LA NORMA SIN REGLAMENTACIÓN: UN DERECHO VULNERADO

NOTA A FALLO

Autor: Augusto Lara

D.N.I.: 28496738

Legajo: VABG51722

Profesor Director: César Daniel Baena

Mendoza, 2022

Tema: Derecho laboral y derechos fundamentales

Fallo: C.S.J.N. Fecha 21 de octubre de 2021 **"**Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986."

https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7701701

Sumario: 1.Introduccion.- 2. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal.- 3. Reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia.- 4. Análisis crítico del fallo.- 4.1. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.- 4.2. La acción de amparo y requisitos de procedencia.-
4.3. La inoperatividad de los derechos fundamentales.- 4.4. La postura del autor.- 5. Conclusión.- 6. Referencias bibliográficas.- 6.1 Legislación.- 6.2.Doctrina.- 6.3. Jurisprudencia.- 6.4. Otras fuentes.

1) Introducción

En la presente nota llevaremos a cabo el estudio y análisis de los autos ut supra señalados donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encuentra en la pugna de resolver la controversia planteada en ellos respecto de la procedencia de la queja interpuesta por el Poder Ejecutivo Nacional, en adelante P.E.N., la admisibilidad del recurso extraordinario federal que a este le fuera denegado por el a quo, así como también la procedencia de la acción de amparo que lo condenó; y si es plausible el ejercicio por parte de aquella de su función jurisdiccional frente a la omisión de una atribución del P.E.N. (Art. 99 inc. 2 C.N.) , todo ello teniendo como base la pretensión de los actores que era trascendental ya que reclamaban la operatividad de los beneficios sociales legislados por el art 179 in fine de la Ley de Contrato de Trabajo, el cual señala que "En los establecimientos donde preste servicio el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan"

En los autos en estudio podemos observar un problema jurídico lingüístico del tipo textura abierta o vaguedad potencial en primer lugar y un problema jurídico del tipo laguna axiológica en segundo lugar.

En este orden de ideas, y con respecto al primero de los problemas jurídicos, intentaré a continuación, basándome en doctrina altamente calificada, echar un manto de

luz a las más destacadas reseñas sobre el tema señalado. El tema a desarrollar para comenzar es el problema de la textura abierta del lenguaje.

Moreso y Vilajosana (2004) sostienen que la función del lenguaje común es lograr que el destinatario del mismo comprenda su significado. Agregan que es llamado también lenguaje natural; y por otro lado tenemos el lenguaje formal, como las matemáticas o la lógica, que a diferencia del primero carece de vaguedad y ambigüedad. Los juristas, y en general en el ámbito del derecho se debe reconocer que existen definiciones que tienen un determinado tecnicismo pero esta circunstancia de ningún modo lo convierte en lenguaje formal, porque siempre sigue teniendo cierta vaguedad actual o potencial también llamada textura abierta del lenguaje. Estos tipos de vaguedad no siempre deben tomarse como defectos ya que a veces su presencia permite mantener vigentes las mismas formulaciones normativas durante mucho tiempo. Un ejemplo que citan los mencionados autores sobre la vaguedad potencial o textura abierta es el art. 20.4° del código penal español de 1995, en el cual se define a la legítima defensa a través de tres propiedades (agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente por parte del defensor) y surgen los siguientes interrogantes: ¿alguien puede sostener seriamente que se ha acabado con la vaguedad? En cada caso, los jueces deberán tomar la decisión correspondiente sobre si una agresión determinada es "ilegítima", o sobre si la necesidad para impedirla o repelerla es "racional", o cuándo la provocación puede ser considerada "suficiente". Tales decisiones, en muchos casos, caen fuera del ámbito exclusivamente lingüístico y su alcance definitivo termina siendo brindado por los jueces con cierta discrecionalidad.

En la causa bajo análisis, como dijimos, se puede observar este problema lingüístico del tipo textura abierta sobre todo en la pugna en que radica la decisión principal de la C.S.J.N. que es la referida a considerar si es procedente la acción de amparo y si también la misma puede permitirle al Poder Judicial ejercer su función jurisdiccional sobre la omisión reglamentaria del P.E.N. sin violentar la división de poderes (art. 1 C.N). Recordamos que en el fallo en cuestión, contra la sentencia condenatoria de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativa Federal, el Poder Ejecutivo Nacional interpuso recurso extraordinario federal que, denegado por el a quo dio lugar a la queja e invocó como agravios la "arbitrariedad" de la condena, la cuestión federal y gravedad institucional; basando sus argumentos en que consideraba acertada la sentencia de primera instancia que establecía que entre la promulgación de la L.C.T. en el año 1974 y la omisión de reglamentar el art. 179 de la misma había pasado un tiempo

bastante prolongado que hacía desaparecer la necesaria "urgencia" para la procedencia de la acción de amparo.

Como señaláramos, en segundo lugar, y en torno a la cuestión referida a las consecuencias que causa la inconstitucionalidad por omisión de autoridad pública dada por la no reglamentación del art. 179 de la Ley de Contrato de Trabajo considero que nos encontramos ante un problema axiológico, más precisamente ante una "laguna axiológica", por la controversia entre cualidades relevantes de la norma y su ponderación en relación con determinados derechos fundamentales reconocidos en distintos principios jurídicos que integran el bloque de constitucionalidad.

Como señalan los autores (Alchourrón y Bulygin, 2012), la laguna axiológica se presenta cuando a pesar de que la condición relevante de la norma no es directamente inconstitucional, su aplicación al caso concreto violaría el principio protegido por la norma. Agregan que se presenta cuando, a consideración del intérprete, las condiciones relevantes establecidas por el legislador no son suficientes y existe la necesidad de tomar en consideración otra condición relevante, contenida en un principio jurídico.

Es bienvenido conocer el significado de la palabra axiología, la cual etimológicamente se refiere a la ciencia que estudia los valores y estos poseen una connotación filosófica.

> En los estados de derecho contemporáneos, junto con normas que establecen condiciones precisas de aplicación, denominadas reglas, existen otros estándares jurídicos que funcionan de una manera diferente a las primeras y que también son utilizadas por el juez al momento de justificar sus decisiones. Estos son los llamados principios jurídicos (Dworkin, 2004).

Es muy valioso recordar que en general, los positivistas no niegan que existen los valores; la diferencia entre éstos y otras corrientes es la tesis de la separación entre derecho y moral. Ronald Dworkin llega a la conclusión de que los juristas a la hora de motivar sus decisiones deben basarse tanto en la norma aplicable como en los valores contenidos en los principios jurídicos.

> El modelo de integración relativa de Ronald Dworkin defiende un iusnaturalismo moderado y crítico que rechaza tanto la tesis que propugnan la separación radical entre el derecho y la moral (*iuspositivismo extremo*), como la que postula una integración total (*iusnaturalismo radical*). (Aguilera Portales, 2015, p. 377-408).

En el fallo analizado, relacionado a la pretensión de los actores sobre la cual también resuelve finalmente la C.S.J.N., se observa un problema axiológico, del tipo "laguna axiológica" como un conflicto entre derechos fundamentales reconocidos en la constitución nacional, en tratados internacionales de rango constitucional, en normas supra legales y en la propia ley de contrato de trabajo, los cuales se ven vulnerados por no estar reglamentado el art. 179 in fine de la última ley recién señalada.

Estamos ante un fallo trascendente desde varios puntos de vista. A saber, desde lo institucional, tomando en consideración que la resolución final adoptada por la C.S.J.N. decide entre otros temas ni más menos que sobre la división de poderes y es a todas luces también incidente en el ámbito político puesto que en caso de que eventualmente se hubiere vulnerado la citada división de funciones entre los tres poderes del estado, esto generaría inseguridad jurídica y como consecuencia de la misma podría verse afectado el orden y la paz social, como así también podría derivar en detrimento de la economía nacional por generar desconfianza en un país que no tuviera la elemental seguridad jurídica.

Es particularmente interesante analizar la importancia del presente fallo desde lo estrictamente jurídico, teniendo en cuenta que como tema de fondo está en pugna ni más ni menos que la vulnerabilidad de los llamados beneficios sociales (art.179 in fine L.C.T.), que no son otra cosa que derechos fundamentales reconocidos así mismo en la más alta escala jerárquica de nuestras leyes como es el bloque de constitucionalidad, empezando por la Constitución Nacional donde encontramos principios y garantías como la "protección integral de la familia"(art. 14 bis), la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los derechos del Niño, normas supra-legales como el convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo entre otras disposiciones. Las mencionadas normas disponen que los Estados deberán asegurar la real igualdad de oportunidades para que hombres y mujeres puedan desarrollar sus actividades laborales sin descuidar sus obligaciones familiares; que los niños deberán gozar de los beneficios sociales que se otorgare a los padres que trabajen y los tuvieren a su cargo; que no se deberá discriminar en razón del sexo o género, concluyendo este tema manifestando que por estos fundamentos sería inviable creer que debería hacerse una interpretación literal del art 179 in fine L.C.T. que dice…" en los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se

establezcan", sino que claramente debe incluirse también a los trabajadores que trabajen y tengan hijos a su cargo.

2) <u>Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal</u>

Los actores demandan al P.E.N. la reglamentación del mencionado art. 179 de la L.C.T. con la finalidad de poder hacer valer los derechos reconocidos en dicha norma; la vía judicial elegida por aquellos es la acción de amparo.

En primera instancia la demanda se interpuso ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n°7, quien rechazó la acción incoada. Frente a este cuadro de situación los actores apelaron ante la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la cual, revocó la sentencia de primera instancia y condenó al P.E.N. a reglamentar la norma señalada en el plazo de noventa días hábiles. Contra esta resolución, el condenado interpuso recurso extraordinario federal, que denegado por el a quo, dio lugar a la queja.

La C.S.J.N. hace lugar a la queja, declara formalmente admisible el recurso extraordinario federal y confirma la sentencia del tribunal de alzada.

3) <u>Reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia</u>

En la causa bajo estudio hubo fallo unánime.

La C.S.J.N., consideró que las cuestiones a resolver son determinar si hace lugar a la queja interpuesta por el P.E.N., si admite el recurso extraordinario federal, la procedencia de la acción de amparo y si este control jurisdiccional viola la forma republicana de gobierno. Debiendo considerar también la cuestión de fondo que es lograr la plena operatividad de los derechos reconocidos en el art. 179 in fine de la L.C.T. que dispone "En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan".

Así el estado de cosas y teniendo en cuenta que el P.E.N. interpuso recurso extraordinario federal al considerar que se afecta seriamente la división de poderes, que la sentencia del a quo fue "arbitraria" y violatoria de su derecho de defensa en juicio, de su derecho al debido proceso y de los principios de razonabilidad y legalidad; el Máximo Tribunal declara formalmente admisible el recurso señalado.

También, y con relación a la acción de amparo, la C.S.J.N. considera que la cuestión a resolver es meramente procesal puesto que el P.E.N. solo plantea en su defensa

que se debe tomar el criterio del juzgado de primera instancia que consideró que el lapso de tiempo transcurrido entre la promulgación de la ley 20744 y la interposición del amparo hace que no se tenga acreditada la llamada "urgencia" para que proceda la acción y que los actores podrían ver satisfecha su pretensión a través de lo establecido en el art. 103 bis inc. f de la L.C.T. que establece que cuentan como beneficios sociales "los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones" Ante estos argumentos la Corte Suprema sostiene que la urgencia requerida para la procedencia de la acción es la necesaria para acceder a la justicia, más allá de que la implementación de las salas maternales y guarderías demandarán un tiempo prolongado. Así mismo el Máximo Tribunal sostiene que la norma establecida en el art. 103 bis inc. f de la L.C.T. no es" alternativa" de las disposiciones del art. 179 in fine de la citada ley sino "complementaria" del mismo y que aquel art. opera en los casos en que los empleadores no estuvieran obligados a tener salas maternales o guarderías por no llegar al número mínimo de trabajadores. La C.S.J.N., considera para fundamentar la admisibilidad del amparo el mismo criterio del a quo al señalar que se configuró una omisión inconstitucional al no reglamentar el art. señalado en el párrafo anterior, durante un tiempo prolongado, cuya "ilegitimidad es manifiesta". Hasta aquí se observa un problema jurídico lingüístico por textura abierta o vaguedad actual o potencial.

Con respecto a la cuestión de fondo y la pretensión de los actores que no es otra que lograr la plena vigencia de los derechos reconocidos en el art. 179 in fine de la L.C.T., el Máximo Tribunal realiza algunas consideraciones centrales. Primero señalando que para que haya una inconstitucionalidad por omisión debe haber un mandato legislativo expreso y concreto y en los autos en estudio esto está acreditado. Por otro lado señala las consecuencias de la nombrada "inconstitucionalidad por omisión de autoridad pública", de las cuales resulta que la falta de reglamentación del mentado art 179 in fine de la L.C.T. relega la obligación de los empleadores de habilitar salas maternales y guarderías tornando ilusorios los derechos de los actores. Continúa la C.S.J.N. señalando que la propia norma señalada condiciona su eficacia a la reglamentación del número mínimo de trabajadoras, la edad de los niños y demás condiciones que se establezcan; que en distintas disposiciones constitucionales así como en tratados internacionales con jerarquía constitucional y otras normas supra legales se destacan principios que protegen a los derechos fundamentales y que deben ser considerados en esta causa; a saber: la Constitución Nacional (art.14 bis) señala el

derecho a la "protección integral de la familia" donde se desprende que "incumbe al Estado garantizar, por un lado, la igualdad real de oportunidades para las personas con responsabilidades familiares, y por el otro, el cuidado adecuado de los niños cuyos padres trabajan"; la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art.5, inc. a y b) "obliga a los Estados a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, y a garantizar la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto al cuidado de sus hijos"; la Convención sobre los Derechos del Niño (art.18, inc.3) prevé que "los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas"; así mismo el Convenio 156 (art.1, inc. 1, y 3, imc.1) de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) protege a "los trabajadores y trabajadoras" con responsabilidades hacia los hijos a su cargo a fin de evitar que tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Estipula que, con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades, los Estados deben incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con hijos a su cargo, que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. EL Máximo Tribunal sostiene que no puede hacerse una interpretación literal del art.179 L.C.T. cuando habla de "trabajadoras" sino que debe hacerse una interpretación armónica de todas las normas y concluir que también abarca a los "trabajadores"

Como se observa, a pesar de que la condición relevante de la norma citada por el art. 179 in fine de la L.C.T. no es directamente inconstitucional, su aplicación al caso concreto violaría el principio protegido por la misma norma y por los tratados y convenciones antes citados, lo cual configura una laguna axiológica.

4) Análisis crítico del fallo

4.1) Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Iniciaremos nuestro análisis crítico del fallo rememorando los puntos centrales y fundamentales sometidos a decisión del Máximo Tribunal. Estos radican por un lado en la procedencia de la acción de amparo por falta de reglamentación del art. 179 in fine de la L.C.T., sobre la cual analizaremos sus requisitos y los argumentos controvertidos sobre los mismos brindados en las distintas instancias; y por otro lado la decisión del máximo Tribunal se refiere a la cuestión de fondo, es decir, a la consecuencia directa e inmediata que la omisión reglamentaria produce que es la inoperatividad de los derechos reconocidos en el citado art., los cuales a su vez son proyección de principios jurídicos contenidos en la más alta jerarquía normativa ya expuesta durante esta nota.

Primero resaltamos que en esta etapa crítica de la nota vamos a dejar de lado las cuestiones exclusivamente procesales como lo relativo al recurso extraordinario federal y la queja, para adentrarnos de lleno en la eventual violación de los derechos fundamentales invocados por los actores y su protección a través a la acción del amparo, que si bien también es una vía procesal, por la sensibilidad de los derechos que protege, la abordaremos oportunamente.

4.2) La Acción de Amparo y requisitos de procedencia

Debemos partir del propio texto del art. 43 primer párr. C.N. que reza "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva"

En el caso bajo estudio, en primera instancia, el Juzgado Contencioso Administrativo Federal n° 7 rechazó la acción de amparo incoada por los actores. Argumentó falta de acreditación del perjuicio alegado y compartió así mismo plenamente los fundamentos esgrimidos en el dictamen de la Fiscalía Federal a cargo de la Dra. Laura Labarthe quien destaca en sus argumentos para rechazar la acción que el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales y por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, frente a las cuales los procedimientos ordinarios resultan ineficaces. Es decir que debe estar probado un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable

por esta vía expedita y rápida. (Fallos 308:2632; 312:262; 316:3215). En esta línea de pensamiento el Juzgado de primera instancia agrega que están excluidas del ámbito del amparo cuestiones opinables y las que requieran mayor amplitud de prueba y debate conforme al art. 2 inc d Ley 16986, así como los supuestos en que existan otras vías aptas para la protección del particular. En este sentido se hizo lugar a los fundamentos esgrimidos por el accionado, P.E.N., quien consideró que los actores tenían "otros medios judiciales más idóneos" como ser el proceso ordinario, agotar la vía administrativa o intentar la acción declarativa de inconstitucionalidad.

El Tribunal de primera instancia, reproduciendo una vez más los argumentos del dictamen fiscal sostiene que no se encuentran acreditadas las condiciones de "urgencia" necesarias para la procedencia de esta acción que por su naturaleza resulta expedita y rápida. Esto en atención al tiempo transcurrido, lo que permite arribar a la conclusión de que la pretensión no reviste la urgencia que requiere esta vía, y en consecuencia el derecho que en su caso le asistía a los actores puede ser satisfecho por otros medios sin que ello importe inferirles un perjuicio grave e irreparable. Así mismo se ha dicho que para que proceda la acción se requiere que la inactividad produzca una lesión cierta sobre un derecho o garantía y al demostrarse la relación causal entre la inactividad y el perjuicio, entonces la omisión inconstitucional se habrá configurado…(conf. Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos aires in re "Usabel, Héctor y otros c/ Ciudad de Buenos Aires del 22/06/2005)". La Sra. Jueza subrogante de primera instancia finalmente, coincidiendo con el dictamen fiscal, sostuvo que de las constancias obrantes en autos no surgiría que las partes hubieran requerido que los gastos en concepto de sala maternal o guardería que se hubieren visto obligados a sufragar les hubieren sido negados por las empresas para las cuales prestan servicios por la falta de reglamentación del art. 179 in fine de la L.C.T.. Es dable señalar que el Juzgado de primera instancia sigue el mismo hilo conductor invocado por el accionado, P.E.N. al considerar que los actores podrían haber visto satisfecha su pretensión a través de lo dispuesto en el art. 103 bis inc. f de la L.C.T. que señala que cuentan como beneficios sociales "los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos hasta de (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones".

Siguiendo el análisis enfocado en la procedencia de la acción de amparo y sus requisitos, repasaremos para comenzar los argumentos esgrimidos por la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Este Tribunal en momento de resolver la apelación intentada por los actores, hizo lugar a la

acción de amparo y revocó la sentencia de primera instancia, condenando al P.E.N. a reglamentar en el plazo de 90 días hábiles el art.179 in fine de la L.C.T. Finalmente analizaremos los fundamentos del Máximo Tribunal de la Nación que dio por reproducidos íntegramente los apartados l y ll del dictamen del Sr. Procurador Fiscal, los que relatan a su vez, los criterios del a quo, citando luego también consideraciones propias de la C.S.J.N.

La Cámara destacó que, en los términos del art. 99, inciso 2 de la Carta Magna, la omisión del P.E.N. de reglamentar el art. 179 in fine de la Ley 20.744 configura una "ilegalidad manifiesta". Expresó que el tiempo transcurrido entre la sanción de la L.C.T. del año 1974 y la interposición de la demanda no resulta óbice para tornar procedente la acción de amparo en la medida que lo constitucionalmente reprochable es una omisión de los órganos estatales.

Luego, señaló que la omisión inconstitucional requiere que se compruebe, por un lado, la existencia de un mandato normativo expreso, exigible e incumplido, y por otro lado, que se vulneren derechos y garantías, es decir, que exista un caso en los términos del art. 116 de la C.N. Aseguró que la falta de reglamentación implica una conducta "manifiestamente ilegítima" que importa en la práctica anular la operatividad del derecho legalmente reconocido. En relación con el segundo extremo, afirmó que existe un caso puesto que dos de los actores son trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías y sus lugares de trabajo no cuentan con ellas.

Finalmente, la Cámara entendió que no modifica la procedencia de la acción el hecho de que los actores no hayan acreditado haber solicitado el reintegro de gastos de guardería o sala maternal consagrado en el art. 103 bis inciso f de la L.C.T. Destacó que una lectura armónica de la ley citada conduce a sostener que el art. 103 bis, inc. f, ha sido previsto para los casos en que los empleadores no se encuentren obligados, en los términos del art. 179 in fine de la mencionada ley, a contar con guarderías o salas maternales por no superar el número mínimo de trabajadores que debiera determinarse reglamentariamente. En consecuencia consideró que esas disposiciones tienen carácter complementario y no alternativo y opinó que sostener otra interpretación privaría de valor vinculante al art. 179 in fine de la L.C.T.

A su turno, el Máximo Tribunal sostuvo que el dictamen del Sr. Procurador Fiscal Dr. V. Abramovich "contiene una adecuada reseña de los antecedentes de la causa motivo por el cual para evitar reiteraciones se dan por reproducidos los apartados 1 y 2 del

dictamen fiscal" desarrollados en los 3 párrafos anteriores. No obstante, en el presente trabajo, analizaremos lógicamente cuestiones señaladas por la C.S.J.N.

La Corte señala también que en base a su doctrina se configura en el caso sub examine una omisión inconstitucional de autoridad pública frente a un claro mandato legislativo que exige la reglamentación y que ha sido desoído por un tiempo irrazonable, en franca violación del deber establecido en el art. 99 inc. 2 C.N. ("Villarreal", Fallos 337:1564, considerando 11).

No obsta a dicha conclusión, como señalara oportunamente el a quo, lo dispuesto en el art. 103 bis inc f de la Ley 20.744 porque como señalamos anteriormente esta norma es complementaria y no alternativa del art 179 in fine de la ley aludida y debe hacerse una interpretación armónica y sistemática del ordenamiento jurídico, entendiendo como dice la doctrina de la Corte que el legislador no actúa con imprevisión o inconsecuencia al dictar las leyes ("Ramos", Fallos 330:1910)

Tampoco suple la omisión la existencia de convenciones colectivas de trabajo que contemplan, bajo diversas modalidades, la disponibilidad de estos servicios en las empresas, tal como fuera sostenido por el accionado al señalar que la omisión reglamentaria queda salvaguardada por la legislación vigente y por los convenios colectivos de trabajo, que a su criterio elevan el piso que fija la L.C.T. Señala el Máximo Tribunal que por tratarse de un derecho derivado de una ley de orden público no puede quedar condicionado al ejercicio de la autonomía colectiva.

Con respecto al alcance del control jurisdiccional y la posible violación al principio republicano de la división de poderes debemos señalar que en base a la redacción del art. 99 inciso 2 de la C.N. es indubitable que existe un mandato legislativo que ordena al P.E.N. reglamentar las leyes por un lado, y por otro, más allá de los ámbitos de discrecionalidad del P.E.N., señala la Corte que la omisión de reglamentar en una plazo razonable una ley puede ser motivo de escrutinio judicial cuando es una causa directa e inmediata para la lesión de un derecho individual o de incidencia colectiva, como también de cualquier otra cláusula constitucional. Es que tanto se vulnera la C.N. cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando no se hace lo que ella manda. Como dijo Bidart Campos, "cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento" y "cundo omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que

le está prohibido" pues en caso contrario la supremacía constitucional "declinaría su vigor y su sentido genuino" (Bidart Campos, 1978).

4.3.) La inoperatividad de los derechos fundamentales

En cuanto a los alcances de la acción de amparo corresponde recordar que, desde la reforma constitucional de 1994, el amparo es el proceso explícitamente previsto por nuestra Carta Magna para la tutela de derechos fundamentales. A partir de los casos "Siri" (Falllos 239:459) y "Kot" (Fallos 241:291), la jurisprudencia de la Corte enlazó el carácter expedito del amparo como vía procesal a la propia efectividad de la Constitución Nacional. La C.N protege las libertades y los derechos de las personas, y no es correcto interpretar que son meras declaraciones abstractas. Como señalara Joaquín V. González, las "declaraciones, derechos y garantías" no son "simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación". (J.V. González, 1935)

El art.179 in fine de la L.C.T. establece "En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan". Como se ve la norma condiciona la exigibilidad de los derechos reconocidos a la existencia de una reglamentación. La falta de reglamentación conduce a privar de efectos jurídicos a la disposición y, por ende, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar.

La jurisprudencia de la C.S.J.N. señala que "Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas" ("Siri", Fallos 239:459), también señala que "la Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios" ("Kot", Fallos 241:291).

Como dijo la Corte, "donde hay un derecho hay una acción legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido" ("Halabi", Fallos 332:111).

Como señala la publicación "La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos", los llamados derechos humanos

configuran la base o el cimiento en el cual debe reposar cualquier construcción jurídica que se elabore para el gobierno de la vida comunitaria. Su avasallamiento destierra y torna vana cualquier pretensión de justicia.

Dentro de la teoría constitucional, un tema fundamental es determinar si las declaraciones de derechos formuladas por nuestra Constitución tienen siempre carácter operativo o si son solamente programáticas.

La doctrina ha sostenido que las normas constitucionales que declaran derechos han de interpretarse como operativas, lo cual significa: a) que aún a falta de reglamentación han de aplicarse y funcionar; b) que si acaso la norma es programática y el órgano encargado de determinarla deja de hacerlo, su omisión prolongada es inconstitucional y ha de encontrar remedio ante el Poder Judicial.

Debe sostenerse la plena operatividad de los derechos declarados por la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta postura contribuye a asegurar la plena vigencia de los valores democráticos y es la única que permite realizar el ideal de justicia. (Luisa María, 1987)

4.4) La postura del autor

Estamos de acuerdo con el criterio del Máximo Tribunal Nacional, que en fallo unánime confirma la sentencia del a quo, ordenando al P.E.N. reglamentar el ya mencionado art. 179 L.C.T., por distintos argumentos que señalaremos a continuación.

En primer lugar, y siguiendo el orden de ideas expresados en este análisis crítico nos centraremos en desarrollar los argumentos en base a los cuales consideramos procedente la acción de amparo. Como así mismo tendremos en cuenta y analizaremos el criterio sostenido por el accionado y principalmente por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal n°7 que falló en primera instancia desestimando esa vía.

Sobre la procedencia de la acción de amparo, la discusión a lo largo de la historia procesal en esta causa ha girado en torno a la existencia o no de otros medios judiciales más idóneos, en torno al factor “tiempo” y también en torno a la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Discusión que nos permite ver nuevamente el problema jurídico planteado por la textura abierta del lenguaje o por su vaguedad actual o potencial.

Sobre el primer punto opinamos que procede la acción, compartiendo el criterio de la Corte, porque entendemos que la omisión de reglamentar una ley por un plazo de más de cuatro décadas es a toda luz irrazonable y por ende arbitraria e inconstitucional.

Considerando entonces, que tal omisión es causa directa e inmediata de la lesión de los derechos fundamentales invocados por los actores. Hay una relación de causalidad entre la referida omisión y la lesión o el perjuicio alegado. Teniendo en cuenta esto, debemos recordar que la existencia de otros medios judiciales como solicitar los reintegros de gastos de guardería acreditados en comprobantes conforme al art. 103 bis inc. f de la L.C.T. implicaría hacer una incorrecta interpretación de las normas, ya que se trata de disposiciones diversas. Compartimos el criterio de la Corte y del a quo en el sentido que el último art citado ha sido enunciado para los supuestos de empleadores que no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternales por no llegar al número mínimo de trabajadores. Es decir, son dos preceptos complementarios y no alternativos.

Sobre este punto relativo a la interpretación, la jurisprudencia de la Corte señala que corresponde a los Jueces y en especial al Máximo Tribunal Nacional, en los casos sometidos a su conocimiento en una causa judicial, la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional. ("Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires", Fallo 808:647 y "Varela", Fallo 341:1106).

A diferencia de lo sostenido por el Juzgado de primera instancia que considera, compartiendo a su vez el dictamen fiscal, que no está acreditado el daño invocado, que no está probado que los actores hubieren requerido ni que le hubieren sido negados los reintegros por gastos de guardería o sala maternal acreditados en comprobantes conforme al art. 103 bis inc. f de la L.C.T., como también considera que justamente el largo tiempo transcurrido entre la promulgación de la ley de contrato de trabajo y la interposición de la demanda hace que no se tenga acreditada la "urgencia" necesaria para satisfacer la pretensión de los actores. Ampliando lo que venimos señalando y haciendo hincapié en que no compartimos ni el criterio del accionado ni del Juzgado de primera instancia, trataremos de dilucidar más claramente nuestra posición.

Justificamos entonces que el daño sí está acreditado y es la consecuencia de la omisión reglamentaria. Sostenemos justamente que el prolongado e irrazonable "tiempo" transcurrido es el que nos permite calificar a la omisión reglamentaria como "arbitraria" y por ende se torna inevitable intentar esta acción de forma sumarísima, ya que el tiempo agrava la lesión invocada. Por lo tanto opinamos que no asiste razón al criterio que invocara oportunamente el Tribunal de primera instancia que consideraba al factor "tiempo" como impedimento para el progreso de la acción, ya que no existía urgencia en la pretensión de los actores.

Sostenemos que la urgencia o inmediatez necesaria para que proceda esta vía es la referida a la satisfacción del acceso a la justicia por parte del titular del derecho vulnerado, más allá que luego la materialización de los mismos demande más tiempo.

En el mismo sentido compartimos con la Corte que si bien deben respetarse los ámbitos de discrecionalidad de los otros poderes del Estado, existe un límite, que es que se configure como en el caso analizado una omisión durante un tiempo irrazonable que convierta en ilusoria una norma constitucional. En distintos casos ante omisiones en la implementación de alguna cláusula constitucional, la C.S.J.N. ha ordenado a las autoridades públicas correspondientes su cumplimiento o bien ha ordenado directamente su reparación pretoriana.

Así podemos rememorar el caso Bardaro donde la Corte señaló que la inexistencia de aumento en los haberes jubilatorios implicaba apartarse del mandato de movilidad señalado en el art. 14 bis de la C.N. Entonces consideró pertinente y oportuno, poner en conocimiento del P.E.N. y del P.L.N. que la omisión de disponer un ajuste por movilidad estaba privando al actor de un derecho conferido por la Constitución Nacional.

Un año más tarde, el Máximo Tribunal de la Nación señaló que, agotado el plazo razonable sin que se adoptaran las medidas necesarias, correspondía remediar esa omisión legislativa que había ya advertido y el daño derivado de ella, determinando los porcentajes de aumento adecuados para nivelar la prestación jubilatoria. ("Bardaro" Fallos 329:3089)

La consecuencia de la inconstitucionalidad por omisión de autoridad pública es negarle operatividad a los derechos. Para fundamentar nuestra opinión, partiremos de analizar y encuadrar los derechos fundamentales invocados por los actores en esta causa. Como dijimos oportunamente, nos encontramos en este punto frente a una laguna axiológica, donde si bien la condición relevante de la norma discutida no es directamente inconstitucional, su aplicación al caso concreto violaría principios proyectados en la más alta jerarquía normativa. Entre otros señalamos "la protección integral de la familia art. 14 bis C.N., la real igualdad de oportunidades y trato señalado en la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, el derecho de los padres que tienen hijos a cargo y el derecho de los propios niños de acceder a los beneficios sociales consagrado en La Convención Sobre los Derechos del Niño, el derecho de trabajar y poder desarrollarse en la vida económica sin discriminación alguna, es decir, tanto para hombres como para mujeres consagrado en el Convenio 156 de la Organización Mundial del trabajo etc., los cuales además obligan a los Estados firmantes

a llevar a cabo determinadas políticas mediante acciones positivas que contengan aquellos principios.

Tal como señalamos en el apartado 4.3. última parte, sostenemos que las normas constitucionales que declaran derechos deben considerarse operativas y que pueden y deben cumplirse aún ante la falta de reglamentación del órgano responsable. (Luisa María, 1987). En función de esta línea de pensamiento debemos considerar que las personas gozan de derechos por el solo hecho de serles reconocidos en el ordenamiento jurídico y que ninguna interpretación judicial podría justificar que los mismos se tornen abstractos o ilusorios.

5) Conclusión

A lo largo de esta nota podemos observar la trascendencia que tiene la reglamentación oportuna de los derechos.

Una norma no reglamentada repercute no solo en el ámbito personal, sino también en el ámbito institucional, político y hasta sociológico de una comunidad como la nuestra que elije vivir en un Estado de Derecho.

Desde el punto de vista personal, como en el fallo analizado, vemos claramente la vulneración de los derechos de los accionantes que no pudieron ejercer plenamente su derecho constitucional de trabajar sin discriminación alguna. Ya que teniendo por un lado el derecho reconocido en la ley para que sus hijos gozaran de salas maternales y guarderías, por otro lado no pudieron exigirlo legalmente a sus empleadores por la falta de reglamentación de la norma. Por esto es que no fue viable para aquellos desarrollar sus labores con la tranquilidad de tener a sus hijos en el mismo establecimiento donde trabajaban y entonces debieron acudir a otros medios para su cuidado durante sus jornadas laborales y esto es en determinada medida una violación al principio de igualdad real de oportunidades y de de trato a hombres y mujeres; principio reconocido en la más alta escala normativa vigente.

Desde el punto de vista institucional, y enfocados en la falta de reglamentación de una norma y el control sobre la inconstitucionalidad que se produce, claramente se genera un debate en torno a la posible violación del principio republicano de la división de poderes. Pero a nuestro modo de ver, es fundamental contar con un Poder Judicial que sea erija como guardián supremo de nuestra Carta Magna a los fines de asegurar la plena vigencia y efectividad de nuestros derechos.

Desde el punto de vista político y sociológico, la falta de reglamentación de una norma produce también graves consecuencias, ya que en una sociedad moderna como la nuestra que busca seguir en desarrollo, resulta fundamental convivir en un ambiente de paz y orden, el que solo se logra a través de un Estado de Derecho que tenga como bases el respeto por los derechos fundamentales.

A modo de cierre opinamos que para lograr un equilibrio institucional, político, social y económico del país es fundamental contar con seguridad jurídica y ésta se logra no solo con el reconocimiento de los derechos, sino buscando que los mismos resulten efectivos, operativos y que sean la regla para un progreso asegurado.

6) Referencias Bibliográficas

6.1) Legislación

Congreso de la Nación Argentina. (27 de septiembre de 1974). Contrato de trabajo. Ley N° 20744.

Congreso de la Nación Argentina. (18 de octubre de 1966). Acción de Amparo. Ley N° 16986.

Constitución de la República Argentina (1853). Reformada 1994.

6.2.) Doctrina

Aguilera Portales, R.E. (2015). Los derechos humanos como triunfos políticos en el estado constitucional: el dilema entre democracia comunitaria y liberal en Ronald Dworkin. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (9), 377-408.Recuperado,23/04/22 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872015000100010&lng=es&tlng=es.

-*Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*

***versión On-line* ISSN 2448-7937*versión impresa* ISSN 2007-4387 .**

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2012). Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Segunda edición revisada. Buenos Aires. Editorial Astrea.

Bidart Campos, G. (1978). La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión. Manual de Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires. Ediar.

Dworkin, R. (2004). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.

González, J.V. (1935). Manual de la Constitución Argentina, en Obras Completas, vol. lll, primera edición. Buenos Aires. Ed. Estrada.

Luisa, M. (1987). La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Revista de Derecho Público n°2, p.89. Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado el día 5 de junio de 2022 de:

http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca870173-hines-operatividad_derechos_reconocidos_en.htm

Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, ES: MarcialPons.

6.3) Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 21 de octubre de 2021. Fallo: Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986.

https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7701701

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 26 de diciembre de 1986. Fallo: Perenti, Otelo A. c/ Municipalidad Tres de febrero.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 7 de marzo de 1989. Fallo: Video Visión S.R.L. c/ Municipalidad de Córdoba.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 22 de diciembre de 1993. Fallo: Recursos de hecho deducidos por María J. Fiorillo y Alejandro C. Molina – Asesor de Menores e Incapaces ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Capital federal.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 30 de diciembre de 2014. Fallo: Villarreal, Mario J. c/ P.E.N.- P.L.N. y Máxima A.F.J.P. s/ amparo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 24 de abril de 2007. Fallo: Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Ramos, Ernesto c/ Ingenio Ledesma S.A.A.I.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 27 de diciembre de 1957. Fallo: Siri, Ángel s/ Recurso de Hábeas Corpus.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 5 de septiembre de 1958. Fallo: Kot, Samuel S.R.L. s/ Recurso de Hábeas Corpus.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 24 de febrero de 2009. Fallo: Halabi, Ernesto c/ P.E.N. s/ amparo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 8 d agosto de 2006. Fallo: Bardaro, Adolfo Valentín c/Anses s/ reajustes varios.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 29 de abril de 1986. Fallo: Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 4 de septiembre de 2018. Fallo: Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical

Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 22 de junio de 2022. Fallo: Usabel, Héctor y otros c/ Ciudad de Buenos Aires.

6.4) Otras fuentes

Juzgado Contencioso Administrativo Federal N°7. Septiembre de 2016. Expte. 49220/2015) Fallo: Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ P.E.N. s/amparo. Ley 16986.

http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam

Estimado Augusto:

En el marco de la evaluación del último avance que has presentado en este Seminario Final de Abogacía, corresponde efectuar las siguientes observaciones:
El trabajo desarrolla un análisis de la sentencia ordenado y pertinente.
En la parte descriptiva del estudio llevado a cabo se aprecia un adecuado tratamiento de cada uno de los problemas jurídicos identificados. Sin perjuicio de ello, en el título de la nota a fallo, se debería incluir una mención más directa a la sentencia o caso objeto de análisis.
El análisis crítico también es adecuado, destacándose la argumentación en la Postura del autor.
Sería necesario atender la uniformidad en el cumplimiento del formato del texto (ver alineación justificada, color de la letra/fuente, etc.).

C: 100.-