

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Reflexiones sobre el despido en Argentina y España. Garantías para la estabilidad en el trabajo

María Florencia SUÁREZ*

RESUMEN: El presente trabajo se propone contribuir a la mejor comprensión del instituto del despido y sus consecuencias jurídicas patrimoniales y extrapatrimoniales, a partir de una breve comparación entre el sistema jurídico argentino y español. Para ello, se realizará un análisis jurídico de legislación, jurisprudencia y doctrina argentina y española, tendiente a evidenciar la necesidad de dar efectiva tutela a derechos y garantías consagradas por las Constituciones Nacionales y el derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: Despido injustificado, derecho al trabajo, estabilidad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El despido: dos caras de una misma moneda. 3. El despido y sus consecuencias jurídicas en Argentina y España. 4. Sistema de derecho internacional del trabajo. 4.1. La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y su situación actual. 4.2. El control de convencionalidad: garantía de los derechos humanos laborales. 4.3. La protección constitucional del derecho al trabajo: ¿un límite para despedir? 5. El presente del derecho del trabajo y el futuro que queremos. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Abogada graduada de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); Becaria Interna Doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET – Argentina) con lugar de trabajo en el Instituto de Estudios para el Desarrollo Social (Indes-FHyCsyS-UNSE/CONICET); Docente de la Universidad Nacional de Santiago del Estero (Argentina).

Reflections on Unjustified Dismissals in Argentina and Spain. Guarantees of Work Stability

ABSTRACT: This work is intended to contribute to a better understanding of the dismissal and its patrimonial and extra-patrimonial legal consequences from a brief comparison between the Argentine and Spanish legal system and from the analysis of the constitutional protection of the right to work as the boundary to dismissal. In order to achieve this, a legal analysis of legislation, jurisprudence and Argentina and Spanish doctrine will be carried out, aimed to demonstrate the need for effective protection to rights and guarantees enshrined in national constitutions and international law of human rights.

Key Words: Unjustified dismissal, right to work, stability.

1. Introducción

El contrato de trabajo, al igual que el resto de los contratos, determina derechos y obligaciones entre las partes. En el caso del trabajador, poner a disposición su fuerza de trabajo y en el caso del empleador, pagar un salario o remuneración como contraprestación. Todo contrato, además, mantiene un ciclo vital, es decir, nace, se desarrolla y dura en el tiempo para luego extinguirse.

Para perfeccionar un contrato de trabajo, es necesaria la concurrencia de voluntades de dos sujetos. De ahí, su naturaleza esencialmente libre, voluntaria y bilateral, al menos, en el momento de su constitución. Sin embargo, el contrato de trabajo supone una natural desigualdad, jurídico, social y económica entre las partes que forman parte del mismo. Este supone una relación de subordinación del trabajador en favor del empleador que se representa, por ejemplo durante los dos momentos posteriores al nacimiento del contrato, es decir durante la ejecución y extinción del mismo, donde aquella supuesta “libertad” con que el trabajador vendió su fuerza de trabajo a cambio de un salario, parece ceder ante el poder unilateral del empleador.

Es por eso que, desde el Derecho del Trabajo, se vislumbró la necesidad de reforzar su protección teórica y práctica. Esta es una disciplina que busca, desde su origen, a partir de reconocer esta situación, generar una mayor igualdad y construcción de equilibrios entre la libertad de empresa y la protección del trabajo o, lo que es lo mismo entre el capital y trabajo. Esa es su función histórica y social.

El trabajo se estructurará en 3 líneas de exposición. La primera de ellas estará destinada a presentar el tema, el estado del arte del mismo y posiciones doctrinarias contrapuestas en este sentido. También buscará comparar muy brevemente la regulación de las consecuencias jurídicas del instituto del despido, tanto en el sistema jurídico argentino, como español. La segunda parte, se encargará de abordar el sistema de derecho internacional del trabajo, comenzando por el proceso de constitucionalización de la protección del trabajo y del derecho internacional de los derechos humanos. Este capítulo incluirá un breve análisis sobre el control de convencionalidad y de las dificultades con que aún cuenta reconocimiento del derecho al trabajo para actuar efectivamente como un límite para despedir.

Por último, nos abocaremos a tratar la complejidad del presente por el que

¹ Vid. M.F. SUÁREZ, *El despido injustificado y sus consecuencias jurídicas en Argentina*, en *En Letra*, 2018, n. 10, p. 160.

atraviesa nuestra disciplina a nivel mundial. Su problemática actual, dificultades y desafíos de cara al futuro; sin perder de vista su fin fundamental: tutelar el trabajo reconociendo derechos a los trabajadores para corregir la desigualdad estructural de las relaciones de trabajo.

La metodología escogida será fundamentalmente normativa analítica y el material de análisis estará constituido por: legislación nacional e internacional del trabajo, doctrina argentina y española y jurisprudencia.

2. El despido: dos caras de una misma moneda

El despido no constituye un tema nuevo para la doctrina del derecho del trabajo. Este viene siendo largamente estudiado y analizado. Pero ¿qué es el despido?

En sentido amplio, podemos decir que es «la declaración (acto jurídico) unilateral de una de las partes, dirigida a la otra y recibida (no aceptada) por ésta que, tiene por objeto la terminación del contrato»².

El despido nace con el síndrome de la transgresión del orden normativo, un orden dominado por el principio según el cual salvo que la ley dispusiera lo contrario, los contratos se disuelven mediante una sentencia constitutiva de resolución de relaciones obligatorias por incumplimientos³.

Estela Ferreirós, en la misma línea, sostiene que «cuando el despido se produce sin justa causa, resulta arbitrario y produce un daño que la ley presume *iuris et de iure*. En este caso, el despido es un acto ilícito contractual, ya que reúne los cuatro elementos para su configuración. De tal manera que el despido es en los términos expuestos, un hecho ilícito y todo hecho ilícito requiere reparación»⁴.

Para Antonio Baylos, en cambio, el despido es ante todo un «acto de violencia» del poder privado. La empresa, a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva. Es un «acto de fuerza», un acto lesivo del derecho del trabajo y por eso señala su necesidad de reforzar sus límites y controles, entendiendo que no se trata de un acto “neutro”, a pesar que nos ha hecho creer que el despido constituye un fenómeno socialmente irrelevante, banal, que no genera daños a nadie.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en su

² E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, Depalma, 1977, p. 128.

³ Vid. U. ROMAGNOLI, *Sobre el despido o la violencia del poder privado. Prólogo a un libro de Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey*, en *Revista de Derecho Social – Latinoamérica*, 2008, n. 4-5, p. 11.

⁴ E.M. FERREIRÓS, *Daño producido por el despido y su reparación*, Hammurabi, 2009, p. 202.

⁵ Vid. A. BAYLOS, J. PÉREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, 2009, p. 44.

voto en minoría del fallo *Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A sobre acción de Amparo*, se refirió al despido afirmando que «no se puede obligar a un empleador – contra su voluntad – a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia» y que «una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido».

Como se puede ver, este es un tema que divide las aguas en la doctrina del trabajo. Existen, por lo menos, dos claras posiciones sobre el régimen de despido y sus consecuencias jurídicas, sociales y patrimoniales en relación a la garantía de estabilidad laboral, que evidencian una tensión de fuerzas y de derechos constitucionales en esta cuestión.

Por un lado, encontramos la libertad de empresa, de mercado, de contratación y el derecho a propiedad, y por el otro, la protección contra el despido arbitrario o injustificado, la estabilidad en el empleo y el “derecho al trabajo”, que a partir de la Reforma de 1994 goza de jerarquía constitucional (art. 75.22) en Argentina.

La primera, (en la que podríamos mencionar autores como Vázquez Vialard, Rodríguez Mancini y Lorenzetti), considera que el empleador tiene derecho a despedir, amparado en la libertad de contratación empresarial y su correlato en la libertad de extinción de los contratos de trabajo. En esta línea de pensamiento, se alude al derecho del empleador de despedir, incluso sin expresión de causa, con la única consecuencia jurídica de abonar una indemnización. Quienes defienden esta posición piensan al trabajador como un instrumento de la empresa, considerado fundamentalmente en términos de productividad en la que creencia de que el contrato de trabajo concede un derecho de propiedad sobre el objeto comprado, objeto que, en todo caso, es la fuerza de trabajo, pero no el trabajador, el cual no constituye una mercancía⁶.

«Está en derecho», sentenciaban los probiviri del despegue de la industrialización apenas iniciada en Italia a finales del siglo XIX, que el trabajador puede ser despedido con el único obstáculo del preaviso. «Está en derecho» era la premisa de la que partían⁷.

La segunda posición con respecto al tema, en la que podemos mencionar autores como Moisés Meik y Ricardo Cornaglia, Antonio Baylos entiende que hay que separar la fuerza de trabajo de la persona del trabajador. Esto supone una revalorización y repolitización del elemento personal del

⁶ Vid. M.F. SUÁREZ, *El despido injustificado a la luz del principio protectorio y el derecho internacional d ellos derechos humanos*, proyecto de Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, 2017.

⁷ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 11.

contrato de trabajo, el trabajador, y una mayor protección del mismo, entendiéndolo de acuerdo al fallo *Vizzoti*, como «sujeto de preferente tutela legal» y como la parte más débil de la relación laboral. Considera además su status de ciudadanía dentro y fuera del lugar de trabajo, entendiéndolo como un ser social, sin que sea posible la reducción del mismo a pura energía productiva incorporada al proyecto de producción de bienes y servicios dirigido por la empresas.

3. El despido y sus consecuencias jurídicas en Argentina y España

En Argentina, la Ley de Contrato de Trabajo consagra dos formas de despedir. El despido con causa justificada, que no es indemnizable: es el que corresponde al art. 242 y el despido que carece de causa, y que establece como consecuencia el pago de una indemnización a cargo del empleador (art. 245).

La indemnización allí prevista se encuentra tarifada en función de la antigüedad y la remuneración que poseía el trabajador al momento del despido, y limitada a un tope en relación al promedio de remuneraciones previstas en los convenios colectivos aplicables. Esta indemnización no comprende el resarcimiento de otros daños que pueden causarse al trabajador y se limita a reparar la mera pérdida del puesto del trabajo. Esto se contrapone con lo dispuesto por los arts. 90 y 10 de la misma ley que señalan una clara vocación de permanencia del contrato de trabajo, entendiendo que este se celebra por tiempo indeterminado y con normas constitucionales e internacionales de protección contra la terminación injustificada del contrato de trabajo, como veremos más adelante.

Sin embargo, entre las “bondades” del sistema tarifado se encuentra la de evitar probar daños, lo cual no debiera bloquear la posibilidad de probar “mayores daños” o nulificar el despido en los casos que este colisione con derechos fundamentales como el derecho al trabajo o el respeto a la no discriminación.

El sistema español, por su parte, ha regulado el despido de manera diferente. Este prevé tres requisitos de validez.

En primer lugar, se debe ofrecer una causa, luego cumplir con determinada formalidad y por último ser sometido un control jurisdiccional posterior que verifique la corrección de la conducta empresarial al respecto, aunque sin privar al acto de los efectos extintivos de la relación laboral. De esta manera el juez podrá optar por tres calificaciones posibles: despido

⁸ *Vid.* A. BAYLOS, J. PÉREZ REY, *op. cit.*, p. 49.

procedente, improcedente o nulo para los casos de lesión de derechos fundamentales, entre los que no se encuentra el derecho al trabajo, y libertades públicas del trabajador».

Cuando no existe causa legal para poder despedir, al ser consecuencia de la calificación de improcedencia, el empresario podrá optar libremente por la reincorporación o bien la rescisión del contrato, con el pago de una indemnización y el depósito de los salarios de tramitación correspondientes de conformidad con el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores¹⁰. Esto coloca al empleador en juez y parte.

El mayor problema se presenta, sin embargo, cuando en la práctica y luego de sucesivas reformas legislativas en la materia, la declaración de improcedencia, se constituyó por parte del control jurisdiccional, como la regla general de respuesta al despido sin causa, lo cual implica admitir implícitamente la posibilidad de despedir injustificadamente pagando una indemnización y sin someter la cuestión a ningún control, tal como ocurre en nuestro país.

El despido se “automatiza”, impidiendo la revisión y disuadiendo al trabajador de acudir a los tribunales de justicia porque si el juez coincide en la valoración de improcedencia, este no tendrá derecho a percibir los salarios de tramitación.

Si bien es cierto, el sistema jurídico español prevé “en apariencia” mayores garantías a la hora despedir, porque otorga una mayor “visibilidad” del acto a través de la necesidad de exteriorización de la causa, porque requiere de una determinada formalidad, o bien porque somete la decisión a un control judicial posterior, vemos que éstas son meramente “formales” y que ambos países admiten – ya sea en la letra de la ley o en la práctica – la posibilidad de despido injustificado indemnizado, con efecto extintivo irreversible, en la mayoría de los casos. Nos encontramos finalmente, ante un sistema de «despido ilícito pero válido o, lo que es lo mismo, libre pero indemnizado»¹¹.

⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰ *Vid.* D. TOSCANI GIMÉNEZ, *Garantía del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario*, en *Revista de Derecho Social*, 2009, n. 46.

¹¹ LÓPEZ J., *¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?*, en *Legislación del Trabajo*, 1969, vol. XVII, p. 385.

4. Sistema de derecho internacional del trabajo

4.1. La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y su situación actual

Después de la primera Guerra mundial, sucedieron hechos que marcaron la historia y cambiaron el escenario mundial en relación al trabajo y los derechos de los trabajadores. La constitución de México y la Revolución Rusa de 1917, el preámbulo de la constitución de la OIT de 1919 como primera carta internacional de derechos de los trabajadores donde ya se plasmaba la idea de que el trabajo humano no es una mercancía, dándole con esto una estructura y los primeros cimientos de la concepción universal de la protección del trabajo¹².

Si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países¹³.

Luego con la Segunda Guerra Mundial de 1945 aparecen una nueva oleada de derechos fundamentales, el rechazo a los regímenes totalitarios, la Declaración de Filadelfia de 1944 y los primeros tratados internacionales sobre derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966, lo cual se completa con con Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales 1998. y un año mas tarde la noción de trabajo decente¹⁴.

El siglo XX, marcado por dos guerras mundiales, representa la etapa de la internacionalización y de la especificación de los derechos humanos. Los derechos fundamentales se amplían en generaciones y salen de las fronteras estatales para integrarse en el Derecho internacional. Así mismo, empiezan a especificarse en instrumentos internacionales por razón de sujetos (mujer, niño, discapacitados) o bien por derechos concretos (tortura, desaparición forzada de personas, discriminación racial)¹⁵.

Pero, ¿qué es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos laborales? ¿Cuál es su contenido? Podemos decir que es aquel gran conjunto

¹² Vid. D. DUARTE, *Derecho del Trabajo y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en M. MEIK (dir.), *Trabajo y Derechos. Miradas críticas en dimensión jurídica, social y jurisprudencial*, Librería Editora Platense, 2014, pp. 564 ss.

¹³ Preámbulo de la Constitución de la OIT.

¹⁴ Vid. D. DUARTE, *op. cit.*

¹⁵ Vid. C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *Breve historia del trabajo y los derechos fundamentales*, Bomarzo, 2018, p. 69.

de derechos laborales que son derechos humanos y están reconocidos por un gran cúmulo de normas internacionales, que forman parte de la constitución, sea por remisión expresa o por esta idea del bloque de constitucionalidad y ahí radica su obligada aplicación en el derecho del trabajo.

El Derecho internacional de los derechos humanos está inspirado en la dignidad humana. Rolando Gialdino¹⁶ habla de esta como un principio mayor. Para este autor, la dignidad humana cumple tres funciones básicas. La primera como fundamento del ordenamiento jurídico positivo. En segundo término, la dignidad es la guía orientadora de la tarea interpretativa de las normas. Y en Tercer lugar, la dignidad sirve como fuente del Derecho cuando no se tiene normas concretas cumpliendo la función de integrar el derecho. De esta manera, toda norma incompatible con la dignidad de la persona se torna inconstitucional por que aquella es causa fuente de derechos humanos.

En Argentina, con la Reforma de 1994 se incorporaron a nuestra Constitución Nacional, en el art. 75.22, diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, consagrando con jerarquía constitucional y status supra legal: el derecho internacional de los derechos humanos y entre ellos el derecho al trabajo.

A su vez, el constitucionalismo social, de manera previa, había introducido en 1957, los denominados Derechos Sociales. Su art. 14-*bis* enuncia «el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes» otorgándole, con su incorporación, jerarquía constitucional al llamado “principio protectorio”.

Ambos momentos constituyentes enmarcaron, sin dudas, al trabajo y sus derechos en el régimen constitucional vigente y se trazó un nuevo rumbo interpretativo para la jurisprudencia en la materia¹⁷.

A partir del año 2004, a través de una seguidilla de fallos, como *Vizzoti*, *Aquino*, *Milone*, *Castillo*, todos ellos vinculados al Derecho del Trabajo, la Corte Nacional generó un notorio cambio de paradigma promoviendo la directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, haciendo operativas normas constitucionales que ya existían y el control de convencionalidad.

En algunos de estos fallos se empiezan a observar menciones al estilo de que «la comunidad internacional cumpla su solemne obligación de fomentar

¹⁶ R.E. GIALDINO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Abeledo Perrot, 2013.

¹⁷ *Vid.* M.F. SUÁREZ, *El despido injustificado a la luz del principio protectorio y el derecho internacional de ellos derechos humanos*, cit.

y alentar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos, sin distinción alguna» (fallo *Vizotti*) o a que «las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la constitución e independientemente de las leyes reglamentarias» (*Angel Siri s/ Amparo*) o planteos de inconstitucionalidad por contrariar instrumentos internacionales, como el caso *Giroldi*, en virtud del cual, se entendió que el art. 459.2, del Código Procesal Penal de la Nación se contraponía a lo dispuesto en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que otorga a toda persona inculpada de un delito el derecho «de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior».

Pero fue el caso *Simon*, el cual sentó las bases de aquel nuevo enfoque en cuanto se trate de normas intencionales que aseguren los Derechos Humanos. De él se pueden extraer algunas pautas interpretativas de gran importancia y plenamente aplicables al Derecho del Trabajo:

1. la afectación y exigibilidad de un derecho reconocido internacionalmente es posible aun cuando no estuviese reglamentado;
2. la violación de un Tratado opera tanto por el establecimiento de una norma que prescriba una conducta contraria cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan imposible su cumplimiento;
3. la supremacía del Derecho internacional se establece en el art. 31 de nuestra CN y en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados que señala la primacía del derecho internacional sobre el Derecho interno, pues una parte no podrá invocar su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado;
4. la ratificación de un Tratado internacional implica la obligación internacional a que los órganos administrativos y jurisdiccionales nacionales lo apliquen, siempre que contengan descripciones suficientemente concretas;
5. cuando los Estados se vinculan mediante tratados de Derechos Humanos, se someten a un orden legal en el cual ellos asumen obligaciones no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción;
6. incumbe a los Estados partes de la CADH no solo un deber de respeto de los Derechos Humanos sino también un deber de garantía;
7. tras la reforma constitucional de 1994 el Estado argentino ha asumido una serie de deberes y compromisos internacionales consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno (*Simon*)¹⁸.

¹⁸ Vid. D. DUARTE, *El Derecho del Trabajo Internacional y la OIT*, en M. MEIK (dir.), *op. cit.*,

Otro antecedente jurisprudencial de relevancia en este sentido fue *Pinturerías y Revestimientos aplicados SA/sobre Quiebra*. En este fallo, la Corte dispuso que el crédito laboral originado en una indemnización por accidente de trabajo, reconocido mediante sentencia firme, goza de privilegio sobre los de la AFIP, por la aplicación del Convenio OIT C173, dejando en claro que los tratados internacionales no son de carácter meramente programático, si no que pueden ser aplicadas a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad de que una medida legislativa adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad.

A propósito de esto último (o de lo anterior) conviene recordar que existen dos teorías con respecto a la recepción del derecho internacional en el derecho interno de cada país: la monista y la dualista. La primera de ellas supone la aplicación “automática” de las normas convencionales en el ordenamiento interno. Una vez que un tratado ha entrado en vigor internacionalmente, sin requerirse ningún acto posterior interno de conversión en norma jurídica interna, entra en vigor internamente.

El sistema monista encuentra su sustento en las ideas de Kelsen. Dicho autor sostenía que existe solo una norma fundamental que da validez a todo el ordenamiento jurídico, norma única que termina por unir al Derecho Interno con el Internacional ya que ambos encuentran en ella su razón de validez. Dentro de la teoría de Kelsen, si una norma encuentra su razón de validez en la norma de jerarquía inmediatamente superior, y existe solo una norma última que es la razón de validez y justificación de la obligatoriedad tanto del Derecho Interno como del Derecho Internacional, entonces entre ambos ordenamientos existirá una relación de jerarquía que muestra que están necesariamente unidos.

El sistema jurídico español, sigue un sistema monista en las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno. La constitución española indica expresamente que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Una vez publicado el texto del tratado, las normas de éste son obligatorias para todos, ciudadanos, poderes públicos y tribunales ante los cuales pueden ser invocados directamente (art. 96 de la Constitución Española). A su vez que el art. 10.2 dispone que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Mientras que la tesis dualista postula que los dos órdenes jurídicos, el

pp. 606 ss.

internacional y el interno, son totalmente distintos y existen independientemente el uno del otro como dos sistemas jurídicos autónomos cuya relación se limita a entrar en contacto, sin que la validez de uno dependa del otro. La teoría dualista afirma que el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos ordenamientos jurídicos totalmente separados, independientes y autónomos, ya que sus fundamentos de validez y destinatarios son distintos. De este modo, las normas de Derecho Internacional son producidas mediante un procedimiento internacional y solamente obligan a comunidades soberanas, mientras que el Derecho Interno tiene su fundamento de creación y validez en la Constitución del Estado, que es el único ordenamiento que puede originar derechos y obligaciones para los individuos. Esta concepción postula una total independencia entre los dos órdenes jurídicos, por lo que ninguno de ellos define la validez del otro. De esta forma, aun las normas estatales opuestas al Derecho Internacional podrán gozar de obligatoriedad jurídica. Si el Derecho Internacional contenido en tratados quiere aplicarse a nivel interno, debe, según esta teoría, transformarse en Derecho Interno, mediante un acto del legislador; para someterse a la norma fundante de dicho Derecho y ser una norma obligatoria para aquel, sin entrar en contradicciones. Este último sería el adoptado por el sistema argentino¹⁹.

Pero tanto el monismo como el dualismo son teorías responden al contexto en el que se originan, un contexto marcadamente estatista con regulaciones nacionales “fuertes” donde además existía una pugna entre quienes pretendían la unicidad del derecho y aquellos que se negaban a ella, entre quienes defendían la soberanía estatal y aquellos que daban un lugar privilegiado a los individuos y, con él, al derecho internacional.

Sin embargo hoy el escenario mundial ha mutado considerablemente y en parte como consecuencia de lo anterior, resulta cada vez más difícil apoyar la existencia de un único ordenamiento jurídico perfectamente articulado, en el cual se subsuman normas nacionales e internacionales, a la vez que parece improbable concebir a los diferentes ordenamientos en juego como compartimentos estancos sin intersección alguna y autosuficientes o completos.

Este nuevo contexto requiere una lectura completamente nueva, se torna necesario reconsiderar, reformular o reinterpretar un derecho internacional que se vincule con los derechos internos de los estados y con el respeto de los derechos humanos fundamentales de manera efectiva.

En este marco el “pluralismo constitucional” se ha instalado como una

¹⁹ Vid. P.A. ACOSTA ALVARADO, *Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*, en *Estudios Constitucionales*, 2016, n. 1.

alternativa que plantea, entre otras cosas, que el derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes y que las constituciones nacionales de los países son incompletas y, a partir de asumir esta incompletitud, deben generarse principios comunes de interacción. Estos principios se construyen tomando en consideración los objetivos de ambos ordenamientos y lo mejor de cada uno de ellos. Su función es permitir la articulación de los dos ordenamientos, el internacional y el interno, considerándolos de forma sistémica, garantizando la legitimidad de las decisiones y asegurando el respeto de cuestiones esenciales.

Esto conlleva necesariamente una reformulación metodológica que implica, un ejercicio de diálogo y acomodación en el que las cortes nacionales y los jueces que las integran, asumen un rol fundamental como mediadores o ‘bisagras’ entre los diversos ordenamientos en juego. Estos deberán interpretar las constituciones nacionales a la luz de los instrumentos internacionales de DDHH y de forma “interdependiente”. Es decir que para interpretar lo que dice una tengo que acudir a lo que dice la otra, y a los órganos de control exteriores (CIDH) para garantizar el cumplimiento y respeto pleno de estos.

Finalmente, la aplicación del derecho – nacional e internacional – debe dar cuenta de una cuestión común: la de la salvaguarda de ciertos valores, entre ellos los derechos humanos, por lo que la decisión respecto del uso de ciertas normas debe abogar siempre por la mayor y mejor protección posible de esos valores comunes. En este sentido, hay límites a la actividad de las autoridades en términos de lo que es razonable – razón pública – independientemente de si su actuación está o no fundada en una norma de derecho nacional o internacional.

4.2. El control de convencionalidad: garantía de los derechos humanos laborales

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, ha surgido el concepto control de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la CADH y su jurisprudencia.

El control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia internacional de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs Chile* y a partir de dicho precedente, la Corte IDH ha ido precisando su contenido y alcance en su jurisprudencia, para llegar a un

concepto complejo que comprende las siguientes características:

- a. consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- b. es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- c. para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- d. es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública;
- e. su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Con el caso *Boyce y otros vs Barbados*, la Corte agrega a su jurisprudencia lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

Mientras que el caso *Mendoza y otros vs Argentina*, la Corte agrega la novedad de solicitar que «dentro de un plazo razonable, el Estado argentino debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia».

Otro aporte significativo a la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana representó el caso *Radilla Pacheco vs México*, a través del cual el tribunal entendió que no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el art. 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el art. 2 de la Convención²⁰.

²⁰ Vid. M.F. SUÁREZ, *Control de convencionalidad: Garantía de protección de los derechos fundamentales y de la reparación integral de los daños en el derecho del trabajo*, en C.A. TOSELLI (dir.),

En efecto, las normas de DH de los Pactos y Declaraciones de DH, forman parte del *ius cogens* u Orden Público Internacional, son vinculantes y conducen al deber de cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales, los cuales no solo son vinculantes para los Estados en una relación vertical con los ciudadanos; si no también en forma horizontal es decir obliga a todos en relación intersubjetiva, lo que involucra a trabajadores y empleadores.

La Declaración Universal sobre Derechos Humanos enuncia una «concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional».

La Convención Americana, a su vez (arts. 1.1 y 2), impone el deber a todos los Estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es «deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Por eso cuando se invocan Tratados internacionales a los que el país esté vinculado, en caso de omitir su aplicación u operatividad, puede acarrear responsabilidad internacional del estado»²¹.

Ni los Estados ni los jueces pueden invocar las disposiciones e su derecho interno para dejar de aplicar la solución más favorable prevista por los tratados internacionales, que se encuentran en la cúspide del derecho internacional como lo determina la Carta de Constitución de las Naciones Unidas, en tanto las disposiciones de estos últimos no pueden ser interpretadas en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir o limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos (art. 29 CADH).

Por eso, cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus poderes y sobre todo sus jueces, también están sometidos a lo que ella dispone y «los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin», que desde un inicio carecerán de efectos jurídicos en virtud de dicho control. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la

Temas de derecho laboral. Doctrina, jurisprudencia, legislación, Errepar, 2016, pp. 31 ss.

²¹ Opinión Consultiva 11/90, § 23.

CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

De esta manera, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad²². De ahora en más, los jueces no podrán alegar la falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento y deberá aplicarse obligatoriamente e interpretarse de manera más favorable a la vigencia, con un sentido progresivo e imponiendo la no regresividad en materia de Derechos humanos. Pero el control de convencionalidad que estos realizan no se agota en lo descripto. Aquellos estados parte de la Convención que no se adecuen a los dispuesto en ella, incurrirán en responsabilidad internacional. Esta última puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Es por eso que los jueces, en el ejercicio de su ministerio, deben «evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por el incumplimiento» de los tratados y para ello, será necesario que realicen, a través de dicho control, un trabajo de “adecuación” su derecho interno a las disposiciones del tratado, para garantizar los derechos enunciados en éste. «Tal adecuación implica la “adopción de medidas” en “dos vertientes”:

- supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y
- expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías».

4.3. La protección constitucional del derecho al trabajo: ¿un límite para despedir?

El derecho al trabajo es un derecho humano fundamental que consiste en el derecho de toda persona a trabajar en condiciones dignas, equitativas e iguales. Este resulta esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente a la dignidad humana²³. Su

²² Vid. FERRAJOLI L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999.

²³ Vid. R.E. GIALDINO, *op. cit.*

contenido se extiende en un doble sentido: por un lado, el de acceder a un puesto de trabajo y por el otro, el derecho a no ser despedido sin una justa causa²⁴.

Según expusiera el Profesor Fernando Valdés Dal-Ré durante una de sus clases, los derechos fundamentales gozan de tres características principales que los distinguen:

1. imputación subjetiva universal, es decir que le corresponden a todo ser humano por su sola condición de tal;
2. son inalienables, tanto por el poder público como privado;
3. deben estar enunciados en una norma general y abstracta, ej. la constitución.

Estamos en un siglo que se caracteriza por incorporar a las constituciones de los Estados los derechos fundamentales de las personas que se encuentran consagrados por tratados internacionales, los que colocan al hombre en el centro de toda protección y tutela, pero ya no sobre el supuesto como lo hacían los estados liberales que concedían determinados derechos como si se tratase de determinadas gracias o beneficios que debían ser adjuntados o repartidos, sino ahora, desde el tránsito del constitucionalismo liberal al social y a partir de ella tutela de los derechos de segunda generación, sobre la base del reconocimiento de derechos inherentes y esenciales a las personas que son anteriores a la creación de los mismos estados²⁵.

De esta forma, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha supuesto la apertura de la , precisamente, al objeto de este trabajo, puesto que desde la segunda mitad del siglo XX derechos fundamentales y relaciones laborales no son compartimentos estancos o esferas diferenciadas, sino que las relaciones laborales nacen, se desarrollan y se extinguen dentro de la esfera de los derechos fundamentales, a lo que se hallan sujetas, además de que existen algunos derechos inherentes a tales relaciones, como trabajo, libertad sindical, conflicto colectivo, negociación colectiva o huelga²⁶.

En el caso de Argentina, el derecho al trabajo, aparece mencionado en nuestra Constitución Nacional, con diversa formulación, a partir de: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6) y en el sistema interamericano queda reconocido por el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

²⁴ *Vid.* M. MEIK (dir.), *op. cit.*

²⁵ *Vid.* R.C. POMPA, *Estabilidad y tratados internacionales sobre derechos fundamentales de los hombres*, en *Derecho Laboral*, 2011, n. 244.

²⁶ *Vid.* C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *op. cit.*, p. 85.

(Protocolo de San Salvador), que en su art. 7 habilita, inclusive, a la readmisión al mismo en caso de despido sin justa causa. Al igual que el Convenio OIT n. 158 de 1982 sobre la Terminación de la relación de trabajo, el cual no ha sido ratificado aún por nuestro país pero sí por España.

Este último, delimita su ámbito de protección previendo que este sea aplicará a «todas las ramas de actividad económica» y a «todas las personas empleadas» (art. 2), es decir que su aplicación es universal. Prevé, además, la necesidad de ofrecer causa justificada relacionada con la conducta del trabajador para poder despedir: «No se pondrá fin a la relación de trabajo de un trabajador, a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio» (art. 4).

Vemos que el despido es un tema que se relaciona directamente con el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo en las cartas fundamentales de la mayoría de los países. No obstante, no basta con eso. Se trata además de las posibilidades concretas para su eficacia, es decir de las garantías instrumentales para hacerlo efectivo. De lo contrario, el derecho al trabajo, como otros, queda suspendido «en un lugar parecido al limbo donde los católicos creen que encuentran las almas de los cándidos»²⁷. Esto requiere una lectura completamente nueva, se torna necesario reconsiderar, reformular o reinterpretar un derecho internacional que se vincule con los derechos internos de los estados y con el respeto de los derechos humanos fundamentales de manera efectiva. Establecer garantías adecuadas para los derechos fundamentales, que superen algunas limitaciones.

El derecho al trabajo y su garantía de estabilidad requiere, entonces, de un sistema que en lugar de otorgarle eficacia al despido a cambio de una indemnización, le reste fuerza extintiva al acto, se necesita una solución jurídica diferente a la mera indemnización ya que con ella no se reparan integralmente los daños causados por un acto que vulnera derechos que son considerados fundamentales por la comunidad internacional. Pues no es resulta esto suficiente y debe, en consecuencia, limitarse.

Daniel Brain²⁸ ha entendido que existen tres distintas teorías sobre el alcance de la protección contra el despido arbitrario plasmado en el art. 14-*bis* de la Constitución Nacional Argentina. Una “tesis amplia” o progresista, renovadora, que intenta abarcar la totalidad de los aspectos dogmáticos que

²⁷ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 10.

²⁸ D.H. BRAIN, *La reparación frente al despido arbitrario y su nueva concepción con el trabajo decente y los derechos fundamentales del trabajo*, proyecto de Tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, 2014.

sintetizan esta protección incluyendo la posibilidad de considerar ese precepto constitucional con una garantía de estabilidad absoluta en el empleo, con derecho a una reincorporación; una “tesis intermedia”, que garantiza la continuidad del trabajador pero que acepta la posibilidad de una indemnización comprensiva de la totalidad de los daños que ocasiona la pérdida del empleo en un trabajador inserto en una sociedad más humanista, estructurada sobre la base de un piso indemnizatorio obligatorio y la posibilidad de acreditar un daño mayor; una “tesis restrictiva”, que no considera al art. 245 LCT como una norma en crisis, sino más bien fortalecida con una indemnización tarifada que suple cualquier idea de daño resarcible, posicionándose en una teoría o “tesis intermedia” por entender que es la que más se ajusta al nuevo modelo humanista de la Constitución Nacional.

Propiciamos la tesis que sostiene que, por la aplicación de las normas superiores emanadas de los Tratados Internacionales, frente a un despido sin causa, al trabajador le asiste también el derecho consagrado en los tratados internacionales de poder demandar su invalidez y la opción de reincorporación, más el resarcimiento integral de los daños.

No desconocemos las teorías que postulan que una solución como la propiciada puede ser consideradas confiscatoria por afectar el derecho de propiedad o la libertad de contratar en la versión de des-contratar que se les reconoce a los empleadores. Aclaramos que no se está propiciando un sistema que implique el pago indefinido de salarios sin la correspondiente contraprestación del trabajo, si sostenemos que los empleadores no puedan ejercer el poder de despedir. Lo que se sostiene es que no puede haber despido sin causa²⁹.

Los derechos fundamentales del hombre no pueden ser enajenados por el precio de una indemnización pecuniaria. La cuestión de la recuperación del puesto de trabajo no puede ser encarada desde el cumplimiento de las obligaciones, sino desde la nulidad de los actos ilícitos.

5. El presente del derecho del trabajo y el futuro que queremos

Las normas jurídicas regulan la convivencia de las personas durante un tiempo y espacio determinado, es decir que la creación y evolución normativa en una sociedad depende de una serie de factores (históricos, políticos, sociales, económicos, etc.) y de las necesidades de la propia sociedad. Por eso es común observar modificaciones en los instrumentos

²⁹ *Vid.* R.C. POMPA, *op. cit.*

normativos, como así también en los espacios donde estos se aplican.

Podemos afirmar, además, que el derecho y las leyes que resultan de él son la expresión de la correlación de fuerzas y de poder en un momento y contexto determinado y el Derecho del Trabajo no es la excepción. El contexto de crisis actual, la globalización, el cambio tecnológico y el surgimiento de nuevas formas de trabajo, que parecen desplazar al trabajo asalariado típico; exigen que repensemos la noción de trabajo.

En este tercer y último capítulo, nos proponemos analizar la complejidad del contexto que hoy atraviesa nuestra disciplina, su realidad actual, dificultades y desafíos de cara al futuro.

La natural exigencia de eficiencia de los mercados, sobre todo en contextos de crisis, deja al derecho del trabajo imposibilitado, incapaz de cumplir con su fin institucional y constitucional, a saber: tutelar el trabajo reconociendo derechos a los trabajadores para corregir la desigualdad estructural de las relaciones de trabajo. Vemos, por el contrario que, la regulación laboral actual muestra, una notable disminución en la protección del trabajador a la estabilidad en el empleo y a su derecho a la protección contra el despido injustificado, contenido esencial del derecho al trabajo.

De esta forma, la inestabilidad del empleo y su falta, la baja tasa de empleo, su precariedad y el gravísimo problema social y económico de la alta y persistente tasa de desempleo extendido por la recesión y el estancamiento económicos, y las nuevas formas de organización empresarial y de actuación económica promovidas por el cambio tecnológico y la globalización, en un contexto político ideológico que subordina el Derecho del Trabajo y el empleo a la economía según una nueva relación en la que las normas laborales han de servir de instrumentos de ordenación económica³⁰.

A su vez, la globalización sumada al cambio tecnológico genera un nuevo contexto a nivel internacional. Asistimos a una transformación disruptiva, un transición imparable que influye inevitablemente en el mundo del trabajo y su regulación. Se plantea un nuevo escenario global. Con nuevas formas de trabajo, nuevos actores, pero no nuevas reglas e instrumentos normativos que lo regulen.

La globalización ha sido definida como: «Constelación de centros con fuerte poder económica y fines lucrativos, unidos por intereses paralelos, cuyas decisiones dominan los mercados mundiales, especialmente los financieros, usando para ello la más avanzada tecnología y aprovechando la ausencia y debilidad de medidas reguladoras y de controles políticos.

³⁰ Vid. M.E. CASAS BAAMONDE, *La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo. Reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo*, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 2014, n. 15.

Fenómeno económico con raigambre en todos los ámbitos, por el cual los países se van integrando progresivamente en el marco de la economía internacional y, al mismo tiempo, cediendo poder a unas fuerzas supranacionales»³¹.

De esta manera, el espacio globalizado ha generado el ámbito propicio para el surgimiento de un nuevo sujeto privado de gran poder económico y político: la empresa transnacional. Estas buscan países o estados donde realizar sus inversiones de manera competitiva, al menor costo posible y al margen de cualquier obstáculo legal, constitucional o internacional que se interponga. Todo ello genera una gran presión sobre los gobiernos de los respectivos países, que muchas veces deben a reducir la protección social y flexibilizar normas protectoras del trabajo, ante la necesidad de esas inversiones³².

Los estados (por lo general subdesarrollados), se comprometen a conceder contrapartidas al inversor frente a sus leyes internas protectoras en materia de derechos humanos, seguridad en el trabajo, medio ambiente, etc. De alguna manera, la renuncia a los derechos humanos se convierte en el precio del desarrollo. ¿Cómo puede proteger un Estado los derechos humanos si cambia las inversiones necesarias par el desarrollo por la vulneración de esos mismos derechos (ej. explotación infantil)³³.

Otro factor de enorme relevancia para la regulación del derecho del trabajo son las nuevas tecnologías, las cuales por un lado, contribuyen de forma innegable al incremento de la productividad y un cambio de paradigma en los sistemas de producción tradicionales, pero por otro lado, han generado numerosos problemas en las relaciones laborales. Como ser:

- injerencias en la intimidad o en el derecho a derecho a la protección de datos de los trabajadores al controlar la actividad laboral;
- listas negras de trabajadores en sindicatos;
- obsolescencia de los trabajadores que cada vez necesitan más de la formación continua para adaptarse al elevado ritmo de las TIC;
- aumento del teletrabajo y deslocalización de servicios a países con peores condiciones laborales;
- favorecimiento del *outsourcing* como fenómeno de fragmentación empresarial en detrimento de los derechos de los trabajadores;
- incremento del trabajo autónomo;
- desempleo de trabajadores por la informatización de su puesto de

³¹ C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *op. cit.*, p. 88.

³² *Vid.* A. BAYLOS GRAU, *El futuro de las normas del trabajo que queremos*, en L.M. CABELLO DE ALBA, M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017.

³³ *Vid.* C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *op. cit.*, p. 89.

trabajo y aumento del desempleo de larga duración por falta de reinsertabilidad en el mercado laboral³⁴.

Se han producido cambios en los sistemas de vigilancia, los cuales se han visto mejorados y optimizados con el uso de la tecnología. Esto provocó que los tradicionales poderes de dirección y de control del empleador se fortalezcan, ampliando más aún la brecha que existe con la natural disparidad de poder de las partes del contrato de trabajo.

En cuanto a la forma de trabajo y a pesar de que hoy se exige un tiempo y lugar determinados de trabajo, observamos que cada vez más se trabaja en cualquier momento, con tiempos flexibles de trabajo, que de hecho han dado lugar al surgimiento de nuevos derechos como el derecho a la desconexión digital.

También se trabaja en cualquier lugar (deslocalización productiva), la cual actúa como una estrategia empresarial fundamental y exige la permanente adaptabilidad de los trabajadores/as al cambio de circunstancias y desregulación, supeditando los derechos de los trabajadores a las exigencias de la economía, precarizando las condiciones de trabajo.

El outsourcing o descentralización productiva, supone un importante impacto en las relaciones laborales. Se pasa con el outsourcing de la clásica división del trabajo en la empresa como forma organizativa de la producción a gran escala, a una empresa fraccionada en una red de empresas dominadas por la empresa holding o matriz, generalmente vacía de trabajadores, sin stocks, produciendo “*just in time*”, diluyéndose así la fuerza sindical de los trabajadores puesto que las normas reguladoras suele seguir apoyadas en el modelo fordista con una empresa ideal demasiado grande para la realidad actual, de forma que el desfase normativo de ella realidad empresarial disminuye la adaptación del sindicalismo a la nueva realidad.

Por último y en parte como consecuencia de lo anterior, han surgido alternativas al sistema de producción capitalista: Economía social, popular, solidaria, o bien experiencias vinculadas con el trabajo autónomo, o voluntario que ponen en la mira al trabajo asalariado, el cual se ha convertido en un bien escaso.

«Hasta ahora y desde hace dos siglos, el trabajo asalariado ha sido o intentado ser el lugar donde organizar al grupo social. La modernidad sitúa la explotación del trabajo como medio de acumulación para quienes poseen los medios de producción»³⁵.

³⁴ M.E. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, p. 92.

³⁵ L.M. CABELLO DE ALBA, *El futuro de trabajo de queremos hoy*, en L.M. CABELLO DE ALBA, M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.), *op. cit.*, p. 17.

El sistema capitalista de producción lanza a la informalidad a la mayoría de los trabajadores del mundo. El mercado de trabajo se polariza, como consecuencia del cambio tecnológico y la crisis económica, entre lo que tienen un trabajo decente (de buena calidad, estable y con una remuneración digna) y el trabajo precario, informal o los que no tienen trabajo.

En este marco, han surgido diversas alternativas a la economía tradicional o al sistema capitalista de producción. La economía social y solidaria, por ejemplo, se define como un modo de hacer economía, organizando de manera asociada y cooperativa la producción, distribución, circulación y consumo de bienes y servicios no en base al motivo de lucro privado sino a la resolución de las necesidades, buscando condiciones de vida de alta calidad para todos los que en ella participan, sus familiares y comunidades, en colaboración con otras comunidades para resolver las necesidades materiales a la vez que estableciendo lazos sociales fraternales y solidarios, asumiendo con responsabilidad el manejo de los recursos naturales y el respeto a las generaciones futuras, consolidando vínculos sociales armónicos y duraderos entre comunidades, sin explotación del trabajo ajeno³⁶.

La economía popular, mientras tanto, es de surgimiento más reciente y ha sido entendida como «toda actividad creadora y productiva asociada a mejorar los medios de vida de actores de alta vulnerabilidad social, con el objeto de generar y/o comercializar bienes y servicios que sustenten su propio desarrollo o el familiar. La Economía Popular se desarrolla mediante proyectos económicos de unidades productivas o comerciales de baja escala, capitalización y productividad, cuyo principal activo es la fuerza de trabajo»³⁷.

César Arese³⁸, en este sentido, ha entendido que, «En suma, los Derechos Humanos Laborales, sus fuentes constitucionales y supranacionales, amparan al trabajador como ciudadano portador de derechos humanos subjetivos, pero no circunscriben su radio de actuación a un trabajador que ingresa a un trabajo dependiente, sea formal o informal (en negro), estable o precario, sino que comprende al trabajador en su condición de tal, cualquiera sea la forma de su situación legal o real; empleado dependiente o desempleado, en negro, autónomo, cuenta propista, cooperativista o integrante de otras empresas o estructuras que no implican nexo dependiente».

Y aporta, además un interesante antecedente jurisprudencial sobre la

³⁶ Vid. SUÁREZ M.F., *El despido injustificado y sus consecuencias jurídicas en Argentina*, cit.

³⁷ Art. 1, Decreto 159/17.

³⁸ C. ARESE, *Trabajo precario y de economía popular: negociación, sindicalización y conflictos*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 2017, n. 3.

posibilidad de exigibilidad del derecho al trabajo en *Tejeda, Esa Cecilia y ot. c/ Estado Nacional* (19 diciembre 2006) donde la Cámara Federal de Córdoba, Argentina, acogió un amparo presentado por 620 desocupados y sus hijos de un conjunto de barrios carenciados y azotados por redes de narcotráfico, para que, sobre la base del derecho al trabajo según las fuentes ya informadas en el título anterior más los derechos humanos de los niños, se los incorporara a un plan ocupacional en el sector público o privado para ejercer un trabajo digno y remunerado. El tribunal reconoció el acceso a la jurisdicción (arts. 8 y 25 CADH), el derecho sustancial en emergencia y declaró la procedencia de la acción de amparo «desde punto de vista formal» y el «control de judicial desde la óptica de un efectivo examen de razonabilidad, verificando el cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado en garantizar prestaciones establecidas en programas sociales y en los instrumentos que con su suscripción ha comprometido su responsabilidad internacional». Asimismo, indicó la necesidad de una “conciliación de intereses” que finalmente, se logró entre el Estado Nacional y los amparistas, mediante planes de asistencia, formación profesional e inclusión escolar y laboral.

Finalmente ante la exclusión masiva generada por el sistema socioeconómico dominante, la crisis del trabajo asalariado, el fracaso de las políticas neoliberales, el aumento de la pobreza y el debilitamiento de las estructuras partidarias, sindicales y estatales para dar respuesta a la situación antes mencionada se exige un cambio estructural que vuelva capaz al derecho del trabajo de dar respuestas rápidas y eficaces a las exigencias del mercado sin que estas impliquen la destrucción del trabajo y el trabajador. El trabajo, al igual que el despido, no puede quedar librado al mercado. Debe ser regulado y limitado. Logrando determinada previsibilidad jurídico que no anulen garantías laborales, ni flexibilicen con resultados de precariedad y pérdida de protección, que respeten las constituciones nacionales, la normas y tratados internacionales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho al trabajo.

En todos los casos, es clave la actuación del Estado en la determinación de los contornos de su soberanía o de la intensidad de su regulación, aunque el resultado genere una verdadera crisis en la configuración clásica de la potencia determinante de la normatividad de un sistema jurídico.

Por eso la regulación del trabajo es un tema central en el diseño del mismo, que enlaza directamente con la noción de trabajo decente y la forma de preservar y adecuar este concepto en medio y largo plazo con instrumentos y medidas que lo universalicen como eje de cualquier sistema de gobierno y como pauta de corrección de las políticas económicas adoptadas, en

definitiva, como fundamento de la gobernanza en un mundo global³⁹.

6. Conclusión

El trabajo confiere, además de la renta o salario necesario para vivir, la calidad de ciudadano y una serie de derechos además de los estrictamente laborales. Joaquín Pérez Rey, durante sus clases, ha dicho que el trabajo es un elemento definitorio del ser (“Yo soy carpintero”, “Yo soy abogado”, “Yo soy obrero”) y la ausencia del mismo no es por lo tanto un “no tener”, sino un “no ser”. Quien pierde su trabajo pierde una condición valiosa, una fuente de ingresos y su derecho a trabajar, siendo sometido a una situación de desempleo o subempleo y posible marginalidad del mercado de trabajo. Esto mismo provoca que en ocasiones, como la actual, el trabajador deba soportar situaciones de violencia institucional o la privación de derechos laborales individuales y colectivos cuando hay posibilidades de perder el puesto de trabajo. De este modo, ese “temor” se convierte en un instrumento de control social y reproduce aquella desigualdad jurídico-social entre las partes⁴⁰.

Se ha ido instalando de manera muy firme en el tiempo una narrativa que incorpora lo esencial del discurso economista neoliberal: que el despido es un acto de libertad y que la libertad de organización de la vida social y económica, derivada de la capacidad de crear riqueza, no puede ser limitada sino excepcionalmente. Por eso el despido aparece como un acto que no puede ser limitado sino a lo sumo compensado económicamente. Esto se ha sido asumido y naturalizado por la el campo de la técnica jurídica⁴¹.

Pero no es así, el despido constituye una sanción muy severa desde el punto de vista político y social, con efectos “plurilesivos” para la persona del trabajador y debe ser limitado, en consecuencia.

Las condiciones actuales demandan que repensemos las nociones de trabajo y despido. Debemos pensar al trabajo no ya como un factor o como un valor económico ligado a la creación de riqueza; si no como un espacio de contrapoder y como expresión ligada a la expresión de la personalidad, como manifestación de la creatividad y dignidad de las personas (noción de “trabajo decente”). El trabajo actúa nivelador de las desigualdades sociales y el derecho al trabajo, es un derecho constitucional garantizado.

No se puede perder de vista que el derecho a ese trabajo ha sido consagrado

³⁹ Vid. A. BAYLOS GRAU, *El futuro de las normas del trabajo que queremos*, cit., p. 117.

⁴⁰ Vid. M. MOREIRA, *Antropología del Control Social*, Antropofagia, 2001.

⁴¹ Vid. A. BAYLOS GRAU, *Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2009, n. 46, p. 21.

y protegido por los tratados internacionales de derechos humanos laborales, los cuales constituyen el marco constitucional vigente. Las normas internacionales sobre derechos humanos y el derecho al trabajo son Fuente de Derecho y han generado un Standar de protección, un umbral, en base al cual hay que interpretar y aplicar el derecho. Tal como lo hizo la jurisprudencia de nuestro país luego de la Reforma constitucional de 1994. Se requiere, por lo tanto un movimiento en sentido opuesto, es decir, en la dirección de “empoderar” las normas internacionales del trabajo no solo, como se ha dicho, en cuanto éstas sean el eje de la actuación de los sujetos globales, sino en su inserción en los ordenamientos jurídicos nacionales, permitirá ir estableciendo un sólido piso de condiciones laborales y sociales que generalicen primero y universalices después la noción de trabajo decente a través de los complementos básicos que lo constituyen⁴².

Por último, no podemos perder de vista, que el sector del trabajo es la fuente casi exclusiva de ingreso de la mayoría de la población. Es por lo tanto la fuerza motriz y generadora de riquezas en el proceso productivo, que tuvo a su cargo las mayores responsabilidades en los procesos históricos de transformación colectiva de su propia realidad, y que se caracteriza por su sentido de solidaridad, cooperación y justicia social a lo largo de la historia. Características estas últimas que no son propias del capital. Precisamente porque este no tiene razones para ser justo solidario por su propia definición de objetivos, que para satisfacer sus intereses de eficiencia, productividad y la mayor rentabilidad se torna necesario ser frío y egoísta.

Pues a lo largo de la historia la conquista de los derechos laborales más significativos por parte de la clase trabajadora, tuvo que ver con su acción colectiva y organizada y un posterior correlato legal de dichos procesos sociales. Recordemos que es recién a principios del siglo pasado cuando con el surgimiento del derecho del trabajo se comienza a limitar aquella autonomía de la voluntad de despedir del empleador, consagrándose formas superadoras de la continuidad y permanencia en el trabajo. Se relacionó el carácter alimentario de la remuneración con el derecho a la permanencia, y ambos en conexión con el derecho superior a una vida digna.

Tal vez hoy, igual que ayer, la principal y más valiosa arma con la que cuente el trabajador, en la lucha por sus más profundas reivindicaciones, sea una vez más *La organización colectiva*⁴³.

⁴² Vid. A. BAYLOS GRAU, *El futuro de las normas del trabajo que queremos*, cit., p. 129.

⁴³ M.F. SUÁREZ, *El despido arbitrario en las normas y en los hechos: garantías para la estabilidad en el trabajo*, Tesis de Maestría, Universidad de Palermo, 2015, pp. 57 y 58.

7. Bibliografía

- ACOSTA ALVARADO P.A., *Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*, en *Estudios Constitucionales*, 2016, n. 1, pp. 15-60
- ARESE C., *Trabajo precario y de economía popular: negociación, sindicalización y conflictos*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 2017, n. 3, pp. 29-43
- BAYLOS GRAU A., *El futuro de las normas del trabajo que queremos*, en L.M. CABELLO DE ALBA, M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017
- BAYLOS GRAU A., *Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2009, n. 46, pp. 11-30
- BAYLOS A., PÉREZ REY J., *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, 2009
- BRAIN D.H., *La reparación frente al despido arbitrario y su nueva concepción con el trabajo decente y los derechos fundamentales del trabajo*, proyecto de Tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, 2014
- CABELLO DE ALBA L.M., *El futuro de trabajo de queremos hoy*, en L.M. CABELLO DE ALBA, M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017
- CABELLO DE ALBA L.M., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M.L. (coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017
- CASAS BAAMONDE M.E., *La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo. Reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo*, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 2014, n. 15, pp. 67-99
- DUARTE D., *Derecho del Trabajo y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en M. MEIK (dir.), *Trabajo y Derechos. Miradas críticas en dimensión jurídica, social y jurisprudencial*, Librería Editora Platense, 2014
- DUARTE D., *El Derecho del Trabajo Internacional y la OIT*, en M. MEIK (dir.), *Trabajo y Derechos. Miradas críticas en dimensión jurídica, social y jurisprudencial*, Librería Editora Platense, 2014
- FERRAJOLI L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999
- FERREIRÓS E.M., *Daño producido por el despido y su reparación*, Hammurabi, 2009
- GIALDINO R.E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Abeledo Perrot, 2013
- KROTOSCHIN E., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, Depalma, 1977

- LÓPEZ J., *¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?*, en *Legislación del Trabajo*, 1969, vol. XVII, pp. 385-398
- MEIK M. (dir.), *Trabajo y Derechos. Miradas críticas en dimensión jurídica, social y jurisprudencial*, Librería Editora Platense, 2014
- MOREIRA M., *Antropología del Control Social*, Antropofagia, 2001
- MURCIA CLAVERÍA A., *Derecho al trabajo y crisis económica*, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 2014, n. 15, pp. 371-401
- POMPA R.C., *Estabilidad y tratados internacionales sobre derechos fundamentales de los hombres*, en *Derecho Laboral*, 2011, n. 244, pp. 675-692
- PRECIADO DOMÈNECH C.H., *Breve historia del trabajo y los derechos fundamentales*, Bomarzo, 2018
- ROMAGNOLI U., *Sobre el despido o la violencia del poder privado. Prólogo a un libro de Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey*, en *Revista de Derecho Social – Latinoamérica*, 2008, n. 4-5, pp. 9-16
- SUÁREZ M.F., [Nuevas formas de trabajo. Los trabajadores de la economía popular](#), en [Revista de la Facultad](#), 2019, n. 1, pp. 111-121
- SUÁREZ M.F., [El despido injustificado y sus consecuencias jurídicas en Argentina](#), en [En Letra](#), 2018, n. 10, pp. 156-168
- SUÁREZ M.F., *El despido injustificado a la luz del principio protectorio y el derecho internacional de los derechos humanos*, proyecto de Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, 2017
- SUÁREZ M.F., *Control de convencionalidad: Garantía de protección de los derechos fundamentales y de la reparación integral de los daños en el derecho del trabajo*, en C.A. TOSELLI (dir.), *Temas de derecho laboral. Doctrina, jurisprudencia, legislación*, Errepar, 2016
- SUÁREZ M.F., *El despido arbitrario en las normas y en los hechos: garantías para la estabilidad en el trabajo*, Tesis de Maestría, Universidad de Palermo, 2015
- TOSCANI GIMÉNEZ D., *Garantía del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario*, en *Revista de Derecho Social*, 2009, n. 46, pp. 97-119

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo