



Trabajo Final

El Orden Público Laboral a partir de la Reforma Constitucional de 1.994.

GUZMAN, Mauricio Flavio

2015

Abogacía

Resumen

El presente trabajo intenta indagar cómo ha quedado conformado el plexo de derechos reconocidos por nuestra Carta Magna y, por supuesto, cómo ha influido la profusa incorporación de obligaciones internacionales en el Derecho, en general y, en nuestra materia elegida –la legislación del Trabajo-, en particular.

Ello obliga a preguntarse si la reforma ha influido en el Orden Público laboral y, por consiguiente, si los pisos mínimos inderogables que este último tutela han sido incrementados, disminuidos o alterados en modo alguno.

De ahí que, luego de intentar un intenso estudio de las modificaciones incorporadas en la norma de marras se intentará precisar de qué modo se ha visto modificado, en su caso, el mentado Orden y si aún subsisten incumplidos en nuestra legislación nacional deberes asumidos con las potencias extranjeras.

Asimismo, se indaga el rol de las normas internacionales frente al derecho interno que las contraríe o ignore y de qué modo éste último deberá reaccionar teniendo en cuenta las premisas en las que se sustenta y apoya el Orden Público Laboral, en especial el principio protectorio.

Concluyendo finalmente que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional se ha visto sensiblemente ampliado por los Tratados de igual jerarquía y, por consiguiente, lo mismo ha acontecido con el Orden Público Laboral que ha sido la técnica legislativa adoptada para garantizar el cumplimiento de la norma y el principio protectorio por ella garantido.

ABSTRACT

This work is aimed at researching the fundamental rights acknowledged in the Federal Constitution and the effects of adopting international obligations in Law, in general, and specifically in Labor Law.

We want to know whether Public Labor Policy has been affected by the reform and whether irrevocable minimum standards have increased, decreased or been altered in any way.

This work includes a detailed study of the reforms introduced in the above mentioned law. In addition to this, we try to define how Public Labor Policy has changed and if there are unobserved rights with regard to foreign countries. This piece of research also deals with the role of International Law with regard to Domestic Law—since Domestic Law ignores or confronts International Law. We try to predict the reaction of Domestic Law on the basis of the premises underlying Public Labor Policy, specially the protection principle. Finally, the scope of Article 14 bis of Federal Constitution has been noticeably widened by effective Treaties—whose authority sits at the same level as the Federal Constitution. This also applies to Public Labor Policy, the legal technique adopted to ensure observance of the Law and the protection principle provided therein.

ÍNDICE

I. Introducción

Capítulo 1: Consideraciones generales

- Problema de investigación
- El concepto de orden público laboral.
- El orden público laboral en la legislación argentina.
- El sistema constitucional argentino y el sistema internacional de derecho.

Capítulo 2: Reforma constitucional de 1994 y los tratados internacionales

- Antecedentes de la reforma.
- Análisis legislativo de la reforma constitucional
- Incorporación del art. 75 inc. 22 en la Constitución Nacional.
- La Organización Internacional del Trabajo y el impacto de los Convenios.

Capítulo 3: Reforma constitucional y el orden público laboral

- El Orden Público Laboral y la Reforma de 1994 (Art. 75, inciso 22): La opinión de la doctrina.
 - ✓ El artículo 14 Bis.
- Los derechos laborales en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos.
 - ✓ ¿Normas programáticas o autoejecutivas?
- El nuevo orden público laboral y su impacto en la legislación nacional.

Capítulo 4: Doctrina y jurisprudencia.

- Análisis doctrinario respecto a la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y su relación con el orden público laboral.

- Evolución jurisprudencial respecto al impacto de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el orden público laboral.
 - ✓ Los tratados con jerarquía constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
 - ✓ Las normas de la OIT.

Capítulo 5: Conclusiones

Bibliografía

I. Introducción

La reforma de nuestra Constitución Nacional¹ de 1994 implicó grandes modificaciones repartiendo nuevas competencias y estableciendo un nuevo orden de prelación normativa.

El nuevo régimen de los tratados internacionales ha sido lo más relevante por cuanto definió un nuevo esquema de relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno. Ello se deriva de la incorporación del art. 75 inc. 22 a la Carta Magna, influyendo en el sistema de derechos reconocidos en la parte dogmática de la Constitución Nacional 1853/1860 al no derogar artículo alguno de esa sección y entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Esto implica, que los derechos establecidos en los tratados enumerados e incorporados directamente a nuestra Carta Magna consolidan y amplían las garantías ya reconocidas en ella.

El presente trabajo intenta indagar cómo ha quedado conformado el plexo de derechos reconocidos por nuestra Carta Magna y, por supuesto, cómo ha influido la profusa incorporación de obligaciones internacionales en el Derecho, en general y, en nuestra materia elegida –la legislación del Trabajo-, en particular.

El objetivo general es identificar de qué modo se ha visto modificado el sistema protectorio laboral a partir del plexo de derechos reconocidos y de obligaciones internacionales incorporadas por la reforma Constitucional de 1994. Para ello se abordarán las opiniones calificadas de la doctrina y los criterios considerados por la jurisprudencia argentina.

Asimismo los objetivos específicos del trabajo son: analizar el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, su alcance y proyecciones en el orden jurídico interno; describir y analizar los Convenios más sobresalientes de la Organización Internacional del Trabajo; explicar el alcance del orden público laboral; analizar las modificaciones introducidas por

¹ En adelante CN

la reforma constitucional y determinar si los pisos mínimos inderogables del orden público laboral han sido incrementados, disminuidos o alterados; determinar si subsisten o no incumplimientos de nuestra legislación nacional de deberes asumidos con potencias extranjeras; identificar el rol de las normas internacionales frente al derecho interno que las contraría e ignore y de qué modo debe reaccionar la legislación argentina ante el orden público laboral vigente; identificar las distintas opiniones doctrinarias prevalecientes en nuestro derecho sobre el orden público laboral y la reforma constitucional de 1994 y analizar los fallos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, su evolución en el tratamiento del “*ius cogens*” en el Derecho del Trabajo y la implicancia de los tratados internacionales.

El trabajo final se divide en cuatro ejes de análisis, desarrollados en cinco capítulos, uno conceptual donde se aborda la problemática planteada, el orden público laboral, el sistema constitucional argentino y el sistema internacional de derechos humanos. Otro, relativo a la reforma constitucional de 1994 y su análisis. El tercero, referido a los tratados internacionales, su incorporación y el rol de organismos internacionales y; por último, un capítulo con jurisprudencia y doctrina que apoya el desarrollo del trabajo planteado, para llegar a las conclusiones, que determinará si la hipótesis originariamente planteada pudo ser corroborada en la investigación practicada.

La investigación es de tipo descriptivo. Para ello fue necesario recurrir a la legislación, jurisprudencia, doctrina, entre otros, a fin de fundar la hipótesis planteada.

Se utilizó la estrategia metodológica denominada cualitativa a fin de demostrar cómo impactó la incorporación del bloque de legalidad, a través de la reforma constitucional de 1994, en el piso mínimo inderogable del orden público laboral argentino.

Me limité a recolectar información ya existente sobre el tema, sin realizar ninguna encuesta o entrevista, es decir, utilicé la técnica de observación de datos o de documentos.

La aplicación de las normas jurídicas depende en gran medida de su interpretación, por tanto la eficacia de la ley se encuentra en su texto y en su interpretación.

A través del análisis del Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994, principalmente, de la voz de los miembros informantes del despacho de la mayoría de la comisión de estudio de la reforma del Art. 75, inciso 22 CN, intente establecer el espíritu de la normativa que nos convoca, de forma tal de no apartarme de su alcance legal.

Asimismo del análisis de las distintas posturas doctrinarias se observa la relación entre la reforma constitucional y el orden público laboral para finalmente con el análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intérprete último y máximo en definitiva, me permite encontrar las respuestas exactas a la hipótesis e interrogantes planteados

El tema abordado tiene su inicio a partir de la reforma de la constitución de 1994 con la incorporación del denominado “bloque de legalidad” pero encuentra especial interés y pronunciamiento judicial a partir de las leyes de Reforma Laboral, Ley 25013 del 2002 y 25877, del año 2004.

A raíz de las modificaciones legislativas, los análisis doctrinarios y especialmente jurisprudenciales muestran como el Orden Público constituye una característica esencial del Derecho del Trabajo, y una restricción a la autonomía de la voluntad de las partes impidiendo que se socaven los pisos mínimos predispuestos por las normas laborativas.

Capítulo 1: Consideraciones generales

Una primera aproximación: el orden público laboral y principio protectorio

¿Cómo ha influido la incorporación de obligaciones internacionales a partir de la Reforma constitucional de 1994, en el derecho interno en general y, en la legislación laboral en particular?

En cuanto uno observa y analiza la reforma constitucional de 1994 y, principalmente, el artículo 75, inciso 22 CN, surgirá palmario el interrogante respecto de cómo ha quedado conformado el plexo de derechos reconocidos por nuestra Carta Magna y, por supuesto, cómo ha influido la profusa incorporación de obligaciones internacionales en el Derecho, en general y, en nuestra materia –la legislación del Trabajo-, en particular.

Además, obliga a preguntarse si la reforma ha influido en el Orden Público laboral y, por consiguiente, si los pisos mínimos inderogables que este último tutela han sido incrementados, disminuidos o alterados en modo alguno.

De ahí que, luego de intentar un intenso estudio de las modificaciones incorporadas en la norma de marras se intentará precisar de qué modo se ha visto modificado, en su caso, el mentado orden y si aún subsisten incumplidos deberes y obligaciones asumidos al incorporar a nuestro ordenamiento constitucional los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Muchas investigaciones, estudios, ensayos han abordado la reforma constitucional de 1994 y la introducción del denominado “bloque de legalidad”. De todos ellos se concluye que la mencionada reforma operó un enorme cambio en el sistema normativo.

Con el paso de los años, se advierte que nuestra Constitución Nacional no es el único pacto que regula las relaciones políticas, económicas y sociales, ya que hay otros y variados tratados y pactos mediante los cuales se estructura la sociedad democrática, que son los que reconocen a los derechos humanos; definiendo un nuevo esquema de relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno.

La presente investigación se centra en agregar un eje más a la relación antes mencionada, y es el principio protectorio y orden laboral público argentino.

La importancia radica en precisar el rol de las normas internacionales frente al derecho interno que las contraríe o ignore y de qué modo éste último deberá reaccionar teniendo en cuenta las premisas en las que se sustenta y apoya el orden público laboral.

El concepto de orden público laboral.

Primeramente, podemos caracterizar a los principios de orden público como aquellos que inspiran un ordenamiento jurídico determinado. A veces se persigue solo resguardar ciertos intereses monetarios del Estado, como ocurre con las regulaciones de control de cambios o restricciones de transferencias. En otras ocasiones se busca salvaguardar intereses vitales de un Estado y el bienestar de sus habitantes.

La expresión “orden público” fue incluida en el artículo 6° del Código Civil Francés de 1804, y de allí se extendió a los cuerpos legales inspirados en dicho código.

Para el ámbito laboral, la expresión orden público persigue el resguardo de partes consideradas débiles y por ende necesitadas de tutela, aquí se habla de orden público «de protección», tal cual ocurre con los trabajadores. En consecuencia, el derecho del trabajo es tuitivo, al no existir un pie de igualdad entre las partes: relación trabajador/ empleador-empresario.

En toda la normativa del derecho laboral encontraremos que su contenido está caracterizado por el espíritu “protectorio” en favor del más débil de la relación, como es el sujeto trabajador. Frente a este postulado, aparece el concepto de orden público laboral, imponiendo con ello, la imposibilidad de incumplir, o de renunciar las normas del trabajo, pues son normas de orden público.

Como primera aproximación al concepto podemos definir que "...que orden público laboral es el conjunto de principios eminentes (morales, religiosos, políticos, sociales y económicos) a los cuales una sociedad dada (en tiempo y espacio), considera vinculada su existencia, conservación y elevación general como mejoramiento del ser humano en plenitud... Adhiriendo a la más moderna doctrina, repetimos que el orden

público laboral deriva directamente del principio protectorio (pro operario) y de la desigualdad del poder negocial que normalmente existe entre el empleador y el trabajador individual..." (DT/77 Pág. 1089). ".. La concreta conceptualización de ese "Orden Público Laboral", la encontramos en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, especialmente en las garantías de protección del trabajo en sus diversas formas, en la justa retribución y el amparo contra el despido arbitrario.”(Sansinena, Patricia, 2012)

Diego M. Tosca nos explica que, con el objeto de establecer mínimas condiciones de dignidad en la relación de trabajo, el poder estadual intervino coactivamente estableciendo ciertos parámetros que deben ser obligatoriamente observados en la celebración y ejecución del contrato. De poco habrían servido estas pautas legales si su contenido hubiere sido disponible por los particulares, o si sólo hubieren tenido operatividad supletoria. En esta hipótesis, el poder patronal habría seguido imponiendo peyorativas condiciones de trabajo. Por consiguiente, para obtener la finalidad y eficacia buscadas, la legislación laboral se presentó con características de imperatividad, “...*de observación obligatoria por parte de los particulares, tornando para ello ineficaz lo pactado sin contemplar las condiciones mínimas establecidas por la norma y ordenando que la situación quede regida, de pleno derecho, mediante la normativa heterónoma...*” (Tosca, Diego M; 2005, pág. 452).

De este modo, continuó dicho autor señalando que: “...*mientras que en el Derecho común la disponibilidad suele ser la regla y la limitación la excepción, en el Derecho del Trabajo sucede lo contrario, dado que la casi totalidad de las condiciones en que se desarrolla el vínculo laborativo están impuestas, con un contenido mínimo, por la norma heterónoma de carácter obligatorio...*”(Tosca, Diego M; 2005, pág. 453).

Llambías formula un concepto material del Orden Público – si bien, general- sosteniendo que *es el conjunto de principios eminentes- religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida, es decir, los principios fundamentales.* (Llambías, Jorge, 1978, pág. 158).

Borda contrapone a este concepto una mirada meramente formal que es, el que en definitiva, suele primar puesto que las dificultades que importa establecer el criterio material ha hecho que, a los fines prácticos, sólo se destaque la definición formal o

funcional del orden público, es decir, como “...*técnica jurídica que impide que los particulares reglen sus relaciones apartándose de determinados contenidos impuestos por el legislador...* (Tosca, Diego M; 2005, pág. 454)

Asimismo, aseguró, que el orden público laboral es una derivación del principio protectorio receptado por el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna y que, al igual que el orden público general, presenta un carácter dinámico, morigerado por haber sido predispuesto – en la mayoría de las naciones- en la Norma fundamental del Estado, lo que ha hecho que su alteración no resulte, del todo, frecuente. (Tosca, Diego M; 2005)

En este sentido, un autor uruguayo expresa que "... La característica nota de "dinamismo" del orden público asume en materia laboral, un sentido específico y particularmente relevante, consistente en la primacía de una dinámica pautada por el signo de la "progresividad" (Garmendi Arigón, Mario, 2001, pág. 100).

Finalmente, en cuanto a los efectos de la inobservancia de normas de orden público general o de orden público laboral son disímiles:

a.- La violación de normas de orden público general conlleva la sanción en la ineficacia total del acto. Aunque también en el Derecho del Trabajo existen normas de orden público general, como las referidas a la ilicitud o prohibición del objeto (art. 38 al 44 de la Ley N°20744), supuesto en el cual corresponderá declarar la nulidad total del contrato. Sin embargo, en los típicos casos que se presentan en el Derecho del Trabajo, la violación del orden público laboral no producirá la nulidad íntegra del negocio, sino sólo se producirá la de la disposición o cláusula inválida, en atención al principio de conservación del contrato de trabajo (art. 10 Ley N° 20744), produciéndose a su vez un segundo efecto, la sustitución de pleno derecho de la cláusula nula por la regulación establecida en la norma mínima.

b.- La norma laboral válida sustituye automáticamente a la cláusula nula, lo que ha llevado a decir a Justo López que la ley laboral, en forma simultánea, crea la laguna contractual (nulidad de la cláusula) y la remedia (integración o sustitución). (Tosca, Diego M; 2005)

En conclusión, **el orden público constituye una característica esencial del Derecho del Trabajo, sea como conjunto de principios fundamentales del mismo, sea en su faz funcional, como técnica que restringe la autonomía de la voluntad de las partes e impide que las mismas socaven los pisos mínimos predispuestos por las normas laborativas.**

Asimismo, se ha previsto para el supuesto de violación de la prohibición, la sustitución automática de las normas nocivas por las tuitivas del empleado. De este modo, el orden público laboral elimina toda posibilidad de fuga del sistema por él creado.

El orden público laboral en la legislación argentina.

El art. 7 de la Ley N° 20744² establece que *las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las impuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley.*

A su vez el art. 7 de la Ley N° 14250³ prescribe que *las disposiciones de las convenciones colectivas deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del Derecho del Trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaren disposiciones dictadas en protección del interés general, norma concordante con el art. 8 de la LCT.*

Como dice Diego Tosca, a partir de las normas enunciadas quedan establecidas las fuentes del orden público laboral, por lo que empleador y trabajador no pueden válidamente establecer condiciones de trabajo menos favorables que las previstas en aquéllas. Pero a su vez la autonomía colectiva se encuentra limitada por el piso de beneficio establecido por la ley.

² Ley N°20744 de Contrato de Trabajo. Publicada en el Boletín Oficial el 21 de mayo de 1973. En adelante se utilizará la abreviatura LCT. Fuente de consulta: <http://www.infoleg.gob.ar>

³ Ley N° 14250 de Convenio Colectivo. Publicada en el Boletín Oficial el 20 de octubre de 1953. Fuente de consulta: <http://www.infoleg.gob.ar>

Asimismo Carnota indica que hoy podemos hablar de que nos encontramos con un “orden público laboral internacional” que establece un piso mínimo para el Derecho interno, en razón de la primacía que se le reconoce a los tratados internacionales respecto a la ley nacional, a partir de la reforma constitucional de 1994, con lo cual la norma interna sólo puede equiparar o mejorar respecto del trabajador la previsión del tratado. (Carnota, Walter, 2000)

El sistema constitucional argentino y el sistema internacional de derecho.

La Constitución Nacional de 1853 no tuvo en su contenido la incorporación de lo que se conoce como “derechos sociales o derechos de segunda generación”, sólo hizo referencia en el art. 14 CN al derecho a trabajar como al de ejercer toda industria lícita.

El enunciado del art. 14 CN no obliga al Estado a garantizar el empleo, sino a generar el marco y las políticas que lo promuevan, incrementen y enriquezcan con empleos de buena calidad. (de Diego, Julián A., 2008)

Es recién en 1949 con la reforma de la constitución que el derecho del trabajo alcanzó su rango constitucional, al incorporar en el artículo 37 inc. I de ese texto normativo los derechos al trabajo, a la retribución justa, a la capacitación del trabajador, a las condiciones dignas de trabajo, al cuidado de la salud, al bienestar personal y familiar del trabajador, a la seguridad social, al progreso económico y a la agremiación.

La Constitución del año 1949 fue suprimida al producirse el golpe de Estado de 1955. En 1957, se produjo una nueva reforma de la Carta Magna, que fue convocada por un gobierno de facto que había dejado sin efecto la Constitución Nacional de 1949 en la Proclama del Gobierno Provisional el 27 de abril de 1956, art. 1º. Este nuevo texto constitucional incorpora las cláusulas de tinte social, en especial el art. 14 bis CN, que consagra los derechos del trabajador, los derechos sindicales y los provenientes de la seguridad social y; amplía su espectro al determinar en el art. 67 inc.11 CN la facultad del Congreso de dictar los códigos, donde se incluyan el del Trabajo y la Seguridad Social.

El constituyente del 1957 promueve el “valor justicia” y con base a autores como Ulpiano, Josserand, Couture o Radbruch sustenta la idea del principio protectorio del Derecho del Trabajo, basado en la diferencia de poder entre los contratantes y la necesidad de que el Derecho proteja a los más débiles y contenga a los fuertes. Con la

introducción del principio “igual remuneración a igual tarea” se consagra la primera disposición constitucional que aplica el principio de igualdad a las relaciones privadas, aunque este principio se extiende posteriormente al empleo público. (Tosca, Diego M; 2005)

Además, en este período de reforma se elevó a rango constitucional el derecho a huelga.

La Reforma de 1994 va a venir a enfatizar las cláusulas incorporadas en 1957, a partir del reconocimiento de declaraciones y pactos internacionales que completan, amplían y extienden los derechos sociales incluidos en nuestra Constitución positiva y va a responsabilizar internacionalmente al Estado argentino ante el incumplimiento de los mandatos incluidos en los instrumentos internacionales aprobados, adoptados y ratificados. (art. 75 inc. 22 CN).

Si bien, en el capítulo siguiente me detendré en este aspecto, podemos decir que después de la reforma constitucional de 1994 quedaron superados los principios de los casos “Martín”⁴ y “Esso”⁵, donde el Superior Tribunal de la Nación indicaba que no correspondía establecer ningún tipo de superioridad o prelación de los tratados sobre las leyes válidamente dictadas por el Congreso, pues ambos son igualmente calificados como “ley suprema de la Nación”, y no existe fundamento legal para acordar prioridad de rango a ninguno de ellos (Fallos 257:99, Considerando 6º). Además, frente a la equivalencia de jerarquía en cuanto ambos integran el ordenamiento normativo interno de la República, señaló que las leyes posteriores derogan las anteriores (Ídem, Considerando 8º).

Unos años antes de la Reforma Constitucional de 1994, en el fallo “Ekmekjian c/ Sofovich”⁶, la Corte Suprema de Justicia de la Nación modificó su postura respecto a la interpretación de la superioridad de los tratados internacionales, reconociendo prioridad al derecho internacional sobre el derecho interno. Este criterio será el punta pie de la introducción del texto del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna vigente.

⁴ C.S.J.N., “Martín y Cía. c/ Administración General de Puertos -Gobierno Nacional”, 6 de noviembre de 1963, Fallos 257:99, también publicada en *La Ley*, 113-458.

⁵ C.S.J. N , “S.A. Petrolera Argentina ESSO S.A. C. Gobierno Nacional” ,05/06/1968, Fallos 271:7 y también publicado en *El Derecho*, 28-424.

⁶ C.S.J.N., “Ekmedjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y ots. s/ recurso de hecho”, 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492.

En el fallo mencionado, en su considerando 18, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados --aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980-- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7 (La Ley, 43-458; 131-773), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

La reforma constitucional 1994 adhiere a la teoría monista respecto a la aplicación de los tratados internacionales, según la cual los tratados suscriptos y ratificados por nuestro país automáticamente forman parte del derecho interno sin necesidad que el Congreso dicte una norma *ad hoc*.

Capítulo 2: Reforma constitucional de 1994 y los tratados internacionales

Antecedentes de la reforma constitucional argentina.

En noviembre de 1993, se reúnen los presidentes de los partidos mayoritarios del país: el Dr. Carlos Saúl Menem, Presidente de la Nación, por el justicialismo y el Dr. Raúl Alfonsín, por el radicalismo. Ambos firman lo que se denominó “*Pacto de Olivos*”. Este pacto político programático explica el por qué y para qué de la reforma constitucional y logra el consenso para el proyecto de reforma sin introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la constitución. Además, el Dr. Menem obtiene el punto de partida para acceder a un nuevo mandato presidencial.

Un mes después se firma el “*Pacto de la Rosada*” que describe y detalla las materias a reformar y los procedimientos a seguir, formando un núcleo de coincidencias básicas y mecanismos jurídico-político para garantizar la concreción de los acuerdos.

El 29 de diciembre de 1993, el Congreso de la Nación Argentina sancionó, por Ley N° 24.309, la declaración de la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957.

Esta ley contiene tres partes fundamentales:

- a. Cláusula limitativa, es decir la parte de la Constitución que no puede ser modificada por la Convención, constituida por la parte dogmática de la constitución que comprende los artículos 1 al 35⁷.
- b. Núcleo de Coincidencias Básicas, que contiene los acuerdos alcanzados entre Menem y Alfonsín. Entre los temas incorporados están: la reelección inmediata del presidente por un período, en forma directa pero con doble vuelta; la creación de la figura del jefe de gabinete; la incorporación del tercer senador por la minoría, elección directa de los senadores por el pueblo; la creación del Consejo de la Magistratura y un nuevo procedimiento de remoción de magistrados; la regulación de los decretos de necesidad y

⁷ Art. 7 Ley 24.309. Publicada en el Boletín Oficial: 29 de diciembre de 1993. Fuente de consulta: <http://www.infoleg.gob.ar>

urgencia y el ministerio público, entre otros. El núcleo de coincidencias básicas tiene la particular característica de que debe votarse en conjunto y sin modificaciones por los convencionales constituyentes, por lo que se lo llamó “cláusula cerrojo” o “paquete”.

c. Por último están los temas habilitados o autorizados para el libre debate por la convención constituyente. Entre ellos se encuentra la posibilidad de incorporar nuevos derechos y garantías, el fortalecimiento del federalismo y otros.

Sin perjuicio de todos los cambios normativos que se realizaron, nos centraremos en las normas pertinentes a la relación entre el Derecho Internacional, las normas laborales y el derecho interno en el marco de la constitución reformada.

Como primera aproximación puedo decir que con respecto a los tratados internacionales, la reforma constitucional de 1994 determina funciones concurrentes entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, en tanto un tratado es un acto complejo federal⁸ que consiste en la decisión del estado de obligarse por el tratado.

En sede internacional, es el Poder Ejecutivo Nacional ⁹ quien negocia y ratifica los tratados. Así, el actual artículo 99 inc. 11 establece que el P.E.N. “concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras ...”.

En el ámbito interno, nuestra Constitución Nacional exige que los tratados con las Naciones extranjeras sean aprobados por el Congreso de la Nación, tal como prescribe el reformado artículo 75, en el inciso 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”.

En síntesis, para el derecho argentino, la celebración de los tratados comprende las siguientes etapas: negociación, adopción y autenticación del texto por parte del P.E.N. (generalmente a través de la Cancillería). La aprobación del texto a través de una ley del Poder Legislativo Nacional. El alcance de tal aprobación es solamente de dar conformidad para que el Poder Ejecutivo se obligue posteriormente en base a dicho texto

⁸ Así lo confirmó la jurisprudencia de la C.S.J.N. en el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 07/07/92, considerando 17º del voto de la mayoría, Fallos 315:1492, también publicado en La Ley, Tomo 1992-C, p. 547.

⁹ En adelante P.E.N.

o con las reservas que se indiquen. Posteriormente, la ratificación o no la realiza el P.E.N. (Presidente de la Nación), ya que se encuentra dentro de sus facultades.

Los tratados adquieren fuerza obligatoria recién a partir de su entrada en vigor. Para ello conforme los arts. 26 de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986: “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”. Para que esto ocurra se deben dar dos requisitos: 1º) que el tratado se encuentre en vigor y 2º) que el Estado se haya obligado, por ejemplo a través de la ratificación o adhesión.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994, en el artículo 75 inc. 22 CN, comienza indicando las funciones del Congreso sobre los tratados en general: “*aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los Concordatos con la Santa Sede*”. Expresa que “*los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*”. Luego, enuncia una lista de diez Tratados de Derechos Humanos, algunos con alcance internacional y otros con alcance interamericano.

Continúa indicando que “*en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”. Se establece una mayoría especial (2/3) de la totalidad de los miembros de cada Cámara para que nuevos tratados humanitarios adquieran en el futuro jerarquía constitucional.

El artículo 75 inc. 24 de la CN, se señala también entre las funciones del Poder Legislativo: “*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. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes*”.

Conforme lo dispuesto en este inciso, se puede afirmar que las normas dictadas por las organizaciones supraestatales, si bien estarán por encima de las leyes, deben respetar los derechos humanos; por ende, los tratados sobre estos derechos serán superiores jerárquicamente.

Análisis legislativo de la reforma constitucional

A través del análisis del Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994 (Diario de Sesiones, 1994), principalmente, de la voz de los miembros informantes del despacho de la mayoría de la comisión de estudio de la reforma constitucional, en especial del Art. 75, inciso 22 CN, hemos intentado establecer el espíritu de la normativa que nos convoca, de forma tal de no apartarnos del significado, interpretación y alcance que quisieron darle los constituyentes.

De esta forma, cualquier interpretación del Art. 75, inciso 22 CN, deberá concordar con todos y cada una de los objetivos propuestos en su consagración, los que hemos sintetizado del siguiente modo:

- 1) la supremacía del hombre como centro del ordenamiento jurídico y como un sujeto internacional de derechos.¹⁰
- 2) La responsabilidad del Estado ante las demás potencias extranjeras frente a las violaciones de los derechos del hombre.¹¹

¹⁰ Juan Pablo Cafiero, miembro informante de la mayoría, recalcó la necesidad de incorporar mecanismos legislativos para aprobar "...temas que sin duda pueden ser el corazón de la nueva Constitución: la supremacía del hombre, la tutela del hombre como centro del ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo, da una responsabilidad internacional al Estado frente a cualquier violación a esos derechos de la persona..." Asimismo se encargó de precisar que, en la Convención Constituyente, no obstante existir diversos miembros de distintos tintes partidarios, ninguno de los proyectos propuestos dejó de lado "...el valor que la sociedad actual otorga a los derechos humanos como nuevo estatuto de la condición de vida de un pueblo, de las condiciones de vida de cada una de las personas, del ser humano en sí mismo (...) Todos los bloques han coincidido en que la incorporación de la temática de los derechos humanos es un aspecto central..."

¹¹ En lo relativo a los "derechos humanos" tenidos en mira con la incorporación de los Tratados del Art. 75, inc. 22, Cafiero sostuvo que: "...nuestro país ha recorrido un camino muy difícil. Durante muchas generaciones se produjo una violación sistemática de los derechos humanos. Hemos palpado en nuestra vida política y personal lo que significa la ausencia de estas garantías y derechos fundamentales. (...) Otorgar jerarquía constitucional a estos instrumentos es situar al ser humano —por su sola condición de tal— en el centro de la tutela del orden jurídico..." por cuanto: "...Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, conforman una obligación para todos, erga omnes y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del derecho del hombre. El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito —esencialmente— de su competencia nacional con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata, es de la protección internacional. La persona es el sujeto del derecho internacional.- El Estado, a través de sus poderes, tiene responsabilidades concretas. Quizás el Poder Ejecutivo sea el que deba restringir más su acción. El Poder Ejecutivo es el que debe sentir el primer freno del hombre fijándole límites a su accionar. El Poder Legislativo debe traducir en normas positivas la progresividad y la aplicación de los derechos humanos y el Poder Judicial debe estar al servicio de

3) El abandono de toda doctrina “dualista” en la internalización del derecho internacional y la clara recepción de la doctrina monista, con franco abandono del viejo concepto de soberanía.¹²

4) La jerarquía superior a las leyes de todos los tratados vigentes en el derecho interno.¹³

un recurso ágil y rápido para reponer a la persona que ha sido violada en su derecho a su situación anterior o, al menos, para exigir una reparación sin perjuicio de la responsabilidad internacional..-De esta manera, la República Argentina da su consentimiento en obligarse por los tratados de derechos humanos universales y regionales, por todos aquellos que protegen un derecho en particular. También acepta la competencia de las instancias internacionales de control establecidas en los mismos tratados y la jurisdicción de los tribunales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”

¹² Al tiempo de exponer las modificaciones, Cafiero expuso que se eliminó el régimen de Patronato, se tuvo en cuenta la posibilidad de incorporar los tratados celebrados con organizaciones internacionales, habiendo elegido el modelo utilizado en la Convención de Viena, dejando claramente establecido que la redacción propuesta para la norma en estudio se adecuaría a la doctrina monista, en un todo conforme con el artículo 27 de la norma austriaca. Textualmente se dijo: “...Durante mucho tiempo se ha debatido —y se lo seguirá haciendo— cuál es la relación de conexidad entre el derecho internacional y el derecho interno. ¿Cuál es prioritario? ¿Cuál está por encima del otro? ¿Cómo se relacionan entre ellos jerárquica y horizontalmente? -Se han desarrollado las viejas teorías dualistas y pluralistas de Triepell, en Alemania, y de Anzilotti en Italia, que llevaban a la conclusión de que el derecho internacional, para ser aplicado fronteras adentro, debía ser aprobado previamente por el Poder Legislativo, es decir, debía tener una doble inserción para ser considerado derecho positivo dentro del Estado nacional. -Esas doctrinas, que fueron acompañadas en nuestro país no hace mucho tiempo por los fallos de la Corte, hablaban de la transformación necesaria del derecho internacional en derecho interno. Decían que ya no era función de los jueces ocuparse de los tratados internacionales. La función de los jueces consiste en que se ocupen de las leyes, ya que esos tratados —al ser ratificados por ley— luego pasan a formar parte del derecho propio. -Años atrás la Argentina suscribió la Convención de Viena sobre los tratados, creando una flagrante contradicción. La Convención de Viena sobre tratados imponía a la Argentina, por el artículo 27, la siguiente condición: un Estado que forma parte de un tratado no puede incumplirlo ni desobligarse invocando su derecho interno. Es decir que no podemos decir “no” a la comunidad internacional o a la relación con otro Estado por el hecho de que nuestro derecho interno no nos permita cumplir con esa imposición. En ese sentido, la Corte Interamericana de Justicia —opinión consultiva número 10— interpretó este artículo 27, además de los artículos 1º y 29 del llamado Pacto de San José de Costa Rica y dispuso lo siguiente: “Aun cuando los tribunales otorguen prioridad a la ley nacional, el Estado es responsable internacionalmente por las obligaciones contraídas.” -También criticó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación anterior al fallo “Ekmekjian c. Sofovich”, precisando que: “...la Argentina no puede participar de ningún proceso de globalización si no ordena progresivamente sus normas; y participa en un proceso de globalización en la medida que pueda sujetar los derechos de las personas, porque de lo contrario no le interesa el proceso de globalización.” Consecuentemente, con la finalidad de fundamentar la intención de otorgar jerarquía supralegal a los tratados internacionales, siguiendo a Mareck, el legislador argumentó que: “la doctrina dualista es incapaz de asegurar el desarrollo y progreso del derecho internacional en general. El progreso exige, al contrario, el reconocimiento y aplicación del principio de la unidad, de dos órdenes jurídicos, contra una penetración creciente del derecho internacional sobre el derecho interno.”

¹³ Al respecto, el segundo miembro informante del despacho de la mayoría, Sr. Barra, expuso: “...Como regla general, se establece que todos los tratados vigentes en el derecho interno tienen jerarquía supralegal, es decir, superiores al ordenamiento jurídico interno pero infraconstitucionales, es decir, debajo de la Constitución. En este sentido, como lo mencionó recién el señor convencional Juan Pablo Cafiero, nos ajustamos a lo establecido por el artículo 27 de la Convención de Viena.- Algunos tratados internacionales sobre derechos humanos, luego de ser aprobados y una vez

5) La jerarquía constitucional de los Tratados enumerados por el Art. 75, inciso 22 C.N., debiendo entenderse complementarios a nuestra Carta Magna.¹⁴

6) Dicho rango supremo es otorgado "en las condiciones de su vigencia", esto es, con las reservas y declaraciones interpretativas, si las hubiese.¹⁵

7) Asimismo: "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías", puesto que la ley N° 24.309, que declaró la necesidad de la Reforma Constitucional, dispuso la nulidad absoluta cualquier

cumplido el requisito de mayoría especial de las dos terceras partes del total de cada Cámara, gozarán de jerarquía constitucional. Esta es una segunda categoría. Es decir, se necesitará una decisión expresa del Congreso en un proceso de dos etapas. La primera, la incorporación del tratado al derecho interno por mayoría simple, a través de lo cual adquirirá la jerarquía supralegal que mencionábamos antes. La segunda es la elevación del tratado al rango constitucional, por mayoría especial y en todos los casos con ratificación del Poder Ejecutivo.- Un tercer elemento de este sistema lo constituyen ciertos tratados sobre derechos humanos, enumerados taxativamente, que gozan de jerarquía constitucional por decisión expresa del constituyente. Sólo pueden ser denunciados, al igual que los anteriores que llegarán al mismo rango por decisión del Congreso, previa aprobación de los dos tercios del total de cada Cámara.-En forma paralela, los tratados del derecho de integración —que, como se dijo, ya gozan de jerarquía supralegal— pueden delegar competencias a organizaciones supraestatales. Las normas que dicten tales organizaciones se incorporarán de pleno derecho al ordenamiento jurídico interno. Esta es la gran novedad del sistema en nuestro ámbito, aunque tiene el gran precedente del sistema de la Comunidad Europea. Se incorporarán al derecho interno en forma automática, con jerarquía supralegal aunque infraconstitucional. Para que esta delegación sea posible se requieren mayorías especiales y un sistema de mayor rigurosidad si se trata de una integración con países ajenos a la región latinoamericana..."

¹⁴ Barra hizo hincapié en los siguientes detalles del texto propuesto: "...Tanto para los derechos o tratados enumerados, como para los que en el futuro el Congreso resuelva otorgar jerarquía constitucional, se debe efectuar el siguiente comentario. Primero, "tienen jerarquía constitucional", dice la norma proyectada. Esto significa que se encuentran en pie de igualdad con la Constitución Nacional; no es que la integren estrictamente, sino que la complementan en igualdad de rango. Segundo, los tratados a los que hoy se otorga rango constitucional, de ser aprobada esta norma, expresan los derechos básicos o naturales, es decir, los que toda persona posee, por el hecho de ser tal, por el hecho de ser humano.

¹⁵ Sobre esta temática, Barra expuso: "...los tratados sobre derechos humanos que adquieren y adquieran en el futuro rango constitucional, lo hacen "en las condiciones de su vigencia", esto es, tal y como fueron incorporados al ordenamiento argentino. La incorporación al ordenamiento argentino es, como dijo la Corte Suprema, en la causa Ekmekdjian, un "acto federal complejo" que tiene tres etapas: primero, la firma del tratado; segundo, la sanción y promulgación de la ley aprobatoria y tercero, la ratificación internacional. Es decir, la manifestación internacional del consentimiento obligacional de nuestro país —lo que se hace, y por tanto, esto integra necesariamente el acto o tratado— con las reservas y declaraciones interpretativas, si las hubiese.-Estas reservas y declaraciones interpretativas —repite— integran el tratado, a los efectos, tanto del derecho interno como del compromiso internacional que nuestro país asume..."

modificación a la primera parte de la Constitución Nacional.¹⁶

8) Por último, ninguna disposición de ninguno de los tratados puede aplicarse en el derecho interno para limitar el goce y ejercicio un derecho ya reconocido, conforme la constitución, la ley u otro tratado.¹⁷

Incorporación del art. 75 inc. 22 en la Constitución Nacional.

La norma en estudio comienza afirmando que corresponde al Congreso: *“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre

¹⁶ “No existe entonces contradicción entre estos derechos que podemos llamar “nuevos” y los ya consagrados en la parte dogmática de la Constitución. Con todo, en el caso de presentarse eventualmente esa contradicción, la respuesta que lógicamente se impone es que en tal hipótesis no existirá la complementariedad exigida ahora por el constituyente. Por lo tanto, estos derechos no estarán perfeccionados, con lo que no podrán aplicarse.- Estos nuevos derechos —entre comillas, porque insisto en que surgen de la propia naturaleza humana— son la culminación de los primeros 35 artículos y no su derogación. De manera que si el intérprete, el operador jurídico, en definitiva el juez, no puede alcanzar un sentido integrador de las normas en juego habrá de primar aquella que figura en la parte dogmática de nuestra Constitución, en armonía con el mencionado artículo 7º de la ley 24.309 y con la conocida pauta interpretativa que a los efectos de discernir el sentido de una norma remite de modo preferente a la voluntad psicológica del legislador, en este caso del convencional constituyente. (...) este criterio que acabo de mencionar ha sido expresamente incorporado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en el apartado 2 de su artículo 5º establece: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.” (de la opinión del Sr. Barra)

¹⁷ Barra también puntualizó, en relación con este tópico que: “...La regla de oro para la interpretación del punto que estamos tratando se encuentra establecida, a mi juicio, en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, que dice: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de...”, y el inciso b) señala: “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 o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Obviamente tampoco podría contradecir las normas de la Constitución. El inciso c) del mencionado artículo dice así: “Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”. Esta norma, tomada de nuestro artículo 33, se enlaza armónicamente con la declaración argentina formulada al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica que, como he dicho, para nuestro país y para nuestros compromisos internacionales forma parte del tratado y por ende se le reconoce ahora rango constitucional. Esta declaración argentina establece que la Convención de Costa Rica se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella.”

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; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

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.”

El Artículo 75, inciso 22 CN, en sus tres párrafos, distingue a) aquellos tratados que ya tienen jerarquía constitucional y que expresamente enumera, b) los relativos a derechos humanos que aún no la tienen –pero podrían adquirirla- y c) los demás tratados celebrados con potencias extranjeras, organismos internacionales, o bien, con la Santa Sede, otorgándoles expresamente a éstos jerarquía superior a las leyes.

Sobre este punto, aseveró Spaventa Domenech que *...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” y que ha sido la misma Corte Suprema in re: “Café La Virginia”¹⁸, del 13/10/94, la que ha sostenido 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... (Spaventa Domenech, Carlos Javier, DT 1996-B, 2707)*

¹⁸ C.S.J.N, “Café la Virginia”, La Ley, 1995-D, 275.

Además, sostuvo dicho autor que: *...Esta misma doctrina debe ser extendida para el caso que el legislador derogue un tratado común a través de una ley si, 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...* (Spaventa Domenech, Carlos Javier, DT 1996-B, 2707)

Finalmente, explicó que: *...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, párr. 1º)... (Spaventa Domenech, Carlos Javier, DT 1996-B, 2707)

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 una 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"*¹⁹

Siguiendo con el análisis de los tratados que no gozan de jerarquía constitucional, el Spaventa Domenech afirma que: *...pueden ser declarados inconstitucionales por el Poder Judicial en atención a lo dispuesto por el art. 27 de la Constitución Nacional 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*

¹⁹ C.S.J.N, "Café la Virginia". La Ley, 1995-D, 275.

reconoce la Constitución Nacional. 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, párr. 1º, del art. 75)- se encuentran los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, a la que se encuentra vinculada la Nación desde que ratificó su estatuto constitutivo con la ley 11.722 del 25/9/33...(Spaventa Domenech, Carlos Javier, DT 1996-B, 2707)

En síntesis,

- Al tratarse de documentos, todos ellos, superiores a las leyes, el Congreso de la Nación: a) no tiene atribuciones para legislar en contra de los mismos; b) si, no obstante ello, lo hiciera, estaríamos en presencia de un acto constitucionalmente inválido"; c) las normas anteriores a la reforma, que no se adecuen a la misma, son inconstitucionales.
- 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.
- Asimismo, tiene el deber de compatibilizar, en su caso, los derechos resultantes de los Tratados con jerarquía constitucional con los de la primera parte de nuestra Carta Magna.
- El Poder Ejecutivo no puede dictar instrucciones o reglamentos contrarios a los mentados documentos.

La Organización Internacional del Trabajo y el impacto de los Convenios.

La Organización Internacional del Trabajo, en adelante O.I.T., es una entidad internacional formada por los gobiernos y las centrales empresariales y sindicales de distintos países con sede en Ginebra y delegaciones regionales.

La O.I.T. fue fundada en 1919 según los lineamientos, objetivos y mecanismos propuestos por la Carta del Trabajo emanada de la Conferencia Interaliada de 1918, siendo su origen el Tratado de Versalles.

La función principal es asesorar a los gobiernos y participar activamente de los foros internacionales, dar recomendaciones para la mayoría de las naciones y dictar los convenios que se incorporan al derecho interno de los distintos países.

Del preámbulo de su constitución surge el fin esencial de la organización que es el *de promover internacionalmente la justicia social y prestar asistencia técnica a los programas de desarrollo económico y social*, reuniendo y difundiendo toda la información relativa a los problemas del trabajo.

La O.I.T. en su largo recorrido desde su creación ha dictado una enorme legislación que se expresa en la sanción de convenios y recomendaciones, pretendiendo fijar un modelo que se adapte a la legislación de los países miembros, que asumen el compromiso de proponerla para su consideración al órgano político encargado de la sanción de leyes. (Grisolia, Julio A., 2007)

Los convenios de la O.I.T., si bien se engloban dentro de los tratados sin jerarquía constitucional, por su trascendencia en nuestra materia, merecen que nos detengamos a su análisis particularizado.

Los Convenios de la OIT ratificados por la República Argentina.

Argentina ratificó los primeros Convenios de la O.I.T en 1929, ellos fueron el Convenio 7 respecto a la edad mínima en el trabajo marítimo, Convenio 8 sobre las indemnizaciones de desempleo- naufragio y el Convenio 9 sobre la colocación de la gente de mar. El 30 de noviembre de 1933, ratificó el Convenio 1 sobre horas de trabajo en la industria, Convenio 2 respecto al desempleo, Convenio 3 sobre la protección a la maternidad, Convenio 4 sobre el trabajo nocturno de mujeres, Convenio 5 sobre la edad mínima en la industria, Convenio 6 sobre el trabajo nocturno de menores.

A la fecha, en los 76 Convenios ratificados por Argentina, 67 están en vigor, 9 han sido denunciados y ninguno ha sido ratificado en los últimos 12 meses.²⁰

²⁰ Fuente electrónica consultada: <http://www.ilo.org>

Los Convenios de la OIT y sus efectos sobre el derecho interno.

En una primera aproximación, Spaventa Domenech explicó que las consecuencias que hemos observado respecto a la introducción del artículo 75 inc. 22 en la Constitución Nacional, son aplicables a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo que ha suscripto y aprobado el Gobierno federal, pero siempre considerando dos excepciones: *“Primero: la denuncia de un convenio de la Organización Internacional del Trabajo 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. Segundo: es constitucionalmente inválido todo convenio de la Organización Internacional del Trabajo que elimine o restrinja derechos del trabajador reconocidos en las leyes de la Nación...”* (Spaventa Domenech, Carlos Javier, DT 1996-B, 2707)

Por su parte, Geraldo Von Potobsky, en un exhaustivo estudio de esta temática, abordó numerosos aspectos relativos a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que estimamos conveniente detallar:

a) En lo atinente a la naturaleza jurídica de los mismos, expuso que: *“...son instrumentos que pertenecen a la categoría de tratados, pero con características propias...”* que dieron lugar a intensos debates respecto a la tradicional distinción del derecho internacional entre *“tratados-leyes”* y *“tratados-contratos...”*

Los que se inclinaban por la primera de las posturas, continuó dicho autor: *“...acentuaban el carácter normativo de los convenios, cuya ratificación implicaba la adhesión a un acto legislativo preexistente...”* (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997-A, 457.)

Por el contrario, quienes veían en estos documentos a un *“tratado-contrato”* resaltaban el acuerdo de voluntades y también ponían su acento, considerando que la ratificación era necesaria para darle un carácter ejecutorio.

Por lo demás, Von Potobsky aseguró que *“...entre los juristas latinoamericanos se aplicó a los convenios la distinción hecha por Jiménez de Aréchaga entre acto-regla y acto-condición. La adopción de un convenio por la Conferencia Internacional del*

Trabajo constituye el acto-regla, y la ratificación por un Estado, de la que emana su obligatoriedad, es el acto-condición...”(Von Potobsky, Geraldo, DT 1997-A, 457.)

Con cita de Plá Rodríguez, el autor que venimos glosando señaló que: “...*las particularidades de esta "especie de tratado-regla de carácter multilateral" derivan de las peculiaridades propias de la Organización Internacional del Trabajo, y que las obligaciones contraídas mediante la ratificación lo son frente a esta Organización y no frente a los demás Estados ratificantes. Ello no impide que determinados convenios, sobre todo de seguridad social, contengan cláusulas sinalagmáticas o de reciprocidad para los países que los han ratificado...*”(Von Potobsky, Geraldo, DT 1997-A, 457.)

Independientemente de la postura que se siga sobre la naturaleza jurídica de esta institución, Von Potovsky aseveró que “...*la ratificación de los convenios constituye un elemento esencial para su introducción en el orden interno...*”(Von Potobsky, Geraldo, DT 1997-A, 457.), puesto que la Organización Internacional del Trabajo no constituye un organismo supranacional, lo que le impide conferir a sus normas un carácter imperativo directo, si carece de ratificación estadual.

En el derecho comparado, se observa que los convenios de la Organización Internacional del Trabajo han sido asimilados a los tratados en cuanto a los efectos reconocidos en las diversas constituciones nacionales (España, Francia, Países Bajos, Honduras, Guatemala, Perú) y que este ha sido el espíritu del artículo 31 de la Constitución argentina cuando hace referencia a "tratados con las potencias extranjeras", y lo sigue siendo actualmente con respecto al art. 75, inc. 22 de la Constitución reformada, que se refiere a los "tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales". (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997-A, 457.)

Este tema fue abordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con voto del Dr. Boggiano, en autos “Frites, Eulogio”²¹, actuación en la cual la parte actora interpuso acción de amparo por mora a fin de obtener orden judicial donde se impusiera

²¹ C.S.J.N., autos “Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, F 284 XXVI; ; 04-12-1995; T. 318 P. 2513

un plazo al Poder Ejecutivo Nacional para enviar la ratificación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que había sido aprobado por el Congreso Nacional mediante la ley 24.071, en el entendimiento de que el Poder Ejecutivo estaba obligado a efectuar la ratificación respectiva en sede internacional.

Al resolver, el cimero Tribunal precisó que: “...*la ratificación de un tratado, considerada como una de las formas de manifestación del consentimiento contempladas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (arts. 11 y 14), es indudablemente un acto internacional y, como tal, debe ser realizada por el jefe de Estado, jefe de Gobierno, ministro de relaciones exteriores, o sus representantes (art. 7 de dicha Convención)...*” y que dicha ratificación “...*no es la aprobación del Poder Legislativo contemplada en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional -a veces confundida con la ratificación- pues esta última sólo tiene por efecto autorizar al Poder Ejecutivo Nacional a ratificar el tratado en sede internacional...*” También sostuvo que en el acto complejo federal, que importa la ratificación de un Tratado con una potencia extranjera “...*la participación del Congreso, aunque es necesaria, no es definitiva...*” por qué es el “...*Poder Ejecutivo, en representación de la Nación, quien ejerce competencias constitucionales exclusivas para asumir obligaciones internacionales...*”

Finalmente, en lo relacionado con la O.I.T., la C.S.J.N. sostuvo que: “...*las características especiales de los convenios celebrados en el marco de la O.I.T. no puede conmovir esta facultad del Poder Ejecutivo. (...) Que por lo demás, no podría suscitarse en el caso un supuesto de responsabilidad internacional del Estado por no ratificar el Convenio de la O.I.T., como afirma el recurrente, ya que la violación de un tratado internacional sólo es posible -obviamente- una vez que el tratado sea obligatorio para la República Argentina, es decir, cuando haya sido ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional...*”

En conclusión de lo hasta aquí expuesto, aun cuando pueda subsistir discusión sobre su naturaleza jurídica, debemos tener por cierto que los Tratados celebrados en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, requieren el procedimiento federal de aprobación y la ulterior ratificación del Poder Ejecutivo Nacional, frente al organismo

internacional y, obligan a nuestra República, no frente a las demás potencias, sino frente al ente mencionado.

Sin embargo, la Conferencia Internacional de Trabajo en su reunión N° 86 del 19 de junio de 1998 aprobó una Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo que comprometió a todos los miembros de la organización por su simple pertenencia, es decir con prescindencia de la ratificación concreta de cada convenio, por entender que las bases mismas de la constitución de la O.I.T. conllevan la adhesión a los principios y derechos fundamentales del trabajador: el de libertad de asociación y libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, etc. (Conf. Ferdman, Beatriz, DT 2005).

Esto pareciera dar un vuelco de ciento ochenta grados a la actual situación, habrá que estarse a la interpretación que efectúe, en el futuro, nuestra Corte Suprema de Justicia, a fin de constatar si se modifica la doctrina sentada en el precedente que hemos transcrito en este párrafo.

b) Por otra parte, Von Potovsky indica **que la jerarquía que les ha sido otorgada en cada país, varía según los distintos órdenes constitucionales**. Así, por ejemplo, en Holanda ocupan un rango superior al de la Constitución; el mismo rango que la Constitución tenían los tratados relativos a derechos humanos en la Carta Magna peruana de 1979 (sustituída por la de 1993); rango supralegal presentan los tratados en Alemania, Bélgica, Italia, Francia, España, Suiza y Japón.

En América Latina, el caso de Costa Rica es un caso singular, donde la Constitución le otorgó a los tratados una jerarquía supralegal, pero la jurisprudencia de la Sala IV (Constitucional) le ha reconocido a los tratados referentes a derechos humanos un valor constitucional, pudiendo incluso resultar en supraconstitucional en la medida en que

otorguen mayores derechos o garantías a las personas (Sentencia No.3435-92 y su Aclaración No.5759-93)²².

En cuanto a la constitución peruana de 1979 es la primera en darle a los tratados de derechos humanos una jerarquía o rango constitucional, tendencia que luego es perfeccionada por la reforma constitucional argentina de 1994, y la reforma constitucional de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. También goza del mismo tratamiento en las constituciones de Honduras (art.16), Colombia (art.93), Paraguay (art. 45).

Finalmente, los tratados de derechos humanos tienen igualdad frente a las leyes internas en la mayoría de los demás países, entre los que se encuentran los Estados Unidos, México, y Ecuador.

c) Seguidamente, explicó el mismo autor que: “...***En Argentina, la posición jerárquica de los tratados internacionales ha sido objeto de interpretaciones diversas antes de la reforma constitucional de 1994. Se partía del art. 31 de la Constitución, según el cual "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley Suprema de la Nación..."***, advirtiendo que, “...*en una primera época la interpretación fue literal, siguiendo el orden de los instrumentos citados. Es decir, que los tratados estaban subordinados tanto a la Constitución como a la Legislación. Se hacía caso omiso en esta interpretación de la ratio legis de este artículo, destinado a regir la relación entre tales instrumentos nacionales y los de las diversas provincias. En efecto, el texto continúa en estos términos: "y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, etcétera..."* (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997)

En 1963 cambió la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del fallo “Martín y Cía. Ltda. c. Administración General de Puertos”²³, al admitir la igualdad jerárquica entre leyes y tratados.

²²AYALA CORAO, Carlos M. , “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos” , [versión electrónica], http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/convenios_internacionales/19.pdf

²³ C.S.J.N., “Martín y Cía. c/Administración General de Puertos- Gobierno Nacional”, 6 de noviembre de 1963, Fallos 257:99, también publicada en La Ley, 113-458.

Un nuevo cambio, pero esta vez en forma de verdadero *aggiornamento* en el sentido de la jerarquización del derecho internacional, fue el fallo del Superior Tribunal de la Nación en 1992, en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich"²⁴. Basado en el art. 27 de la Convención de Viena (ratificada en 1972 y en vigor desde 1980), el cual dispone que *"una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..."*, el fallo reconoce la primacía del derecho internacional y afirma que *"esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino"*. (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997)

Aseveró el autor que: *"...La principal consecuencia práctica para el orden jurídico interno es que mediante la ratificación de un convenio pueden quedar sin efecto las disposiciones legales contrarias, tanto si son anteriores como posteriores a dicho acto. Las mismas serían tachadas de inconstitucionales, por oponerse a una norma jerárquicamente superior..."* (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997-A, 457.)

Ahora bien, según Ferdman el Convenio n° 87 de la O.I.T., tiene jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Conf. Ferdman, Beatriz, DT 2005).

d) En lo relativo a **la aplicación de los mismos en el orden jurídico interno**, existe una disposición normativa que suele figurar en muchos de los instrumentos que estamos analizando y que obliga a todo Estado que ratifique el convenio a tomar medidas relativas a su puesta en práctica.

Al respecto, según Von Potovsky, la mencionada cláusula ha llevado a una interpretación que sostiene que se excluiría la aplicación directa del convenio respectivo. Sin embargo, la jurisprudencia no es pacífica a este respecto, pudiendo llegar a ser contradictoria dentro de un mismo país. (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997)

Uno de los ejemplos más antiguos es el examinado por la Corte de Casación de Francia (caso "Castanié") en 1934, cuando dio aplicación directa al artículo 1, párrafo 1 del Convenio n° 19 sobre la igualdad de trato (accidentes de trabajo), de 1925. Este

²⁴ C.S.J.N., "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y ots. s/ recurso de hecho", 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492

dispone que “*el Estado que lo ratifica se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Estado miembro que lo haya ratificado, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por tales accidentes*”.

Además, en Francia la jurisprudencia se ha decidido por la aplicación directa del convenio 81 sobre inspección del trabajo, 1947, y el convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. En relación con el primer Convenio, con fundamento en el art. 12, se reconoció el derecho de los inspectores para interrogar, solos o ante testigos, al empleador o al personal de la empresa, mientras que, respecto del segundo, se estimó que la decisión del empleador de no confirmar la contratación del trabajador a la expiración del período de prueba, por estar fundada en motivos de discrepancia de carácter político, era abusiva a la vista del principio general de no discriminación contenido en el Preámbulo de la Constitución francesa y en el convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo. (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997)

Por otra parte, *...España es posiblemente el país en el que los jueces reconocen en mayor medida el carácter autoejecutivo de una norma internacional del trabajo y dejan sin efecto toda disposición nacional contraria. Tal disposición sería considerada inconstitucional por oponerse a una norma jerárquicamente superior. Un ejemplo es el convenio 132 sobre las vacaciones pagadas. El art. 6º, cuyo párr. 2º estipula que los días de enfermedad o de accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones anuales, ha constituido frecuentemente la base de sentencias judiciales, aun cuando ese mismo artículo somete esa regla a las condiciones que determinen las autoridades u organismos apropiados. La misma aplicación directa ha recibido el art. 7º relativo al monto de la remuneración durante el período de vacaciones.*

La jurisprudencia española ha sido menos pacífica en relación con el convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982. En efecto, en un primer tiempo aplicó directamente su disposición (art. 7º) sobre el derecho de defensa del trabajador previo a su despido, declarando la nulidad de éste si no se había ajustado a la norma del convenio; luego se pronunció por la conformidad de la legislación nacional con dicha norma; y también hubo fallo que negó el carácter autoejecutivo del convenio, por la

fórmula empleada en su art. 1º, similar a la transcrita anteriormente con respecto al convenio 132...

También afirmó que: “...*En Uruguay la jurisprudencia "admite pacíficamente la aplicación directa de los convenios internacionales ratificados cuyas disposiciones sean autoejecutables..."*(Von Potobsky, Geraldo, DT 1997-A, 457.)

e) La jurisprudencia en Argentina antes del fallo “*Ekmekjian c. Sofovich*”²⁵

La doctrina seguida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁶ fue "dualista" en lo que se refiere a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, pronunciándose al respecto, por vez primera, en "*Alonso, Gregorio c. Haras Los Cardos*"²⁷ (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997) dictado en 1940.

En dicho precedente, la Corte estimó que el art. 1º del convenio 12 sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura) no era de aplicación directa, aun cuando dicho artículo establece la obligación de los Estados de extender el beneficio de la legislación vigente en esta materia, a todos los asalariados agrícolas. Para así proceder, la Corte se basó en el art. 5º, que obliga a los Estados ratificantes a tomar las medidas necesarias en un plazo perentorio, dando a entender que la norma internacional requería forzosamente una intermediación regulatoria nacional.

Según el autor que citamos: “...*la posición de la Corte estuvo basada en una cierta interpretación de las obligaciones que los convenios citados imponían a los Estados que los ratificaran, es decir, la necesaria adopción de medidas para asegurar su aplicación. Según esta interpretación, los convenios mismos confirmarían su falta de operatividad propia...*”(Von Potobsky, Geraldo, DT 1997-A, 457.)

Finalmente, la C.S.J.N. en el caso "*Ekmekdján c. Sofovich*" no sólo afirmó la superioridad jerárquica de los tratados sobre la legislación nacional, sino que amplió su interpretación respecto de los alcances de la operatividad propia de la norma internacional. (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997)

²⁵ C.S.J.N., "*Ekmekjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y ots. s/ recurso de hecho*", 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492

²⁶ En adelante C.S.J.N.

²⁷ C.S.J.N. "*Alonso, Gregorio c/ Haras Los Cardos*", 15/03/1940, Fallos, 186:258

Esta tendencia del Superior Tribunal se ha visto pronunciada y reforzada a partir del año 2004 con el dictado de fallos de alto contenido de derechos humanos, los que analizaremos *ut infra*, a donde nos remitimos, *brevitatis causa*.

En definitiva, podemos concluir, que, una disposición legal contraria a una norma de la Organización Internacional del Trabajo puede ser atacada por inconstitucional y quedar sin efecto, existiendo al respecto dos posibilidades: “...*la suplantación de la norma nacional por la internacional, si ésta tuviera operatividad propia o carácter autoejecutivo; por el otro, si careciera de este carácter, sólo la inaplicación de la norma nacional...*” (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997-A, 457.)

Nuestros legisladores parecen haberse enrolado en la postura correcta, puesto que, con el dictado de la Ley 25877²⁸ se han receptado, no sólo normas de la O.I.T., sino también, recomendaciones de uno de sus órganos (el Comité de Libertad Sindical).²⁹

²⁸ Ley N° 25877. Ley de Ordenamiento Laboral, publicada en el Boletín Oficial el 19 de marzo de 2004. .
Fuente de consulta: <http://www.infoleg.gob.ar>

²⁹ Para ampliar sobre esta problemática véase el extenso trabajo de Zuretti (h.), Mario E., “Las normas internacionales del trabajo y el ordenamiento jurídico argentino. Importancia de las normas internacionales del trabajo. Su valor, aplicación y jerarquía en el ordenamiento jurídico argentino. Análisis de la normativa interna a la luz de los convenios de la o.i.t. Sobre derechos fundamentales del trabajo”, en: DT 2006 (abril), 493.

Capítulo 3: Reforma constitucional y el orden público laboral

El Orden Público Laboral y la Reforma de 1994 (Art. 75, inciso 22): La opinión de la doctrina.

¿Ha operado algún cambio de trascendencia en el Orden Público Laboral creado por el artículo 14 bis -en la reforma constitucional de 1957- con la modificación de 1994? ¿Se ha visto ampliado o acotado? ¿Se encuentra conformado por normas autoejecutivas o mayormente programáticas?

Al respecto, intentaremos dar una primera visión desde el ámbito doctrinario para luego avocarnos, en el capítulo 4, a la evolución jurisprudencial que ha tenido el tema, a partir del intérprete máximo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es quien, en definitiva, nos brindará las respuestas exactas a los interrogantes planteados.

El artículo 14 Bis

Mucho se ha escrito en torno a esta norma, pero al respecto podemos decir, reiterando lo dicho en el primer capítulo, que el art. 14 bis C.N. “*utiliza una técnica legislativa basada en la brevedad y claridad de sus cláusulas normativas. En tres párrafos netamente diferenciados incorpora los derechos individuales del trabajador en relación de dependencia, los derechos de las asociaciones gremiales de trabajadores y los beneficios de la Seguridad Social (...) promueve la idea del “valor justicia”, y con base en autores como Ulpiano, Josserand, Couture o Radbruch sustenta la idea del principio protectorio del Derecho del Trabajo, basado en la diferencia de poder entre los contratantes y la necesidad de que el Derecho proteja a los débiles y contenga a los fuertes. Con la introducción del principio de “igual remuneración por igual tarea” se consagra la primera disposición constitucional que aplica el principio de igualdad a las relaciones privadas, aunque este principio se extiende también al empleo público.- Otra innovación relevante de esta reforma fue la elevación –en este caso por primera vez- del derecho de huelga a rango constitucional (...) En materia de seguridad social se amplía la titularidad de los beneficios tanto a trabajadores en relación de dependencia como a*

autónomos y aparece la familia como grupo social...” (Tosca, Diego M; 2005, pág. 485/486).

Por su parte Sansinena, Patricia expresa “.. la concreta conceptualización del "Orden Público Laboral", la encontramos en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, especialmente en las garantías de protección del trabajo en sus diversas formas, en la justa retribución y el amparo contra el despido arbitrario. Esta es la cláusula "MADRE" del Orden Público Laboral, y de ella se desprenden sus consecuentes: los principios básicos del Derecho del Trabajo contenido en la Ley de Contrato de Trabajo, en leyes, estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y laudos con fuerza de tales (art. 1 LCT). Este plexo normativo articula las garantías constitucionales y les da el imperio y virtualidad que necesita el derecho laboral para ser evidente y eminentemente tuitivo (Carpentas DT abril/87, Pág. 18)” (Sansinena, Patricia, 2012, pág.20/21)

En el apartado siguiente intentaremos exponer la transformación sufrida por el artículo 14 bis CN con la incorporación de los Tratados con jerarquía constitucional enumerados en el artículo 75 inciso 22 CN, por lo que no ahondaremos en mayores detalles de la norma del acápite.

Los derechos laborales en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos.

La Constitución Argentina de 1853, inspirada en la concepción albertiana, se pronuncia a favor del Estado liberal donde intenta formular una concepción económica, cristiana y filosófica, conforme el más severo abstencionismo del Estado en la vida económica. Bajo esta concepción liberal, la Constitución Nacional de 1853, contiene pocos artículos referidos al trabajo. En el preámbulo, se hace referencia al objetivo del Estado de afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad. En el art. 14 se reconoce a todos los habitantes el derecho de trabajar, de ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar, de usar y disponer de su propiedad y de asociarse con fines útiles. Podemos decir, que aquí nos encontramos frente a la concepción del derecho laboral clásico.

Las reformas constitucionales llamadas de segunda generación se originarán con la reforma constitucional de 1949, donde se incorpora el derecho del trabajador, afirmando la primacía de la persona humana y la admisión de la función subsidiaria del Estado en la vida económica. El art. 37 CN de 1949 garantiza el derecho de trabajar, una retribución justa, la capacitación, condiciones dignas de trabajo, preservación de la salud, bienestar, derecho a la seguridad social, protección de su familia, mejoramiento económico y la defensa de los intereses profesionales.

Con la reforma constitucional de 1957, que deja sin vigencia la Constitución Nacional de 1949, introduce al texto de la Constitución Nacional de 1853 el artículo 14 bis, el que expresa: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que aseguran al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo, vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

A partir de la incorporación de este artículo se fortalece la consideración “social” del derecho al trabajo. Es decir, se protege al trabajo en sentido amplio, esto es, tanto al intelectual como al manual, en cualquiera de los modos en que sea ejecutado, y cualquiera sea su beneficiario. El trabajo constituye una función social. A esta etapa se la denomina “constitucionalismo social”

Con la reforma constitucional de 1994, se incorporaron, principalmente, nuevos derechos, garantías y tratados internacionales de derechos humanos, lo que favoreció el reconocimiento de los derechos fundamentales en el sistema legal argentino. Con la mencionada reforma se incorporaron los “derechos de tercera y cuarta generación”, que van desde el medio ambiente, protección del consumidor, hasta el reconocimiento de los pueblos originarios. El proceso de internalización de los derechos humanos que afectó principalmente el derecho público, pero que también ha hecho su expansión gradual a nuevos campos jurídicos como el derecho laboral, civil, y / o procesal. El reconocimiento de derechos fundamentales de base constitucional e internacional, en especial en el

ámbito del derecho del trabajo, nos pone en presencia de una nueva etapa en la evolución normativa denominada "internacionalización de los derechos fundamentales".

Siguiendo a Spaventa Domenech y para un mejor estudio de las garantías laborales presentes en la Constitución Nacional, podemos decir que:

a) **el derecho a trabajar** se encuentra consagrado en el artículo 14 CN y que se encuentra complementado en los siguientes documentos: en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en cuanto prescribe que toda persona tiene derecho "*a seguir libremente su vocación*" (art. XIV); en la Declaración Universal de Derechos Humanos que reconoce el derecho de la persona "*a la libre elección de su trabajo*" (art. 23, 1); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁰ (PIDESC) que 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. 6º, 1); en la Convención contra la Discriminación Racial (derecho "*a la libre elección de trabajo*", art. 5º, e, i) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer que se sostiene el derecho "*a elegir libremente profesión y empleo*" (art. 11, 1, c).

b) Que, en virtud del principio de la progresividad el Estado debe ir hacia el **pleno goce y ejercicio del derecho de trabajar**, protegiéndolo ("en sus diversas formas") sin distinguir entre los diferentes tipos de trabajo, proveyendo "*lo conducente a la generación de empleo*" y "*a la formación profesional de los trabajadores*" (art. 75, inc. 19 CN) y explicita que esto se encuentra complementado con el Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer que establece su derecho a la "*capacitación profesional*" (art. 10, a); y el PIDESC que ha previsto 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. 6º, 1).

c) El artículo 14 bis CN manda que la ley **asegure al trabajador** "*condiciones dignas y equitativas de labor*", pero estas condiciones también deben ser "*satisfactorias*", de acuerdo a lo dispuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23, 1)

³⁰ En adelante PIDESC

y por el PIDESC (art. 7º), quedando comprendidos el derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo (derecho que debe ser asegurado conforme al PIDESC, art. 7º, b). En relación con la mujer, la seguridad en las condiciones de trabajo también incluye "*la salvaguardia de la función de reproducción*" (art. 11, 1, f) y la obligación de 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*" (Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, art. 11, 2, d).

También se incluiría en el amplio derecho a condiciones "*dignas, equitativas y satisfactorias*" de labor el derecho a una carrera y a ascender en la misma (PIDESC , art. 7º, c) y Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, art. 11, 1, c).

Finalmente, también debe ser complementado este derecho con las protecciones dispuestas en la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta que, conforme el documento internacional la niñez se extiende hasta los 18 años y que se reconoce "*el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo 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).

d) El artículo 14 bis C.N. dispuso el derecho a **una jornada "limitada"**, pero no dispuso un límite. Los documentos internacionales tampoco lo han efectuado pero sí han establecido una pauta: la razonabilidad de la limitación. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone el derecho "*a una limitación razonable de la duración del trabajo*" (art. 24), mientras que el PIDESC establece "*la limitación razonable de las horas de trabajo*" (art. 7º, d), de ahí que la manda constitucional, en el estado actual, es la de asegurar no sólo una jornada limitada, sino a una limitación "razonable" de la misma – con todas las dificultades que trae aparejada la definición de este término.

Sin perjuicio de esto último, lo interesante de las normas en estudio es el deber de establecer un límite "a la jornada", es decir, al trabajo por día, lo que ha llevado a este autor a criticar las normas sobre flexibilidad laboral que permiten extender los límites diarios conforme parámetros semanales o de tiempo superior.

e) El artículo 14 bis CN ha previsto el **derecho al descanso y a las vacaciones pagados**. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 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). En forma similar, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el "*derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y a vacaciones periódicas pagadas*" (art. 24), y, en sentido análogo, el PIDESC en su art. 7º, inciso d). Entonces, no hay que asegurar sólo el derecho a vacaciones pagadas, sino también a que sean periódicas y 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, momento que debe ser considerado como distinto al necesario para descansar o gozar de vacaciones, de ahí que ese tiempo debe ser tenido en cuenta para determinar el límite razonable de la jornada y la duración del descanso y de las vacaciones.

En suma, según este autor, se trataría 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...*"

f) El art. 14 bis CN ha previsto el deber de **asegurar una retribución justa y el salario mínimo, vital y móvil**, es decir que, esa retribución "justa" es una remuneración "superior" al salario mínimo, vital y móvil. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos pareciera dar el concepto de remuneración "justa" al establecer 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.). Sin embargo de esta norma no surge el contenido de qué se debe satisfacer, por lo que este autor recurre 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). En suma, el salario mínimo, vital y

móvil debe satisfacer la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales.

Por sobre este piso mínimo, debemos considerar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estatuye 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) y el PIDESC, que prescribe 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. 7º, c).

De esta forma, *"...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..."* (Spaventa Domenech, Carlos Javier, DT 1996-B, 2707)

g) En relación con el **derecho a igual remuneración por igual tarea** debe ser entendido como idéntico salario para el que se encuentra en la misma categoría o labor asignada y asegurando que el término "tarea" alude a la categoría profesional en el texto del art. 14 bis de la Constitución Nacional y que esta interpretación se ha visto confirmada con lo previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (*"toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual"*, art. 23, inc. 2.); y por el PIDESC (el salario ha de ser *"igual por trabajo de igual valor sin distinciones de ninguna especie"*, art. 7º, a, i).

h) La **estabilidad constitucional** ha sido interpretada distinguiéndose las siguientes situaciones: (i) la del trabajador privado que no es dirigente sindical, que tendría **derecho a la "protección contra el despido arbitrario"**; y (ii) la de los empleados públicos y los representantes gremiales, que poseerían el derecho a la estabilidad.

Esta distinción –que proviene de interpretar que la "protección contra el despido arbitrario" y el derecho a la "estabilidad" no son lo mismo- no encontraba fundamento en el art. 14 bis CN, antes de la reforma de 1994 y menos lo encuentra en el estado actual,

estimando que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra 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) y "*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).

i) Respecto de **la libertad sindical**, el art. 14 bis CN dispuso asegurar "*al trabajador*" la "*organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial*". Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoció 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 de Derechos Humanos estableció que "*toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses*" (art. 23.4), y también se encuentra previsto en el art. 22.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Convención contra la Discriminación Racial reconoce "*el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse*" (art. 5º, e, ii). El PIDESC 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. 8º, 1, a), surgiendo de estos textos que el derecho pertenece a toda persona, y no ya sólo a favor del trabajador.

De esto se colige que cualquier persona puede fundar un sindicato, sea o no un trabajador sumado a que 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. 8º, 1, b).

"*Así queda ampliado el art. 14 bis CN por cuanto 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 CN.” (Spaventa Domenech, Carlos Javier, DT 1996-B, 2707)

El autor criticó la legislación y jurisprudencia nacional por cuanto –a la fecha de su ensayo - a pesar de lo dispuesto en la Constitución Nacional, predominaba una concepción corporativa y, por ende, limitativa de estas libertades, lo que a nuestro juicio ha comenzado a cambiar a partir del fallo “ATE”³¹ de nuestro Superior Tribunal. La CSJN determinó la inconstitucionalidad del art. 41, inc. a de la ley 23.551 por cuanto al otorgar la exclusividad de representación a los sindicatos mayoritarios (con personería) afecta a los demás sindicatos que no gozan de personería gremial; y que éstos deben poder acceder a la representación de trabajadores. Además, afecta a los trabajadores en general, que pueden ver restringida indirectamente su libertad al momento de elegir a qué organizaciones adherirse (la elección de un sindicato sin personería le impediría elegir delegados gremiales como postularse para ese cargo). El máximo tribunal se basó en el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como instrumento específico que define los alcances de dicha libertad, y obliga a los Estados miembros de la organización a poner en práctica las "disposiciones" que la garanticen. Esto implica reconocer el derecho de los trabajadores a la constitución de sindicatos sin autorización previa y la afiliación sindical, y el derecho de los sindicatos a darse su propia organización, a administrarse, a desarrollar su plan de acción y a elegir libremente a sus representantes.

El fallo expresa que el Convenio referido rechaza toda intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio de tales derechos y de la propia legislación nacional que los menoscabe.

j) **La autonomía de la voluntad colectiva**, reconocida por el art. 14 bis CN a los gremios (“*concertar convenios colectivos de trabajo*”) también se ha visto alcanzada por

³¹CSJN: Caso “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. Resuelto el 11/11/2008, recuperado: www.csjn.gov.ar

los efectos de la reforma puesto que, por su ubicación en la jerarquía normativa, el orden público laboral –ahora conformado también por los tratados del art. 75 inciso 22 CN- fijará los límites mínimos a la misma. De ahí que ningún convenio colectivo podrá menoscabar los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ni los mejores derechos establecidos en cualquier otra fuente inferior a ella y anterior a él.

k) Ya tuvimos oportunidad de reseñar que la reforma de 1957 reconoció el **derecho de huelga** a favor de los gremios (art. 14 bis CN). Ahora bien, después de la reforma constitucional de 1994, este derecho se ha visto ampliado: (i) el PIDESC 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. 8º, 1, d), sin condicionar su ejercicio a una organización determinada, como sería un sindicato, en consecuencia, se trata de un derecho reconocido, lisa y llanamente, a favor de la persona (sujeto activo). Con esta interpretación, las huelgas de solidaridad adquieren nueva justificación, al igual que la huelga política.

l) En cuanto a la **participación en las ganancias de las empresas**, con control de la producción y colaboración en la dirección. , la “Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 21 - Derecho a la propiedad privada, establece que: “...*Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social...*”, consagrando la función social de la propiedad. A la fecha, siendo que nuestra Constitución Nacional garantiza esta participación en las utilidades de la empresa la misma ha sido resistida por el sector empresario, lo que ha frenado cualquier intento de reglamentación al respecto.

En consecuencia, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional debe ser interpretado con sentido ampliamente protectorio de los derechos de segunda generación que allí se describen. La CSJN. en el caso “Valdez, Julio Héctor c/ Cintioni, Alberto Daniel” (1979, Fallos: 301:319) indicó que *“la Ley Fundamental protege al trabajo en sus diversas formas, y dispone que las leyes aseguren al trabajador diferentes derechos...el mandato constitucional referido, se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento atañe 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 siempre dentro del marco que exigen las diversas normas de justicia”.

Por último, es de mencionar que no se abordaron los restantes derechos reconocidos en el artículo 14 bis CN por una cuestión de limitación en el objeto de investigación. El análisis se centra en el párrafo primero del artículo 14 bis CN, dejando expresamente sin analizar los derechos de la familia y de la seguridad social, dado que ambos temas por su alcance, extensión e importancia podrían ser objeto de otro trabajo de investigación

En conclusión, podemos responder afirmativamente al primer interrogante que nos hemos propuesto en este Capítulo 3º: **el artículo 14 bis C.N. se ha visto sensiblemente ampliado por los Tratados de igual jerarquía y, por consiguiente, lo mismo ha acontecido con el Orden Público Laboral que ha sido la técnica legislativa adoptada para garantizar el cumplimiento de la norma y el principio protectorio por ella garantido.**

Las demás inquietudes serán respondidas, seguidamente.

¿Normas programáticas o autoejecutivas?

De lo expuesto es posible afirmar que los Derechos sociales se encuentran reconocidos explícitamente y enumerados en un “bloque” de constitucionalidad integrado por el texto de la Constitución Nacional (Preámbulo, 129 artículos, incluyendo el art. 14 bis) y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, párrs. 2º y 3º, CN).

Al respecto, en cuanto la configuración de estos derechos como derechos subjetivos, y su conceptualización como derechos operativos o programáticos, la cuestión fue expresamente discutida al reformarse la Constitución en el año 1994 y resuelta a favor de su consideración como derechos subjetivos operativos de los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Se debatió, así, en la Convención Constituyente si debía establecerse en forma expresa la presunción de operatividad de esos derechos, decidiéndose finalmente suprimir dicha

presunción del texto constitucional por considerarla sobreabundante. Se dijo en la oportunidad: “*la doctrina del derecho internacional de derechos humanos, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia jurisprudencia de la Corte argentina han declarado la presunción de operatividad*” (Vega y Graham, 1996, pág. 43).

En relación con este tópico seguiremos un extenso estudio efectuado por Diego Martín Tosca, quien explicó que: “*...un dispositivo legal, cualquiera fuere su origen o jerarquía, es operativo cuando sus prescripciones posibilitan la aplicación de la norma sin necesidad de mayor reglamentación (...)* En cambio se sostiene que una norma es programática cuando es preciso el dictado de otras -reglamentarias, de instrumentación o implementación- para que la cláusula comience a actuar...” (Tosca, Diego M; DT 2002-A, 901)

Con cita de Ermida Uriarte³², Tosca expuso que se ha propuesto una subclasificación entre "meramente programáticas" y "programáticas". Las primeras no contendrían ninguna obligación de hacer para el Estado, es decir, sólo funcionarían como vallas de contención frente a una legislación contraria. Por otra parte, las que son sólo programáticas contienen un plus: establecen una obligación a cargo del Gobierno. Por ejemplo: si la cláusula prescribiera: "se propenderá al pleno empleo" con más "para lo cual la autoridad de aplicación deberá instaurar planes de formación profesional". En este caso el destinatario de la norma podrá ser responsabilizado por omisión en caso de incumplimiento.

Por su parte Geraldo von Potobsky sostuvo que el origen de la doctrina sobre las normas "*self-executing*" se encuentra en la opinión del juez Marshall. (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997) Según esta interpretación, un tratado sería equivalente a un acto legislativo "siempre que opere por sí mismo sin la ayuda de una disposición legislativa".

Empero, agregó, si alguna de las partes del pacto se compromete a realizar un acto determinado, debe entenderse que el tratado se dirige a las instancias políticas y no a las

³² ERMIDA URIARTE, Oscar, exposición en II Curso Intensivo de Posgrado. Facultad de Derecho. UBA "El Derecho del Trabajo actual visto desde su sistema de fuentes". Julio 2001, citado por Diego M. Tosca, "El Derecho internacional...", op.cit.

judiciales, correspondiéndole al legislador dar ejecución al convenio para que éste se transforme en una norma destinada a ser aplicada por los jueces.

Tosca, citando a Louis Henkin, explicó la diferente fórmula utilizada por los países occidentales para declarar derechos “...según que los mismos sean de contenido civil o político, o que consagren derechos económicos o sociales...”, observándose en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que las cláusulas están redactadas en función del derecho de los individuos; en cambio, en el PIDESC, las normas se refieren a los Estados y no a la persona: “...los estados partes (...) se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a la educación”, derivando a partir de ello un diverso compromiso según que el contenido del derecho de que se trate sea político, o económico y social...” (Tosca, Diego M; DT 2002-A, 901)

Asimismo, esta redacción también se verifica en muchos convenios de la O.I.T., que comienzan prescribiendo: “todo Estado Miembro que ratifique el Convenio se obliga a...” y que “...esto ha llevado a decir a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones que “la mayoría de los convenios no contienen disposiciones que prescriban directamente a los habitantes de un país una obligación de hacer o de no hacer, sino que se dirigen los Estados mismos a fin de obligarlos a reglamentar una cuestión en un sentido determinado...” (Tosca, Diego M; DT 2002-A, 901)

Gialdino criticó la distinción entre categorías de derechos y operatividad de los mismos exponiendo que, tradicionalmente, se ha sostenido que los derechos civiles han sido considerados como “operativos”, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales, lo han sido como “programáticos” y que esta distinción tomó cuerpo en el seno de las Naciones Unidas y llevó a elaborar dos pactos distintos, en lugar de un único tratado de derechos humanos, afirmando que dicha diferenciación se encontró sostenida por la división ideológica reinante en el período denominado “Guerra Fría”: occidente bregaba por el reconocimiento de los derechos civiles, mientras que oriente, por el de los segundos mencionados.

En el año 1968 –poco después de la adopción de los dos Pactos- mediante la Declaración de Teherán, en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos- se

reconoció la indivisibilidad de los derechos humanos y que no resulta posible el pleno goce de los derechos civiles y políticos sin el de los económicos, sociales y culturales.

Por ello, propuso –con éxito– refutar la corriente doctrinaria que ve en los derechos económicos, sociales y culturales a atribuciones: a) no justiciables; b) que imponen obligaciones de medio al Estado; d) que no son tan fundamentales como los civiles y políticos; y e) que son de realización “progresiva” y no inmediata.

En definitiva, independientemente que subsista la tradicional distinción entre derechos programáticos u operativos o “*self executing*”, y que algunos derechos lo sean más que otros, lo cierto es que:

a.- subalternizar algunos derechos que hacen a la sustancia existencial del hombre, no puede sino renegar del hombre así entendido, al reducir su dignidad a algunos cuantos derechos, por lo que han de entenderse como indivisibles y complementarios;

b.- ningún motivo jurídico existe para hacer una distinción entre la obligatoriedad de uno de los dos Pactos de derechos (civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales) frente a los Estados ratificantes;

c.- la obligación fundamental que deriva del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales radica en que los Estados partes den efectividad al mismo, aun cuando permita tener en cuenta las particularidades internas de cada uno, de ahí que: (i) los medios elegidos tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones, asegurando la justiciabilidad de los derechos; (ii) debiendo tenerse en cuenta qué medios han resultado más eficaces en el Estado para garantizar la protección de otros derechos;

d.- ningún Estado puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27 de la Convención de Viena) y “*toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley*” (art. 8 Declaración Universal de Derechos Humanos);

e.- los tratados de derechos humanos no incorporados al orden interno igualmente ejercen influencia sobre la jurisprudencia;

f.- la determinación de si un tratado es de aplicación inmediata o no corresponde a los Tribunales, en la mayoría de los Estados, de ahí que: “*...la omisión por los jueces de*

hacer valer los mencionados compromisos u obligaciones es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos...” (GIALDINO, Rolando E 1999);

g.- “*...Ninguna disposición del Pacto puede ser entendida en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquier de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en éste...*”(GIALDINO, Rolando E 1999);

h.- a contrario sensu, si en un Estado se encontrara un derecho protegido en mayor medida que en los tratados internacionales, resultaría inadmisibles toda restricción basada en que los pactos no lo han reconocido en igual medida (art. 5.2, PIDESC)

i.- “*...si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana...*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos);

j.- siguiendo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr.15), en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales resulta más valiosa que la distinción entre derechos programáticos y operativos, la de obligaciones del Estado de “**respetar**” –que los Estados no adopten medidas que impidan el goce de un determinado derecho-, “**proteger**” –que el Estado adopte medidas para evitar que terceros impidan el goce de determinado derecho a otros- y “**realizar**” –en sus dos variantes, “facilitar” o fortalecer el acceso a determinado derecho, mediante actividades del Estado; y “hacer efectivo” el derecho, cuando un sujeto sea incapaz de disfrutar el derecho, por razones que escapen a su control;

k.- los Estados deben adoptar, en forma inmediata, y a través de todos sus órganos, los medios “apropiados” para lograr “progresivamente” la plena efectividad de los derechos (conforme art. 2.1 del PIDESC.);

l.- los derechos deben ser consagrados sin discriminación alguna y sólo pueden ser limitados por ley y en la medida compatible con la naturaleza del derecho y con el

exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática (art. 4, PIDESC).

Finalmente, siguiendo a la Corte de Arbitraje de Bélgica (GIALDINO, Rolando E 1999) podemos afirmar que algunos derechos incorporados en nuestra Carta Magna resultarán de aplicación inmediata, pero muchos otros, se comportarán como una valla de contención frente a los avances que pudieren existir de parte de cualquiera de los órganos estatales y/o de terceros, en contra de la plena efectividad de los derechos reconocidos en las normas supralegales de corte internacional.

Asimismo, los particulares podrán recurrir a la Justicia, en la casi totalidad de los supuestos, para tornar efectivo un derecho reconocido conforme la primera parte de nuestra Carta Magna y el artículo 75 inciso 22 CN; y, en aquellas hipótesis que esto último devenga imposible, podrán obtener, en su caso, una declaración de inconstitucionalidad -y la inaplicabilidad consiguiente- frente a una disposición emanada de los Poderes del Estado que contraríe el plexo normativo referido.

En conclusión, respecto al carácter operativo de los derechos constitucionales, parte de la doctrina ha remarcado el carácter progresivo de su tutela. De tal modo que, el nivel de protección alcanzado por los derechos sociales, implican que ya no es posible otorgar hacia el futuro una menor tutela o retrotraerse a situaciones previas. Por ello afirmamos que el artículo 14 bis C.N. se ha visto sensiblemente ampliado por los Tratados de igual jerarquía y, por consiguiente, lo mismo ha acontecido con el Orden Público Laboral.

El nuevo orden público laboral y su impacto en la legislación nacional.

Los derechos sociales cuentan con leyes que los regulan de modo específico, definiendo los derechos y obligaciones en particular.

Hemos visto cómo ha evolucionado, principalmente, a lo largo de todo el s.XX. el reconocimiento de los derechos sociales y cómo ello impactó en las distintas reformas constitucionales en nuestro país.

En este proceso histórico y social, hay que tener en cuenta el impacto que ha tenido la globalización y su profundización en los ámbitos económicos y sociales. Esto ha requerido que a nivel internacional y su correlato a nivel nacional se dé respuesta a las demandas que este proceso genera y que nosotros nos centraremos en la realidad del derecho laboral.

Como se ha dicho, los “problemáticos efectos sociales de la globalización de la economía sólo encontrarán compensación satisfactoria en una corresponsiva internacionalización de la respuesta social. En el ámbito específico del Derecho del trabajo, de lo que se trata es de hacer posible el acceso a una renovada internacionalidad de los estándares de protección que los sustraiga de las formas más despiadadas de la competencia y torne menos accesible el ejercicio de diversas expresiones de “dumping” social.” (GOLDIN, Adrián, 2002)

Como dice el Prof. Luis Raffaghelli, tratándose el derecho del trabajo de un "derecho realidad", sujeto a las oscilaciones de la historicidad, lo cierto es que antes del texto orgánico que significó el Régimen General del Contrato de Trabajo, las leyes laborales que lo precedieron fueron dispersas. (Raffaghelli, Luis, 2013)

Después de la Reforma Constitucional de 1994, varias han sido las reformas y el dictado de normas en materia laboral, aggiornándose a los nuevos institutos y principios que la Constitución establece y que la introducción del “bloque de legalidad” ha determinado.

Así:

-La **Ley N°20744** de Contrato de Trabajo ha sido enmendada en diversas ocasiones desde su primera sanción en 1974, pero las enmiendas de mayor alcance se han producido después de la reforma constitucional de 1994.

-La **Ley N° 26428**, modifica el art. 9 de la Ley N° 20744, fortaleciendo el principio “ de favor o in dubio pro operario”. Este principio deriva del principio protectorio, dogma esencial del derecho laboral, que tiene su razón de ser como medio técnico en el hecho de que el vínculo de trabajo dependiente no constituye una relación entre iguales, sino jerárquica, por cuanto el empleador tiene una capacidad negocial superior a la del trabajador, y muchas veces también una superioridad económica y cultural.

-La **Ley N° 26.390** modifica el nombre del capítulo VIII de la Ley de Contrato de Trabajo, denominándolo 'De la Prohibición del Trabajo Infantil y la Protección del Trabajo Adolescente', en lugar de 'Del Trabajo de los Menores'. Se prohíbe todo tipo de actividad laboral, sea remunerativa o no, en los chicos menores de 16 años. La norma elevó de 14 a 16 años la edad mínima de admisión al empleo adolescente, pero aclara que no podrán desarrollar tareas peligrosas o insalubres, ni tampoco realizar horas extras, en el marco de una jornada laboral reducida de seis horas diarias, manteniendo la equidad remunerativa. Antes de la reforma de 1994, la Constitución Nacional no contenía prácticamente disposición alguna que refiriera al trabajo de los menores. Con la Reforma de 1994 se eleva la Convención sobre los Derechos del Niño a la jerarquía constitucional, incorporando sus normas como complementarias de los derechos y garantías de la Primera parte de la misma Constitución. Introduce una nueva disposición que impone al Congreso de la Nación: "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, en particular respecto de los niños. Además, el último convenio de la O.I.T. aprobado sobre trabajo infantil fue el N° 182 "Sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación", a través de la **Ley N° 25.255**, publicada en el Boletín Oficial el 26 de julio de 2000.

-La **Ley N° 26428**, de 2008, modifica el art. 9 de la Ley N° 20744, fortaleciendo el principio "in dubio pro operario".

-La **Ley N° 26.485**, de 2009, que constituyó un hecho de gran relevancia, porque definió las diferentes modalidades de violencia y estableció ámbitos de competencia específicos para el abordaje de la violencia en sus diferentes manifestaciones. La ley se adecuó a los principios y garantías que establece la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Con ello se adoptan las medidas para eliminar la discriminación de la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.

-La **Ley N° 26.574**, de diciembre de 2009, modifica el art. 12 de la Ley de Contrato de trabajo. Con esta reforma legislativa se proclama la irrenunciabilidad de derechos y se

incluye en el artículo referencia a los “contratos individuales de trabajo”. De ésta forma no tienen que ser normas de Orden Público Laboral aquellas a las que el trabajador no pueda renunciar. Aquellas pactadas con su empleador en forma individual en ejercicio de un legítimo derecho de contratación, han quedado inmersas en la normativa actual..

-La **Ley N° 26.727**, de Diciembre de 2011, aprobó el nuevo régimen para el trabajo agrario, lo que motivó la reforma del art 2 de la LCT, convirtiendo al trabajador agrario en sujeto de tutela de la LCT en forma supletoria.

En síntesis, las modificaciones que ha sufrido la LCT, y su correlato con la evolución constante del Derecho del Trabajo, ha proporcionado un mínimo en mecanismos de prevención y amparo de los derechos del trabajador, en especial, la nulidad de los pactos menos favorables (art. 7), la absoluta irrenunciabilidad de los derechos del trabajador (art. 12), la sustitución de cláusulas nulas por las que dimanen de leyes, reglamentos y convenciones en protección del asalariado (art. 13), la nulidad por simulación o fraude laboral (art. 14), el contralor y fundamento de validez de actos transaccionales conciliatorios o liberatorios (art. 15), entre otros. En estos mecanismos se refleja el principio protectorio u orden público laboral.

En conclusión, corresponde destacar que la influencia de los documentos internacionales de derechos humanos ha sido de gran envergadura en los derechos laborales. El impacto ha sido positivo en ámbitos como la eliminación del trabajo infantil, la no discriminación en materia de empleo y ocupación, inspección del trabajo, las cuestiones relativas a género y responsabilidades familiares. A pesar de ello, quedan muchos otros ámbitos y alcances del derecho laboral al que todavía no se han introducidos los mecanismos que garanticen la aplicación interna de los tratados internacionales de derechos humanos.

Capítulo 4: Doctrina y jurisprudencia.

Análisis doctrinario respecto a la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y su relación con el orden público laboral.

En general, los análisis doctrinarios de la norma en cuestión son contestes con las conclusiones expuestas en los capítulos anteriores.

María Angélica Gelli sostiene que la sanción del art. 75 inc.22 puso en cuestión el principio de supremacía y que el acuerdo no alcanzó a otorgar primacía a todo el derecho internacional por sobre la Constitución Nacional. En consecuencia, la Constitución mantuvo supremacía por sobre los tratados, con la excepción de los Tratados de Derechos Humanos que obtuvieron jerarquía constitucional y los que la adquieran en el futuro, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, tal como sucedió en 1997, con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas y, en 2003, con la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad...” (Gelli, María Angélica, 2005)

Sin embargo, Gelli puso de resalto que los términos de redacción de la norma suscitaban nuevas cuestiones interpretativas que fueron resueltas, en parte, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Chocobar”³³ y “Petric”³⁴. (Gelli, María Angélica, 2005). En el primer caso mencionado la C.S.J.N. , en una controvertida sentencia, interpretó regresivamente los artículos 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, alegando la limitación de los recursos disponibles para cercenar un derecho ya adquirido.

Von Potobsky, Geraldo expresó que: “...*El viraje de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina en materia de tratados a partir de 1992 y la reforma de la Constitución Nacional en 1994 abren nuevos rumbos en la dialéctica entre el derecho internacional y su proyección en el orden jurídico interno. Las líneas seguidas se ubican*

³³ CSJN, “Chocobar , Sixto c/ Caja Nac. De Prev. Para el personal del Estado y Servicios Públicos”, 27/12/1996.

³⁴ CSJN, “Petric, Domagoj A. c/ Diario Página 12”, 16/04/1998, publicado LA LEY, 1998-C, 284

en la tendencia que se ha generalizado después de la segunda Guerra Mundial, de reconocer expresamente la primacía de la normativa internacional sobre la nacional..." (Von Potobsky, Geraldo, DT 1997-A, 457.)

Spaventa Domenech, Carlos Javier confirmó que: *"...Después de la reforma constitucional de 1994, los habitantes de la Nación somos titulares de los derechos reconocidos en la primera parte de la Constitución Nacional con más sus respectivas ampliaciones dispuestas en los tratados enumerados en el inc. 22., del art. 75. Por ello, para una descripción de los derechos establecidos en la Carta, hay que tomar cada uno de los ordenados en su primera sección y complementarlo con lo mandado en los tratados enumerados..."*(Spaventa Domenech, Carlos Javier, DT 1998-A, 681)

Por su parte, precisaron Calandrino, Alberto y Guillermo que: *"...La reforma constitucional de 1994, con el agregado del novel capítulo titulado "Nuevos Derechos y Garantías", adiciono los llamados derechos de la tercera generación (la protección del medio ambiente, la tutela del consumidor), ensanchando simultáneamente el contenido social de nuestra ley fundamental con la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional al texto Supremo (conf. art. 75, inc. 22)..."*(Calandrino, Alberto A. Calandrino, Guillermo A., , DT 1996-B, 1438)

Virgili, a su turno, sostuvo que la reforma constitucional de 1994, en el inc. 22 del art. 75 de la CN *"además de ampliar sensiblemente el catálogo de normas sociales con rango constitucional contenidas en algunos de los instrumentos mencionados en el párrafo segundo del mencionado inciso, vino a plasmar en el texto de la Carta Magna, la doctrina judicial sostenida por nuestro tribunal cimero desde 1992 al fallar en la causa "Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros", al reconocer a los tratados jerarquía superior a las leyes..."*(Virgili, Claudio S., La Ley2006-B, 1029)

Por su parte Gregorio Badeni, expuso que los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22 CN, tienen carácter reglamentario de los derechos enunciados en la primera parte de la Ley Fundamental, por ser complementarios y que: *"a pesar de tener jerarquía constitucional, están subordinados a una Constitución que no puede modificar"* (BADENI, Gregorio, 1994, pág. 139).

Sin embargo, siguiendo a Bidart Campos y a García Martínez, no compartimos la opinión de Badeni, por cuanto: “...complementario, según el Diccionario de la Real Academia, significa "Que sirve para completar o perfeccionar alguna cosa". No se trata, pues, de subordinación sino de complemento, es decir, de lo que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta, para llegar a su plenitud...”(Conf. BIDART CAMPOS, Germán, Diario La Prensa, del 14/2/95, Sección Profesional, p. 3) y esta es la opinión expuesta por el despacho de la Mayoría en el seno de la Comisión Constituyente de 1994.

Hasta aquí los autores mencionados consideran que, a fin de explicar el contenido ideológico-político de la reforma de 1994, se vislumbra una profundización del compromiso social asumido por parte del Estado. Como la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional (ley 24.309) en su art. 7º prohibió a la Convención Constituyente modificar la parte dogmática de la Constitución, los convencionales constituyentes se valieron de la parte orgánica para avanzar en la conformación de un verdadero Estado Social de Derecho (ver el contenido del nuevo art. 75 respecto de cuáles son las facultades del Congreso, especialmente la cláusula 19 referente al desarrollo humano y al progreso económico con "justicia social", la generación de empleo, la formación profesional de los trabajadores).

También, se verifica una tendencia a la actualización, del constitucionalismo social de nuestra Ley Fundamental con la ya comentada incorporación de los nuevos derechos, adicionados como capítulo II de la parte dogmática.

Asimismo Calandrino manifiesta que se verifica el enriquecimiento jurídico e ideológico que supone para nuestra Constitución la jerarquización constitucional de los Tratados de Derechos Humanos enumerados en el inc. 22 del art. 75 de la CN, lo que a su vez conlleva el afianzamiento del Estado de Derecho, ante la posibilidad de llevar a una justicia internacional, como lo es la normada en la parte orgánica de la Convención Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (nos referimos pues a la Corte Interamericana de Derechos Humanos), al propio Estado nacional. (Calandrino, Alberto A. Calandrino, Guillermo A., DT 1996-B, 1438).

Podríamos seguir citando opiniones de autores, pero la gran cantidad de comentarios escritos sobre la reforma de 1994 nos apartaría del objetivo propuesto en el presente, por lo que nos eximimos de mayores comentarios.

Evolución jurisprudencial respecto al impacto de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el orden público laboral.

Conforme se viene describiendo, nuestro máximo Tribunal de Justicia viene receptando, cada vez con mayor profundidad, los principios del “*ius cogens*” en el Derecho del Trabajo, por lo que haremos un repaso por los diversos pronunciamientos.

Los tratados con jerarquía constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Anteriormente expusimos someramente que, hasta el dictado del *leading case* “*Ekmekdjian c. Sofovich*”³⁵ la CSJN había adoptado una posición dualista³⁶, negándose a aceptar la aplicación directa del Derecho Internacional, incluida la materia laboral.

También dijimos que, en el citado caso “*Ekmekdjian*” la CSJN abandonó dicha doctrina sosteniendo la **primacía del derecho internacional** convencional sobre el derecho interno.

En relación con el **carácter programático u operativo** de la norma internacional, en el precedente citado la Corte introdujo una pauta fundamental para discernir cuándo un derecho social puede ser directamente ejecutado y la Nación tiene deber internacional de proceder en tal camino: “...cuando la Nación ratifica un tratado que firma con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que

³⁵ C.S.J.N. “*Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*”, del 07/07/92, Fallos 315:1492, también publicado en La Ley, Tomo 1992-C, p. 547.

³⁶ C.S.J.N., “*Alonso Gregorio c. Haras Los Cardos S.A.*” (Fallos, 186: 258), en donde se sentenció respecto del Convenio N° 12 de la O.I.T., reiterando este pronunciamiento en: “*Roa, Félix y otros c. Moschos, Constantino*” (Fallos, 249:677) referente al Convenio n° 8; “*Aramburu, Víctor c. Papelera Argentina S.A.*” (Fallos, 263: 63) y “*Avalos, Pedro Alejandro y otros c. La Papelera Argentina*” respecto del Convenio N° 1 sobre las horas de trabajo (Fallos, 263:122).

contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata..."³⁷

Asimismo, sostuvo Ferdman que en esta sentencia la Corte sostuvo la necesidad de adecuar la interpretación normativa a la **jurisprudencia** de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y citó a la Opinión Consultiva 7/86 relativa a la exigibilidad del derecho de réplica –que fue el objeto del litigio en cuestión.(Conf. Ferdman, Beatriz, DT 2005).

En idéntico sentido, en autos "Giroldi"³⁸ decidió que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe: "*...servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la convención...*"; en la causa "Bramajo"³⁹ (Fallos, 319:1840) sobre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (art. 7º, ap. 5, Convención Americana de Derechos Humanos) señaló que la Opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también: "*...debe servir de guía para la interpretación de los preceptos constitucionales...*". En este último caso el máximo Tribunal extiende el ámbito de los criterios hermeneúticos a la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Lo que implica que trata de sumar una opinión más pero no de reemplazarla por otra.

Apartándose parcialmente de lo sentenciado en los anteriores, en autos "Acosta"⁴⁰ sostuvo que el Estado Argentino debe realizar los mayores esfuerzos para cumplir, incluso, las recomendaciones de la Comisión pero que "*la jurisprudencia internacional por más novedosa y pertinente que se repite no podría constituir un motivo de revisión de resoluciones judiciales firmes*" y que las Recomendaciones efectuadas por la Comisión no implican un "*deber para los jueces de dar cumplimiento a su contenido al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial.*" (Conf. Ferdman, Beatriz, DT 2005).

³⁷ C.S.J.N., "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros" (Fallos 315:1492) del 7 de julio de 1992 (LA LEY, 1992-C, 543).

³⁸ C.S.J.N., "Giroldi, Horacio David y otro", 7 de abril de 1995, Fallos: 318:514

³⁹ C.S.J.N. "Bramajo, Hernán Javier", 12 de setiembre de 1996, Fallos: 319:1840

⁴⁰ C.S.J.N. "Acosta, Claudia Beatriz y otros c/ s/ hábeas corpus", 22 de diciembre de 1998.

El 27 de diciembre de 1996, la CSJN se pronunció en autos: "Chocobar"⁴¹, haciendo aplicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 22) y de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 26), sosteniendo que: *"...los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna (de la primera parte de la constitución, por lo cual) la armonía o concordancia entre los tratados y la constitución es juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir..."*.

En autos "Kot"⁴² el Superior Tribunal de la Nación ha reconocido que los derechos humanos no se ejercen sólo en contra de la autoridad, prescribiendo que: *"...Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad..."*

En autos "Vizotti"⁴³, la C.S.J.N. estimó inconstitucional el tope indemnizatorio por despido establecido por el art. 245 de la LCT. Allí reconoció la plena vigencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos y que: *"...el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional..."*, resultando que esta conclusión no sólo está impuesta por el art. 14 bis CN, *"...sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22, CN), enumerando los respectivos instrumentos internacionales..."*

Una semana más tarde, con fecha 21 de septiembre de 2004, la C.S.J.N.se pronunció en el caso "Aquino."⁴⁴, estableciendo la inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley n°24557 de Riesgos de Trabajo. En su opinión, además de hacer mención al art. 14 bis de la Constitución Nacional, expresa que la manda constitucional se ha visto

⁴¹ C.S.J.N., "Chocobar, Sixto Celestino c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", 27 de diciembre de 1996, Fallos, 319:3259

⁴² C.S.J.N., "Kot, Samuel SRL s/Recurso de Corpus", 8 de julio de 1956, Fallos, 241:291

⁴³ C.S.J.N., "Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa". C.S., 14/9/2004, Suplemento Especial del diario La Ley, 17 de setiembre de 2004.

⁴⁴ C.S.J.N. "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A", 27 de setiembre de 2004, Suplemento Especial del Diario La Ley.

“fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional”⁴⁵. El fallo hace expresa mención del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la actividad desplegada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, declarándolo intérprete autorizado del mencionado Pacto. Además se pone el acento en la progresividad a la que deben aspirar los derechos sociales.

En "A.T.E."⁴⁶, la CSJN se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de algunos aspectos del modelo sindical, en especial al art. art. 41 inc. a de la ley 23.551 de asociaciones sindicales; y vuelve hacer referencia al art. 14 bis de la Constitución Nacional. La magnitud del cuestionamiento a la regulación jurídica del modelo sindical se desprende de la remisión de la sentencia a los convenios de la OIT, a los pronunciamientos del Consejo de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y del Comité de Libertad Sindical (CLS), a las normas internacionales sobre derechos fundamentales, haciendo referencia expresa a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a los Pactos Internacionales de 1966, el de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adquieren una fuerza enorme por las consideraciones sobre su aplicabilidad directa a través del art. 75 inc. 22 CN.

La sentencia admitió la integración del Convenio N° 87 de la O.I.T. con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC— por vía del art. 8.3, teniendo en cuenta a estos fines el criterio del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Del mismo modo, aludió al art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del que emana la protección al derecho a la sindicación y a la libertad sindical.

En autos "Torrillo"⁴⁷ prescribió que: “...*los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para mejorar en todos sus aspectos la higiene en el trabajo y la prevención y*

⁴⁵ Considerando octavo, voto de los Jueces Petracchi y Zaffaroni.

⁴⁶ CSJN, “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo”, 11/11/2008

⁴⁷ CSJN, “Torrillo Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, 31.03.09

el tratamiento de las enfermedades profesionales...", conforme lo normado por el PIDESC. (arts. 7 y 12), otorgando trascendencia a otros tratados internacionales, tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 19 de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convenio 155 O.I.T., y a las conclusiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; las conclusiones de la Conferencia Internacional del Trabajo adoptadas en la 91 Reunión, celebrada en 2003, que coinciden con la Declaración de Seúl sobre Seguridad y Salud en el Trabajo – XVIII, Congreso Mundial sobre Seguridad y Salud en el Trabajo; etc.

En similar sentido sobre la aplicación de normas internacionales e interpretaciones a ellas realizadas por organismos supranacionales, se observa en "Aerolíneas Argentinas S.A.⁴⁸", donde se reconoció que los tratados con jerarquía superior a las leyes: *"reclaman el fortalecimiento de la policía del trabajo, en cuanto exigen, como medio para la protección de los derechos de los trabajadores, el establecimiento de un sistema de inspección laboral amplio y eficaz"*. También se siguieron aquí los preceptos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones —CEACR. Por lo demás, se estimó que las conclusiones enunciadas encontraban apoyo en otras normas pero de mayor jerarquía, como los arts. 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

En lo relativo al carácter programático u operativo de los derechos y a los compromisos internacionales, en este último precedente se precisó que los Estados tienen obligación de *"velar"* tanto por *"el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores"*, cuanto *"para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna"*, para lo cual les corresponde adoptar todas las medidas necesarias, sean de orden legislativo y judicial, así como *"administrativo"*.(Conf. Palacio de Caeiro, Silvia B., LA LEY 16/07/2009)

⁴⁸ C.S.J.N., "Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo" rec. de hecho, 24/02/2009, A. 1792. XLII.

Las normas de la O.I.T.

Siguiendo a Palacio de Caero, resulta interesante efectuar una síntesis de importantes derechos sociales previstos en las normas de la O.I.T. que han sido expresamente reconocidos por nuestro Superior Tribunal.

Así, **tanto la protección del salario como del trabajo digno**, tutelados por el Convenio 95, en: "Asociación Trabajadores del Estado c. E.N." (2000 – Conv. 95); **reconocimiento de la importancia de la policía del Trabajo** en el cumplimiento de las normas laborales, Convenios 81 y 129, en autos: "Aerolíneas Argentinas c. M. de T.", 24-2-09; **la libertad sindical** (Convenio 87, PIDESC, TDH) en: "ATE c. M. de T." (PECIFA), del 11-11-08; "A.T.E. c. Prov. Entre Ríos", del 21/10/03, (aportes sindicales); en: "Cocchia c. E.N.", del 2/12/93; y en "Outon, Carlos José y otros- amparo", dictado el 2 de marzo de 1967; **el Trabajo digno y sano y el principio de progresividad** en autos: "Torrillo c. Gulf Oil A.S.A.", del 31/3/09, en: "Milone c. ASOCIART", 2004; en: "Aquino c. Cargo S.I.S.A.", 21/9/04; entre otros; **la protección a la maternidad y lactancia**, en: "Basigaluz Sáez, Laura c. E.N.", 30/9/86, (convenios y recomendaciones de la O.I.T.); **los beneficios de la seguridad social** en: "Manauta c. Embajada de la Federación Rusa", del 2/12/99, efectuando aplicación de los Convenios 102, 118, 128, y 157, entre otras normas internacionales; **los derechos de comunidades indígenas**, Convenio 169, en autos: "Fermín Mauricio", del 22/7/08; **el procedimiento para la vigencia de un convenio de la O.I.T.**, en autos: "Frites, Eulogio y otra. c. PEN", 4/12/95 (Convenio 169); etc. (Conf. Palacio de Caero, Silvia B., LA LEY 16/07/2009)

Finalmente, en relación a las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. la C.S.J.N. se ha expedido sobre el valor las mismas en la causa "A.T.E. c/ Estado Nacional y otro (Provincia de Salta) s/ cumplimiento de recomendación de la OIT" (25-11-08). En dicha oportunidad, sostuvo, en primer lugar, que el sujeto legitimado pasivo de toda recomendación es el Estado Nacional – y no el Provincial. Ello así, sobre la Nación pesa la carga de adoptar las medidas necesarias y decisiones que permitirán, en su caso, evitar la responsabilidad internacional, de ahí que, una demanda promovida en contra de una Provincia sería ajena a la competencia originaria de la Corte Nacional (art. 117 de la C.N. y Fallos 314:94; 318:1837; 322:1514; 323:1854; 325:380;

325:3070, entre otros). En segundo lugar, en cuanto a la obligatoriedad del acatamiento de dichas recomendaciones, afirmó que carecen de fuerza ejecutoria y no generan obligación alguna de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la OIT y sus sucesivas enmiendas aprobadas mediante las leyes nacionales n° 4450, 7672, 11722, 12232, 13559, 14324; 16838, 20683, 23972 y 25491; y que es el Estado quien debe valorar los alcances de la recomendación que se intenta hacer valer y determinar, en el supuesto más favorable al actor de que se la considere exigible, si asume su cumplimiento (conf. arts 1. 2 y 19.7 de la Constitución de la OIT).

Atento a lo expuesto es necesario destacar que desde su creación (Tratado de Versalles, 1919) la O.I.T. ha tenido especial tratamiento, cuidado y evolución en el desarrollo de la protección del trabajador en todas sus facetas. Asimismo, esto ha sido acompañado por la progresiva tutela jurídica del trabajador en materia de salarios, y en cada uno de los aspectos del contrato o relación de trabajo, en el régimen normativo internacional. Es de mencionar que Argentina es miembro desde sus orígenes de la O.I.T.

A partir de la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, adoptada en 1998, en la que todos los miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución; y la Declaración de Filadelfia, en la que se han comprometido, esos mismos miembros, a esforzarse por lograr los objetivos generales de la organización en la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas, conllevan al compromiso ineludible de los Estados de respetar, promover, hacer realidad y de buena fe, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de los Convenios dictados en el marco de la mencionada O.I.T.

A modo de ejemplo, el reciente fallo de la CSJN “Díaz, Paulo Vicente”⁴⁹ mantiene la posición que iniciara el Superior Tribunal en la causa “Della Blanca, Luis Enrique y Luna, Jorge Omar”⁵⁰ y confirmara en el fallo “Pérez, Aníbal Raúl”⁵¹ en cuanto a que los vales alimentarios tienen carácter salarial.

⁴⁹ CSJN “Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.” *rec. de hecho*, 4-6-2013, D.485.XLIV.

⁵⁰ CSJN, “Della Blanca, Luis Enrique y Luna, Jorge Omar c/ Ind. Met. Pescarmona S.A. s/ ordinario”, 24/11/1998, Fallos: 321:3123

⁵¹ CSJN, “Pérez, Aníbal Raúl” c/ Disco S.A”, 01/09/2009, Fallos: 332:2043

El fundamento se encuentra en el art.1 del Convenio n° 95 de la O.I.T, en el cual salario significa *“la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”*.

El Superior Tribunal recuerda en los fallos mencionados que Argentina ha ratificado el Convenio n° 95 de la O.I.T y que además es miembro desde su creación. En consecuencia, el Estado está obligado *“internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”* (Fallos: 315:1492, considerando 20; 318:2639, considerando 6°; 331:2663, considerando 7°, entre otros).

En consecuencia, hay que mencionar que los incisos b y c del art. 103 bis de la ley 20.744 (texto según ley 24.700), fueron derogados por la ley 26.341, sancionada el 12 de diciembre de 2007 y promulgada el 21 de diciembre de 2007.

En el caso de análisis (*“Díaz, Paulo Vicente”*) la CSJN vuelve a declarar la invalidez del derogado art. 103 bis, inc. c de la Ley de Contrato de Trabajo en su aplicación al caso y la de la cláusula convencional mediante la cual se pactó el *“Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005”*, por cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen.

En conclusión, si bien el máximo Tribunal de la Nación desde el año 1994, en que la reforma constitucional le adjudicó jerarquía superior a las leyes a los Convenios de la OIT, no ha habido pronunciamientos contundentes, a veces hasta se los ha ignorado, respecto a la aplicación de los Convenios de la OIT ratificados por la República Argentina. Ello impone un desaprovechamiento del potencial presente en los contenidos de los Convenios de la OIT, como así también los informes dados por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios (CEACR) y la Comité de Libertad Sindical (CLS).

Sin embargo, hay que destacar que diversos pronunciamientos de nuestra CSJN, en especial a partir de “Vizzoti”⁵² y “Aquino”⁵³, se ha puesto en relieve el principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de las declaraciones y tratados con jerarquía constitucional, han hecho del trabajador un sujeto de “*preferente tutela constitucional*”⁵⁴.

Ello no ha sido suficiente, la inobservancia del Estado argentino en sus obligaciones de adoptar e integrar los principios y garantías que las normas internacionales establecen, han provocado la condena internacional, por ejemplo, en el reciente fallo “Furlán”⁵⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado de Argentina es internacionalmente responsable por la violación en perjuicio de Sebastián Furlán, entre otros, por haber excedido el plazo razonable en el proceso civil por daños; vulnerar el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, y el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Asimismo, que el Estado es internacionalmente responsable por la vulneración al derecho a la integridad personal y el derecho al acceso a la justicia de los familiares de Sebastián Furlan, a saber: Danilo Furlan (padre), Susana Fernández (madre), Claudio Furlan (hermano) y Sabina Furlan (hermana).

En el año 1988, Sebastián Furlan, quien tenía 14 años de edad, mientras jugaba con otros niños en un campo de entrenamiento militar abandonado por el Ejército, en la localidad de Ciudadela, provincia de Buenos Aires recibió el impacto de un travesaño que cayó sobre su cabeza ocasionándole fractura de cráneo y daños cerebrales graves. Como consecuencia de ello, el padre de Sebastián, Danilo Furlan, inició una acción de daños y perjuicios contra el Estado Nacional a fin de obtener el resarcimiento por los daños

⁵² C.S.J.N., “Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa”. C.S., 14/9/2004, Suplemento Especial del diario La Ley, 17 de setiembre de 2004

⁵³ C.S.J.N. “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A”, 27 de setiembre de 2004, Suplemento Especial del Diario La Ley.

⁵⁴ CSJN ha expresado que a partir de la reforma constitucional de 1994, el trabajador es considerado un sujeto de “*preferente tutela constitucional*” (“Vizzoti”, Fallos: 327:3677, 3689 y 3690; “Aquino”, Fallos: 327:3753, 3770 y 3797),

⁵⁵ C.I.D.H., “Furlán, Sebastián y familiares vs. Argentina”, 31 de agosto de 2012 .

sufridos por su hijo y obtener los medios necesarios para una adecuada rehabilitación. El referido proceso civil que demoró aproximadamente 12 años y tres meses, fijó una indemnización en pesos. Sin embargo, y por aplicación de la ley 23.982 –consolidación de deudas-, dicho crédito fue cancelado mediante la suscripción de bonos cuyo monto total recién se podría cobrar en el año 2016.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que la autoridad judicial no procuró en forma diligente que los plazos procesales se cumplieran, no cumplió su deber de tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso y, no obstante tratarse de un asunto relacionado con una indemnización por incapacidad física de un menor de edad, no hizo uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, advirtiendo de este modo que las actuaciones del Estado argentino como parte demandada involucraron importantes niveles de pasividad, inactividad y falta de debida diligencia, aspectos muy problemáticos en un caso de esta naturaleza, y que generaron la dilación de la resolución del proceso judicial. Asimismo, con relación a la afectación jurídica de la parte interesada e impactos en su integridad personal, el Tribunal consideró que en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos. Esta situación implicaba una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó suficientemente probado que la prolongación del proceso en este caso incidió de manera relevante y cierta en la situación jurídica de la presunta víctima y su efecto tiene, hasta el día de hoy, un carácter irreversible, por cuanto al retrasarse la indemnización que necesitaba, tampoco pudo recibir los tratamientos que hubieran podido brindarle una mejor calidad de vida.

En definitiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que el Estado Argentino es responsable por la vulneración del artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, por haber excedido el plazo razonable, por la vulneración al derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada,

consagrados en los artículos 25.1, 25.2.c y 21, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, por la violación del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, es responsable por la falta de participación del asesor de menores, lo cual vulneró el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y el derecho al acceso a la justicia establecido en los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares de Sebastián Furlan; por el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal en los términos de los artículos 5.1, 8.1, 21, 25.1 y 25.2.c, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana.

Capítulo 5: Conclusiones

El orden público constituye una característica esencial del Derecho del Trabajo, sea como conjunto de principios fundamentales del mismo, sea en su faz funcional, como técnica que restringe la autonomía de la voluntad de las partes e impide que las mismas socaven los pisos mínimos predispuestos por las normas laborativas.

En 1949, con la reforma de la constitución, el derecho del trabajo alcanzó su rango constitucional, al incorporar en el artículo 37 inc. I de ese texto normativo los derechos al trabajo, a la retribución justa, a la capacitación del trabajador, a las condiciones dignas de trabajo, al cuidado de la salud, al bienestar personal y familiar del trabajador, a la seguridad social, al progreso económico y a la agremiación.

Dicha reforma constitucional fue suprimida al producirse el golpe de Estado de 1955. En 1957, se produjo una nueva reforma de la Carta Magna donde se introducen las cláusulas constitucionales de tinte social, en especial el art. 14 bis CN y el art. 67 inc.11 CN que establece la facultad del Congreso de dictar los códigos, donde se incluyan el del Trabajo y la Seguridad Social. Aquí el constituyente promueve el “valor justicia”, el principio protectorio del Derecho del Trabajo, y eleva a rango constitucional el derecho a huelga.

Posteriormente, la Reforma de 1994 va a enfatizar las cláusulas incorporadas en 1957, a partir del reconocimiento de declaraciones y pactos internacionales que completan, amplían y extienden los derechos sociales incluidos en nuestra Constitución positiva y va a responsabilizar internacionalmente al Estado argentino ante el incumplimiento de los mandatos incluidos en los instrumentos internacionales aprobados, adoptados y ratificados. (art. 75 inc. 22 CN).

Hay tres caminos para llegar al reconocimiento pleno de los derechos sociales: el jurídico, el institucional y la paz social. Al jurídico lo logramos a través de las normas y el acceso a los tribunales, el segundo es el camino sistematizado a través de los diferentes órganos tanto nacionales como internacionales y por último la paz social la logramos como dice Juan Antonio Travieso con la “consolidación de los derechos humanos en todos los espacios y tiempo”. (Travieso, Juan A., 1996)

Si bien la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del año 1969, fue ratificada por nuestro país allá por el año 1972 y se encuentra en vigor desde el año 1980, fueron necesarios muchos años de reflexión jurisprudencial y doctrinaria y una reforma constitucional para comenzar, en forma tímida –en un primer momento–, a “reconocer” los derechos que ya habían sido “reconocidos” (permítasenos la redundancia) al ratificarse todos y cada uno de los documentos internacionales que hemos mencionado en este trabajo.

Es decir, hasta tiempos no muy distantes y demasiado recientes para el Derecho, la “ratificación” de los documentos suscriptos con las potencias extranjeras y organismos internacionales distaba mucho de cumplir la finalidad que le ha correspondido. Se presentaban como meras expresiones de deseos, como meros “programas” librados a la voluntad política del momento, hasta que el cimero Tribunal modificó su criterio y se propuso dar a las normas internacionales el valor que las mismas poseen.

Así, a partir del quiebre de 1992 con el caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel”⁵⁶, reforzado por la reforma de la Carta Magna de 1994, hemos comenzado a observar, en el ámbito laboral, la aplicación directa de los documentos internacionales. El propósito de los constituyentes fue hacer más visible y más accesible los tratados internacionales a los justiciables.

Con las sentencias recaídas en autos “Vizotti”⁵⁷, “Aquino”⁵⁸, “ATE”⁵⁹, “Torrillo”⁶⁰, “Milone”⁶¹, y el reciente fallo “Díaz, Paulo Vicente”⁶², entre otros, la CSJN ha consagrado no sólo la aplicación directa de la norma internacional o su utilización como fuente de inspiración y regla interpretativa, sino también le ha otorgado supremacía a las interpretaciones de la misma que puedan efectuar tanto los órganos jurisdiccionales

⁵⁶ C.S.J.N., “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros” (Fallos 315:1492) del 7 de julio de 1992 (LA LEY, 1992-C, 543)

⁵⁷ C.S.J.N., “Vizotti, Carlos Alberto c. Amsa”. C.S., 14/9/2004, Suplemento Especial del diario La Ley, 17 de setiembre de 2004

⁵⁸ C.S.J.N. “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A”, 27 de setiembre de 2004, Suplemento Especial del Diario La Ley.

⁵⁹ CSJN, “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo”, 11/11/2008

⁶⁰ CSJN, “Torrillo Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, 31.03.09

⁶¹ CSJN, “Milone, Juan”, 26/10/2004, fallos: 327:4607

⁶² CSJN “Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.” rec. de hecho, 4-6-2013, D.485.XLIV

creados por los Tratados internacionales, como sus órganos consultivos, e inclusive, los comités de expertos, evidenciando una importante tendencia a la permeabilidad en el derecho argentino.

Un ejemplo paradigmático de esto último lo constituye el Comité de Libertad Sindical que, sin ser un órgano supranacional, y ni siquiera, la máxima autoridad de la O.I.T., influye tanto con sus opiniones como con sus recomendaciones, no sólo en la jurisprudencia interna, sino también, en la redacción de la legislación de nuestro país, tal y como pudimos observar con el actual artículo 24 de la ley 25877(denominada Ley de ordenamiento laboral).

En otras palabras, el derecho internacional –hoy, derecho interno, sin lugar a dudas- no sólo se está consagrando por sobre el local existente, sino también lo está forzando a conformarse al mismo.

De ahí que corresponda recordar que la ratificación de un compromiso internacional, por sí mismo, obliga al Estado y que los fines tenidos en mira por la Convención Constituyente de 1994 fueron pergeñados en el sentido del completo abandono del sistema “dualista”. De este modo, cualquier interpretación en contrario nos conduciría a una trasgresión de la norma vigente.

En efecto, ninguna duda puede existir sobre el carácter programático del derecho a las condiciones de trabajo dignas, del principio de progresividad, etcétera, pero ello no ha representado límite alguno para que la CSJN los consagre en su plenitud.

Por todo, debemos intentar apartar del ámbito de los derechos humanos la distinción entre “programáticos” y “ejecutivos”, puesto que *“...si de derechos humanos se trata, todo intento de desgarramiento, mutilación o desarticulación supone un ser humano, titular inalienable de esos derechos, también susceptible de ser desgarrado, mutilado o desarticulado de igual modo. No sólo lo supone, como premisa ontológica, sino que lo propone y origina, a riesgo seguro de destruirlo...”*⁶³

Por lo demás, fuerza concluir que el Orden Público Laboral ha trascendido las fronteras de nuestro país y ha pasado a integrar un Orden Público Internacional del trabajador, visto principalmente, como persona “humana” y “digna”.

⁶³ Gialdino, *op.cit.*

Esa transpolación normativa no puede ser interpretada sino como una tendencia sin retorno, en un mundo completamente globalizado, que tiene a la tutela de la persona “humana” como centro del ordenamiento jurídico.

De este modo, el análisis que el operador jurídico efectúe de los “mínimos inderogables” importará un trabajo de gran estudio y dedicación de modo tal que no se violente ninguna obligación contraída por el Estado.

Evidentemente, Argentina ha exhibido una actitud de incumplimiento de sus obligaciones internacionales y de adecuación del ordenamiento interno al sistema internacional.

Sin embargo, está claro que no hay vuelta atrás, que el derecho en general, y el laboral en particular, transita un cambio en pos del reconocimiento de mayores protecciones y garantías para cada individuo y para la sociedad en su conjunto. La elevación del Hombre y el mejoramiento de sus condiciones de trabajo no son reclamos individuales o sectoriales, hacen a un derecho básico de reconocimiento universal.

El desafío es consolidar este sistema de protección no sólo con el camino jurídico sino con el institucional y con la paz social.

Bibliografía

Listado General De Bibliografía

Doctrina

AYALA CORAO, Carlos M., “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos”, [versión electrónica],

http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/convenios_internacionales/19.pdf

BADENI, Gregorio, "Reforma constitucional e instituciones políticas", ps. 139 a 143, Buenos Aires, 1994.

BEAUDONNET, Xavier, “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales”, DT 2006 (julio), 945.

BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Bs. As., 1979,pág. 757.

Conf. BIDART CAMPOS, Germán, "Jerarquía de los tratados", en Diario La Prensa, del 14/2/95, Sección Profesional, p. 3, citado por García Martínez, Rodolfo, “Los derechos humanos en la reforma constitucional de 1994 y el derecho del trabajo”, DT 1995-B, 1181.

CALANDRINO, Alberto A. Calandrino, Guillermo A., “Sobre la colisión de la reforma laboral con los nuevos postulados de nuestra Constitución Nacional”, DT 1996-B, 1438

CARNOTA, Walter, “El orden público laboral internacional”, L.L. Córdoba, 2000-1179.

COMITÉ de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 12, “El derecho a una alimentación adecuada”, 12-05-1999, párr.15, citado por Gialdino, 1999

DIARIO DE SESIONES del 02 de Agosto de 1994 de la Convención Constituyente.
de DIEGO, Julián A., “Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, La Ley, Buenos Aires, 7 ed. Ampliada, 2008.

ERMIDA URIARTE, Oscar, exposición en II Curso Intensivo de Posgrado. Facultad de Derecho. UBA "El Derecho del Trabajo actual visto desde su sistema de fuentes". Julio 2001, citado por Diego M. Tosca, “El Derecho internacional...”, DT 2002-A, 901.

FERMAN, Beatriz, “Las Normas Internacionales Del Trabajo. Su Aplicación E Interpretación Judicial”, DT 2005 (Mayo), 609-DT 2005-A, 609

GARMENDI ARIGÓN, Mario, “Orden Público y Derecho del Trabajo”, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.

GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, 3ª Edición, Buenos Aires, La Ley, 2005.

GIALDINO, Rolando E., “Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respecto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional”, en Revista Investigaciones 2- 1999, editada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina.

GOLDÍN, Adrián, “Las tendencias de transformación del Derecho del trabajo”, serie monográficas jurídicas, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

GRISOLIA, Julio Armando, Manual de Derecho Laboral, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

LLAMBÍA, Jorge, Tratado de Derecho Civil, Parte general I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1978.

PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “El control de convencionalidad y los convenios de la O.I.T.”, LA LEY 16/07/2009.

RAFFAGHELLI, Luis, “Ley de Contrato de Trabajo y Estatutos Especiales: volviendo sobre una relación litigiosa. Los antiguos temas. las nuevas regulaciones. La jurisprudencia” Revista Derecho del Trabajo. Año II, N° 5, set. 2013

SANSINENA, Patricia, “Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, material SAM, cátedra Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lectura 2, Universidad Siglo 21, Córdoba, abril 2012, [versión electrónica], <https://siglo21.epic-sam.net/Learn/Player.aspx?enrollmentid=2560895>

SPAVENTA DOMENECH, Carlos Javier, “La Constitución, los tratados y la flexibilidad laboral”, DT 1996-B, 2707.

SPAVENTA DOMENECH, Carlos Javier, “El derecho del trabajo en la Constitución Nacional”, DT 1998-A, 681.

SUPLEMENTO ESPECIAL del Diario La Ley, 27 de setiembre de 2004.

TOSCA, Diego M. “Las Fuentes del Derecho del Trabajo – Primera Parte”, en Tratado de derecho del trabajo: teoría general del derecho del trabajo/ coordinado por Diego Martín Tosca; dirigido por Mario Eduardo Ackerman – 1ª Edición – Santa Fe – Rubinzal – Culzoni – 2005- Capítulo VI.

TOSCA, Diego M., “El Derecho Internacional Como Fuente Del Derecho Del Trabajo. Consideración De La Jurisprudencia Nacional”, DT 2002-A, 901.

TRAVIESO, Juan Antonio, “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1996.

VEGA, Juan Carlos y GRAHAM, Marisa A. (dirs.), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Ed. Astrea, 1996.

VIRGILI, Claudio S., “Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo en el sistema de fuentes del derecho laboral argentino”, LA LEY 2006-B, 1029

VON POTOBSKY, Geraldo, “Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?”, DT 1997-A, 457.

ZURETI (h.), Mario E., “Las normas internacionales del trabajo y el ordenamiento jurídico argentino. Importancia de las normas internacionales del trabajo. Su valor, aplicación y jerarquía en el ordenamiento jurídico argentino. Análisis de la normativa interna a la luz de los convenios de la O.I.T. Sobre derechos fundamentales del trabajo”, en: DT 2006 (abril), 493.

Legislación

Constitución Nacional Argentina.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, incorporada a nuestro ordenamiento por Ley 23054 del 1 de marzo de 1984, adquiriendo jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada el 18 de diciembre de 1970, incorporada a nuestro ordenamiento por Ley 23179 del 8 de mayo de 1985, adquiriendo jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

Convención de los Derechos del Niño, sancionada en el marco de la Organización de Naciones Unidas en el año 1989. Incorporada a nuestro ordenamiento en 1990, adquiriendo jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994. Aprobada por Ley 23.849.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, adquiriendo jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, adquiriendo jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

Ley 20744 de Contrato de Trabajo y sus modificatorias, Ley 25013 y 25877.

Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 19 de diciembre de 1966, incorporados a nuestro ordenamiento por Ley 23313 del 17 de abril de 1986, adquiriendo jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación:

"Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo", 24/02/2009.

"Acosta, Claudia Beatriz y otros c/ s/ hábeas corpus", 22 de diciembre de 1998.

"Alonso Gregorio c. Haras Los Cardos S.A." (Fallos, 186: 258), en donde se sentenció respecto del Convenio N° 12 de la O.I.T., reiterando este pronunciamiento en: "Roa, Félix y otros c. Moschos, Constantino" (Fallos, 249:677) referente al Convenio n° 8; "Aramburu, Víctor c. Papelera Argentina S.A." (Fallos, 263: 63) y "Avalos, Pedro Alejandro y otros c. La Papelera Argentina" respecto del Convenio N° 1 sobre las horas de trabajo (Fallos, 263:122).

"Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A". Suplemento Especial del Diario La Ley, 27 de setiembre de 2004.

"Asociación Trabajadores del Estados c/ c. Ministerio de Trabajo", dictado el 11/11/2008.

"Café la Virginia", La Ley, 1995-D, 275.

"Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A"(Resuelto el 7/09/04)

"Chocobar, Sixto Celestino c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos" (Fallos, 319:3259), 27/12/1996.

"Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A."rec. de hecho, 4-6-2013, D.485.XLIV.

"Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros" (Fallos 315:1492) del 7 de julio de 1992 , LA LEY, 1992-C, 543.

"Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto", F 284 XXVI; ; 04-12-1995; T. 318 P. 2513.

“Kot, Samuel SRL s/Recurso de Corpus”24 de julio 1958” (Fallos, 241:291)

“Martín y Cia. Ltda. S.A. c/ Administración Nacional de Puertos”, Fallo 257:99.

“Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente - ley 9688”, 26 de octubre de 2004.

“Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.” – 01/09/2009 – (Fallos: 332:2043)

" Torrillo Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro" del 31.03.09

“Valdez, Julio Héctor c/ Cintioni, Alberto Daniel” (1979, Fallos: 301:319)

"Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa". C.S., 14/9/2004, Suplemento Especial del diario La Ley, 17 de setiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Furlán, Sebastián y familiares vs. Argentina”, 31 de agosto de 2012

GLOSARIO

CN: Constitución Nacional de la República Argentina.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

PIDEC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

C.I.D.H.: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Guzmán, Mauricio Flavio
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	21.705.638
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“El Orden Público Laboral a Partir de la Reforma Constitucional de 1.994”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	mauricioguzman30@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i> ^[1]	Sí
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

_____ Firma

Aclaración: Mauricio Guzmán

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

_____ Firma

_____ Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.