de Casadevante Romani, C. (2000). El derecho internacional de los derechos humanos. En Carlos Fernández de Casadevante Romani (Coord.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Dilex.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Trotta.
- Galiana Moreno, J. M. (1986). El Convenio N° 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales. *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, (4), 103-112.
- Gialdino, R. (2013). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*. Abeledo Perrot.
- Gialdino, G. (2014). Constitución Argentina (el trabajo en L.A). En Baylós Grau, Antonio (Coord). *Diccionario Internacional del derecho del trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 295-301). Tirant lo Blanch.
- Orsini, J. I. (2012). El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto. *Revista Anales de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 9(42), 364-380.

Organización Internacional del Trabajo (1994). *Libertad Sindical y Negociación colectiva. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Oficina Internacional del Trabajo.

Romagnoli, U. (2008). Sobre el despido o la violencia del poder privado. Prólogo a un libro de Antonio Baylós y Joaquín Pérez Rey. *Revista de Derecho Social-Latinoamérica*, (4-5), 9-16.

Sanguinetti Raymond, W. (2011). Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales. *Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, (244), 659- 674.

Torres Pérez, A. (2011). En defensa del Pluralismo constitucional. En Juan Ignacio Ugartemendía Eceizabarrena, Guretz Jáuregui Bereciartu (Coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas de VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (pp. 155-178). Tirant lo Blanch.

Zelada, C. (2002). *Ius Cogens: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos*”. *Revista Agenda Internacional*, 8(17), 129-156.

Documentos Jurídicos Nacionales e Internacionales consultados

Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁸ (1948)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁹ (1966)

Observación General N°18⁷⁰ del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2005)

Protocolo Adicional a esta Convención Americana sobre Derechos Humanos (1998)⁷¹

Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998)⁷²

Convenio núm. 158 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo (1985) -Recomendación núm. 119 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, dictada por la Conferencia General de la OIT en el año 1963.

Observación General núm. 3,⁷³ el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990).

Constitución Nacional Argentina (1853)

Constitución Española (1978)

Notas

* Recibido el 9 de junio de 2021; aceptado el 15 de marzo de 2022.

** ORCID: [0000-0001-6305-1049](https://orcid.org/0000-0001-6305-1049). Abogada. Magister en Derecho del Trabajo. Becaria doctoral interna Conicet. Docente de la Universidad Nacional de Santiago del Estero. Correo electrónico: mforsua@gmail.com

¹ En 1974 con la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) se consolidó para la generalidad de los trabajadores privados, un sistema de estabilidad impropia por medio del cual se le impone al empleador que despida sin causa a un trabajador vinculado por un contrato de tiempo indeterminado, una indemnización tarifada basada en la antigüedad en el empleo y en el salario del dependiente.

² Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976. Ratificado por Argentina en 1986.

³ Véase CDESC. Observación núm. 18, relativa al derecho al trabajo, 35o. período de sesiones, 2005. E/C 12/GC/18, 6 de febrero del 2006.

⁴ CDESC. Observación General núm. 18, *cit.*, párr. 2.

⁵ CDESC. Observación General núm. 18, *cit.*, párr. 6.

⁶ CDESC. Observación General núm. 18, *cit.*, párr. 6.

⁷ *Idem*.

⁸ CDESC. Observación General núm. 18, *cit.*, párr. 7.

⁹ Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Ratificado por Argentina el 5 de septiembre de 2003.

¹⁰ Artículo 6. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios necesarios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación

vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos...

11 *Idem*.

12 Adoptada por la OIT, en junio de 1998. La declaración obliga a todos los Estados miembro de la OIT a respetar y poner en práctica los principios y derechos fundamentales allí reconocidos y que fueron aceptados al formar parte de la organización, con independencia de si los convenios han sido ratificados o no.

13 Organización Internacional del Trabajo. 6/7/2020. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Recuperado de <https://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>

14 Artículo 2o. delimita su ámbito de protección universal cuando establece que sus disposiciones serán aplicables a “todas las ramas de actividad económica” y a “todas las personas empleadas.

15 Convenio núm. 158 de la OIT (1985), artículo 7o.: “No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”.

16 Convenio núm. 158 de la OIT (1985), artículo 4o.: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o de conducta basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio”.

17 Convenio núm. 158 de la OIT (1985), artículo 8.1: “El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro”.

18 Convenio núm. 158 de la OIT (1985), artículo 9.1: “Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada”.

19 Convenio núm. 158 de la OIT (1985), artículo 10: “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

20 Según explica Gianibelli (2014) “los derechos del trabajo, en ese entonces, sólo tenían una referencia explícita y distintiva, derivada de la necesidad de poblar el territorio y favorecer a la inmigración como libertad de trabajo” (p.295). Del mismo modo lo entiende Orsini (2012), cuando señala que “la concepción inicial del derecho al trabajo estaba aún muy ligada a la libertad de trabajar que el liberalismo intentaba implantar con objeto de barrer los límites que a la libre apropiación del trabajo imponían las férreas estructuras gremiales corporativas medievals, que constituían un obstáculo al desarrollo capitalista que perseguía la burguesía” (p. 365).

21 Los cuales eran enumerados en el capítulo II, al cual se refería como derechos, deberes y garantías de la libertad personal.

22 Artículo 27 CN... tales declaraciones y convenciones no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

23 Dando prevalencia a las primeras. Ello significa, según el maestro Bidart Campos (2014), que el artículo 75, inciso 22, sienta como principio general, el de la supra legalidad de los tratados internacionales de toda clase. Por lo tanto, los tratados prevalecen sobre las leyes. En concordancia con el viejo artículo 27 los tratados están por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes y de todo el resto del derecho interno, inclusive de las normas que regulan las relaciones laborales.

24 Particularmente del PIDESC, Observación General núm. 18 del CDESC y del Protocolo de San Salvador.

25 CDESC. Observación General núm. 18, *cit.*, párr. 6.

26 Así lo entendió nuestra Corte Nacional en *Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Eficientes S.A s/ Accidente- Ley 9688*, sentencia del 21 de septiembre de 2004, cuando en el considerando 8, el tribunal no dudó en poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Dicha actividad es demostrativa de la gran importancia que el PIDESC reconoce a la protección del trabajador.

27 Como por ejemplo, el artículo 245 de la LCT que prevé una indemnización tarifada, en lugar de la restitución al puesto de trabajo ante extinción injustificada del contrato de trabajo.

28 CSJN, *Méndez Valles, Fernando c/ A. M. Pescio S.C.A. s/ ejecución de alquileres*, sentencia del 26 de diciembre de 1995.

29 Véase CDESC. Observación núm. 3, relativa al derecho al trabajo, 5o. periodo de sesiones, 1990, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990.

30 CDESC. Observación General núm. 3, *cit.*, párr. 9.

31 *Idem*.

32 La Observación enuncia el sentido que deben guiar el cumplimiento de las obligaciones, esto es, de constante perfeccionamiento, progreso, avance hacia la aludida plenitud, principio general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lograr es alcanzar, progresivamente significa con progresión, y progresión denota la acción de avanzar. Luego, lograr progresivamente entraña, en el contexto indicado dos objetos: actividad estatal y sentido de ésta (Gialdino, 2013, p. 99).

33 Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. República de Perú*, sentencia del 32 de agosto de 2017.

34 Como correlato de lo anterior, se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización... de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos”. Y así como dicho acceso es “norma imperativa del Derecho Internacional”, la mencionada tutela “requiere que los procedimientos judiciales sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral”. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. República de Perú*, párr. 149.

35 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. República de Perú*, 31/8/2017, párr. 150.

36 En fallos nacionales como *Vizzoti* o *Álvarez*, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en fallos de la Corte IDH como *Lagos del Campo*.

37 En el artículo 1o.: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

38 Esto fue ratificado en el fallo *Álvarez c/ Censosud* en su considerando 1o. la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta “intrínseca” o “inherente” a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo (Preámbulo, primer párrafo, y artículo 1; asimismo, PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *idem* y artículo 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional).

39 La Convención Americana de Derechos Humanos resulta terminante al respecto: ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano”, artículo 29.c. (Gialdino, 2013, p. 25).

40 La Res. 32/130 de la Asamblea General de la ONU (16/12/1977), asentó definitivamente el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (*infra* 4).

41 La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral. CIDH (21/7/1989). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. reparaciones y costas, Serie C, núm.7, párr. 26, entre muchos otros.

42 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

43 CSJN. *Vizzoti, Carlos c/AMSA S.A s/ Despido*, sentencia del 14 de septiembre de 2004.

44 CSJN. *Álvarez c/Cencosud S.A.*, sentencia del 7 de diciembre de 2010.

45 CSJN. *Pellicori, Lilita Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo*. Sentencia del 15 de noviembre de 2011.

46 En los supuestos de despidos discriminatorios es más injustificable negar finalmente la garantía de estabilidad reconocida al sujeto trabajador. Esa garantía no puede ser otra que la viabilidad de admitir la opción exclusiva del mismo por la reinstalación en el puesto de trabajo, reparándose “in natura” el daño ocasionado como consecuencia de la ruptura unilateral de la relación, en condiciones de doble ilicitud.

47 CSJN. *Álvarez c/Cencosud S.A.*, sentencia del 23 de junio de 2011, *Arecco c/ Praxair Argentina S.A.*, sentencia del 23 de agosto de 2011; *Parra Vera c/ San Timoteo S.A.*

48 CIDH. *Baena, Ricardo y otros c/ Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001. En este fallo se condenó al estado panameño a reincorporar a un número importante de trabajadores despedidos en violación del derecho fundamental de asociación.

49 Con apoyo en la normativa internacional y la aplicación de la ley 23592.

50 La cual estuviera presidida por Ricardo Luis Lorenzetti e integrada por Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmayer de Carlucci.

51 Voto de la minoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el fallo *Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo*, Considerando 9º.

52 Afirma el autor de cita que “...por nuestra parte, no pensamos sin más que todo despido sin invocación de causa resulte un acto ilícito o de incumplimiento contractual, pues las partes no se han obligado a mantener *sine die* la relación, ni la ley admite un derecho a la estabilidad propia en el empleo, llegando al punto de sostener que en nuestra opinión, el empleador dispone de un derecho subjetivo para resolver sin causa el contrato de trabajo cuando así lo aconseje el normal giro de sus negocios” (Herrera, 1982, pp. 266-277).

53 Así se denominaban a los magistrados en la Italia de aquella época.

54 Artículo 35 de la Constitución Española (1978).1. Todos los españoles tienen el deber y el derecho al trabajo, a la libre elección de su profesión a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La Ley regulará un Estatuto de Trabajadores.

55 Que actúe como factor formal de garantía (este deberá ser comunicado al trabajador de manera que se pueda reclamar contra el mismo).

56 Aquí conviene recordar lo dispuesto por la Observación núm. 18 del PIDESC cuando explica que el derecho a trabajar engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario y que el derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo.

57 Vale aclarar en este sentido que la expulsión del ámbito *iustlaboral* de determinados trabajadores o medidas de flexibilidad concentradas en los elementos del despido, por mucho que se presente o aparezcan como funcionales a la política de empleo, difícilmente sean compatibles con el reconocimiento del derecho al trabajo.

58 Con ellas se refiere a la falta de garantías primarias, es decir de obligaciones (de prestación) o las prohibiciones (de lesión) de los derechos fundamentales contenidos en las normas y que deben respetar y asegurar los demás, sea el Estado o terceros públicos o privados (Ferrajoli, 2001, p. 26).

59 Esto fue ratificado en el fallo *Álvarez c/ Cencosud* en su considerando 1o. establece que “la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta “intrínseca” o “inherente” a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo” (Preámbulo, primer párrafo, y artículo 1o.; asimismo, PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y artículo 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y artículos 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional).

60 Artículo 1. CC. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. Conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Artículo 2o. Interpretación. “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Artículo 3o. Deber de resolver. “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

61 Se trata de un modelo que ha tenido un mayor desarrollo en el ámbito de la Unión Europea y que todavía está en desarrollo, sobre todo en lo que se refiere a sus implicaciones para el diseño institucional y la resolución de conflictos. Pero que sería extensible a otros sistemas de derecho más allá del Estado. Los modelos pluralistas desarrollados por algunos autores tienen pretensión de aplicación general (Torres Pérez, 2011).

62 Las categorías conceptuales elaboradas sobre la base del Estado-nación, a partir de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, parecen no poder dar cuenta de esta nueva realidad.

63 Cuyo incumplimiento trae aparejado la creación de responsabilidad internacional y eventuales sanciones.

64 Nos referimos al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en materia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En relación con el Pacto de San José de Costa Rica y al Comité de Libertad Sindical o Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones referentes a las normas de la Organización Internacional del Trabajo.

65 Artículos 23. 1 de la Declaración Universal y 6o. del PIDESC, Observación General núm. 18, Protocolo de San Salvador, entre otros.

66 Independientemente de su pertenencia o no al *ius cogens* o la ratificación del convenio 158.

67 Pero también las demás fuentes del derecho.

68 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

69 Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 3 de enero de 1976. Ratificado por Argentina en 1986.

70 Véase CDESC. Observación núm. 18, relativa al derecho al trabajo, 35o. periodo de sesiones, 2005. E/C 12/GC/18, aprobada el 24 de noviembre de 2005.

71 Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Ratificado por Argentina el 5 de septiembre de 2003.

72 Adoptada por la OIT, en junio de 1998. La declaración obliga a todos los Estados miembro de la OIT a respetar y poner en práctica los principios y derechos fundamentales allí reconocidos y que fueron aceptados al formar parte de la organización, con independencia de si los convenios han sido ratificados o no.

73 Véase CDESC. Observación núm. 3, relativa al derecho al trabajo, 5o. periodo de sesiones, 1990, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990.