

Autoridades de la Universidad

Mag. Julián Esteban Rodríguez
Rector

Dr. Ricardo Crespo
Vicerrector de Asuntos Académicos

Abog. Juan Pablo Magdaleno
Secretario General

Dr. Domingo Tarzia
Vicerrector de Investigación

Mag. Ivana Lobo
Vicerrectora de Alumnos y Extensión

Dr. Luciano Elizalde
Dra. Viginia Sarría Allende
Consejeros

Autoridades de la Facultad de Derecho

Mag. Jorge Albertsen
Decano

Dr. Andrés Sánchez Herrero
Secretario Académico

Abog. María de la Paz Miatello
Directora de Estudios

Dr. Ricardo Balbín
Dr. Leonardo Ambesi
Consejeros

Autoridades del Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial

Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial

María Gattinoni de Mujía
Domingo Sesín
Enrique V. del Carril
Rafael Nieto Navia
Néstor Sagüés
Rodolfo L. Vigo

Adaro, Mario Daniel

Cuaderno de derecho judicial n° 30: El control de convencionalidad en el derecho del trabajo / Mario Daniel Adaro. - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.

128 pp.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3650-1

I. Derecho del Trabajo. I. Título.
CDD 344.01

© Mario Daniel Adaro, 2018

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2018

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved

No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 300 ejemplares

ISBN 978-987-03-3650-1

ARGENTINA

MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

Mario Daniel Adaro

Dirección: Dra. María Gattinoni de Mujía

Director del Departamento de Derecho Judicial:
Dr. Rodolfo L. Vigo

Directora Ejecutiva de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial:
Dra. María Gattinoni de Mujía

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE DOGMÁTICA JURÍDICA
PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER
EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO
PROPUESTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA
DE PROTECCIÓN LABORAL

BIOGRAFÍA PROFESIONAL Y ACADÉMICA

Mario Daniel Adaro nació en la ciudad de Palmira, Departamento San Martín de la Provincia de Mendoza el 16 de julio de 1969. Obtuvo el grado de abogado en la Universidad Nacional de Cuyo, es Especialista en Derecho Laboral de la Universidad Nacional de Cuyo y Magíster en Derecho y Magistratura Judicial, por la Universidad Austral. Es Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza desde mayo de 2011 y Vicepresidente Primero de la Junta Directiva de Reflejar - Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habiéndose desempeñado en varios ámbitos de la función pública. Fue Asesor del Ministerio de Gobierno de la provincia de Mendoza (1998), del Ministerio de Justicia y Seguridad (1999), concejal del Departamento de San Martín, en el período 1999-2003, subsecretario de Trabajo y Seguridad Social, en los años 2007-2008 y ministro de Gobierno desde 2008 hasta que asumió como ministro del Superior Tribunal de su provincia. Se ha desempeñado en asesorías jurídicas privadas, en especial en el Centro de Empleados de Comercio de Mendoza (1999-2005). Fue investigador junior en el Centro de Estudios Laborales y Becario de la Fundación Konrad Adenauer. Docente en la Universidad del Aconcagua (2004-2005) y docente titular de la Universidad de Congreso en la cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social desde el 2004. Se han publicado trabajos propios y en colaboración. Actualmente, vive en la Ciudad de Mendoza, provincia de Mendoza, junto a su familia.

PRÓLOGO

Con gran gusto y entusiasmo me encuentro prologando esta publicación que plasma un importante trabajo de Mario Adaro, el cual constituye un invaluable aporte a la doctrina en una temática tan compleja y sensible como es la atinente a los máximos instrumentos de aplicación y protección de los derechos humanos, en el ámbito del derecho del trabajo.

La obra de Adaro exhibe, objetivamente hablando, múltiples méritos. En primer lugar, el de abordar los temas tratados con abundante información, la cual ha sido desplegada en sucesivos capítulos, enriquecidos con una metodología abierta a la comprensión del lector, quien puede seguir sin dificultades cada uno de los pasos—y sentirse partícipe— de esta notable investigación jurídica.

En segundo lugar, es destacable que, con el equilibrio que caracteriza a un verdadero examen jurídico, se presenten las normas que enmarcan el control de convencionalidad, el rol que a partir de la última reforma constitucional adquiere en nuestro sistema la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la tarea desplegada por esta con sus decisiones en los últimos años. Todo ello, para ponernos frente a la responsabilidad que cabe en la actualidad a los operadores jurídicos y judiciales de nuestro país, comenzando por los magistrados, con especial referencia al derecho del trabajo.

En tercer lugar, es claro el interés del autor por aportar una visión enriquecedora de la temática, asentándose en valores que apuntan a la protección de la persona humana y, en particular, de la persona trabajadora con la dignidad que tal condición implica. Para ello, transita con firmeza desde una perspectiva de tutela en lo jurídico y desde el equilibrio que supone la realización de valores frente al Estado y a otros particulares.

Hay otro mérito del trabajo que no puedo dejar de destacar. Se trata de la invitación del autor al desarrollo de una labor posterior a quienes, ya sea en su rol de operadores del sistema jurídico o judicial o bien como estudiosos del tema, decidan ejercitar concretamente el control de convencionalidad y elaborar las herramientas indispensables para ejercerlo. Dicho mérito pone al autor en una posición elogiable, dada la contribución que está implícita en la obra como un aporte susceptible de ser continuado.

Es preciso referirse también, al menos esquemáticamente, al contenido que sigue a este prólogo. Comienza situándonos en el escenario enmarcado por los controles de constitucionalidad y convencionalidad en nuestro orden jurídico posterior a la reforma constitucional de 1994. Es sabido que se trata del lugar donde, por decisión de nuestro constituyente, estamos situados para pensar y encarnar el derecho presente y futuro desde la Carta Magna hasta el último escalón de normas infraconstitucionales.

El abordaje se conjuga con el abanico normativo de los derechos humanos en el plano internacional y nacional y, dentro de él, el lugar del derecho del trabajo como indudable derecho humano susceptible de protección. La función de la Organización Internacional del Trabajo a partir de comienzos del siglo pasado es especialmente considerada, y también su influencia en nuestro país en el contexto normativo constitucional. Ello permite al autor, ya desde la óptica de un derecho especial sostenido por normas fundamentales, pensar en un sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad propio.

Se examina en particular el rol del magistrado en dicho control y para ello es oportuna la referencia a la labor actual de la magistratura, signada por una nueva visión del derecho que invita a una función intensa y activa, abierta al denominado “diálogo de fuentes”. Pero, además de la magistratura, se extiende el examen a otros actores u operadores sociales que estarían llamados a ejercer una labor también comprometida con el entramado jurídico dinámico que presenta el nuevo escenario. Para ello, el autor indaga y recopila material documental, doctrinal y de jurisprudencia de suma actualidad y relevancia, el cual difícilmente se encuentre reunido en una obra de estas características. El resultado obtenido es una herramienta de gran valor para los operadores del derecho.

En definitiva, mis palabras solo procuran anticipar que se está frente a un trabajo jurídico elogiabile que da pasos firmes en una temática presente y futura de necesario análisis. Ha sido escrito desde la vivencia personal del autor en su vasta trayectoria profesional en el ámbito privado y público y en el ejercicio de la magistratura; quehacer que ha quedado plasmado con creces.

Es un aporte cuyo valor agradecemos, tanto al autor cuanto a la destacada institución universitaria en que se forjó, por haberlo puesto a disposición de la comunidad jurídica y de la sociedad en su conjunto, a la que dará impulso en la construcción del camino hacia el desarrollo y la justicia social.

MARIO S. FERA

*Presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo
y exintegrante del Consejo de la Magistratura de la Nación*

ÍNDICE GENERAL

BIOGRAFÍA PROFESIONAL Y ACADÉMICA.....	V
PRÓLOGO.....	VII
GLOSARIO.....	XIII

INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento e importancia del tema	1
2. Justificación de la investigación	3
3. Método utilizado y estructura de la investigación	3

CAPÍTULO 1

CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Primeras apreciaciones. Estado, sociedad y derecho.....	5
1.2. Control de constitucionalidad.....	8
1.3. Control de convencionalidad	13
1.4. Interpretación constitucional.....	22
1.4.1. Interpretación de la Constitución y de las leyes	24
1.4.1.1. Métodos y técnicas de interpretación constitucional... 24	
1.4.1.1.1. Método tópico	26
1.4.1.1.2. Ponderación, jerarquización o <i>balancing test</i> en EE.UU.....	27
1.4.1.1.3. La argumentación jurídica y la argumentación jurídica constitucional.....	28
1.4.1.1.4. El pluralismo metodológico y universalización. 29	

	Pág.
1.4.2. Un estadio superador: la interpretación armonizadora de los derechos fundamentales y pro persona	30
1.4.3. Reglas de preferencia. Interpretación de la Constitución e interpretación de las leyes	31
1.5. Fin de capítulo	34

CAPÍTULO 2

ESCENARIO NORMATIVO-INSTITUCIONAL. DERECHOS HUMANOS Y DERECHO LABORAL

2.1. Construcción del sistema de control de convencionalidad en el derecho del trabajo.....	35
2.2. Delimitación conceptual preliminar: El trabajo	36
2.3. Antecedentes: breve repaso histórico mundial y nacional del derecho del trabajo	39
2.4. El sistema normativo internacional del Derecho del Trabajo	45
2.4.1. El contexto histórico y nacimiento de la OIT	45
2.4.1.1. La Organización Internacional del Trabajo (OIT)	45
2.5. El sistema jurídico internacional de derecho del trabajo.....	48
2.5.1. Declaraciones de Derechos Humanos	48
2.5.2. Convenios de la OIT.....	51
2.5.3. Derecho latinoamericano.....	52
2.5.4. Derecho regional. Mercosur.....	53
2.6. La Reforma de la Constitución Nacional de 1994. Apertura del ordenamiento constitucional al sistema internacional de derechos humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales.....	56
2.7. Construcción y existencia de un sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad propio del Derecho del Trabajo	62
2.8. Fin de capítulo	77

CAPÍTULO 3**ROL DEL MAGISTRADO EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
DEL DERECHO DEL TRABAJO**

3.1. Preliminar	79
3.2. Marco de actuación.....	80
3.3. ¿Cuál es el rol de la Magistratura?.....	82
3.4. ¿Cómo lograr el rol activo por parte de la magistratura?	83
3.4.1. Diálogo.....	83
3.4.1.1. Remisión o cuestión prejudicial	84
3.4.1.2. Diálogo de fuentes.....	85
3.4.2. Inclusión	87
3.4.3. La capacitación	88
3.5. El papel de otros actores	89
CONCLUSIÓN.....	91
RESUMEN	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97
Jurisprudencia.....	104

GLOSARIO

CN:	Constitución Nacional de la República Argentina.
CSJN:	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
OIT:	Organización Internacional del Trabajo.
PIDEC:	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Comisión IDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento e importancia del tema

Cuando se aborda el tema del control de convencionalidad y, específicamente en nuestro país, lo primero que surge, como disparador, es la referencia al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, introducido en la reforma constitucional de 1994.

Dicha reforma reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos, con la incorporación, en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (en adelante CN), de tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos otorgándoles rango-jerarquía constitucional y fuentes del derecho con jerarquía suprallegal, como los convenios dictados por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y los concordatos con la Santa Sede. Así nace lo que los doctrinarios han denominado el *bloque de constitucionalidad federal*.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico permitía el ingreso de normas convencionales internacionales mediante la regulación constitucional del régimen de los tratados internacionales, es con la reforma de 1994 que se estableció una jerarquía hasta entonces impensada respecto de las citadas normas.

Ello derivó en el control explícito de convencionalidad, entendido como el acto de control que efectúa el juez en cuanto a la conformidad de la norma interna a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH). Encuentra su sentido en la garantía de efectiva vigencia de los derechos, y donde confluyen el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Al respecto, cabe destacar que la hipótesis, en la presente tesina, se formula de la siguiente manera: es escasa la aplicación del control de convencionalidad, en nuestro país, por parte de los operadores jurídicos y servidores públicos, en materia de derecho individual y colectivo del trabajo.

El fundamento de ello se encuentra en el paradigma formulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), que a lo largo de los últimos diez años, ha ido perfilando las características y alcance del control de convencionalidad, al que todo juez está llamado a ejercer. Un primer bosquejo sobre el control de convencionalidad lo realiza el exjuez

interamericano, García Ramírez, en su voto razonado en la sentencia “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” (2003)⁽¹⁾, para finalmente encontrar su expresión en el voto de la totalidad de miembros de la CIDH, en la sentencia “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (2006)⁽²⁾, donde expresaron que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, en este caso la Convención Americana, los jueces deben someterse a ella y velar por su cumplimiento, de lo contrario, el Estado tiene responsabilidad internacional. El sustento de estas disposiciones se encuentra en el principio de buena fe que opera en el derecho internacional. Meses después, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” (2006)⁽³⁾, el Tribunal Internacional expresa que el control de convencionalidad no solo le corresponde al juez nacional a fin de evaluar la coincidencia entre la norma interna, sea constitucional o infraconstitucional, y los Tratados sobre derechos humanos, sino que se extiende hacia los efectos que provocaría la aplicación de la ley inconvencional, debiendo el juez local utilizar todas las herramientas que eviten la consumación de dicha violación.

Posteriormente, en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” (2010)⁽⁴⁾, la CIDH extiende la obligación de ejercer el control de convencionalidad a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, es decir no solo a los magistrados sino también a cualquier otro funcionario relacionado con la administración de justicia. Y, por último, en el caso “Gelman vs. R.O. Uruguay” (2011)⁽⁵⁾, el Máximo Tribunal Internacional amplía la obligación de ejercer el control de convencionalidad a cualquier autoridad pública de representación democrática directa o indirecta, teniendo como límite de actuación el ámbito de sus competencias.

En conclusión, puede afirmarse que la temática conlleva a abordar e indagar respecto a la importancia y concientización de todos los operadores y servidores públicos, no solo en sede judicial sino también en sede administrativa, respecto a la aplicación del control de convencionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial, en nuestro caso, en materia de derecho del trabajo.

(1) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Votos particulares de García Ramírez, Sergio, en los casos “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25/11/2003, serie C, N° 101, párr. 27.

(2) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C, N° 154.

(3) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia del 24/11/2006, serie C, N° 158.

(4) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia de 26/11/2010, serie C, N° 220.

(5) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Gelman vs. Uruguay”, sentencia de Fondo y Reparaciones del 24/2/2011, serie C, N° 221, párr. 239.

2. Justificación de la investigación

Siendo el trabajo la acción humana que motoriza la dignidad y la vida del hombre; que es un derecho humano fundamental, necesario para alcanzar una vida digna, por lo que todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, tienen derecho a su plena y efectiva realización. Por tanto, en pos de contribuir al cumplimiento de este loable objetivo, es que realizo el presente trabajo.

He elegido investigar en el ámbito del derecho del trabajo por cuanto es la rama del derecho en la cual he realizado mi formación y experiencia profesional.

Surge así mi inquietud por capitalizar mi experiencia vivida tanto en el ámbito privado, luego en la función pública y hoy ejerciendo la magistratura en el máximo tribunal de mi provincia.

De este modo, el tema de la tesina surge, por un lado, de la práctica profesional y por otro de la búsqueda de respuestas, a través de la lectura, así como de la necesidad de construcción de un referencial teórico que permita comprender que la existencia de los derechos sociales o de la justicia social nacieron a finales del siglo XIX, y principios del siglo XX, en especial, expresados en la Constitución de México (1917) y en el nuevo orden mundial cimentado tras el término de la guerra, sobre la base del Tratado de Versalles y el surgimiento de la Organización Internacional del Trabajo, en 1919. Pero su reconocimiento ha sido un largo, lento y arduo proceso de aprendizaje de la civilización humana.

El desafío se encuentra en hacer efectiva la norma, en nuestro caso, la garantía del derecho del trabajo, y que la misma se inserte en todo el ordenamiento jurídico y en todos los niveles de actuación del Estado.

La lucha social por el trabajo, es decir, por la dignidad humana; es el origen de la constitución y reconocimiento de los derechos humanos. De ello deriva un marco de aplicación del sistema constitucional e internacional de derechos humanos que irradian la obligación de los jueces y de todos aquellos servidores públicos de aplicar el control de constitucionalidad y convencionalidad en resguardo y garantía del derecho humano al trabajo.

3. Método utilizado y estructura de la investigación

En función de la temática elegida y de los fines que se aspira se optó por un diseño de investigación de tipo cualitativo, es decir, aplicar la metodología jurídica documental o dogmática.

De esta manera, una vez delimitado el problema y la hipótesis a investigar, se realizó la recolección documental, documentos jurídicos: doctrinarios y jurisprudenciales, revistas, libros, ensayos, conferencias, simposios escritos, entre otros, para luego proceder al análisis y redacción de la presente.

La tesina se desarrolla en tres capítulos con tres temáticas claramente definidas.

El capítulo inaugural indaga sobre la problemática conceptual y alcance del control de constitucionalidad y convencionalidad; y la interpretación jurídica en general. Es el marco conceptual y teórico de la problemática definida, esto es, la aplicación del control de convencionalidad en materia del derecho del trabajo.

En el segundo capítulo, se señalan los antecedentes histórico-jurídico-político del control de constitucionalidad y convencionalidad en nuestro país, partiendo de la reforma de nuestra Carta Magna, en 1994. Se enuncia el marco normativo del Derecho al Trabajo en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el rol de la Organización Internacional del Trabajo como generadora del reconocimiento de los derechos del hombre. Asimismo, el reconocimiento del carácter supralegal de los convenios internacionales, como los de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, y las resoluciones que emanan de sus órganos internos, como así también la presencia de un control de convencionalidad específico en materia de derechos económicos, sociales y culturales, enriqueciendo y fortaleciendo los principios del derecho del trabajo y los valores en torno a la preservación de la dignidad humana del hombre.

El objeto del tercer capítulo es describir el nuevo rol que la magistratura debe asumir a partir de las modificaciones y características que el sistema internacional de derechos humanos ha impuesto. Esto es, el juez, y toda autoridad pública, deben tener un actuar positivo, activo y preventivo, en materia de tutela del derecho del trabajo.

Finalmente, haré una conclusión de las posturas abordadas para acompañar una reflexión y opinión personal apoyada en la jurisprudencia y doctrina investigada.

El desafío que me convoca es contribuir a la definición y fundamentalmente, a la creación de mecanismos que permitan instalar en el país, la conciencia y los modos de llevar a cabo un control de convencionalidad, en materia del trabajo, por parte de todos los servidores públicos. Se trata de generar el debate permanente y multidimensional, acerca de los derechos y su tutela; se trata de superar la exclusión de dimensiones que implicaría ceñir la realidad exclusivamente a los vectores normativos-procesales, formales y clásicos.

CAPÍTULO 1

CONSIDERACIONES GENERALES

El presente capítulo desarrolla el marco teórico y metodológico que servirá de piedra basal para fundamentar y demostrar nuestra hipótesis, la cual es sostener que es escasa la aplicación del control de convencionalidad, por parte de los operadores jurídicos y servidores públicos, en materia de derecho individual y colectivo del trabajo.

En consecuencia, se intentará acercar la definición y evolución del sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad en nuestro país, como así también los distintos modelos y herramientas hermenéuticas de la interpretación constitucional.

1.1. Primeras apreciaciones. Estado, sociedad y derecho

Las libertades individuales y las garantías fundamentales de la persona fueron el fundamento del contrato social que organizó a la sociedad europea a partir del siglo XVIII.

Ellas fueron fuentes inspiradoras del constitucionalismo liberal que impregnó a las constituciones latinoamericanas del siglo XIX, incluida la nuestra, y que estuvo dado por una especie de globalización de las ideas políticas, principalmente la separación de poderes, la libertad y la igualdad en derechos. Así aparecen:

a) la Declaración de Derechos del Estado de Virginia, de 1776, precursora e inmediato antecedente de la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América y de la Constitución misma de este país. En su sección 5 prescribía: “los poderes legislativo y ejecutivo deben estar separados y ser distintos del judicial”;

b) la Revolución Francesa con su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, que adquirió pronto prestigio e influencia decisiva en el mundo occidental, dispone en su art. 16: “toda sociedad en que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”.

Así, la Constitución de los Estados Unidos, fuente inspiradora de nuestra Carta Magna, pregona un sistema federal por medio de la división de poderes

entre el gobierno nacional y los gobiernos estatales. Se instituye también un gobierno nacional equilibrado, separando los poderes entre tres ramas independientes: la ejecutiva, la legislativa y la judicial.

El Estado liberal de Derecho se va a caracterizar principalmente como Estado abstencionista en lo económico, un gobierno de las leyes, imperio de la ley, separación de poderes como política de frenos y contrapesos.

A fines del siglo XIX se reformula un nuevo contrato social cuyo origen se encuentra en la legislación de Bismark en Alemania, en la que se creó la jornada máxima, el salario mínimo y la Ley del Seguro Social, y el “nacimiento del Derecho del Trabajo como un nuevo derecho de naturaleza social y la encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII en 1891, fueron expresiones de este nuevo marco de organización de la sociedad europea”⁽⁶⁾.

El siglo XX se va a caracterizar por la lucha de las minorías por los derechos: el sufragio universal, el movimiento de derechos civiles y el movimiento obrero. El Estado también se reconfigura y nace lo que se denominó Estado Social o *Welfare State*.

Indica Elías Díaz, “lo característico del Estado social de Derecho es, sin duda alguna, el propósito de compatibilizar en un mismo sistema dos elementos: uno, el capitalismo como forma de producción y, otro, la consecución de un bienestar social general”⁽⁷⁾.

García Pelayo nos enseña que el Estado liberal se sustentaba en la justicia conmutativa mientras que el Estado social se va a sustentar en la justicia distributiva⁽⁸⁾. Esta idea es reforzada por García Delgado, quien nos describe que “la intervención del Estado en la producción comienza a desarrollarse con mayor continuidad a partir de la crisis del '30. Los conservadores empiezan a implementar medidas reguladoras como consecuencia del resquebrajamiento del mercado internacional (Juntas reguladoras, Banco Central, etc.). Con posterioridad, el peronismo, en los '40, legitima los criterios intervencionistas para favorecer la inclusión de la clase trabajadora y el desarrollo industrial protegido y un rol económico del Estado activo. Y luego, el desarrollismo lo va a prolongar con un rol más inductor de la inversión industrial extranjera, promotor del desarrollo y de la difusión tecnológica”⁽⁹⁾.

(6) SERRANO CALDERA, Alejandro, “La democracia: concepto y desafíos actuales”, en *La democracia y sus desafíos en Nicaragua*, Fundación Friedrich Ebert, Centro Interuniversitario de Estudios Latinoamericanos y Caribeños, 2005, p. 52.

(7) DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho y sociedad democrática”, *Cuadernos para el Diálogo*, Madrid, 1975, p. 106.

(8) GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 2005.

(9) GARCÍA DELGADO, Daniel, *Estado y sociedad, la nueva relación a partir del cambio estructural*, Tesis Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, cap. 2, 1994, p. 67.

Los cambios profundos producidos en el sistema económico mundial, en la década de los '70, materializados principalmente por la crisis del petróleo, la revolución tecnológica, el derrumbe del tipo de cambio fijo y la tendencia globalizadora del sistema capitalista mundial, obligan a los Estados a flexibilizar sus economías, el mercado de trabajo y la apertura de capitales. Comienza a resurgir el neoliberalismo que, a nivel mundial, termina de consolidarse con la caída del muro de Berlín.

En la Argentina, tiene su auge en la década de los '90 con el proceso de ajuste bajo los lineamientos fijados por el Consenso de Washington. "Las leyes de Reforma del Estado y de Emergencia Económica buscaron reducir el déficit fiscal y liberar el dinamismo económico al sector privado, lo que significó una verdadera ruptura con la concepción de economía mixta del peronismo"⁽¹⁰⁾.

La desregulación económica, predominante en este período, so pretexto de acrecentar la eficiencia del Estado, reducir los costos e incentivar el capital privado, se implementó "...bajo el supuesto de orientar el Estado a sus roles originales de administrador de justicia, seguridad, educación básica, resguardo de la salud pública, seguridad social y, últimamente, preservación del medio ambiente"⁽¹¹⁾.

Este proceso desató la denominada "crisis del 2001" que se tradujo en una crisis institucional, económica, política, social y cultural⁽¹²⁾.

En síntesis, el Estado democrático de derecho es un proceso de conquista histórica de derechos fundamentales a través de luchas políticas, reivindicaciones sociales y disidencias colectivas.

Desde esta visión podemos establecer una clara correspondencia entre el desarrollo histórico y transformaciones del Estado con la aparición progresiva de generación de derechos.

Bidart Campos, menciona tres generaciones de derechos, los que se corresponden con etapas históricas-políticas y sociales de nuestro país. Así tenemos "una primera generación de derechos, constituida por los clásicos derechos civiles y políticos, la segunda por los derechos sociales y económicos,

(10) GARCÍA DELGADO, Daniel, *Estado y sociedad...*, cit., cap. 2, p. 84.

(11) FREDIANI, Ramón O., "Estabilización y reforma estructural en Latinoamérica durante la década del noventa", en *Contribuciones*, CIEDLA, 1991, p. 94.

(12) Para profundizar GERVASONI, Carlos, "¿Son las crisis políticas causa de las crisis financieras? Evidencias del gobierno de la Alianza (1999-2000)", en *Postdata*, nro. 9, septiembre de 2003, p. 172. Las políticas económicas de ajuste, en un marco de debilidad y deslegitimación institucional, no lograron levantar la economía. El riesgo país y la creciente fuga de capitales planteaban serias dudas sobre la continuidad del régimen de convertibilidad. A partir de estas evidencias podemos decir que las medidas de política económica que tienen por objetivo restablecer la confianza, no logran su cometido cuando existen dudas básicas sobre la fortaleza y las chances de supervivencia del gobierno.

y la tercera generación, por una serie innominada, como el derecho a la paz, al desarrollo, a la no contaminación del ambiente”⁽¹³⁾.

A fines del siglo XX y principios del XXI, con la revolución tecnológica y con la consecuente aparición de la denominada Sociedad del Conocimiento, algunos autores⁽¹⁴⁾ indican la necesidad de la creación de una nueva generación de derechos humanos relacionados directamente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC’s), y su incidencia en la vida de las personas, derecho a la paz, derecho de los consumidores; es decir, los derechos de cuarta generación. Hoy aparece un nuevo ciudadano, el ciudadano digital.

1.2. Control de constitucionalidad

“Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución... La interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar los defectos de las leyes. Es la receta con que Inglaterra ha salvado su libertad y la libertad del mundo...”

Juan Bautista ALBERDI, *Bases*, mayo 1852⁽¹⁵⁾

El sistema de control de constitucionalidad en nuestro país tiene su origen en la tradición norteamericana, cuya teoría del *Judicial Review*, establece la competencia de los jueces para realizar un control sobre la constitucionalidad de las leyes. Es decir, el control de constitucionalidad es judicial y difuso, donde todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad; a diferencia del modelo europeo que centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano o Tribunal Constitucional y que no forma parte del Poder Judicial.

El precedente ícono es el fallo, de la Corte Suprema de Estados Unidos, “William Marbury vs. James Madison”⁽¹⁶⁾ cuya impronta la otorga el juez John Marshall. Al decir de Sagüés, dicho caso ha pasado a la historia como el punto de génesis del control de constitucionalidad difuso, ya que allí se sostiene, por primera vez en la historia norteamericana, que un tribunal federal posee poder suficiente como para no dar efecto a una legislación del Congreso, que

(13) BIDART CAMPOS, Germán, “Principios constitucionales del derecho ambiental”, en *Constitución y Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 279.

(14) Conf. BUSTAMANTE DONAS, Javier, “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, *Revista iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, Organización de los Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, nro.1, set-dic. 2001, versión electrónica recuperado el 14/6/2016: <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>.

(15) Extraído de ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, prólogo y notas por Leoncio Gianello, Librería y Editorial Castellvi SA, Santa Fe, 1963, p. 177.

(16) 5 U.S., 137, 1803.

en el caso concreto, la misma sea inconsistente con la interpretación constitucional elaborada por la Corte. También destaca la mencionada autora, que este caso simbolizó el enfrentamiento entre federalistas y antifederalistas, y que la doctrina, ha reflejado el enfrentamiento entre dos de sus figuras, Marshall y Jefferson⁽¹⁷⁾.

Los arts. VI, Sección II y el III, Sección II, 1, de la Constitución de los Estados Unidos de América serán la base de donde surgirá la decisión del Juez Marshall.

Sin embargo, no quiero dejar de mencionar, que si bien la mayoría de la doctrina especializada, no solo nacional sino internacional, reconoce el nacimiento formal del sistema de control de constitucionalidad a partir del fallo liderado por el *Chief Justice* Marshall, en 1803; Loffler sostiene que “existieron antecedentes; en las ideas expuestas por Hamilton en El Federalista y el precedente inglés ‘Bonham’ de 1610 donde el *chief justice of the common pleas*, sir Edward Coke, desarrolló ideas semejantes a las que luego aparecen en Hamilton y Marshall”⁽¹⁸⁾.

Loffler finaliza su investigación indicando que el caso proyectado por el juez Marshall no es el primero donde se analiza la constitucionalidad de una ley y considera que no es apropiado indicar a John Marshall como el padre de la doctrina de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad, reservándole el mérito de “el padrino” del *judicial review*⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, siguiendo nuestro análisis, en “Marbury vs. Madison”, además del reconocimiento de la facultad de los jueces comunes para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de otros actos de los poderes políticos, se va a consagrar el principio de la supremacía constitucional, principio básico donde se asienta el orden constitucional.

Según García de Enterría, “la concepción de la Constitución como ley suprema que sienta los valores supremos de un orden, es la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho”⁽²⁰⁾.

(17) Conf. SAGÜÉS, María Sofía, “Dinámica política del control de constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América”, en *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, nro. 5/2007, ISSN: 1698-5583, ps. 125-197.

(18) LOFFLER, Ernesto A., “John Marshall ¿Padre del control de constitucionalidad? Acerca de algunos precedentes que habrían inspirado su decisión en el caso ‘William Marbury vs. James Madison’”, consultado en <http://www.justierradel-fuego.gov.ar> el 17/6/2016, p. 6.

(19) LOFFLER, Ernesto A., “John Marshall ¿Padre del control de constitucionalidad?...”, cit., p. 21.

(20) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La constitución como norma jurídica”, en *La constitución española de 1918, Estudio sistemático*, dirigido por Predieri A. y García de Enterría, E., 2ª ed., Aranzadi, Madrid, 1981, ps. 95 y ss.

El sistema judicial de control constitucional establecido, vía pretoriana, en los Estados Unidos, ha sido fuente inspiradora en nuestro sistema judicial; en el que también su configuración se ha gestado de manera pretoriana. Nuestro texto constitucional no atribuyó en forma expresa a ningún órgano estatal la facultad de revisar y controlar la coherencia entre la normativa infraconstitucional y los preceptos de la Carta Magna; “...entre nosotros, rige el sistema de control judicial, que es difuso, en tanto tal custodia está depositada en el quehacer de todos y cada uno de los jueces: Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella...”⁽²¹⁾.

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal recuerda en el fallo “Rodríguez Pereyra”⁽²²⁾ que “la doctrina atinente al deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución Nacional fue aplicada por esta Corte desde sus primeros pronunciamientos cuando —contando entre sus miembros con un convencional constituyente de 1853, el Doctor José Benjamín Gorostiaga— delineó sus facultades para aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución (Fallos 23:37)”⁽²³⁾.

En sus primeros pronunciamientos el Máximo Tribunal va a delinear su competencia y su misión. “La Corte Suprema es el Tribunal, el último resorte para todos los asuntos en que se le ha dado jurisdicción como perteneciente al Poder Judicial de la Nación. Ningún tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional y es tan independiente en su ejercicio como el Congreso en su potestad de legislar y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones. Ésta es la doctrina de la Constitución, la doctrina de la ley, y la que está en la naturaleza de las cosas. (...)”⁽²⁴⁾.

Esto se vio plasmado, principalmente, en el fallo “Sojo”⁽²⁵⁾, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de una aplicación analógica del fallo “Marbury vs. Madison”, introdujo el modelo norteamericano de control judicial de constitucionalidad de los actos de los demás poderes.

Un año más tarde este mismo Tribunal Supremo, va a reafirmar dicho control de constitucionalidad. “Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a

(21) CSJN, Fallos 33:162; 261:215.

(22) CSJN, 21/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios, R.401.XLIII”.

(23) CSJN, R.401.XLIII, considerando 8.

(24) CSJN, 1872, “Fisco Nacional c. Manuel Ocampo”.

(25) CSJN, 22/9/1887, Fallos 32:120.

su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos⁽²⁶⁾.

El principio en el que se asienta nuestro sistema de control de constitucionalidad es en el reconocimiento de la presunción de constitucionalidad —*iuris tantum*— de todos los actos estatales.

A ello se suma que, por vía pretoriana, fundamentalmente a partir de 1941, el control de constitucionalidad debía ser efectuado a petición de parte.

Cabe recordar que en el caso “Ganadera de Los Lagos”⁽²⁷⁾ la Corte Nacional negó, por unanimidad, la potestad de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad de oficio, en tanto importaría una indebida intromisión por parte del Poder Judicial en los ámbitos de competencia propios del Poder Legislativo o Ejecutivo según el caso.

En igual sentido se pronunció en “Roncoroni de Claisse”⁽²⁸⁾, “Meridiano soc.”⁽²⁹⁾, “Martínez”⁽³⁰⁾, “Pérez, María del Carmen”⁽³¹⁾, “Peyrú, Osvaldo Jorge”⁽³²⁾, “Cóppola, Rubén”⁽³³⁾. Asimismo, el Alto Tribunal reafirmaría en “Ferrari, Daniel”⁽³⁴⁾, “Morales, Dionisio”⁽³⁵⁾, “López, María Emma”⁽³⁶⁾, “Pignata, Antonio”⁽³⁷⁾, “Ulla, Víctor”⁽³⁸⁾, “Turón de Erlebach”⁽³⁹⁾, “Nasir, Emilio”⁽⁴⁰⁾, “Lagos, Adolfo”⁽⁴¹⁾ y “Braverman, Gregorio”⁽⁴²⁾, entre otros, respecto a la inviabilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, so

(26) CSJN, 14/4/1888, “Procurador Municipal c. Doña Isabel A. Elortondo s/expropiación”, Fallos 33:162, considerando 25.

(27) CSJN, “Ganadera de Los Lagos S.A. c. Nación Argentina s/nulidad del decreto”, Fallos 190:142 (1941)

(28) CSJN, 15/12/1961, “Roncoroni de Claisse, Elida Josefa vs. Uhart, Roberto Domingo”, Fallos 251:455.

(29) CSJN, 24/4/1919, “Meridiano Soc. en Com. por Acc. c. Administración General de Puertos”.

(30) CSJN, 29/11/1983, “Martínez Onoribal s/cancelación de ciudadanía”.

(31) CSJN, 9/6/1987, “Pérez, María del Carmen y otros c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones”.

(32) CSJN, 2/7/1987, “Peyrú, Osvaldo Jorge”, Fallos 310:1401.

(33) CSJN, 13/9/1988, “Cóppola, Rubén y otros s/art. 30 ley 23.184”.

(34) CSJN, 28/11/1944, “Ferrari, Daniel c. y otros c. Pieti, Ramón”, Fallos:199: 466.

(35) CSJN, “Morales Dionisio c. Cánovas, Manuel y Eduardo”, Fallos 234:335, 1956.

(36) CSJN, “López María Emma c. De Pedro, Marcelo”, Fallos 248:102.

(37) CSJN, “Pignata, Antonio c. La Alejandrina S.R.L.”, Fallos 251:279.

(38) CSJN, “Ulla, Víctor c. Caldo Miretti, Agustín”, Fallos 252:328.

(39) CSJN, “Turón de Erlebach, María c. Delicia, Armando”, Fallos 254:201.

(40) CSJN, “Nasir, Emilio”, Fallos 202:249.

(41) CSJN, “Lagos Adolfo c. Lagos J. y otros”, Fallos 205:165.

(42) CSJN, “Braverman, Gregorio c. Bocazzi S.A.I.C.I. y F.”, Fallos 282:15.

pretexto de atentar contra la presunción de legalidad de los actos estatales y violentar el derecho de defensa.

Sin embargo, esta doctrina sostenida por larga década fue perdiendo su fuerza inicial, encontrando en varios pronunciamientos disidencias minoritarias, especialmente después de los años 80. La expresión más clara fue la disidencia de los jueces Belluscio y Fayt en el caso “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario”⁽⁴³⁾, donde sostuvieron, “como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erróneamente —trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31) aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional y desechando la de rango inferior... facultad ésta que corresponde a los jueces de cualquier fuero, jurisdicción o jerarquía, nacionales o provinciales, ...que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes”⁽⁴⁴⁾.

Finalmente, en 2001, a partir del fallo “Mill de Pereyra”⁽⁴⁵⁾, el Tribunal Címero modificó sustancialmente su tradicional jurisprudencia sentada en el caso “Ganadera Los Lagos c. Gobierno Nacional”⁽⁴⁶⁾ y aceptó que los jueces pueden ejercer de oficio el control constitucional.

Ese criterio fue luego confirmado en “Banco Comercial de Finanzas”⁽⁴⁷⁾, de 2003 y fuertemente reiterado en el fallo “Rodríguez Pereyra”⁽⁴⁸⁾ al expresar que “resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar ‘en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes’ (conf. casos ‘Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña’ y ‘Gómez Lund y otros,’ citados). (...) el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control”⁽⁴⁹⁾.

(43) CSJN, 24/4/1984, “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario s/inhibitoria”.

(44) CSJN, 24/4/1984, “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario s/inhibitoria”, considerando 4°, del voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Augusto C. J. Belluscio.

(45) CSJN, 27/9/2001, “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes”.

(46) CSJN, “Ganadera de Los Lagos S.A. c. Nación Argentina s/nulidad del decreto”, Fallos 190:142 (1941).

(47) CSJN, 19 /8/2004, “Banco Comercial de Finanzas S.A.”, Fallos 327:3117.

(48) CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios, R.401.XLIII”.

(49) CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios, R.401.XLIII”, considerando 13.

Más recientemente, la Corte ha ratificado la posibilidad de los jueces de ejercer control constitucional de oficio en fallo “Mansilla”⁽⁵⁰⁾ y “Pedraza c. ANSeS”⁽⁵¹⁾.

Concluyendo, es al Poder Judicial a quien se le ha revestido la facultad de intérprete y custodia de la Constitución, y ello conlleva a todo juez a realizar un estricto control de constitucionalidad. En tal sentido, y parafraseando a Sánchez Viamonte, citado por la Corte Federal: “no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional...”⁽⁵²⁾.

1.3. Control de convencionalidad

En 1992, con el fallo “Ekmedjian vs. Sofovich”⁽⁵³⁾, nuestro Máximo Tribunal comenzó a delinear una nueva ruta interpretativa, tomar como guía, en especial en materia de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así expresó: “La interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En este fallo, además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la supremacía legal de los tratados por sobre las leyes nacionales.

Cabe recordar que fue el 27 de marzo de 1984, con la entrada en vigencia de la ley 23.054 que la Argentina reconoció —en su art. 2º— la competencia de la Comisión por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH).

Con posterioridad, la reforma de la Constitución de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos, con la incorporación, en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, de tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos otorgándoles rango-jerarquía constitucional. Así nace lo que los doctrinarios han denominado el “bloque de constitucionalidad federal”.

Si bien, nuestro ordenamiento jurídico permitía el ingreso de normas convencionales internacionales mediante la regulación constitucional del régimen de los tratados internacionales, es con la reforma de 1994 que se estableció una jerarquía hasta entonces impensada respecto de las citadas normas.

(50) CSJN, 6/3/2014, “Mansilla Carlos Eugenio c. Fortbenton Ca. Laboratorios S.A. y otros s/despido”.

(51) CSJN, 6/5/2014, “Pedraza, Héctor Hugo c. ANSeS s/acción de amparo”.

(52) CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios, R.401.XLIII”, considerando 9.

(53) CSJN, 7/7/1992, “Ekmedjian, Miguel Á. c. Sofovich, Gerardo y ot.”, Fallos 315:1492.

Ello derivó en el control explícito de convencionalidad, entendido como el acto de control que efectúa el juez en cuanto a la conformidad de la norma interna a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Encuentra su sentido en la garantía de efectiva vigencia de los derechos, y donde confluyen el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Es necesario precisar que el control de convencionalidad surge de la interpretación que la CIDH realiza en base a su competencia inherente (más precisamente lo dispuesto en los arts. 1.1, 2, 63, 67 y 68.1) de la CADH. No es un método de control que se encuentra previsto explícitamente en el texto de la CADH, ni en el Estatuto ni Reglamento de la CIDH.

Por primera vez, en el sistema interamericano, se menciona el control de convencionalidad, en el voto minoritario del juez García Ramírez, en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”⁽⁵⁴⁾; el que expuso que “para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”⁽⁵⁵⁾.

Asimismo, va a insistir el exjuez García Ramírez, en su voto razonado en el caso “Tibi vs. Ecuador” (2004)⁽⁵⁶⁾ “...la Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos”.

Cabe mencionar que el 26 de setiembre de 2006, la CIDH realizará dos pronunciamientos, uno es el caso “Vargas Areco vs. Paraguay”⁽⁵⁷⁾, donde

(54) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Votos particulares de García Ramírez Sergio en los casos “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25/11/2003, serie C, N° 101.

(55) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25/11/2003, serie C, N° 101, párr. 27.

(56) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto razonado de García Ramírez, Sergio, en el caso “Tibi vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 7/9/2004, párr. 3.

(57) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto razonado de García Ramírez, Sergio, en el caso “Vargas Areco vs. Paraguay”, sentencia del 26/9/2006, serie C, N° 155, párr. 6.

aparecerá nuevamente en su voto razonado, el juez García Ramírez insistiendo sobre la obligación que tiene la CIDH respecto a aplicar y realizar el control de convencionalidad, esto es, confrontar entre el hecho realizado y las normas de la CADH; a lo que le agrega que ello no implica que la CIDH se convierta en una nueva y última instancia para el ordenamiento interno de los Estados; y el otro es la sentencia en pleno, en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”⁽⁵⁸⁾, que se incorporó —como doctrina de la CIDH— la obligación del control de convencionalidad.

“El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana... La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. 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 Convención Americana sobre Derechos Humanos. 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”⁽⁵⁹⁾.

Dos meses después, en la sentencia dictada en “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” (sentencia 24/11/2006), la CIDH formuló algunas especificaciones diciendo que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no

(58) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26/9/2006, serie C, N° 154, párrs. 123 y 124.

(59) Conf. párrs. 123 y 124; en análogo sentido caso “La Cantuta vs. Perú”, párr. 173, sentencia del 29/11/2006; caso “Boyce y otros vs. Barbados”, párr. 78, sentencia del 20/11/2007, caso “Ximenes Lopes”, sentencia del 4/7/2006, serie C, N° 149, párr. 172; y caso “Baldeón García”, sentencia del 6/4/2006, serie C, N° 147, párr. 140.

sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”⁽⁶⁰⁾.

Este fallo reclama que el juez debe realizar y ejercer el control de constitucionalidad, pero también debe practicar el de convencionalidad, y debe realizarse *ex officio* si es necesario.

Esta doctrina ha sido reiterada en diversas oportunidades por el Tribunal Internacional. En el caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sentencia del 12 de agosto de 2008, la CIDH ha enfatizado que “...la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina ‘control de convencionalidad’, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos...”⁽⁶¹⁾.

También, en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”⁽⁶²⁾ de 2011. En él, los jueces interamericanos formularon la obligación del control de convencionalidad. “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”⁽⁶³⁾.

Cabe aclarar que dicho “control de convencionalidad” implica que es “obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de

(60) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, sentencia del 24/11/2006, párr. 128.

(61) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sentencia del 12/8/2008, párr. 180.

(62) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29/11/2011, serie C, N° 238.

(63) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, sentencia del 29/11/2011, serie C, N° 238, párr. 93.

oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. La Corte IDH no puede (ni lo ha pretendido), convertirse en un órgano que “defina” o “imponga” los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico”⁽⁶⁴⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha admitido que la jurisprudencia de la CIDH debe servir de guía para la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos⁽⁶⁵⁾. En “Espósito”⁽⁶⁶⁾ encontramos una apertura a la aplicación del sistema internacional de derechos humanos, ya que la misma CSJN, expresa que “en el caso la decisión de la Corte IDH resultaba de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.I, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. Dicha posición, fue reafirmada un año después, en el caso “Simón” (2005)⁽⁶⁷⁾ en el cual afirmó que tanto la jurisprudencia de la CIDH como las directivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen una “imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁽⁶⁸⁾.

Desde esta perspectiva previó el “control de convencionalidad” expresamente en el fallo “Mazzeo”⁽⁶⁹⁾. En dicho precedente, el Máximo Tribunal indicó que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”⁽⁷⁰⁾.

Posteriormente, en el fallo “Videla”⁽⁷¹⁾, el Tribunal Supremo nacional remarcó “que, cabe subrayar, que esta Corte ha precisado que a los efectos de

(64) FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), UNAM-IJ, México, 2011, p. 343.

(65) Al respecto conf. Fallos 318:514, “Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación - causa 32/93” sentencia del 7/4/1995, considerando 11.

(66) CSJN, “Espósito Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, sentencia del 23/12/2004, E. 224. XXXIX.

(67) CSJN, 14/7/2005, “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad y otros”, causa 17.768 C.

(68) CSJN, 14/7/2005, “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad y otros”, considerando 17.

(69) CSJN, 13/7/2007, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad”, M. 2333. XLII.

(70) CSJN, 13/7/2007, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad”, M. 2333. XLII, considerando 20.

(71) CSJN, 31/8/2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”.

resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que 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 (Fallos 330:3248, considerandos 20 y 21)⁽⁷²⁾.

Para finalmente afianzar el diálogo aperturista entre el sistema interno y el sistema interamericano de derechos humanos, en los pronunciamientos “Rodríguez Pereyra”⁽⁷³⁾, “Carranza Latrubesse”⁽⁷⁴⁾ y en la resolución 477/2015, caso “Mohamed”⁽⁷⁵⁾, determinando: “a) los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado”⁽⁷⁶⁾; b) si un Estado ratifica un tratado internacional tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, c) “... a partir de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional”⁽⁷⁷⁾.

El “control difuso de convencionalidad” constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes, que la propia CIDH reconoce en sus sentencias y que entiende que conviene reconocer, fortalecer, sostener y acrecentar, en tanto al extenderse a todos los jueces nacionales, se amplía y acrecienta el control de convencionalidad.

Desde el punto de vista de la doctrina cabe resaltar, conforme desarrolla Mario Midón (2016), que frente a la posibilidad de cuestionarse si las consti-

(72) CSJN, 31/8/2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”, considerando 8.

(73) CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra c. Ejército Nacional”.

(74) CSJN, 6/8/2013, “Carranza Latrubesse c. Estado Nacional”.

(75) CSJN, resolución 477/15.

(76) CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra c. Ejército Nacional”, considerando 12, del voto mayoritario.

(77) CSJN, resolución 477/15, considerando VI.

tuciones nacionales son susceptibles del control de convencionalidad, Víctor Bazán concluye que la respuesta afirmativa se impone, por cuanto el art. 27 de la Convención de Viena nos da la regla. El Estado no puede alegar su derecho interno para incumplir una obligación internacional. Al hablar de expresión “derecho interno” comprende la Constitución política del Estado.

Asimismo, Gil Domínguez indica que cuando una regla de reconocimiento constitucional desde la supremacía de la Constitución invita a los tratados internacionales a respetar su funcionamiento, la validez de las normas inferiores se encuentra sujeta a los controles de constitucionalidad y de convencionalidad.

Sin embargo, hay autores que no comparten este criterio. Así Bianchi si bien no ingresa directamente en el debate entre la Constitución y los tratados internacionales, descalifica la pretensión a que los fallos de la CIDH puedan ser vinculantes para la CSJN. Expresa que si bien el art. 75 inc. 22 CN, le otorgó jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos, no ha modificado el sistema judicial argentino.

En igual sentido, Horacio Rosatti, quien fuera convencional constituyente de la reforma constitucional de 1994 por la provincia de Santa Fe, sostiene que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional, es inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75 inc. 22 y 118 CN.

Sin embargo, Midón expresa que es partidario de sostener la supremacía convencional frente a todo derecho interno. Ello por cuanto el Estado argentino se comprometió no solo en un tratado sino en dos, la Convención de Viena y la Convención Americana de Derechos Humanos; y a la sujeción voluntaria a la decisiones de la CIDH⁽⁷⁸⁾.

Sin perjuicio de las distintas posturas descriptas, nos inclinamos por lo sostenido por Víctor Bazán, Gil Domínguez, Ibarlucía y Midón.

En conclusión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado el deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos y el resto de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Argentina que tienen jerarquía constitucional.

Pero no puedo dejar de mencionar, el reciente pronunciamiento del Alto Tribunal Nacional, en el caso “Fontevicchia”⁽⁷⁹⁾ el que ha sido motivo de

(78) Conf. MIDÓN, Mario A., *Control de convencionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2016.

(79) CSJN, 14/2/2011, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

repensar la corriente aperturista que tuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta esta resolución.

Precedentemente fuimos describiendo cómo nuestro Máximo Tribunal tuvo una posición activa, respecto a la aplicación del control de convencionalidad, convalidando el deber de efectuarlo por parte de todos los jueces locales, *ex officio* si es necesario, para evitar una sanción por irresponsabilidad internacional. Asimismo, explícita que al llevarse a cabo dicho control, no solo debe ajustarse lo dispuesto en la CADH sino también en las interpretaciones que realiza la CIDH.

El reciente caso “Fontevicchia”, donde la CSJN estrena una nueva conformación de sus miembros⁽⁸⁰⁾, se advierte una posición regresiva respecto a las directrices que la propia CIDH había sentado en el proceso principal⁽⁸¹⁾; y en claro retroceso a los propios precedentes que el Alto Tribunal nacional venía sosteniendo.

Ello se evidencia, en la afirmación de que si bien las decisiones de la Corte Interamericana son, en principio, de cumplimiento obligatorio, la CIDH no había actuado dentro del marco de competencias establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽⁸²⁾. A ello le suma el fundamento de que la CIDH no es una cuarta instancia y apela al carácter subsidiario.

La CIDH, en base a las facultades otorgadas por la CADH y por su reglamento de actuación, se limita a examinar si una decisión judicial violó lo preceptuado por la CADH, y de así resultar, fija los puntos y acciones remediales ante esta situación. Es decir, le impone al Estado condenado que adopte los mecanismos necesarios para dejar sin efecto o privar de efectos jurídicos a la decisión adoptada.

(80) El 29 de junio de 2016, Horacio Rosatti presta juramento como ministro de la CSJN, y el 22 de agosto de 2016, presta juramento Carlos Rosenkrantz.

(81) Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29/11/2011, serie C, N° 238, párr. 93.

(82) CSJN, 14/2/2017, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 368/1998(34-M)/CS1, considerando 6 del voto de la mayoría.

El procedimiento que realiza la CIDH es una revisión conforme la tutela internacional, para indicar si hay compatibilidad o no de la conducta del Estado denunciado conforme lo estipulado por la CADH.

Al respecto, Víctor Abramovich nos ilustra, “la competencia convencional de la Corte Interamericana para ordenar que se revisen sentencias de tribunales nacionales es coherente con el principio del previo agotamiento de los recursos internos que contribuye a definir su papel subsidiario... además, si la cosa juzgada en la esfera nacional fuera rígida e inmodificable, la justicia internacional de derechos humanos no tendría razón de ser, se limitaría a adjudicar pagos de dinero para compensar aquello que el dinero no puede nunca compensar, como la vida o la integridad física, o la libertad personal, o la autonomía reproductiva, sin poder restituir a las víctimas en el goce de sus derechos conculcados, que es lo que manda a hacer el artículo 63.1 de la propia Convención Americana. Ésta entiende por reparación precisamente hacer cesar los efectos de la violación, y restituir a la víctima en lo posible a la situación previa al agravio. Si la Corte IDH no pudiera ordenar remedios que apunten a ello, simplemente no existiría tutela internacional efectiva”⁽⁸³⁾.

Es dable precisar que en la resolución que analizamos, la disidencia del juez Maqueda describe, postula y menciona los precedentes de la CSJN de los últimos 20 años, insistiendo en el “deber de cumplir la decisión adoptada por la Corte Interamericana [la que] responde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida la referida responsabilidad (art. 27 de la citada convención; conf. Fallos 315:1492, considerandos 18 y 19, *in fine*, 318:373, considerando 4°, párrafo segundo y 334:1504, considerando 3°, último párrafo, del voto del juez Maqueda)”⁽⁸⁴⁾.

Los recientes pronunciamientos de los doctrinarios oscilan desde posturas más flexibles, entendiendo que es un caso aislado, hacia otras voces más extremistas que indican el fin de la convencionalidad aplicada y el fin de principio *pro homine* por cuanto nunca una interpretación proveniente de la

(83) ABRAMOVICH, Víctor, Comentarios sobre el “Caso Fontevecchia”, nota de opinión 17/2/2017, versión recuperada (9/3/2017): <http://cjdh.unla.edu.ar/noticia/126/comentarios-sobre-el-caso-fontevecchia>.

(84) CSJN, 14/2/2017, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 368/1998(34-M)/CS1, considerando 4, voto del Dr. Maqueda.

convencionalidad va a ser aplicada si colisiona con la Constitución aunque sea más favorable a la persona y al sistema de derechos⁽⁸⁵⁾.

En mi opinión, es claro que hay un cambio de postura, pero que no debe quedar en una disputa entre autoridades interjurisdiccionales, en especial, porque se encuentra en juego la responsabilidad internacional del Estado argentino. Esto nos interpela a avanzar en acciones procesales-normativas que reglamenten en forma clara, sencilla y eficaz el procedimiento de ejecución de sentencias del sistema interamericano de derechos humanos.

1.4. Interpretación constitucional

La función del juez en una sociedad democrática ha evolucionado a la par que el sistema político democrático, generando nuevos contenidos.

En el modelo clásico, ideado por Locke y Montesquieu, el juez no era más que la “boca de la ley”.

Tal es la concepción impregnada en la práctica y la literatura de los siglos XVIII y XIX, que Juan Bautista Alberdi (1852) va a expresar que “La Ley es un Dios mudo: habla siempre por la boca del magistrado. Este la hace ser sabia o inicua... cread la jurisprudencia, que es el suplemento de la legislación, siempre incompleta, y dejad en reposo las leyes, que de otro modo jamás echarán raíz”⁽⁸⁶⁾.

En este modelo el legislador tenía un papel relevante y preponderante, porque encarnaba la racionalidad del sistema y, de esta forma, concentraba el poder.

Desde Locke, la tarea básica del Estado consistía en garantizar la legalidad y las instituciones inmanentes de la sociedad civil. Se configura el Estado de Derecho, que fue adquiriendo un mero aspecto formal, ya que los legisladores atendían los intereses socioeconómicos coyunturales sin que ello responda necesariamente a los valores y principios de la Constitución Política del Estado.

El Estado de Derecho moderno es el Estado constitucional, donde el juzgador cobra un papel relevante, porque interviene en el proceso de producción de la norma al resolver el caso concreto, interpretándola con discrecionalidad e independencia, validándola constitucionalmente, para brindar soluciones razonables y justas.

(85) La Corte Suprema de Justicia y un inexplicable retroceso en materia de derechos humanos, nota de opinión, versión electrónica recuperada 3/3/2017: <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2017/02/la-corte-suprema-de-justicia-y-un-html?sref=fb&m=1>

(86) ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, cit., p. 177.

“El siglo XIX descubrió la libertad, pero no pudo idear que esta tendría que ser ofrecida de un modo general, y que para ello era absolutamente imprescindible la igualdad de su disfrute. Cada siglo tiene su conquista, y a la altura del actual debemos reconocer que, así como el pasado se limitó a obtener la libertad, el nuestro debe proponerse la justicia”⁽⁸⁷⁾.

En el siglo XXI, el juez es garante de los derechos fundamentales, ello hace no solo a los derechos individuales, sino a los sociales, económicos, culturales, ambientales, del usuario-consumidor, de los medios de información y tecnológicos, entre muchos otros⁽⁸⁸⁾.

Como lo he sostenido en varias ponencias, el juez es aquella persona que tiene vocación de servicio, autoridad y potestad para juzgar⁽⁸⁹⁾.

Hace décadas las decisiones de los magistrados judiciales no eran relevantes para la construcción del imaginario social. Actualmente la combinación de la masificación de los sistemas de comunicación social y cierto debilitamiento institucional hace que tales decisiones sean socialmente significativas. Por ello, es necesario que el juez cumpla en sus decisiones con requisitos mínimos. Atienza y Kemelmajer hablan de racionalidad comunicativa, jurídico formal, pragmática, técnica y ética⁽⁹⁰⁾.

He querido tomar dichos fundamentos y aplicarlos desde la argumentación jurídica, tal como lo explica Rodolfo Vigo, consistente en exponer argumentos o razones que avalen una posición en cuestiones jurídicas debatidas, conflictivas o dudosas, a los fines que la misma resulte más y mejor justificada, y así logre vencer racionalmente a cualquier otra alternativa⁽⁹¹⁾.

En consecuencia, la Magistratura debe cumplir con los siguientes recaudos mínimos: -Argumentación comunicativa: el juez está obligado a dar razones, pero debe hacerlo en forma comprensible, en lenguaje sencillo y claro.

(87) Discurso del General Juan Domingo Perón en ocasión de la Asamblea Constituyente de 1949 - La realidad de los cambios sociales, en BOGADO, Adrián F., *Constitución de la Provincia de Formosa, comentada, anotada y concordada*, KAS-ACEP, 2014, p. 19.

(88) En este apartado hemos seguido los fundamentos que expone Dr. Juan Morales Godo, profesor de la Academia de la Magistratura del Perú, en su ensayo “La función del juez en una sociedad democrática”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe>.

(89) XVIII Congreso Nacional de Capacitación Judicial, Ponencia “El rol del juez y acceso a justicia”, San Juan, 26 de setiembre de 2014; XIX Congreso Nacional de Capacitación Judicial, Ponencia “El juez formador”, Reflejar, Misiones, 12 de junio de 2015; VII Conferencia Nacional de Jueces, Ponencia “Federalismo y Justicia”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 28 de octubre de 2016.

(90) KEMELMAJER, Aída, *Derechos y Garantías en el siglo XXI*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

(91) VIGO, Rodolfo, “Argumentación constitucional”, Ponencia presentada en el I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Cancún, México, mayo 2008, ps. 27-70, recuperado www.juridicas.unam.mx.

Explicar qué, cómo y por qué se hace, hoy un desafío. Es abrir el puente entre la sociedad y la justicia. -Argumentación jurídico formal: la decisión debe insertarse armoniosamente en el sistema jurídico sin producir contradicciones. -Argumentación pragmática: la decisión debe ser de cumplimiento posible. -Argumentación ética: la decisión debe tener una justificación moral⁽⁹²⁾.

Para tan delicada y compleja tarea y misión, nos delinea Víctor Bazán, “en este remozado escenario, brotaron asimismo nuevas exigencias para el juez constitucional (también para la doctrina y la dogmática jurídica) en punto a generar técnicas y métodos de interpretación que le permitieron dar respuestas a las crecientes demandas de aplicación de la ley fundamental”⁽⁹³⁾.

1.4.1. Interpretación de la Constitución y de las leyes

Los métodos interpretativos constituyen un recurso fundamental para el juez a fin de dar, en lo posible, la mejor respuesta con fuerza de convicción.

1.4.1.1. Métodos y técnicas de interpretación constitucional

Inmensamente amplio e inabarcable es el universo de instrumentos de hermenéutica constitucional. Si bien abordaré la hermenéutica jurídica dentro del paradigma neoconstitucionalista, describiré a grandes pinceladas los principales métodos de interpretación que se desarrollaron a partir del siglo XIX y que han evolucionado hasta la actualidad.

Los métodos interpretativos clásicos, a los que Bazán señala “aquellos diseñados por la pluma de Savigny a mediados del siglo XIX, son el gramatical, el histórico, el lógico y el sistemático”⁽⁹⁴⁾.

La interpretación, para Savigny, está encaminada a reconstruir el pensamiento del legislador que se encuentra inmerso en la ley. Cabe señalar que su definición se enmarca en el contexto político-histórico, devenido de la Revolución Francesa, donde “el derecho era lo contenido en la ley y ésta era el resultado libérrimo e infalible de la voluntad general”⁽⁹⁵⁾.

(92) Para tal afirmación he tomado el análisis que realiza la exministra de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, la Dra. Áída Kemelmajer de Carlucci, en “El Poder Judicial hacia el siglo XXI”, en *Derechos y Garantías...*, cit., ps. 62-63. La jurista parafrasea a Atienza, el que refiere a la racionalidad legislativa, pero que en su opinión los conceptos son trasladables a la decisión judicial. He decidido seguir la corriente de Alexy, R. al fundarlo en la argumentación jurídica.

(93) BAZÁN, Víctor, “Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenientes: recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos”, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, p. 75.

(94) Para ampliar respecto al alcance de cada uno de los métodos interpretativos clásicos, se puede consultar el desarrollo realizado por BAZÁN, Víctor, “Control de las omisiones...”, cit., p. 76 y su referencia de nota a pie de p. 80.

(95) VIGO, Rodolfo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo, riesgo y prevenciones”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*,

El método hermenéutico liberal-positivista que parte de la premisa de que la Constitución puede ser interpretada mediante los mismos métodos empleados para interpretar las leyes, entró en crisis, principalmente relacionada con la negativa de aceptar una posible conexión entre el derecho y la moral.

Es así que la compleja realidad que se avizora y construye a partir de finalizada la Segunda Guerra Mundial, ha llevado a los teóricos del derecho y doctrinarios a apelar a nuevos enfoques interpretativos o realizar una combinación de herramientas propias de la interpretación constitucional. “En este nuevo marco ya los jueces no pueden quedar reducidos a ser la ‘boca inanimada de la ley’, sino que les reclamará que al decir el derecho (iurisdictio) digan también el derecho constitucional y no sólo el legal...”⁽⁹⁶⁾.

Peter Haberle desarrolla el quinto método de interpretación jurídica, después de los cuatro clásicos desarrollados por Savigny. Este autor refiere a que la tesis acerca del derecho comparado como quinto método de interpretación por él desarrollada, es congruente con el principio científico-cultural, constatando que otras ciencias y artes trabajan, de manera llamativa, como la jurídica. Los valores consagrados por la Constitución son los de una determinada comunidad en un momento histórico preciso. “(...) en la ‘simple’ interpretación del derecho vigente (incluido el constitucional) resulta valiosa la comparación jurídica científico-cultural. Sólo ella puede aclararnos por qué textos con el mismo tenor literal, en el curso del tiempo o desde el principio están abiertos a y necesitados de una interpretación diferente”⁽⁹⁷⁾.

Es en especial, después de la Segunda Guerra Mundial, que los doctrinarios se debaten en torno a la especificidad de la interpretación constitucional, y Forsthoff (discípulo de Carl Schmitt) es quien va a sostener la inexistencia de una metodología propia.

Pero su maestro, va a responderle con su interesante ensayo la “tiranía de los valores”. Schmitt realiza un ataque virulento a los valores como fundamento de la decisión jurídica que es fácilmente proyectable a la decisión jurídico-constitucional, en cuanto es éste el campo en que seguramente con mayor profusión se emplea. “Entiende Schmitt que los valores se introducen en los textos positivos constitucionales en la postguerra, precisamente con la Constitución de Weimar. Y desde entonces constata la fe ciega de los tribunales alemanes en la lógica de los valores”⁽⁹⁸⁾.

“Interpretación constitucional y jurisdicción electoral”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, t. VI, p. 263. También se puede consultar en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/pl2560.htm>.

(96) VIGO, Rodolfo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo, riesgo y prevenciones”, en *La Ciencia del Derecho...*, cit., p. 256.

(97) HÄBERLE, Peter (1998), *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., p. 463.

(98) RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, “Valores e interpretación jurídica”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Laguna, nro. 13, 1996, p. 340.

Sin embargo, la exigencia de un método específico de interpretación de la Constitución debe situarse en un momento anterior, pues ya R. Smend, en su teoría de la integración, buscaba enlazar una forma diferente de entender la Constitución con las ciencias del espíritu⁽⁹⁹⁾.

El sentido del Estado y la Constitución es contribuir a la integración de la comunidad nacional, y esta se da a través de la vivencia común de instituciones y valores, y los derechos fundamentales⁽¹⁰⁰⁾, en tanto “representantes de un sistema de valores concretos, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenido en la Constitución”⁽¹⁰¹⁾.

Como bien sintetiza Aránguez Sánchez, la filosofía, en su preocupación por la búsqueda de la verdad, ha planteado todas estas tesis mencionadas: el realismo aristotélico, el idealismo kantiano, el perspectivismo de Ortega, la tesis hermenéutica de Gadamer, el pragmatismo de William James o el consensualismo de Karl Otto Apel. En el derecho estas amplias teorías encuentran su específico desarrollo, sus matices, y sus respectivos autores de referencia. Baste citar a Kelsen (relativista), a Holmes (el gran pragmático) o a Rawls y Habermas como consensualistas. La búsqueda de la verdad de los filósofos es la misma que ha de realizar el intérprete del derecho⁽¹⁰²⁾.

Si bien la Constitución, como norma jurídico-fundamental, está diseñada para perdurar en el tiempo, la misma debe estar sujeta a nuevas reinterpretaciones necesarias de acuerdo con los cambios sociales, históricos, políticos, económicos y culturales.

Es así que la Europa de postguerra, va a priorizar el constitucionalismo material, en especial a partir de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Es vasta la literatura y autores que desarrollan las distintas formulaciones metodológicas en materia de interpretación constitucional; pero debido a razones de brevedad que este trabajo me impone, solamente mencionaremos algunos modelos de interpretación neoconstitucionales.

1.4.1.1.1. Método tópico

Theodor Viehweg, en 1953, publica su obra *Topik und Jurisprudenz*. Dicho método se enrola en relación al pensamiento problemático. La tópica permite localizar distintos puntos de vista para un mismo asunto. Esos pun-

(99) SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1985.

(100) Conf. SANZ BURGOS, Raúl (2010), “Sobre la interpretación de los derechos fundamentales”, en *Derechos humanos: temas y problemas*, MAQUEDA ABREU, Consuelo y BULLÉ GOYRI, Víctor M. (coords.), UNAM-III, México, ps. 351-390.

(101) SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho...*, cit., p. 233.

(102) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Tasia, “La interpretación del derecho constitucional europeo”, *Anuario del Pensamiento Crítico*, Videtur Quod, ISSN 1989/3167, 2010, p. 213. Recuperado 24/6/2016, http://www.liberlex.com/archivos/interpretatio_DCE.pdf.

tos de vista aportan cadenas de deducciones que llevan a posibles soluciones. Lo que proponía Viehweg era una concepción más dinámica de la jurisprudencia, capaz de afrontar los problemas por encima de las diferentes reglas técnicas a las que se recurre habitualmente.

La tónica es un método abierto, un sistema de argumentación no deductivo, “que no parte de verdades absolutas y que contempla al derecho como un proceso social siempre inacabado”⁽¹⁰³⁾.

1.4.1.1.2. Ponderación, jerarquización o balancing test en EE.UU.

Se enmarcan dentro de lo que la doctrina ha denominado el conflictivismo o posturas conflictivas. Los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, lo cual lleva a aceptar que los conflictos se hacen inevitables. Es decir, “los derechos están o pueden estar en conflicto entre sí en los casos concretos”⁽¹⁰⁴⁾.

Siguiendo a Castillo-Córdova, los que parten de una visión conflictivista de los derechos humanos, la solución que utilizan son la jerarquía y la ponderación de derechos⁽¹⁰⁵⁾.

La jerarquización de derechos “consiste en el establecimiento de un rango o pirámide de derechos de modo tal que, al entrar en conflicto entre sí, prime el jerárquicamente superior”⁽¹⁰⁶⁾.

En cualquier caso, al decir de Castillo-Córdova, “para quienes emplean este mecanismo existe el convencimiento que los criterios que definirán la jerarquización con mayor o menor dificultad terminarán por configurarse siempre”⁽¹⁰⁷⁾.

Respecto a la ponderación de derechos o el *balancing test* es un método que consiste en contrapesar los derechos fundamentales que colisionan —de acuerdo con las circunstancias del caso—, para determinar cuál so pesa más, y cual debe prevalecer desplazando a otro derecho, el cual, debe rendirse. Solo mencionaré que existen tres tipos de *balancing*; a) el *balancing* amplio, conocido en derecho alemán como contrapeso o ponderación de bienes

(103) BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 85.

(104) TOLLER, Fernando M., “Los derechos *in concert*, metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales”, en CIANCIARDO, J. (coord.), *Constitución y neoconstitucionalismo y derecho. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, Porrúa, México, 2012, p. 113.

(105) Conf. CASTILLO-CÓRDOVA, L., ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?, *Cuestiones Constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional*, Universidad de Piura, México, 2005, recuperado [<http://pirhua.udep.edu.pe/>]

(106) TOLLER, Fernando M., “Los derechos *in concert*, metodologías...”, cit., p. 113.

(107) CASTILLO-CÓRDOVA, L., ¿Existen los llamados conflictos...”, cit., p. 7.

(*Güterabwägung*) o de valores constitucionales (*Wertabwägung*); b) el *balancing* en sentido estricto, llamado también *ad hoc balancing* y c) *definitional balancing*, o *balancing* definitorio⁽¹⁰⁸⁾.

Adherir al conflictivismo y sus métodos interpretativos tiene varios detractores, entre los que sostienen que la ponderación vulnera los principios de concordancia práctica y unidad de la constitución; y el conflictivismo deja de lado el principio lógico de no contradicción; “...no se trata de ‘limitar’ un valor o de darle prioridad a un valor mientras se daña a otro; de lo que se trata es de comprender el sentido de los preceptos constitucionales en su conjunto y en su relación con la realidad. Los límites no se ‘establecen’ por la fuerza de un valor antagónico. Los límites ya existían y se manifiestan cuando el sistema constitucional ha de dar respuesta al caso concreto. La profundización es la tarea de aplicar los conocimientos de derecho constitucional al caso de manera que la Constitución salga fortalecida en su conjunto. Para estos autores la ponderación sacrifica valores y derechos por la mera comodidad que aporta gozar de una regla que aplicar rápida y sistemáticamente para resolver casos complejos”⁽¹⁰⁹⁾.

En conclusión, ambos métodos de interpretación guardan entre sí un alto grado de semejanza, pues uno de los bienes o derechos puede ser preferido absolutamente y en abstracto, o condicionadamente y en concreto —jerarquización y balance, respectivamente—, pero en definitiva acaba otorgándose prevalencia a uno sobre otro en caso de conflicto. Así, la jerarquización sacrifica en abstracto a uno de los bienes aparentemente en pugna, el *balancing test* lo hace en concreto⁽¹¹⁰⁾.

1.4.1.1.3. La argumentación jurídica y la argumentación jurídica constitucional

El profesor Rodolfo Vigo nos ilustra diciendo que “la argumentación es el nuevo nombre para explicar la tarea judicial que viene a reemplazar al decimonónico de la interpretación, y de ello —reiteremos— porque el derecho y el Estado han cambiado sustancialmente, lo que torna difícil conservar aquel concepto cuando ya no refleja semánticamente lo que se pretendía”⁽¹¹¹⁾.

Los principales exponentes, a nuestro criterio y siguiendo a Atienza, son MacCormick y Alexy.

(108) Se puede ampliar la descripción de cada tipo en BOULIN, V., BERTELSEN, I., SIMONETTI, S., *Interpretación constitucional para una sociedad en conflicto*, LL Online; recuperado [<http://www.slg.la/wp-content/uploads/sociedad.pdf>].

(109) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Tasia, “La interpretación del derecho constitucional...”, cit., ps. 287-288.

(110) SERNA, Pedro - TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 13.

(111) VIGO, Rodolfo, “Argumentación constitucional”, cit., p. 24,

“Lo curioso del caso es, más bien, que aun proviniendo de tradiciones filosóficas y jurídicas muy distintas (en el caso de MacCormick sería básicamente Hume, Hart y la tradición, no solo la inglesa, sino también la escocesa, del *common law*; en el de Alexy, Kant, Habermas y la ciencia jurídica alemana) llegan a formular al final concepciones de la argumentación jurídica esencialmente semejantes”⁽¹¹²⁾.

La argumentación práctica en general y la jurídica en particular, en MacCormick cumple una función justificadora, incluso con el fin de persuasión, ya que solo se puede persuadir si los argumentos están justificados.

Alexy parte de la argumentación práctica general para aplicarla al campo del derecho. Postula que en las decisiones judiciales o resoluciones emitidas por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto.

Alexy “no solo opta por un ‘constitucionalismo moderado’ sino que se hace cargo tanto del peligro de una ‘infraconstitucionalización’ como de la ‘sobreconstitucionalización,’ e intenta elaborar una respuesta a ambos errores”⁽¹¹³⁾.

Desarrolla un concepto de derecho que distingue dos elementos centrales: procedimientos y normas jurídicas. El derecho como sistema de procedimiento consiste en un modelo con cuatro niveles diferentes. Primero se ubica el procedimiento del discurso práctico general, luego la creación del derecho, a continuación, el discurso jurídico y por último el procedimiento judicial.

Asimismo, Atienza pregona en la nueva concepción del derecho, el postpositivismo o constitucionalismo, el derecho no puede verse como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad, sino además como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación⁽¹¹⁴⁾. Realiza una distinción interesante entre “el resultado y las consecuencias de una acción. El resultado de la acción del juez al decidir un caso radica en producir una norma válida, mientras que las consecuencias son los estados de cosas posteriores al resultado y vinculado con él”⁽¹¹⁵⁾.

1.4.1.1.4. *El pluralismo metodológico y universalización*

A la par de que se desarrolla en la ciencia política o en la teoría política el pluralismo político y social, en el plano de la hermenéutica jurídica se desarrollará el pluralismo metodológico.

(112) ATIENZA, Manuel, “Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica”, Instituto de Investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, nro. 134, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 106.

(113) VIGO, Rodolfo, “Argumentación constitucional”, cit., p. 405.

(114) Para ampliar se puede consultar BAZÁN, Víctor, “Control de las omisiones...”, cit., p. 85.

(115) BAZÁN, Víctor, “Control de las omisiones...”, cit., p. 87.

El contexto de surgimiento se encuentra cuando entra en crisis la concepción clásica del Estado y soberanía.

“El reemplazo de la noción unívoca de fundamentación del derecho por la asunción del pluralismo constitucional es el otro proceso de cambio de época que describe Zagrebelsky”⁽¹¹⁶⁾.

Propugna Zagrebelsky, “(...) el pluralismo de métodos es un rasgo esencial de nuestra cultura jurídica. Esto se muestra con claridad desde la escuela histórica, en cuya teoría de la interpretación confluían la gramática y la sintaxis, la lógica, la historia y el sistema. A tales criterios se añaden otros, como la comparación de los principios jurídicos, consecuencia tanto de la aproximación entre los derechos como de la creación de un nuevo derecho común, o el análisis económico del derecho, que introduce entre los datos a tomar en consideración en la aplicación de las normas jurídicas, el cálculo de la relación entre costes y beneficios y las consecuencias redistributivas del producto social”⁽¹¹⁷⁾.

Aparece una actitud metodológica multidisciplinar y holística que radica en una concepción abierta y flexible que parte de la enorme diversidad y pluralidad de las ciencias jurídicas.

El principal aporte de Zagrebelsky es abogar por una *Constitución abierta*⁽¹¹⁸⁾, abierta a lo jurídico, es decir, a la convivencia de principios; y abierta a lo político, es decir, a la convivencia con otros Estados; este es el gran desafío del constitucionalismo moderno. Aparece aquí el dilema de apertura al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Es decir, desarrolla el concepto de *derecho dúctil*, la ductilidad en el derecho es sobre todo ductilidad constitucional, abriendo las puertas a la democratización de la hermenéutica jurídica.

1.4.2. *Un estadio superador: la interpretación armonizadora de los derechos fundamentales y pro persona*

Fernando Toller es el principal crítico de la doctrina del conflictivismo y de dos de sus metodologías: la jerarquización de los derechos y el *balancing test*⁽¹¹⁹⁾.

“Los derechos pueden ser reglamentados, ordenados, pero no restringidos, limitados”⁽¹²⁰⁾. Ellos no pueden ser sacrificados unos por otros, y/o

(116) BAZÁN, Víctor, “Control de las omisiones...”, cit.

(117) ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1991, p. 9.

(118) La Constitución abierta “permite la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática”, ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 14.

(119) Al respecto ambas teorías metodológicas han sido descritas en 1.4.1.1.2 del apartado anterior.

(120) TOLLER, Fernando M., “Los derechos *in concert*, metodologías...”, cit., p. 112.

jerarquizados. Para ello propugna una armonización de derechos, es decir, que funcionen en armonía, que “estén *in concert*”⁽¹²¹⁾

Su propuesta interpretativa se resume en: a) los derechos no pueden estar en conflicto, sino que son armónicos; b) la función del juez no será sacrificar derechos sino, en realidad, determinar qué derecho, de quién, y en qué proporción, está presente en el caso; c) hay que apelar a la garantía del contenido esencial (art. 19 de la Ley fundamental de Bonn), y art. 28 de nuestra Constitución Nacional (garantía de la inalterabilidad de los derechos); d) interpretar desde el contenido esencial es buscar modos de compatibilidad que respeten el núcleo fundamental de cada uno de esos derechos, evitando que ninguno se vea realmente frustrado; e) es posible que la solución en el caso concreto sea el control de razonabilidad o proporcionalidad; f) de la correlación entre las reglas de inferencias inmediata derivadas del principio de no contradicción, el test de razonabilidad aplicado a las pretensiones de las partes y la garantía del contenido esencial, el intérprete podrá obtener como resultado cuál de las partes tiene derecho o quién lo ejerce legítimamente⁽¹²²⁾.

Respecto a esta postura cabe señalar que nuestro Máximo Tribunal ha sido fluctuante al respecto, en varias oportunidades ha adherido a la teoría de la armonización de derechos, pero muchas otras veces ha adoptado una visión conflictivista de los derechos fundamentales⁽¹²³⁾.

En tal sentido, uno de los primeros fallos⁽¹²⁴⁾ de nuestra Corte nacional, avizoraba esta visión conciliatoria, “...la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando, como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto”⁽¹²⁵⁾.

Por último, nos enrolamos en esta corriente, la armonización de derechos fundamentales, para la interpretación de derechos. Siendo la interpretación jurídica que respeta el contenido esencial de los mismos.

1.4.3. Reglas de preferencia. Interpretación de la Constitución e interpretación de las leyes

Muy brevemente en este apartado señalaré las reglas de preferencia más utilizadas o de mayor impacto en la interpretación constitucional y normativa por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(121) TOLLER, Fernando M., “Los derechos *in concert*, metodologías...”, cit., p. 112.

(122) TOLLER, Fernando M., “Los derechos *in concert*, metodologías...”, cit., ps. 118-120.

(123) Para mayor detalle consultar TOLLER, Fernando M., “Los derechos *in concert*, metodologías...”, cit., p. p. 120.

(124) CSJN, 19/9/1864, “Benjamín Calvete”, Fallos 1:299-301.

(125) Considerando tercero, “Benjamín Calvete”, Fallos1:300, 1864.

Como señala Néstor Sagüés, las reglas de preferencia son explicadas por la Corte nacional cuando habla de la interpretación de las leyes, pero también, en ciertos casos, las menciona cuando detalla la interpretación de la Constitución. Además, el cimero tribunal ha señalado que las pautas sobre interpretación de las leyes valen para la interpretación de la Constitución y en otros fallos ha indicado que interpretar a la Constitución no es interpretar una ley ordinaria, dado que la primera sienta bases normativas generales que fijan el marco de posibilidades del legislador y están destinadas a gobernar la vida de las generaciones futuras⁽¹²⁶⁾.

Algunas reglas de preferencia adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación son:

(i) *La interpretación literal*. Es una de las reglas o métodos tradicionales o clásicos, del cual existe una larga y profusa consideración doctrinaria tanto a nivel nacional como en el derecho comparado. Variados son los pronunciamientos que ha realizado el Máximo Tribunal, ellos oscilan entre que la interpretación de las palabras de la ley se debe atener a su sentido vulgar o lexicográfico, hasta pronunciamientos donde se expresa que a la ley se le debe asignar un estricto enfoque técnico jurídico. (Fallos 77:327, 308:1745, 311:2751, 314:1018, 315:2999, 320:2649, 324:1740, 323:3139, 324:2780, 324:3345, entre muchos otros).

(ii) *Primacía de la voluntad del legislador* sobre la interpretación literal y/o cualquier otra tesis de mejor interpretación. Es una interpretación tipo voluntarista, busca respetar la “voluntad” del legislador prestando atención especialmente a la voluntad expuesta por el mismo.

Así encontramos: “la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador” (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167), así como que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como este la concibió (Fallos 300:700, 321:1614; 324:415, entre otros).

(iii) *El mito del legislador-constituyente perfecto*. Nos explica Sagüés que hace referencia a la doctrina de la primacía de la voluntad del autor de la norma sobre el texto de ella. Implica presumir que el derecho es claro, preciso, coherente, sin lagunas, no hay términos superfluos o redundantes (Fallos 324:2153; 316:1321; 319:3243; 311:460).

(iv) *Interpretación dinámica de la realidad*. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele a ello el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera o no

(126) En este tema se ha seguido al profesor Néstor Sagüés. Por ello invitamos para mayor abundamiento, consultar SAGÜÉS, Néstor P., “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, JA-2003-IV-1220.

se enfrentaba a peligros de efectos catastróficos. La propia Constitución argentina, por algo se ha conceptualizado como un instrumento político provisto de extrema flexibilidad para adaptarse a todos los tiempos y a todas las circunstancias futuras, no escapa a esta regla de ineludible hermenéutica constitucional, regla que no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino por el contrario, defender la Constitución en el plano superior que abarca su perdurabilidad y la propia perdurabilidad del Estado argentino para cuyo pacífico gobierno ha sido instituido⁽¹²⁷⁾.

(v) *Primacía de la interpretación teleológica*. Procura guiarse por los “fines últimos” enunciados por la propia Constitución (Fallos 311:2751, 324:2885, 312:111).

(vi) *Doctrina de la interpretación armonizante entre la norma infraconstitucional y la Constitución*. Es una regla interpretativa uniforme donde las normas inferiores a la Constitución deben conformarse con el espíritu y la letra de esta. “Es un principio hermenéutico utilizado por este tribunal desde sus primeros precedentes que en el marco de aquella operación lógica y jurídica se deben computar la totalidad de los preceptos del ordenamiento jurídico y, de sobremanera, la adecuación de la conclusión que se postule con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 255:192; 285:60; 299:93; 302:1600), desde el momento en que esa integración y sistematización debe respetar los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que estos son valorados por el todo normativo (Fallos 312:111; 314:1445)⁽¹²⁸⁾.”

(vii) *Interpretación conforme*. Hacemos referencia a un estadio superior en la exigencia hermenéutica. A lo dispuesto en el apartado (vi) se le suma la interpretación conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es decir, un polo interno, constitucional y un polo externo, convencional. Tiene por finalidad evitar la aparición de antinomias entre normas de diversos grados jerárquicos.

En opinión de Ferrer Mac Gregor este criterio hermenéutico no es disponible para el juzgador, es decir, “no es optativo para el juez, sino que constituye un mandato constitucional obligatorio cuando se trate de interpretar normas de derechos humanos”⁽¹²⁹⁾.

En síntesis, no hay una única respuesta y no hay un único modo de interpretación. La Constitución admite varias interpretaciones, por lo que en este

(127) Conf. causa: P.137.XXIII “Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía B. C. R. A.) s/ amparo”, 27/12/1990). (Ver también, considerando 14, CSJN, 27/12/1996, “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos”).

(128) Considerando 16, voto de Carlos Fayt, CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia”, 21/11/2006.

(129) FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control...”, cit., p. 344.

punto nos enrolamos en la doctrina de la interpretación dinámica y armonizante, que conjugue la decisión más justa y razonable que se pueda alcanzar.

1.5. Fin de capítulo

La Constitución determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás normas internas del Estado y la forma de incorporar y darle eficacia a las normas y principios provenientes del derecho internacional, en especial, en materia de derechos humanos.

Por ello, entiendo que “[...]es en la Constitución el espacio del derecho vigente donde deben generarse aquellas definiciones genéricas y específicas constitutivas de la teoría de la interpretación o argumentación jurídica que se prescribirá o aconsejará a los juristas que operarán ese particular sistema jurídico. En el derecho constitucional se define medularmente las características centrales de la teoría de la interpretación o argumentación jurídica vigente para ese sistema jurídico”⁽¹³⁰⁾.

El camino alcanzado por la jurisprudencia nacional determina que, en la actualidad, los jueces nacionales no tienen ningún obstáculo para proceder al control de constitucionalidad, inclusive *ex officio* del mismo, como así también el control de convencionalidad.

Sin embargo, algunos pronunciamientos nos describen una situación de inestabilidad respecto al diálogo, el compromiso y a la responsabilidad entre lo preceptuado por el sistema internacional de derechos humanos y las interpretaciones y aplicaciones de los operadores locales; y viceversa. Entiendo que transitamos un proceso de gestión en el camino del diálogo interjurisdiccional en materia de control de convencionalidad y muy especialmente, en su aplicación a los derechos económicos, sociales y culturales.

Finalmente, comparto lo expresado por el profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán, “El papel que en los últimos años ha asumido el operador jurídico, al desprenderse de los métodos de interpretación tradicionales e involucrarse en las nuevas dinámicas de la interpretación y argumentación jurídica, ha favorecido la justificación de decisiones racionales y razonables conforme a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual revela ya la importancia que el juzgador asume en la aplicación de los principios a través de la labor argumentativa judicial”⁽¹³¹⁾.

(130) VIGO, Rodolfo, “Argumentación constitucional”, cit., p. 57.

(131) ANGULO LÓPEZ, Geofredo, “La ductilidad como núcleo esencial del derecho: la reforma al artículo 1º de la Constitución Mexicana”, *Revista de Estudios Jurídicos* (Segunda Época), nro. 14/2014, ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén, España, 2014, p. 9. Versión electrónica: [rej.ujaen.es].

CAPÍTULO 2

ESCENARIO NORMATIVO-INSTITUCIONAL. DERECHOS HUMANOS Y DERECHO LABORAL

2.1. Construcción del sistema de control de convencionalidad en el derecho del trabajo

El presente capítulo tiene por objeto explorar, averiguar e indagar si podemos contar con un sistema de control de convencionalidad propio para el fuero laboral o derecho del trabajo.

El trabajo es el eje motor de toda organización social. Ocupa un lugar central en la vida de las personas y de las sociedades, es el mecanismo aglutinador, de inclusión e integración. Es lo que permite formular la identidad colectiva de una sociedad.

La introducción del concepto de trabajo decente por parte de quien fuera el director de la OIT, Juan Somavía, en 1999, ha implicado abordar el concepto de trabajo a nivel mundial y universal, en sentido amplio, incluyendo aspectos sociales, económicos y éticos; además de un abordaje multidisciplinar, desde diversas dimensiones, que permite implementar, ejecutar políticas socioeconómicas orientadas a la mejora de las condiciones de trabajo.

Sumado a que es indiscutible que el principio rector del derecho laboral es el protectorio (art. 14 bis de la Constitución Nacional). Es decir, que a partir de dicho axioma se orienta el derecho del trabajo.

La reforma constitucional de 1994 implicó un gran cambio en el régimen de los tratados internacionales, diseñando un nuevo esquema de relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno.

Esto ha provocado que el art. 14 bis de la Constitución Nacional se vea ampliado por los tratados de jerarquía constitucional impactando en el fortalecimiento del orden público laboral.

Aquí aparece el control de convencionalidad como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional.

Intentaremos en las páginas siguientes justificar que existe y que debe ser implementado un control de convencionalidad específico para los derechos económicos, sociales y culturales, en especial, el derecho al trabajo. Es decir, un control de convencionalidad del trabajo, o de materia laboral.

La sola existencia de una obligación internacional en materia de derechos humanos genera para el Estado que la asume la obligación de garantizar su cumplimiento. En nuestro caso de análisis, la principal obligación de los Estados Partes es velar por la realización progresiva del ejercicio del derecho al trabajo. Para ello, recorreremos la construcción del plexo normativo del sistema internacional de derechos humanos y su evolución conceptual, histórica y legal, referida específicamente a los derechos económicos, sociales y culturales, en pos del resguardo del trabajador, su accionar y sus garantías.

2.2. Delimitación conceptual preliminar: El trabajo

Previamente es necesario delimitar algunos conceptos preliminares, esto es, a qué nos referimos cuando hablamos de derecho al trabajo.

Sin perjuicio de que posteriormente realizaremos una breve referencia a la evolución histórica y normativa del derecho del trabajo, partiremos de indicar que el concepto de trabajo ha sido una construcción histórica y social, la que ha mutado su contenido, significado y valor conforme los distintos procesos históricos y los distintos contextos ideológicos, sociales, económicos y culturales, por ello se indica que es un concepto en permanente revisión.

A los fines del presente trabajo, adoptaremos el concepto de trabajo y de derecho a trabajar, tal como lo señala el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)⁽¹³²⁾. Así, el texto del PIDESC nos brinda el concepto y alcance del derecho al trabajo.

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”⁽¹³³⁾. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”⁽¹³⁴⁾.

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección... d) El derecho de huelga”⁽¹³⁵⁾.

(132) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Culturales (en adelante PIDESC).

(133) Art. 6(1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(134) Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(135) Art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Es decir, vamos a adoptar el marco teórico y premisas básicas que nos ilustra la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35º período de sesiones, Ginebra, 24 de noviembre de 2005.

El derecho al trabajo es un derecho fundamental, reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de su art. 6º, trata este derecho más extensamente que cualquier otro instrumento. El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su art. 6º y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento, en el art. 1º, del derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo. La dimensión colectiva del derecho al trabajo se aborda en el art. 8º, que estipula el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente⁽¹³⁶⁾.

De lo expuesto podemos tomar tres grandes premisas: a) el trabajo es un derecho humano fundamental, b) es un medio de supervivencia y un medio de bienestar social ya que permite el desarrollo personal y la aceptación e integración social de quien realiza una labor o trabajo, c) el derecho al trabajo no se circunscribe solamente al trabajo a sueldo o a lo que se conoce como empleo, pues abarca todas las actividades humanas que le permiten a las personas “ganarse” la vida.

Respecto a esto último, “[...]significa que una concepción amplia del derecho al trabajo incluye el realizado tanto por los trabajadores independientes o que desarrollan labores por cuenta propia, como el de los trabajadores que prestan sus servicios a un empleador bajo la modalidad de un contrato de trabajo. En efecto, el derecho al trabajo se puede ejercitar por cuenta propia o en relación de dependencia”⁽¹³⁷⁾.

En síntesis, el trabajo es un derecho humano, y se lo comprende como “el derecho a participar en las actividades de producción y prestación de servicios de la sociedad y el derecho a participar en los beneficios obtenidos

(136) Conf. Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35º período de sesiones, Ginebra, 24 de noviembre de 2005.

(137) Defensoría del Pueblo Colombia, “Contenido y alcance del derecho individual al trabajo”, Bogotá, 2005, ps. 13-14, ISBN: 958-9353-50-9, recuperado [www.corteidh.or.cr/tablas/r26115.pdf].

mediante estas actividades conjuntas en una medida que garantice un nivel de vida adecuado”⁽¹³⁸⁾.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, fortaleció lo previsto en el PIDESC, respecto al derecho a trabajar, al determinar que “[...] el progreso y el desarrollo social exigen que se garantice el derecho de toda persona a trabajar y a la participación de todos los miembros de la sociedad en un trabajo productivo y socialmente útil. Esto de conformidad con los derechos humanos, las libertades fundamentales y los principios de justicia, en aras de crear condiciones que lleven a una auténtica igualdad entre todos los hombres y mujeres”⁽¹³⁹⁾.

Esto es, se termina de configurar el concepto de trabajo digno. Es decir, trabajo y dignidad humana son consecuentes, interrelacionados y engendrados en un mismo concepto. No es posible separar el derecho al trabajo de la dignidad humana. “El trabajo digno es entendido como aquel que se realiza en condiciones propicias que garanticen al trabajador la satisfacción más plena posible de todos sus derechos, enunciados de manera exhaustiva en el derecho internacional de los derechos humanos”⁽¹⁴⁰⁾.

Ha señalado Ermida que, “según lo ha expresado el Tribunal Constitucional español, de la estima que merece toda persona por el solo hecho de serlo; es el respeto debido a todo ser humano y su derecho a vivir una vida digna. Incluye, por tanto, el derecho a condiciones mínimas de existencia, que deben ser aseguradas por el Estado y por el orden económico. Y en el mundo del trabajo, el derecho a tener una vida digna depende del hecho de poseer un trabajo decente y digno”⁽¹⁴¹⁾.

A fines del siglo XX, 1999, el director de la Organización Internacional del Trabajo⁽¹⁴²⁾, Juan Somavía, expresó en la Memoria de la Conferencia Internacional del Trabajo que “el *trabajo decente* implica acceder al empleo en condiciones de libertad y de reconocimiento de los derechos básicos del trabajo. Estos derechos garantizan que no haya discriminación ni hostigamiento, que se reciba un ingreso que permita satisfacer las necesidades y responsabilidades básicas económicas, sociales y familiares, y que se logre un nivel de protección social para el trabajador, la trabajadora y los miembros de su familia. Estos derechos también incluyen el derecho de expresión y de participación laboral, directa o indirectamente a través de organizaciones representativas elegidas por los trabajadores y trabajadoras”⁽¹⁴³⁾.

(138) International Human Rights Internship Program y Asiam Forum for “Human Rights and Development (Forum-Asia)”, Forum Asia, 2000, p. 20.

(139) Del art. 6º de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo Social.

(140) Defensoría del Pueblo Colombia, “Contenido y alcance...”, cit., p. 15.

(141) ERMIDA URIARTE, Óscar, “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, *Revista Real Card*, Guatemala, nro. 5, junio de 2011, p. 16.

(142) Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT.

(143) OIT, 1999, Juan Somavía, Memoria de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Este concepto de trabajo decente nace como un concepto con sentido universal, abarca aspectos económicos, ideológicos, sociales, familiares y éticos. Aparece para revertir los impactos negativos de la globalización y revitalizar derechos reconocidos como fundacionales de la OIT y que se encuentran en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas en 1948, en su artículo 23⁽¹⁴⁴⁾.

En síntesis, el trabajo digno, el trabajo decente, es un derecho humano.

2.3. Antecedentes: breve repaso histórico mundial y nacional del derecho del trabajo

Ya desde la Antigua Roma encontramos antecedentes como varias *secesio plebis* (494, 449 y 287 a.C.), las que fueron una especie de huelga al abandonar los plebeyos esa ciudad y paralizarla. Tiberio Graco, 134 a.C., expidió varias leyes para resolver el problema agrario, como el reparto de tierras para los ciudadanos más pobres, pero tanto él como su hermano Cayo, fueron asesinados⁽¹⁴⁵⁾.

La Revolución Francesa y los ideales de instauración de una nueva organización social quedaron plasmados en el Código Civil napoleónico, donde se ubicó la primera reglamentación de las relaciones laborales y la determinación de ciertos axiomas que servirían de sustento en la relación empleador-empleado⁽¹⁴⁶⁾.

Tales bases serían: “libertad de trabajo, la autonomía de la libertad, y la igualdad de las partes en la celebración de los contratos”⁽¹⁴⁷⁾.

Respecto a América, y en especial a nuestro país, Levaggi nos ilustra indicando que durante los casi tres siglos de dominación hispánica se desarrolló, por obra de la legislación y la costumbre, un ordenamiento jurídico destinado a regular el trabajo de algunos sectores sociales, especialmente

(144) Art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: 1) Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a protección contra el desempleo. 2) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por igual trabajo. 3) Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4) Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

(145) CARPIZZO, J., “El Estado de los derechos de la justicia social”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Universidad Nacional Autónoma de México, nro. 14, enero-junio de 2012, p. 9.

(146) REYNOSO CASTILLO, Carlos, “¿Derecho del trabajo vs. Revolución Francesa? una duda”, consultado el 12/9/2016 en <http://www.azc.uam.mx/>, p. 1.

(147) JAVILLIER, J. C., *Derecho del trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Madrid, 1982, p. 92.

el indígena. Dicho ordenamiento, lejos de permanecer estacionario, fue cambiando a medida que lo hizo el marco social e ideológico que le servía de referencia.

El trabajo manual transitó entonces, desde su valoración esencialmente moral, como deber, que había sido, hacia el nuevo concepto burgués de derecho individual con cuyo ejercicio se lograría el progreso económico⁽¹⁴⁸⁾.

Estas dos nociones las va a desarrollar Manuel Belgrano: “El derecho de trabajar es una obligación impuesta al hombre por el autor de la naturaleza; es tan sagrada, que es seguramente la primera obligación, el primer deber, como que se halla íntimamente unido a su propia conservación y subsistencia. Es una ley escrita, no en débiles pergaminos, sino impresa y grabada profundamente en el corazón del hombre”. Y más adelante, cambiando de argumento, continúa: “el interés individual, el interés propio, es el más activo agente que mueve, despierta y pone en acción aun los más inertes brazos, y, en consecuencia del deseo de poseer, y de proporcionarse por su medio las conveniencias de la vida, se afana el hombre en dar a la obra de sus manos aquel valor que le habilite a la más pronta adquisición de este deseo [...]”⁽¹⁴⁹⁾.

“Los regímenes laborales más significativos, en relación de dependencia con empleadores privados, eran en el Río de la Plata, a principios del siglo XIX, el de los indígenas de vida comunitaria, el de los esclavos, el sujeto a papeleta de conchabo y el artesanal”⁽¹⁵⁰⁾.

Los pronunciamientos que emitió la “Soberana Asamblea General Constituyente reunida entre 1813 y 1815 en Buenos Aires, que significaron un nuevo impulso al movimiento que había hecho eclosión en 1810, a la vez que un empujón hacia la demorada Declaración de la Independencia que finalmente se consumaría en 1816”⁽¹⁵¹⁾, produciría la abolición de la esclavitud, aunque “no sería ella la que cambiase, en lo sustantivo la situación de indios y gauchos, y lo mismo ocurría en el trabajo de la ciudad. La tarea de los aprendices de ‘artes o fábricas’ fue tratada en una disposición dictada en la Gobernación de Martín Rodríguez: en el art. 5 se castigaba al que hubiera huido sin causa con la reposición del trabajo no efectuado a razón de un mes por cada semana perdida”⁽¹⁵²⁾.

(148) Conf. LEVAGGI, Abelardo, “Historia del Derecho Argentino del Trabajo”, *Revista Iushistoria*, nro. 3, 2006, Cita: IJ-LXIV-997.

(149) BELGRANO, Manuel, “Carta a los editores del Correo de Comercio”, Buenos Aires, 2/6/1810.

(150) BELGRANO, Manuel, “Carta a los editores...”, cit., p. 1.

(151) VANOSSI, Jorge R., “Año XIII: ¿Un cónclave frustrado o una Asamblea Precursora?”, Disertación con motivo de la celebración del Bicentenario de la “Soberana Asamblea General Constituyente” de 1813, en la Universidad Católica Argentina, el 14 de mayo de 2013, en representación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Recuperado en [www.ancmyp.org.a].

(152) TOPET, Pablo A., “Breve historia del derecho del trabajo en la República Argentina”, recuperado en [<http://www.fundacion.uocra.org>], p. 15.

La Revolución Industrial, nacida en Gran Bretaña, y extendida luego a Europa a mediados del siglo XVIII, significó un cambio fundamental, el paso de la economía agraria al uso de nuevas tecnologías, nuevas fuentes energéticas como el carbón y máquinas motrices como la máquina de vapor, considerada como el motor inicial de la revolución industrial. Aparecen las máquinas de hilar y tejer, que consiguen aumentar rápidamente la producción afectando poco personal. La introducción del acero y la electricidad darán lugar a lo que se denominó la segunda revolución industrial. El reemplazo del vapor por la electricidad y los derivados del petróleo como fuente de energía. Ello provocó los cambios radicales en los transportes y comunicaciones, el desarrollo creciente de las ciencias, en definitiva, un nuevo modelo de vida.

Sin embargo, hacia fines del siglo XVIII y principio del XIX, encontramos una nueva expresión social de la esclavitud de los siglos anteriores, ya que los trabajadores se encontraban en paupérrimas condiciones: jornadas de trabajo extenuantes, mujeres y niños de corta edad en cualquier actividad, accidentes y riesgos de trabajo, muertes, mutilaciones, enfermedades y grandes aglutinamientos urbanos, sin higiene o seguridad.

Las consecuencias económicas, sociales y culturales harán renacer la conciencia de clase y con ello nacen los primeros movimientos sindicales en Inglaterra. También acontecieron en varios países, Francia, Bélgica, Alemania y España, durante las primeras décadas del siglo XIX.

En 1848, en Inglaterra el movimiento obrero inglés, a través de la Asociación obrera de Londres, organizó un mitin enorme, al que la fuerza pública reprimió, dirigida por el duque de Wellington.

A mediados del siglo XIX, Europa se encontraba bajo la consagración del *liberalismo radical económico y jurídico*, nacido del Código Civil de Napoleón que consagraba el principio de la autonomía contractual. Frente a ello, los movimientos revolucionarios continuaron en varios países europeos. Todos ellos tenían fines políticos y sociales, “como el derecho al trabajo, la libre sindicación y la asistencia a los infortunados”⁽¹⁵³⁾.

Al mismo tiempo, Karl Marx y Friedrich Engels daban forma a su “Manifiesto Comunista” que se publicará por primera vez en 1848 y que supondrá un antes y un después en el movimiento obrero. Se funda la “concepción materialista de la historia que se vincula al pensamiento dialéctico de Hegel, él mismo idealista, lo que no deja de ser una notable contradicción. Da sustento al internacionalismo proletario y proclama la unión internacional de los trabajadores. Parte del principio irrenunciable de la lucha de clases”⁽¹⁵⁴⁾

(153) TOPET, Pablo A., “Breve historia del derecho...”, p. 11.

(154) DE BUEN LOZANO, Néstor, “El nacimiento del Derecho del Trabajo”, ed. 18 revisada, en *Derecho del trabajo*, tomo I, Porrúa, México, 2008, cap. 2, p. 29, recuperado 14/9/2016 [<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/139/5.pdf>].

Llega en 1864 la Primera Internacional de los trabajadores (Asociación Internacional de Trabajadores), aunque algunos países, como Inglaterra, ya habían concedido los primeros derechos, como la prohibición de emplear a menores de 9 años o el derecho de asociación.

En 1869, en Alemania, el canciller Bismarck estableció una legislación laboral de protección a la salud y a la vida de los trabajadores, reglas para las labores de niños y mujeres y la licitud de la huelga, aunque el patrón podía despedir al huelguista: fue una legislación intervencionista del Estado para proteger tanto a la industria como a los trabajadores. En realidad, fue una legislación tendiente a calmar y hacer callar las voces del socialismo. A estas primeras medidas intervencionistas del Estado se las califica como el germen o nacimiento del Estado Social o Estado de Bienestar en el mundo.

A ello se suma la doctrina social de la Iglesia que condena las soluciones capitalistas, liberales, comunistas y socialistas. Será el Papa León XIII, en 1891, en la Encíclica *Rerum Novarum*, quien por primera vez plantea la “cuestión social” y refuta la solución liberal, pero estableciendo al mismo tiempo la necesidad de que tanto el Estado como los empleadores y los trabajadores tomaran conciencia de sus derechos y de sus obligaciones. Por primera vez, se enuncia el principio de subsidiariedad, esto es, el Estado debe intervenir en forma directa o indirecta en la vida económica, social de una comunidad y en sus relaciones laborales. Esta encíclica es el inicio de la llamada doctrina social de la Iglesia.

En síntesis, no hay duda de que las primeras manifestaciones normativas del derecho del trabajo surgen en Europa en los últimos años del siglo XIX y se consolidan en la segunda década del siglo XX. Fue Alemania, quien dio el principal paso al establecer la Ley del Seguro de Enfermedad de 1883. Después llegará la Ley de Seguro del accidente de Trabajo (1884) y el Seguro contra la Invalidez y la Vejez (1889).

Es decir, van a conformar el Estado Social de Derecho, que Herman Heller define, en 1929, como aquel Estado que reivindica el proletariado, defiende a todas las personas, pero primordialmente a los más desprotegidos y débiles desde la perspectiva económica y social. A ello se suma el postulado keynesiano por el cual el “ensanchamiento de funciones del Estado es el único medio para evitar la destrucción total del sistema económico existente”⁽¹⁵⁵⁾.

En Estados Unidos, ante la gran depresión de la década del 30, bajo la presidencia de F. Roosevelt, el Estado abstencionista norteamericano se fue convirtiendo en social. Se aprobó la Ley de la Seguridad Social, que acuñaba un nuevo término que combina “seguridad económica” con “seguro social”.

(155) KEYNES, John Maynard, *Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 330.

Finalmente, el *Beveridge Report* de 1942, significó un nuevo paso en la evolución del Estado social, y un precursor del constitucionalismo social posterior a la Segunda Guerra Mundial.

En nuestro país, el período comprendido entre la sanción de la Constitución Nacional y el fin del siglo estuvo dominado por la idea liberal de que el contrato de trabajo es, como los demás, de índole estrictamente privado, sujeto, por lo tanto, a la autonomía de la voluntad.

La Constitución Nacional de 1853, bajo la influencia de la Generación del '80, consagra el derecho al trabajo, en igual rango que el derecho de comercio, industria y propiedad privada; además, fomenta la inmigración y el desarrollo económico y social.

Posteriormente, se sancionan los distintos códigos que consagran institutos laborales, para tener su mayor auge de leyes dictadas en materia laboral a partir de 1904, con el primer proyecto de Ley de Trabajo, cuyo autor fue Joaquín V. González, sobre la base del llamado Informe Bialek Massé.

En 1949 el derecho del trabajo alcanza su rango constitucional con la Reforma de la Constitución de 1949, la que habiéndose suprimido por el Golpe de Estado de 1955, fue reimplantada en la reforma de la Constitución de 1853, en 1957, incorporando el art. 14 bis.

En cuanto al derecho colectivo del trabajo, Estados Unidos, en 1825, es el primero que reconoció a los trabajadores el derecho a agremiarse, pero, conforme al *Sherman Act*, hasta 1890 no se reconocen los derechos de los sindicatos obreros⁽¹⁵⁶⁾.

En la Argentina, el primer sindicato, reconocido como tal, fue la Sociedad Tipográfica Bonaerense, formada en 1857. Le siguieron “los gráficos en 1867, los panaderos en 1886, los maquinistas y fogoneros ferroviarios en 1887. Simultáneamente, comenzaron los conflictos laborales, que derivaron en huelgas. Se recuerda, entre las primeras, las de los gráficos en 1874 y 1878, de los ferroviarios en 1888, y de los carpinteros, ebanistas y afines en 1889. Se multiplicaron en el último decenio. Hubo cuatro grandes huelgas en 1890, siete en 1892, nueve en 1894, diecinueve en 1895 y veintiséis en 1896”⁽¹⁵⁷⁾.

Es decir, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, el escenario social se conformaba por luchas obreras en reclamo por condiciones salariales, laborales y también por las condiciones de vida de la mayoría de los inmigrantes.

Ante la debilidad protectora de la legislación laboral iban apareciendo distintos sindicatos de inspiración socialista y anarquistas, bajo la forma de

(156) Conf. GRISOLÍA, Julio A., *Manual de Derecho Laboral*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

(157) LEVAGGI, Abelardo, “Historia del Derecho Argentino...”, cit., p. 13.

simples asociaciones civiles, y que concibieron como única vía de reclamo el convocar a largas y constantes huelgas.

Recién en 1930, fue creada la Confederación General del Trabajo (CGT), la que consagra la unificación “de todos los gremios bajo una misma entidad gremial de carácter general. Desde 1945 se comienza a gestar un vasto y activo proceso legislativo, en el cual se consagran numerosas figuras, instituciones y procedimientos de carácter gremial; son reglamentadas las asociaciones profesionales, las convenciones colectivas de trabajo y se organiza el régimen previsional en varias cajas. En 1953, fue sancionada la ley 14.250 de convenios colectivos de trabajo... comienzan a generarse nuevos derechos en materia laboral, y una protección especial a los trabajadores garantizada por el art. 14 bis CN (derechos sindicales)”⁽¹⁵⁸⁾. La Constitución de 1949 significará un hito “revolucionario en la historia del movimiento obrero en Argentina... por primera vez se estableció en Argentina y en Iberoamérica un constitucionalismo social, profundamente democrático”⁽¹⁵⁹⁾.

En 1951, se produjo una nueva reforma de la Carta Magna, que fue convocada por un gobierno de facto que había dejado sin efecto la Constitución Nacional de 1949. Este nuevo texto constitucional incorpora las cláusulas de tinte social, en especial el art. 14 bis CN, que consagra los derechos del trabajador, los derechos sindicales y los provenientes de la seguridad social y; amplía su espectro al determinar en el art. 61 inc. 11 CN la facultad del Congreso de dictar los códigos, donde se incluyan el del Trabajo y la Seguridad Social.

La Ley de Contrato de trabajo, sancionada en 1914 tuvo una vida muy corta, el proceso militar derogó varios artículos y cercenó los derechos laborales alcanzados. El regreso de la democracia implicó el restablecimiento de los derechos colectivos de trabajo, pero la regulación de los derechos individuales del trabajo tuvo fluctuaciones. En la década de los 90 hubo un cambio paradigmático en la relación trabajo-capital, caracterizado por la flexibilización de las relaciones del trabajo, bajo un gobierno de corte neoliberal conservador.

“En los últimos años fueron dictadas una serie de normas que resultan trascendentales para la conformación actual del derecho del trabajo de nuestro país”⁽¹⁶⁰⁾: leyes 24.013 (Ley Nacional de Empleo), 25.877 (Régimen Laboral), 26.574 (Contrato de Trabajo) y 26.597 (modificación de la jornada de trabajo).

Podemos concluir rescatando lo expuesto por Julio De Zan, “[...] la idea y realidad de los derechos son conquistas históricas que se han logrado en

(158) GRISOLÍA, Julio A., *Manual de Derecho Laboral*, cit., p. 33.

(159) CUARTANGO, Oscar, “A 40 años de la Ley de Contrato de Trabajo”, en Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Presidencia de la Nación y Consejo Federal del Trabajo, República Argentina, Buenos Aires, 2015, p. 9.

(160) GRISOLÍA, Julio A., *Manual de Derecho Laboral...*, cit., p. 36.

los diferentes lugares mediante procesos similares de luchas por el reconocimiento. Esta historia ha tenido que recorrer duras etapas de reconocimiento selectivo y unilateral, como en las relaciones de dominación y servidumbre, hasta alcanzar la forma de un reconocimiento recíproco e igualitario, que es el único que merece el nombre de “estado de derecho”⁽¹⁶¹⁾.

Este proceso no ha sido diferente para el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, y en especial, el derecho al trabajo como derecho humano fundamental. A los derechos sociales se los reconoció jurídica y constitucionalmente con posterioridad a los derechos civiles y políticos.

2.4. El sistema normativo internacional del Derecho del Trabajo

2.4.1. El contexto histórico y nacimiento de la OIT

Si de alguna afirmación debemos partir es de sostener que el derecho al trabajo es hijo de la revolución industrial y de la sociedad industrial que se conformó a partir de dicho suceso histórico, político, económico, social, tecnológico y cultural.

Frente a este gran impacto de connotación mundial, es que nacen los instrumentos legales, no solo de alcance nacional sino supranacional, en resguardo de los fines del derecho del trabajo, bienestar humano, dignidad y justicia social.

2.4.1.1. La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La OIT fue creada en 1919, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial. “Fue la culminación —y a la vez el inicio— de un movimiento para reglamentar internacionalmente las condiciones laborales”⁽¹⁶²⁾.

Los antecedentes de su formación se encuentran en las acciones en favor de una organización internacional que enfrentara temas laborales y fueron lideradas por dos empresarios industriales, Robert Owen (1771-1853) de Gales y Daniel Legrand (1783-1859) de Francia, en el siglo XIX. Sus ideas fueron adoptadas en la Asociación Internacional para la Protección Internacional de los Trabajadores, fundada en Basilea en 1901, y posteriormente incluidas en la Constitución de la OIT, adoptada por la Conferencia de la Paz en 1919.

Hacia finales de siglo XIX y primeros años del siglo XX, el movimiento obrero mundial fue encarnando progresivamente un mayor grado de estruc-

(161) DE ZAN, Julio, (2004), “El Estado de derecho común en el mundo”, *Revista Diálogo Político*, KAS, Buenos Aires, nro. 3-2004, ps. 32-33.

(162) Conf. YÁÑEZ ANDRADE, Juan Carlos, “Chile y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1925)”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Valparaíso, Chile, 2000. Recuperado <http://dx.doi.org/10.4061/S0116-54552000002200014>.

turación y combatividad, que se refleja en el nacimiento de mutuales, sociedades de resistencia, sindicatos, federaciones y confederaciones obreras e, incluso, agrupaciones internacionales de trabajadores.

Todo este proceso entra en gran choque entre la acumulación y la crisis del capitalismo mundial, cuya consecuencia será la Guerra Mundial imperialista de 1914-1919.

La Conferencia de Paz nombró una Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, que formula la creación de un organismo internacional, que, en el marco de la recién fundada Sociedad de las Naciones, velara por crear, garantizar y aplicar normas dirigidas a garantizar mejores condiciones laborales, las que serían ratificadas por los Estados miembros.

Nace la OIT, en 1919. El Preámbulo de la Constitución de la OIT plantea abiertamente que “la paz universal y permanente sólo puede lograrse si se basa en la justicia social”. Hay un reconocimiento expreso a la importancia de la justicia social para el logro de la paz, en contraste con un pasado de explotación de los trabajadores en los países industrializados de ese momento.

La primera Conferencia Internacional del Trabajo, reunida en Washington desde el 29 de octubre de 1919, adoptó seis Convenios Internacionales del Trabajo, referentes a las horas de trabajo en la industria, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno de las mujeres, edad mínima y trabajo nocturno de los menores en la industria.

La actuación de la OIT entre 1919 y 1939 permitió el diseño y desarrollo del derecho internacional del trabajo. En 1925, fue creado un Comité de Expertos como sistema de supervisión de la aplicación de las normas de la OIT y; por motivos de seguridad, en 1940, se trasladó la sede de la OIT, en forma temporal, a Montreal, Canadá.

En 1944, la “OIT programa su acción futura en el mundo de la posguerra... se aprobó la Declaración de Filadelfia, documento... que reitera, actualiza y amplía los principios y objetivos de la Organización, ...en función de las nuevas realidades del mundo”⁽¹⁶³⁾.

El texto expone 10 (diez) objetivos programáticos de la OIT, todos ellos a fin de garantizar y fortalecer el progreso social. Este documento va a resultar el precedente y la preparatoria de la Carta de Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Aparece el concepto de lo “universal”, en la aplicación de sus principios.

(163) ORDOÑEZ CIFUENTES, José Emilio R., “Breves antecedentes sobre la Organización Internacional del Trabajo”, ensayo para Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el diplomado “Etnicidad, etnodesarrollo y derechos humanos”, p. 14, recuperado [<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/123/3.pdf>].

En 1946, la OIT se convirtió en una agencia especializada de la recién creada Organización de las Naciones Unidas.

En 1948, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. En 1960, se creó el Instituto Internacional de Estudios Laborales con sede en Ginebra, y en 1969, en su 50 aniversario, la OIT ganó el Premio Nobel de la Paz, por la labor desarrollada en favor de la paz, consolidando el principio de que sin justicia social y libertad no hay paz duradera y permanente.

En el sistema de Naciones Unidas, la OIT es un organismo especializado, multilateral e integrante del conjunto de Agencias Internacionales que conforman la ONU.

Se caracteriza por tener una estructura “tripartita”; es decir, la OIT se organiza con la participación de tres estamentos: los sindicatos (en representación de los trabajadores); los patrones o empleadores (reunidos en sus respectivas agrupaciones gremiales); y los gobiernos, representados por embajadores ad hoc. La OIT propugna y favorece el principio del tripartismo en sus Estados signatarios, promoviendo un “diálogo social” que implica la participación de trabajadores y patronales en la formulación y aprobación de leyes de carácter económico, laboral o social. Se estructura la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración, la Oficina Internacional del Trabajo. “La integridad de cada elemento debe mantenerse intacta y cada uno debe trabajar en espíritu del tripartismo con los otros. El verdadero tripartismo exige una mente abierta y la voluntad de reconocer que las demás partes están animadas del mismo deseo de lograr una paz duradera y universal, basada en la justicia social...”⁽¹⁶⁴⁾.

Las normas internacionales del trabajo emanadas de la OIT son fundamentalmente dos: los Convenios y las Recomendaciones.

En 1998 se consagran los principios y derechos fundamentales del trabajo, con la Declaración de la OIT. Dicha declaración “...plantea que la Organización debe, hoy más que nunca, movilizar sus medios de acción normativa en los diferentes ámbitos de su competencia, en particular en los de empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo, con el fin de que las políticas económicas y sociales se refuercen mutuamente”⁽¹⁶⁵⁾. Dichos principios y derechos se reconocen en el marco de una situación económica mundial guiada por las consecuencias sociales de la globalización y el fin de la Guerra Fría. Su espíritu fue “construir una normativa social universal para la economía mundial, y el primer paso para el programa Trabajo Decente”.

(164) CONFESOR, María Nieves, “Una mujer preside el Consejo de Administración”, en *Revista de la OIT-Trabajo* nro. 9, Ginebra, Suiza, 1994, p. 10.

(165) OIT, “Empleo y desarrollo de competencias, Proyecto de Formación, orientación e inserción laboral”, FOIL, San José, Costa Rica, 2013, p. 5; versión recuperada: www.ilo.or o www.oit.or.cr.

“La OIT ha estado a la vanguardia de la lucha por la justicia social en los últimos 90 años, en época de crisis y en época de bonanza, trabajando obstinadamente para insertar los objetivos y las prioridades sociales en la economía mundial y nacional”⁽¹⁶⁶⁾.

2.5. El sistema jurídico internacional de derecho del trabajo

Consideramos importante, a los fines de poder desarrollar la hipótesis que planteamos de que existe un sistema de control de convencionalidad propio del derecho del trabajo, enunciar ciertos elementos jurídicos que enmarcan, delinear y trazan el sistema internacional (“universal”) de derechos del trabajo.

Para su delimitación utilizaremos algunas variables de análisis. Coincidimos con Villalpando W. que “la exuberancia de los documentos internacionales relativos a los Derechos Humanos desconcierta. El observador no preparado se encuentra ante una suerte de galimatías de disposiciones que parecen concebidas de modo arbitrario y quizás caótico. No es así, estamos más bien, en presencia de un proceso dotado de una dinámica propia...”⁽¹⁶⁷⁾.

Para ello utilizaremos cuatro grupos normativos diferentes con relevancia o incidencia en materia de derecho al trabajo o laboral. Haremos una breve mención a los instrumentos internacionales sin explayarnos en la descripción y análisis de cada uno.

2.5.1. Declaraciones de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, en 1948, establece que “es deber del Estado, de las demás instituciones de la sociedad, y de todos nosotros, promover y asegurar el reconocimiento y aplicación del derecho de toda persona: al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” (art. 23). El art. 24 reconoce el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación de la jornada de trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Las mencionadas disposiciones están acordes con el art. 25 de esta declaración que reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella misma, así como a su familia, la salud y el bienestar, en especial la alimentación, la vivienda, el vestido y la seguridad social que las

(166) RODGERS, Guerry - LEE, Edie - SWEPSTON, Lee - VAN DAELE, Jasmien, “La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009”, disponible en www.ilo.org.

(167) VILLALPANDO, Waldo, “De los derechos humanos al derecho internacional penal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 89.

protejan en caso de desempleo, enfermedad, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. Así mismo, la maternidad y la niñez tienen derecho a cuidados y asistencias especiales.

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se inicia el proceso de difusión de los derechos humanos. Bobbio proclama que “la Declaración Universal representa la conciencia histórica que la humanidad tiene de sus propios valores fundamentales en la segunda mitad del s. XX. Es una síntesis del pasado y una inspiración para el porvenir, pero sus tablas no han sido esculpidas para siempre”⁽¹⁶⁸⁾.

A la Declaración, le siguieron los dos Pactos de la ONU de 1966, el Pacto de derechos civiles y políticos⁽¹⁶⁹⁾, y el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales⁽¹⁷⁰⁾.

Ese mismo año se adoptó y quedó abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (entró en vigor el 23 de marzo de 1976); por el que se establece un régimen contencioso internacional de protección.

No corrió la misma suerte el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que recién el 18 de junio de 2008 fue aprobado el proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por resolución 8/2 del Consejo de Derechos Humanos y finalmente, aprobado por la Asamblea General de la ONU el día 10 de diciembre de 2008 coincidiendo con el 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y quedando abierto a la firma de los Estados.

El 5 de mayo de 2013, tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o de adhesión, el Protocolo PIDESC entró en vigor (art. 8.1). Al decir de Sofía Sagüés, este suceso permite que los derechos económicos, sociales y culturales pasen a ser operativos. “La adopción del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al margen de sus limitaciones, constituye un verdadero y mayúsculo hito en la historia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por su intermedio, la comunidad internacional repara el agravio serio y continuado que infringió a los derechos económicos, sociales y culturales durante más de medio siglo, y retoma el norte del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, con el que se había

(168) BOBBIO, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 72.

(169) Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, en adelante PIDCYP

(170) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. PIDESC.

comprometido solemnemente, para 1948, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y del que había perjurado”⁽¹⁷¹⁾.

El art. 8º del PIDCYP impone la obligación concreta para el Estado de prohibir el trabajo no escogido libremente, en particular la esclavitud en todas sus formas, el trabajo forzoso u obligatorio y la servidumbre.

El art. 3º del PIDESC impone al Estado la obligación de asegurar por igual a los hombres y a las mujeres el goce de todos sus derechos, entre los que se incluye el trabajo. Reconoce, además, el derecho de toda persona a trabajar y se refiere a la necesidad de adoptar medidas de formación técnica y profesional tendientes a asegurar la ocupación plena y productiva (art. 6º). El art. 1º hace alusión al derecho a condiciones dignas y satisfactorias en el trabajo: remuneración digna, seguridad e higiene en el trabajo, igual oportunidad de promoción en el trabajo y descanso. El art. 8º se refiere a la libertad sindical, el derecho de asociación sindical y el derecho de huelga. Como ya se señaló, la dimensión colectiva del derecho al trabajo no es objeto de estudio en este documento. El art. 9º del instrumento internacional en mención reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social. En el art. 10 se establecen aspectos concretos sobre la mujer trabajadora embarazada o lactante, y la prescripción de que los Estados deben adoptar medidas de protección en favor de todos los niños y niñas contra la explotación social y económica.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. En ella, se dispone en el art. 11, “la obligación para el Estado de adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo. Prescribe también que el Estado debe garantizar el derecho a la seguridad social de las mujeres en las condiciones de trabajo, en particular en casos de jubilación o desempleo, incluida la protección de la función de reproducción. La mujer embarazada goza de especial protección, en especial frente a los trabajos que resulten perjudiciales para su salud”⁽¹⁷²⁾

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989)⁽¹⁷³⁾, “en el artículo 32 se reconoce el derecho de los niños y las niñas a estar protegidos contra la explotación económica y contra el desempeño de trabajos peligrosos, nocivos para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social o que interfieran en su educación. Para garantizar este derecho la convención impone al Estado la obligación de adoptar medidas de orden legislativo, administrativo, social y educacional”⁽¹⁷⁴⁾.

(171) GIALDINO, Rolando E., “Reconocimiento internacional de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, LL 2016-E.

(172) Defensoría del Pueblo Colombia, “Contenido y alcance...”, cit., p. 29.

(173) Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

(174) Defensoría del Pueblo Colombia, “Contenido y alcance...”, cit., p. 31.

En diciembre de 1990 se aprueba la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares.

En diciembre de 2006, se aprueba la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Abierta a ratificación de los Estados miembros a partir del 30 de marzo de 2007. La Convención establece que “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad” (art. 27).

2.5.2. Convenios de la OIT

Argentina ratificó los primeros Convenios de la OIT en 1929, ellos fueron el Convenio 7 respecto a la edad mínima en el trabajo marítimo, Convenio 8 sobre las indemnizaciones de desempleo-naufragio y el Convenio 9 sobre la colocación de la gente de mar.

El 30 de noviembre de 1933, ratificó el Convenio 1 sobre horas de trabajo en la industria, Convenio 2 respecto al desempleo, Convenio 3 sobre la protección a la maternidad, Convenio 4 sobre el trabajo nocturno de mujeres, Convenio 5 sobre la edad mínima en la industria, Convenio 6 sobre el trabajo nocturno de menores.

A la fecha, de los 80 Convenios y 1 Protocolo ratificados por la Argentina, 61 están en vigor, 18 convenios y ningún Protocolo han sido denunciados, ninguno ha sido ratificado en los últimos 12 meses⁽¹⁷⁵⁾.

Las Recomendaciones, “tienen como propósito complementar los convenios y servir de guía para los Estados ya que trazan orientaciones sobre las políticas laborales, la legislación y la práctica del mundo del trabajo. Son útiles para delinear objetivos sociales, o para tratar materias muy complejas, o que se presentan de manera muy diferente entre los países, o para regular en detalle los principios más generales incorporados a un convenio”⁽¹⁷⁶⁾.

Suelen adoptarse cuando la práctica evidencia diversidad en la aplicación y/o interpretación de los Convenios, con el objeto de lograr un patrón común internacional o cuando el “tema de la norma no está aún maduro para una resolución de alcance universal o ejecución inmediata. Se ha generalizado el uso de Recomendaciones que acompañan los Convenios a fin de regular la evolución de su aplicación”⁽¹⁷⁷⁾.

(175) Fuente electrónica consultada: <http://www.ilo.org>, 21 de setiembre de 2016.

(176) VON POTOBOSKY, Geraldo - BARTOLOMEI DE LA CRUZ, *La Organización Internacional del Trabajo, el sistema normativo internacional instrumentos sobre derechos humanos fundamentales*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 24.

(177) VILLALPANDO, Waldo, “De los derechos humanos...”, cit., p.133.

Al conjunto de ambos instrumentos, Convenios y Recomendaciones, se lo denomina “Código Internacional del Trabajo”⁽¹⁷⁸⁾.

Los Convenios de la OIT contienen estándares normativos mínimos en materia de relaciones de trabajo y su núcleo duro se encuentra definido en la Declaración OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998⁽¹⁷⁹⁾.

La Conferencia Internacional de Trabajo en su reunión 86 del 19 de junio de 1998 aprobó una Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo que comprometió, a todos los miembros de la organización, por su simple pertenencia, es decir con prescindencia de la ratificación concreta de cada convenio, por entender que las bases mismas de la constitución de la OIT conllevan la adhesión a los principios y derechos fundamentales del trabajador: el de libertad de asociación y libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, etcétera⁽¹⁸⁰⁾.

Los convenios internacionales de trabajo constituyen la fuente internacional más importante del Derecho del Trabajo. “Se los considera como un Tratado Internacional ‘sui generis’, porque tiene varias particularidades relevantes: a) su origen tripartito a partir de su adopción por una Asamblea conformada por representantes del gobierno; del sector de los trabajadores y del sector de los empleadores; b) su forma de aprobación: se negocia como un contrato, pero se aprueba como una ley; c) el objeto de su regulación, ya que a diferencia de los tratados internacionales tradicionales, si bien crea obligaciones para los Estados contratantes, también regula relaciones de particulares —trabajadores y empleadores— y d) una vez ratificados, el complejo sistema de control de aplicación”⁽¹⁸¹⁾.

2.5.3. Derecho latinoamericano

En el marco de los Estados americanos opera el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

(178) VILLALPANDO, Waldo, “De los derechos humanos...”, cit., p. 133.

(179) <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang-es/index.htm>

(180) Conf. FERDMAN, Beatriz, “Las Normas Internacionales del Trabajo. Su aplicación e interpretación judicial”, DT 2005 (mayo), p. 609; DT 2005-A-609.

(181) ZURETTI, Mario E. (h.), “Las normas internacionales del trabajo y el ordenamiento jurídico argentino. Importancia de las Normas Internacionales del Trabajo. Su valor, aplicación y jerarquía en el ordenamiento jurídico argentino. Análisis de la normativa interna a la luz de los Convenios de la OIT sobre Derechos Fundamentales del Trabajo”, DT 2006 (abril), 443.

El 30 de abril de 1948 se constituye la Organización de los Estados Americanos y se firma la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Nace este organismo como el principal foro multilateral de la región para el fortalecimiento de la democracia, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra las problemáticas compartidas.

La Carta de Garantías Sociales, adoptada en 1941, o también denominada Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador es un instrumento internacional que contribuyó en los esfuerzos que se venían implementando en el seno de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo por regular internacionalmente los derechos laborales. La Carta consta de 39 artículos y regula casi la integridad de los temas laborales.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sancionada en julio de 1948 en el artículo XIV consagra el derecho al trabajo y a una remuneración justa que atienda a la capacidad y destreza del trabajador, y que le permita un nivel de vida conveniente para sí mismo y para su familia. Por su parte, el artículo XV hace referencia al derecho a la recreación, el descanso y el mejor aprovechamiento del tiempo libre. En el capítulo segundo, sobre los deberes de los ciudadanos, se establece el deber de toda persona de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, como medio que le permita obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica, dictada el 22 de noviembre de 1969 en su art. 6° establece la prohibición de la esclavitud y la servidumbre en todas sus formas. También dispone que nadie pueda ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comúnmente conocido como “Protocolo de San Salvador” fue firmado el 17 de noviembre de 1988. “Los artículos 6° y 7° del Protocolo de San Salvador establecen el derecho de toda persona al trabajo y la garantía de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo. El derecho al trabajo incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”⁽¹⁸²⁾.

2.5.4. Derecho regional. Mercosur

Quiero iniciar este apartado con lo que señala Martínez Vivot, el que de una manera clara y descriptiva marca las características de nuestro proceso originario de derecho comunitario y su diferencia con el proceso europeo.

(182) Defensoría del Pueblo Colombia, “Contenido y alcance...”, cit., p. 27.

El Tratado del Mercosur nace con una impronta económica o comercial, dejando de lado la inclusión de temas laborales y sociales. No tuvieron en cuenta que ya muchos años antes, en 1955 en el Tratado del Benelux y en 1957, en el Tratado de Roma, al proponerse la creación de un gran mercado común europeo, se hace referencia a la necesaria armonización de sus políticas sociales⁽¹⁸³⁾.

El Tratado de Asunción firmado por la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, el 26 de marzo de 1961, denominado Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, fue la piedra basal del proceso de integración regional de los países del sur. El mismo fue ratificado en nuestro país por la ley 23.981.

En el Preámbulo del Tratado se advierte que es un proceso de integración subregional enmarcado en un proceso de integración más amplio, el cual es el ALADI. Asimismo, se advierte que la integración regional se pensó desde lo económico-comercial. De la letra y espíritu de los firmantes no surge el tratamiento o abordaje de la cuestión social.

Fue en la primera reunión de Ministros de Trabajo del Mercosur, que se llevó a cabo el 9 de mayo de 1991, que se expresó en forma abierta la necesidad de "...atender a los aspectos del trabajo y sociales del Mercosur y acompañar las tareas de los respectivos representantes para asegurar que el proceso de integración venga acompañado de una efectiva mejoría en las condiciones de trabajo en los países que suscribieron el Tratado..."⁽¹⁸⁴⁾.

Allí se promovió la creación de un grupo de trabajo. El Grupo Mercado Común creó un nuevo subgrupo, al que se le asignó el número 11 y cuya denominación es "Relaciones laborales, empleo y seguridad social".

El Protocolo de Ouro Preto, celebrado el 17 de diciembre de 1994, mantuvo los objetivos del Tratado de Asunción, asimismo reformó la estructura institucional del Mercosur. Así quedó establecido: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común, la Comisión de Comercio del Mercosur, la Comisión Parlamentaria Conjunta, el Foro Consultivo Económico y Social, la Secretaría Administrativa del Mercosur.

El 10 de diciembre de 1998, se firmó la Declaración Sociolaboral del Mercosur⁽¹⁸⁵⁾, la que consiste en un registro de derechos fundamentales cuyo órgano fundamental es la Comisión Sociolaboral. De este órgano depende el diálogo y la colaboración entre los delegados gubernamentales, de los trabajadores y de los empresarios.

(183) Conf. MARTÍNEZ VIVOT, Julio, "Las relaciones laborales y el Mercosur", DT 1994, LIV-B-261.

(184) Texto del acta de Declaración conjunta, reunión de los Ministros de Trabajo realizada en Montevideo, en mayo de 1991.

(185) Declaración Sociolaboral del Mercosur, en adelante DSL.

La Declaración Sociolaboral del Mercosur consagra los progresos logrados en la dimensión social del proceso de integración y sirve de base a los avances futuros y constantes en el ámbito social, sobre todo mediante la ratificación y cumplimiento de los principales Convenios de la OIT.

De conformidad con el art. 24 de dicha Declaración, las/os presidentes de los Estados miembros procedieron a revisar los principios y garantías de la Declaración Sociolaboral, y finalmente adoptaron el nuevo texto de dicha Declaración el 17 de julio de 2015.

Asimismo, el sistema de normas del Mercosur se complementa con las decisiones del Consejo Mercado Común. Entre las más relevantes en materia laboral se encuentran: a) Decisión CMC 05/92, Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (ley 24.578); b) Decisión CMC 08/92, Medidas para evitar el empleo no registrado; c) Decisión CMC 05/91, Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa; e) Decisión CMC 01/02, Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur (ley 25.934); f) Decisión CMC 08/02, Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile; g) Decisión CMC 46/04, Estrategia Mercosur de Crecimiento del Empleo.

Entre las resoluciones más relevantes se encuentran: Resolución GMC 15/99, Creación de la Comisión Sociolaboral del Mercosur y Resolución GMC 12/00, Reglamento Interno de la Comisión Sociolaboral del Mercosur.

El Consejo del Mercado Común puede dictar Recomendaciones. Estas son de carácter no vinculante, con el objetivo de establecer orientaciones generales, planes de acción o incentivar iniciativas que contribuyan a la consolidación del proceso de integración. Las Recomendaciones no son obligatorias para los Estados Partes y su incorporación a sus ordenamientos jurídicos no son necesarias. Entre las más relevantes en materia laboral encontramos: a) Recomendación CMC 02/03, Carácter Prioritario del Empleo; b) Recomendación CMC 03/05, Ratificación del Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo.

Los órganos sociolaborales del Mercosur son: a) el Foro Consultivo Económico Social que posee competencia social y posee jerarquía constitucional dado que ello estaría previsto en los tratados fundacionales de la integración. Su función es de carácter consultiva; una de ellas consiste en conducir recomendaciones al Grupo Mercado Común (GMC); y b) la Comisión Sociolaboral, que es el órgano auxiliar del GMC y tiene carácter promocional y no sancionatorio.

El sistema de solución de controversias del Mercosur fue introducido en el Tratado de Asunción en sus anexos sin especificidad, y supeditado a una

reglamentación posterior que sobrevino con otro instrumento provisorio, el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversia. El actual sistema jurídico de solución de controversias del Mercosur, fue establecido por el Protocolo de Olivos suscrito el 18 de febrero de 2002. Se crea el Tribunal Permanente de Revisión “TPR”, sin prescindir de los Tribunales Ad Hoc “TAH”, que prevé una etapa no contenciosa o precontenciosa, las negociaciones directas y la mediación del Grupo Mercado Común “GMC”, y una etapa que podríamos llamar jurisdiccional por la integración e intervención de un Tribunal Arbitral Ad Hoc y si se recurriera el laudo, por la intervención del Tribunal Permanente de Revisión⁽¹⁸⁶⁾.

Por último, cabe mencionar el Acuerdo 13/2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el que se aprueban las reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur.

En síntesis, hemos mencionado a grandes rasgos el sistema jurídico institucional laboral del Mercosur.

La realidad muestra que el desarrollo comercial alcanzado no se ve acompañado de un desarrollo social proporcional. En efecto, los derechos sociales y de ciudadanía no aparecen en los tratados constitutivos del Mercosur, salvo, muy escasamente, en el plano laboral, a pesar de que se reconoce la existencia de una importante dimensión social de la integración⁽¹⁸⁷⁾.

La Declaración Sociolaboral del Mercosur, en 1998, “para el recordado Oscar Ermida Uriarte es la proclamación solemne de los derechos sociales fundamentales reconocidos como tales en el Mercosur; y que se profundiza con la revisión de la DSL en julio de 2015”⁽¹⁸⁸⁾.

2.6. La Reforma de la Constitución Nacional de 1994. Apertura del ordenamiento constitucional al sistema internacional de derechos humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales

La reforma constitucional de 1994 posibilitó en forma explícita la apertura del ordenamiento jurídico nacional hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

(186) Conf. RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, “El Mercosur y su sistema de solución de controversias”, XLI Curso de Derecho Internacional, publicaciones digitales, 2014, p. 189. Recuperado: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacio_nal_2014_Roberto_Ruiz_Diaz_Labrano.pdf].

(187) Conf. ERMIDA URIARTE, Óscar, “Institucionales y relaciones laborales del Mercosur”, *Revista de Derecho*, Valdivia, diciembre 1997, vol. 8, nro. 1 ps. 183-198, disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000200012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950, [citado 3/10/2016].

(188) MARTÍNEZ CHAS, Juan Manuel, “La nueva Declaración Sociolaboral del Mercosur”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, nro. 4, España, 2015. Recuperado 3/10/16, <http://www.relsats.org/>.

Hoy, como señala Carnota, podemos hablar de que nos encontramos con un “orden público laboral internacional” que establece un piso mínimo para el derecho interno, en razón de la primacía que se le reconoce a los tratados internacionales respecto a la ley nacional, a partir de la reforma constitucional de 1994, con lo cual la norma interna solo puede equiparar o mejorar respecto del trabajador la previsión del tratado⁽¹⁸⁹⁾.

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

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

Como bien ilustra la CSJN, “en lo que respecta al trabajador, con el art. 14 bis de la Constitución Nacional, norma que no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional. Al prescribir lo que dio en llamarse principio protectorio: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”, y al precisar que éstas ‘asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor’, dicho precepto se erige en una suerte de hito mayúsculo en el desarrollo de nuestro orden constitucional, por haber enriquecido el bagaje humanista del texto de 1853-1860 con los renovadores impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX. La manda constitucional de dicha norma se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22)”⁽¹⁹⁰⁾.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994, en el art. 75 inc. 22 CN, comienza indicando las funciones del Congreso sobre los tratados en general y expresa que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Luego, enuncia una lista de diez Tratados de Derechos Humanos⁽¹⁹¹⁾, algunos con alcance internacional y otros con alcance interamericano. Expresa

(189) Conf. CARNOTA, Walter, “El orden público laboral internacional”, LL Córdoba, 2000-1179.

(190) CSJN, 21/9/2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688”, Fallos 327:3753, considerando 7° y 8°

(191) A la fecha han sido incorporadas dos nuevas Convenciones: Ley 24.820/1997, “Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas” y Ley 25.778/2003, “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”.

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

El art. 15 inc. 24 de la Constitución Nacional, señala también entre las funciones del Congreso: “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

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

Cabe recordar que en “lo relativo a los tratados celebrados por escrito se encuentra regulado en dos acuerdos internacionales: 1) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscripta en 1969, ratificada por nuestro país el 5/12/72 y en vigor desde el 27/01/1980, que se aplica a los tratados celebrados por escrito entre Estados, y 2) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones internacionales, suscripta en 1986 (la R.A. la firmó el 30/1/1987) ratificada por nuestro país el 17/8/1990, aunque aún no ha entrado en vigencia.

“Los tratados celebrados ‘en buena y debida forma’ (por oposición a los acuerdos en forma simplificada que se concluyen con la negociación y la firma) atraviesan distintas etapas: negociación, adopción del texto, autenticación y manifestación del consentimiento en obligarse. Esta última etapa puede realizarse por medio de la ratificación, adhesión (en el caso de terceros Estados), etc.”⁽¹⁹²⁾.

La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en el art. 27 (aprobada por ley 19.865) establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (similar principio adopta la Convención de 1986 referida a los tratados con organizaciones internacionales).

(192) GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno argentino”, recuperado 22/9/2016 en: <http://portala-cademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/15/relac%20di%20y%20d%20interno.pdf>; versión actualizada y adaptada del publicado por la misma autora: “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno a partir de la reforma constitucional de 1994”, en *Revista Prudentia Iuris*, nro. 37, abril 1995, p. 2.

La introducción del art. 75 inc. 22 Constitución Nacional implica un nuevo esquema normativo en materia del derecho al trabajo estableciendo que “Cuando los tratados incluyen materias que regulan aspectos vinculados al contrato o relación de trabajo y a las asociaciones sindicales de trabajadores, negociación colectiva o conflictos colectivos del trabajo, constituyen fuente del derecho del trabajo pero ahora con jerarquía superior las leyes aprobadas por el Congreso de la Nación”⁽¹⁹³⁾.

Es decir, como expresa Pizzolo, para entender las dimensiones del cambio copernicano que se produce en el sistema de fuentes se debe precisar que, a partir de la última reforma constitucional, un conjunto de normas convencionales internacionales ingresan en lo que denominamos fórmula primaria de validez. Dicha fórmula agrupa las normas con mayor jerarquía dentro del sistema, por ello hasta entonces solo formaban parte de ella las normas constitucionales⁽¹⁹⁴⁾.

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

“Después de la reforma constitucional de 1994 quedaron superados los principios de los casos ‘Martín’⁽¹⁹⁵⁾ y ‘Esso’⁽¹⁹⁶⁾, donde el Superior Tribunal de la Nación indicaba que no correspondía establecer ningún tipo de superioridad o prelación de los tratados”⁽¹⁹⁷⁾ sobre las leyes válidamente dictadas por el Congreso, pues ambos son igualmente calificados como “ley suprema de la Nación”, y no existe fundamento legal para acordar prioridad de rango a ninguno de ellos⁽¹⁹⁸⁾. Además, frente a la equivalencia de jerarquía en cuanto ambos integran el ordenamiento normativo interno de la República, señaló que las leyes posteriores derogan las anteriores⁽¹⁹⁹⁾.

Es con el *leading case* “Ekmekdjian, Miguel Ángel”⁽²⁰⁰⁾, donde la CSJN modificó su postura respecto a la interpretación de la superioridad de los

(193) ETALA, Carlos Alberto, “Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y su interpretación”, LL 2001-F-1466.

(194) Conf. PIZZOLO, Calogero, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, LL 2006-D-1023.

(195) CSJN, 6/11/1963, “Martín y Cía. c. Administración General de Puertos-Gobierno Nacional”, Fallos 257:99, también publicada en LL 113-458.

(196) CSJN, 5/6/1968, “S. A. Petrolera Argentina ESSO S.A. C. Gobierno Nacional”, Fallos 271:7 y también publicado en ED 28-424.

(197) TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 201.

(198) CSJN, Fallos 257:99, considerando 6°.

(199) CSJN, Fallos 257:99, considerando 8°.

(200) CSJN, 7/7/1992, “Ekmekdjian, Miguel A c. Sofovich, Gerardo y ot.”, Fallos 315:1492.

tratados internacionales, reconociendo prioridad al derecho internacional sobre el derecho interno. Es el puntapié para la introducción de los arts. 75 inc. 22, 23 y 24 de la Carta Magna de 1994.

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

Con este plexo y orden normativo ¿se ha comenzado? en forma muy tenue, en el ámbito laboral, la aplicación directa de los documentos internacionales. El propósito de los constituyentes fue hacer más visible y más accesible los tratados internacionales a los justiciables.

La CSJN con las sentencias recaídas en autos “Vizotti”⁽²⁰¹⁾, “Aquino”⁽²⁰²⁾, “ATE”⁽²⁰³⁾, “Torrillo”⁽²⁰⁴⁾, “Milone”⁽²⁰⁵⁾, y el fallo “Díaz, Paulo Vicente”⁽²⁰⁶⁾ ha consagrado no solo la aplicación directa de la norma internacional o su utilización como fuente de inspiración y regla interpretativa, sino también le ha otorgado supremacía a las interpretaciones de la misma que puedan efectuar tanto los órganos jurisdiccionales creados por los tratados internacionales, como sus órganos consultivos, e inclusive, los comités de expertos, evidenciando una importante tendencia a la permeabilidad en el derecho argentino.

El ejemplo lo constituye el Comité de Libertad Sindical que, sin ser un órgano supranacional, y ni siquiera la máxima autoridad de la OIT, influye tanto con sus opiniones como con sus recomendaciones, no solo en la jurisprudencia interna, sino también en la redacción de la legislación de nuestro país, tal y como pudimos observar con el actual artículo 24 de la ley 25.811⁽²⁰⁷⁾.

Una primera conclusión a la que arribamos es que hasta el reconocimiento constitucional del sistema internacional de derechos humanos, la trascendencia práctica de la normativa laboral internacional era relativa.

El cuestionamiento de mayor relevancia que suscita la existencia de normativa internacional en materia laboral es la relativa a la determinación del valor y eficacia que en el orden interno tienen esas normas.

(201) CSJN, 14/9/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa”, LL *Suplemento Especial* del 17/9/2004.

(202) CSJN, 27/9/2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A”, LL *Suplemento Especial*.

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

(204) CSJN, 31/3/2009, “Torrillo Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro”.

(205) CSJN, 26/10/2004, “Milone, Juan”, Fallos 327:4607.

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

(207) Ley 25.811. Ley de Ordenamiento Laboral, publicada en el Boletín Oficial el 19 de marzo de 2004. Fuente de consulta: <http://www.infoleg.gov.ar>

Para dilucidar este planteamiento recurriré a la exposición didáctica, en el voto del Dr. Boggiano, en autos “Frites, Eulogio”⁽²⁰⁸⁾.

Al resolver, precisó que “.. la ratificación de un tratado, considerada como una de las formas de manifestación del consentimiento contempladas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (arts. 11 y 14), es indudablemente un acto internacional y, como tal, debe ser realizada por el jefe de Estado, jefe de Gobierno, ministro de relaciones exteriores, o sus representantes (art. 7 de dicha Convención)...”⁽²⁰⁹⁾ y que dicha ratificación “.. no es la aprobación del Poder Legislativo contemplada en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional —a veces confundida con la ratificación— pues esta última solo tiene por efecto autorizar al Poder Ejecutivo Nacional a ratificar el tratado en sede internacional...”⁽²¹⁰⁾. También sostuvo que, en el acto complejo federal, que importa la ratificación de un Tratado con una potencia extranjera “.. la participación del Congreso, aunque es necesaria, no es definitiva...” porque es el “Poder Ejecutivo, en representación de la Nación, quien ejerce competencias constitucionales exclusivas para asumir obligaciones internacionales”⁽²¹¹⁾.

Finalmente, en lo relacionado con la OIT, el juez Boggiano sostuvo que “.. las características especiales de los convenios celebrados en el marco de la OIT no pueden conmovir esta facultad del Poder Ejecutivo. (...) Que por lo demás, no podría suscitarse en el caso un supuesto de responsabilidad internacional del Estado por no ratificar el Convenio de la OIT, como afirma el recurrente, ya que la violación de un tratado internacional sólo es posible —obviamente— una vez que el tratado sea obligatorio para la República Argentina, es decir, cuando haya sido ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional”⁽²¹²⁾.

En síntesis, de lo hasta aquí expuesto, aun cuando pueda subsistir discusión sobre su naturaleza jurídica, debemos tener por cierto que los tratados celebrados en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, requieren el procedimiento federal de aprobación y la ulterior ratificación del Poder Ejecutivo Nacional, frente al organismo internacional y, obligan a nuestra República, no frente a las demás potencias, sino frente al ente mencionado.

Sin embargo, la Conferencia Internacional de Trabajo en su reunión 86 del 19 de junio de 1998 aprobó una Declaración relativa a los Principios y Dere-

(208) CSJN, 4/12/1995, “Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c. Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, F 284 XXVI; Fallos 318:2513. La parte actora había interpuesto acción de amparo por mora a fin de obtener orden judicial donde se impusiera un plazo al Poder Ejecutivo Nacional para enviar la ratificación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que había sido aprobado por el Congreso Nacional mediante la ley 24.071, en el entendimiento de que el Poder Ejecutivo estaba obligado a efectuar la ratificación respectiva en sede internacional.

(209) Considerando 7°.

(210) Considerando 7°.

(211) Considerando 8°.

(212) Considerandos 9° y 11°.

chos Fundamentales en el Trabajo que comprometió a todos los miembros de la organización por su simple pertenencia, es decir con prescindencia de la ratificación concreta de cada convenio, por entender que las bases mismas de la constitución de la OIT conllevan la adhesión a los principios y derechos fundamentales del trabajador: el de libertad de asociación y libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, etcétera⁽²¹³⁾.

En consecuencia, Von Potobsky refiere que frente a una disposición legal contraria a una norma de la OIT pueden existir dos vías de solución "...la suplantación de la norma nacional por la internacional, si ésta tuviera operatividad propia o carácter autoejecutivo; por el otro, si careciera de este carácter, sólo la inaplicación de la norma nacional..."⁽²¹⁴⁾.

2.7. Construcción y existencia de un sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad propio del Derecho del Trabajo

Siendo el trabajo un derecho humano, la convergencia entre el derecho nacional, regional e internacional de los derechos humanos exige una complementariedad, retroalimentación y articulación de sus fuentes, en aras de garantizar su ejercicio y desarrollo.

Hasta aquí hemos visto cómo históricamente se ha dado lugar a las conquistas sociales y los derechos en ella reconocidas. La aparición de la *cuestión social* como consecuencia de los cambios y mutaciones que generó la revolución industrial. Además, hemos descripto cómo se encuentra conformado el sistema internacional de derechos humanos, y más específicamente lo desarrollamos en cuanto al resguardo y garantía del derecho del trabajo en todas sus dimensiones y en todas sus fases universal, latinoamericana, y regional.

Asimismo, hicimos un recorrido y construimos todos los pilares dogmáticos y jurídicos referidos al derecho al trabajo en el ámbito de nuestra Carta Magna y la nueva estructura de derechos, principios, garantías e instrumentos internacionales que se incorporaron con la reforma constitucional de 1994. Esto ha favorecido el reconocimiento de los derechos fundamentales en el sistema legal argentino. Se incorporaron los "derechos de tercera y cuarta generación", que van desde el medio ambiente, protección del consumidor, culturales, hasta el reconocimiento de los pueblos originarios.

Este proceso de internalización de los derechos humanos que afectó principalmente el derecho público, ha hecho su expansión gradual a nue-

(213) Conf. FERDMAN, Beatriz, "Las Normas Internacionales...", cit., p. 609.

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

vos campos jurídicos como el derecho laboral, civil (especialmente con la reciente Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994), y/o procesal.

Desde la adopción del sistema monista, ya no podemos hablar de sistemas jurídicos diferentes o diferenciados, hoy el reconocimiento de derechos fundamentales, en especial en el ámbito del derecho del trabajo, nos pone en presencia de una nueva etapa en la evolución normativa, esto es, una misma unidad jurídica, denominada *internacionalización de los derechos fundamentales*. En nuestro caso, hablamos de la *Internacionalización del Derecho del Trabajo*, como la tendencia hacia la universalización y homogeneización de la legislación laboral.

Es decir, aparece lo que nosotros intentamos demostrar, esto es, que existe un *control de convencionalidad laboral* propio para la defensa y protección de los derechos básicos de los trabajadores.

De esta forma, la tarea consistiría en decidir, ejecutar y/o juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con los instrumentos y normativa de derecho laboral, y en especial los que se refieren a los Convenios de la OIT, disponiendo en consecuencia su aplicación o nulidad de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección del derecho al trabajo como derecho humano.

La aplicación práctica de esta hipótesis o postulado tiene una vigencia incipiente, aunque está claro que la adopción de normas o leyes no basta para lograr su respeto. Se requiere la instrumentación de nuevos mecanismos que garanticen el pleno respeto de los derechos de los ciudadanos, de los empleadores, los trabajadores, y los sindicatos.

Se “observa claramente que tanto la CIDH como la Comisión IDH, cuando se han enfrentado a la posible violación de derechos laborales y del artículo 26 CADH, no han abordado directamente el tema, sino que se han limitado a considerar la vulneración de otros derechos consagrados en la CADH que, si bien también son esenciales, no deberían implicar la ausencia de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo al que están obligados internacionalmente los Estados parte. Lo anterior se debe a la histórica tradición de separar los derechos civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales, por considerar que los segundos implican una prestación del Estado y por tanto son sólo de carácter programático”⁽²¹⁵⁾.

Nuestra insistencia en que podemos contar con un control de convencionalidad específico en materia de derecho del trabajo se funda en que las

(215) LÓPEZ PATRÓN, Juanita María, “Los derechos laborales en el sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nro. 12, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia, 2008.

garantías laborales y la promoción de los derechos sociales se encuentran reconocidas en nuestro derecho interno y en el sistema internacional de derechos humanos.

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales “busca alinear y mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico frente a la internacionalización de los mercados. En tal sentido, destaca que “... la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales, al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano...”⁽²¹⁶⁾.

A continuación, tomando algunos lineamientos propuestos por Spaventa Domenech⁽²¹⁷⁾ y Palacio de Caero⁽²¹⁸⁾, y para un mejor análisis de las garantías laborales presentes en la Constitución Nacional, hemos sistematizado su correlación con las disposiciones presentes en el núcleo duro de los Convenios sobre Derechos Fundamentales del Trabajo y su recepción en la jurisprudencia nacional e internacional. Es apenas una pincelada, una enunciación, ya que para nada implica una descripción o listado exhaustivo y total de los casos que se ha pronunciado tanto el Máximo Tribunal Nacional como las instancias judiciales internacionales y/o recomendaciones realizadas por organismos como el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.

La intención es mostrar, en forma sintética y a través de variables de análisis elegidas, que sean didácticas para la comprensión, algunas reglas sustantivas surgidas de las mismas, las que serán analizadas a través de los fallos más paradigmáticos de la CSJN y de la CIDH y/o de recomendaciones de organismos internacionales.

a) *La protección del salario, el trabajo digno y el principio de progresividad*: tutelados por el Convenio 95, en “Torrillo c. Gulf Oil A.S.A.”⁽²¹⁹⁾, “Milone c. Asociart”⁽²²⁰⁾, “Aquino c. Cargo S.I.S.A.”⁽²²¹⁾, entre otros.

(216) ZURETTI, Mario E. (h.), “Las normas internacionales del trabajo...”, cit., p. 443.

(217) Para ampliar conf. SPAVENTA DOMENECH, Carlos J., “El derecho del trabajo en la Constitución Nacional”, DT 1998-A-681.

(218) PALACIO DE CAERO, Silvia B., “El control de convencionalidad y los convenios de la OIT”, LL del 16/1/2009.

(219) CSJN, 31/3/2009, “Torrillo Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro”.

(220) CSJN, 26/10/2004, “Milone, Juan Antonio c. Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente - ley 9688”.

(221) CSJN, 27/9/2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A”, LL Suplemento Especial.

A modo de ejemplo, en el fallo “Díaz, Paulo Vicente”⁽²²²⁾ mantiene la posición que iniciara el Superior Tribunal en la causa “Della Blanca”⁽²²³⁾ y confirmara en el fallo “Pérez, Aníbal Raúl”⁽²²⁴⁾ en cuanto a que los vales alimentarios tienen carácter salarial.

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

El Superior Tribunal recuerda en los fallos mencionados que la Argentina ha ratificado el Convenio 95 de la OIT y que además es miembro desde su creación. En consecuencia, el Estado está obligado “internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”⁽²²⁵⁾.

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

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

La CIDH se ha pronunciado al respecto en el caso “Cinco Pensionistas”⁽²²⁶⁾: “Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equi-

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

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

(224) CSJN, 1/9/2009, “Pérez, Aníbal Raúl” c. Disco S.A”, Fallos 332:2043.

(225) Fallos 315:1492, considerando 20; 318:2639, considerando 6°; 331:2663, considerando 7°, entre otros.

(226) CIDH, Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia del 28/2/2003, serie C, N° 98, párr. 141.

dad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.

b) *Igualdad de oportunidades y no discriminación*: La igualdad de oportunidades y de trato fue uno de los objetivos fundamentales de la OIT desde su fundación en 1919 y lo refleja su Preámbulo, reconociendo salario igual por trabajo de igual valor.

En la legislación nacional dicho principio de no discriminación en materia salarial fue receptado por la Constitución Nacional en el art. 16 que consagra el principio genérico de igualdad ante la ley y el art. 14 bis, en cuanto a “... igual remuneración por igual tarea”.

Asimismo, con la reforma de 1994 y la incorporación del art. 15, inc. 22 de la Constitución Nacional, se les da jerarquía constitucional a la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” y a la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, en los que se establecen, entre otros derechos, el de igual salario por igual trabajo. Por su parte el art. 172 de la Ley de Contrato de Trabajo asegura que en las convenciones colectivas o tarifas de salarios se garantizara la plena observancia del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor; mientras el art. 81 de la LCT admite la posibilidad de que la remuneración pueda no ser igual cuando “el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustenta en una mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”.

Por su parte el Convenio 111, que se complementa con la Recomendación 111, sobre la discriminación en el empleo y ocupación fue ratificado por la Argentina por ley 17.677 (DT, 1968-201), y fue tratada en nuestra legislación en los arts. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional y con la reforma de 1994 en el art. 75, inc. 23 y en las mencionadas “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” y en la “Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial”, como también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional, instrumentos que contienen disposiciones prohibitivas del trato discriminatorio”⁽²²⁷⁾

En 1988, la CSJN, en “Fernández, Estrella”⁽²²⁸⁾ establece que “el principio de ‘igual remuneración por igual tarea’, es entendido aun antes de su reglamentación por la Ley de Contrato de Trabajo, como aquel opuesto a situaciones que implican discriminaciones arbitrarias, como serían las basadas en

(227) ZURETTI, Mario E. (h.), “Las normas internacionales del trabajo...”, cit., p. 443.

(228) CSJN, 23/8/1988, “Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes, S.A.”, Fallos 311:1602.

razones de sexo, religión o raza...”⁽²²⁹⁾. Además, cabe entender asimismo a las experiencias internacionales en la materia, pues el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea ha sido establecido en consonancia con preceptos consagrados universalmente desde la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 y el dictado de la Declaración de los Derechos del Hombre aprobada en París en 1948. En concreto, el Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo del año 1951 sobre igualdad de remuneración, en su artículo tercero, dispuso que se deberían adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, y que las diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva no podrán considerarse contrarias al principio de igualdad. Si bien originariamente dirigido a la regulación de la mano de obra masculina y femenina, el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor responde, actualmente, al criterio más amplio de la equidad en los métodos de fijación de los salarios, al que no es ajeno el concepto de que las diferencias deben fundarse en circunstancias objetivas y demostrables de calificaciones y aptitudes”⁽²³⁰⁾.

La CIDH ha tenido la oportunidad de expedirse en forma extensa, clara y de manera específica respecto al principio de igualdad y no discriminación en la Opinión Consultiva OC-18⁽²³¹⁾. Cabe aclarar que dicho pronunciamiento fue originado por el Estado de México en referencia a los derechos laborales y a la política migratoria. La CIDH se va a expedir respecto a la condición jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Primeramente, refiere al principio de igualdad y no discriminación: “... este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico... Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”⁽²³²⁾.

Además, la CIDH opinó “que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”⁽²³³⁾.

(229) CSJN, 23/8/1988, “Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes, S.A.”, considerando 4º voto de los Dres. Petracchi y Bacqué.

(230) CSJN, 23/8/1988, “Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes, S.A.”, considerando 5 del voto de los Dres. Petracchi y Bacqué.

(231) CIDH, OC-18, 17/9/2003.

(232) CIDH, OC-18, 17/9/2003, párr. 101.

(233) VENTURA ROBLES, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, vol. 40, 2004, p. 127.

Respecto a los derechos laborales indicó que, “surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”⁽²³⁴⁾.

En cuanto a las relaciones laborales: “Las relaciones laborales se establecen tanto en el derecho público como en el derecho privado, y en ambos ámbitos el Estado tiene un rol importante” (párr. 138).

También refiere a las obligaciones de los Estados, en cuanto a la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales, independientemente de su nacionalidad, e independientemente del ámbito de su desarrollo laboral, privado o público.

c) *La abolición de trabajo forzoso*: El Convenio 29 OIT sobre trabajo forzoso (1930) y el Convenio 105 sobre abolición del trabajo forzoso (1959) fueron incorporados al ordenamiento jurídico interno con la sanción de las leyes 13.560 y 14.932. También se ratificó la Recomendación 35 (1930) sobre la imposición indirecta del trabajo, por ley 14.329⁽²³⁵⁾, reconocimiento de la importancia de la policía del Trabajo en el cumplimiento de las normas laborales, Convenios 81 y 129, en autos: “Aerolíneas Argentinas c. M. de T.”, del 24/2/2009.

d) *La libertad sindical*: La Carta Magna en su art. 15, inc. 22 incorporó una serie de tratados con jerarquía constitucional, los que consagran derechos relativos a la libertad sindical como la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Cap. primero. Artículo XIV), el Pacto de San José de Costa Rica (art. 16, incs. 1, 2, 3); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Parte III, art. 8°, 1. A); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Parte III, art. 22); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Parte I, art. V, d] IX).

(234) VENTURA ROBLES, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana...”, cit., p. 133.

(235) ZURETTI, Mario E. (h.), “Las normas internacionales del trabajo...”, cit., p. 443.

También lo hace la Declaración Sociolaboral del Mercosur (art. 9°), cuya importancia se vincula con la postura que se adopte sobre la eficacia jurídica de dicho instrumento.

En cuanto a los Convenios Internacionales de Trabajo ratificados por el Congreso Nacional, que de acuerdo al citado art. 15, inc. 22 CN adquieren jerarquía superior a las leyes, se pueden mencionar: el Convenio 81 sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, aprobado por ley 14.932; Convenio 98 sobre Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, aprobado por dec.-ley 11.594/1956; Convenio 135 sobre los representantes de los trabajadores, ratificado por ley 25.801; Convenio 144 sobre las Consultas Tripartitas para Promover la Aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo, aprobado por ley 23.460; Convenio 151 sobre Protección del Derecho de Sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones del empleo público, aprobado por ley 23.328; y el Convenio 154 sobre el Fomento de la Negociación Colectiva, aprobado por ley 23.944.

Cabe señalar que uno de ellos, el Convenio 87, no solo tiene el carácter de norma con jerarquía superior a las leyes, sino que adquiere jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75, inc. 22 CN citado), ya que en esas disposiciones se determina que nada de lo dispuesto en los mencionados artículos autoriza a los Estados Partes en el citado Convenio de la OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”⁽²³⁶⁾.

La CSJN se ha expedido al respecto en: “ATE c. M. de T.” (PECIFA), del 11/11/08; “A.T.E. c. Prov. Entre Ríos”, del 21/10/2003, (aportes sindicales); “Cocchia c. E.N.”, del 2/12/1993 y en “Outon, Carlos José y otros - amparo”, dictado el 2/3/1967.

La libertad sindical ha sido abordada por la CIDH en el caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”⁽²³⁷⁾ y en forma expresa y contundente ha reafirmado que el Preámbulo de la Constitución de la OIT incluye el “reconocimiento del principio de libertad sindical” como requisito indispensable para “la paz y armonía universales”⁽²³⁸⁾. Asimismo, manifiesta que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los

(236) ZURETTI, Mario E. (h.), “Las normas internacionales del trabajo...”, cit., p. 443.

(237) CIDH, Caso “Baena Ricardo y otros”, sentencia del 2/2/2001, serie C, N° 72.

(238) Ídem, párr. 157.

derechos humanos⁽²³⁹⁾. La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del art. 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incs. 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su art. 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”⁽²⁴⁰⁾.

El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha declarado que la “libertad sindical es *conditio sine qua non* del tripartismo que la Constitución de la OIT plasma en sus propias estructuras orgánicas y postula para los distintos Estados: sin libertad sindical la noción de tripartismo quedaría vaciada de sentido”⁽²⁴¹⁾.

Respecto a la responsabilidad de los Estados miembros de la OIT en la defensa de los principios de libertad sindical, el Comité ha indicado que “cuando un Estado decide ser Miembro de la Organización acepta los principios fundamentales definidos en la Constitución y en la Declaración de Filadelfia, incluidos los relativos a la libertad sindical”⁽²⁴²⁾.

Asimismo, expresa que “[e]l nivel de protección del ejercicio de los derechos sindicales que se deriva de las disposiciones y principios de los Convenios 87 y 98 constituye un mínimo al que pueden añadirse y es deseable que se añadan otras garantías suplementarias derivadas del sistema constitucional y legal de un país dado, de la tradición en materia de relaciones profesionales, de la acción sindical o de la negociación entre los interesados”⁽²⁴³⁾.

Recientemente, la CIDH se ha expedido en la Opinión consultiva 22/16 respecto a si las personas jurídicas son titulares de derecho ante el sistema interamericano, respondiendo en forma negativa de manera indeterminada. Sin embargo, precisa que la excepción la tienen los sindicatos y los pueblos originarios. Allí expresó, “la Corte ha concluido la titularidad de los derechos establecidos en el artículo 8.1.a del Protocolo de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, lo cual les permite presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos. Ahora bien, en este punto la Corte considera relevante recordar que, en razón de lo dispuesto por el artículo 44 de la Convención Americana, los sindicatos, las federaciones y las confederaciones legalmente reconocidos en uno o más Estados Parte de la Convención, formen o no parte del Protocolo de San Salvador, pueden pre-

(239) Ídem párr. 158.

(240) Ídem, párr. 159.

(241) Comité de Libertad Sindical, “La libertad sindical”, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, Suiza, 2006, p. 1.

(242) Comité de Libertad Sindical, “La libertad sindical”, cit., p. 9.

(243) Comité de Libertad Sindical, “La libertad sindical”, cit., p. 10.

sentar peticiones individuales ante la Comisión Interamericana en representación de sus asociados, en caso de una presunta violación de los derechos de sus miembros por un Estado Parte de la Convención Americana”⁽²⁴⁴⁾.

e) Respecto a la *negociación colectiva*: previsto en el art. 14 bis CN que garantiza a los gremios “concertar convenios colectivos”.

Entre los instrumentos de la OIT, cabe destacar la Recomendación sobre los contratos colectivos (1951), que trata sobre el procedimiento de negociaciones colectivas, la definición de los contratos colectivos, de los efectos de esos contratos, de su extensión, de su interpretación y del control de su aplicación. En 1918 se adoptó el Convenio 151 que incorporó a funcionarios de la administración pública en la negociación colectiva y en la protección de los representantes sindicales; completados por el Convenio 154 y la Recomendación 163, adoptados en 1981, que tienen como objetivo el fomento de la negociación colectiva libre y voluntaria, y en particular el antes mencionado Convenio 98. Precisamente, este Convenio 98 sobre libertad sindical trata de proteger el ejercicio de los derechos sindicales por parte de los trabajadores frente a los empleadores y, asimismo, proteger a las organizaciones de trabajadores respecto a las organizaciones de empleadores, y viceversa, haciendo hincapié en la autonomía de las partes (art. 4°)⁽²⁴⁵⁾.

La CSJN esgrime en forma extensa y bajo precisas argumentaciones jurídicas respecto a libertad sindical, derecho de asociación organización sindical libre y democrática, en el fallo “ATE”⁽²⁴⁶⁾.

Carlos Etala indica que el Tribunal Supremo, “al fundamentar su fallo no sólo en las Declaraciones, Pactos y Convencionales Internacionales y el Convenio 87 de la OIT sino también en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que garantiza la ‘organización sindical libre y democrática,’ ha ratificado en ‘la práctica y la reglamentación nacionales’ el principio de libertad sindical individual negativa, vale decir, el derecho de los trabajadores de no afiliarse o desafilarse a una asociación sindical, derecho que la Corte considera de jerarquía constitucional”⁽²⁴⁷⁾.

Al respecto el Comité de Libertad Sindical declara que el “respeto mutuo de los compromisos asumidos en los acuerdos colectivos es un elemento importante del derecho de negociación colectiva y debería ser salvaguardado para establecer relaciones laborales sobre una base sólida y estable”⁽²⁴⁸⁾.

(244) CIDH, OC 22/16, párr. 105.

(245) Conf. ZURETTI, Mario E. (h.), “Las normas internacionales del trabajo...”, cit.

(246) CSJN, 11/11/2008, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”.

(247) ETALA, Carlos Alberto, “El fallo de la Corte Suprema en el caso ‘ATE’: una fuerte reafirmación de la libertad sindical”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2008-B-2099, Abeledo Perrot.

(248) Comité de Libertad Sindical, “La libertad sindical”, cit., p. 201.

f) El reconocimiento del *derecho a huelga*: expresamente previsto en el art. 14 bis CN como una facultad de las asociaciones sindicales.

La reforma de la ley 25.877, en su art. 24, dispone la obligación de las organizaciones de trabajadores y de empleadores de garantizar la prestación de servicios mínimos que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, cuando se decida la adopción de medidas legítimas de acción directa⁽²⁴⁹⁾.

Al respecto a la CSJN recientemente, en fallo “Orellano”⁽²⁵⁰⁾ ha reiterado algunos lineamientos sustanciales.

“El Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, aunque no menciona expresamente el derecho de huelga, sí consagra el derecho de las ‘organizaciones de trabajadores’ y de empleadores ‘de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción’ (art. 3)” (del considerando 11); “... Que el examen de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que en nuestro país gozan de jerarquía constitucional o supra legal arroja a un resultado similar. El Estado argentino, como se verá, asumió el compromiso de garantizar el derecho de huelga como derecho inherente a la libertad de sindicación” (considerando 12); “Que en los precedentes ‘Asociación Trabajadores del Estado’ y ‘Rossi’ esta Corte estableció que el principio constitucional de la libertad sindical consagra la libertad para todos los sindicatos con el propósito de que puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que les son propias...” (considerando 14); “... el único requisito al que el art. 14 bis de la Constitución Nacional supedita el ejercicio de los derechos sindicales por parte de las organizaciones de trabajadores es el de su simple inscripción en un registro especial, cabe concluir que el legítimo ejercicio del derecho de huelga está subordinado a que el sujeto que la dispone haya cumplido con tal recaudo de inscripción” (considerando 15).

El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT declara que el “derecho de huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87”⁽²⁵¹⁾.

g) *La protección a la maternidad y lactancia*: La obligación constitucional del Estado de proteger de manera integral el estado de embarazo y maternidad ha sido categóricamente reforzada tras la reforma de 1994, que además de incorporar los instrumentos internacionales, art. 75.22 CN; dispuso expresamente como obligación del Congreso “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de

(249) Conf. ZURETTI, Mario E. (h.), “Las normas internacionales del trabajo...”, cit.

(250) CSJN, 7/6/2016, “Orellano, Francisco Daniel el Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo”.

(251) Comité de Libertad Sindical, “La libertad sindical”, cit., p. 115.

desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el período de lactancia...” (art. 75 inc. 23 CN).

Entre las normas internacionales incorporadas a nuestra Constitución, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “...la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...” (art. 25, apart. 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en cuanto dispone que “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales” (art. VII).

El PIDESC obliga a los Estados parte a garantizar “...especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto...”, lapso durante el cual “...a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social...” (art. 10, apart. 2).

Por último, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer exige a los Estados adoptar las medidas adecuadas para “...implantar la licencia por maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales...” (art. 11.2.b.).

El art. 3 del Convenio 3 de la OIT sobre protección de la maternidad (ratificado por la Argentina en 1933) establece el derecho de la trabajadora embarazada a una licencia de un mínimo de seis semanas de duración, ampliado a 12 semanas por el Convenio 103 de la OIT, sobre protección de la maternidad —revisado— (sancionado en 1952, no ratificado por nuestro país)⁽²⁵²⁾⁻⁽²⁵³⁾.

h) *Los beneficios de la seguridad social*: La CSJN, en la década del 70 ya se había pronunciado respecto al beneficio previsional, en “Bercaitz, Miguel Ángel”⁽²⁵⁴⁾. Posteriormente en “Chocobar”⁽²⁵⁵⁾, expresó que la “Declaración Universal de Derechos Humanos establece que ‘toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, ...habida cuenta de la

(252) Conf. ORSINI, Juan I., “Protección del embarazo y la maternidad de las trabajadoras domésticas”, *Revista Derecho del Trabajo*, año 2, nro. 4, Infojus, p. 141

(253) La protección de los derechos de embarazadas y niños, se puede visualizar con la sanción de la ley 26.873 de Promoción y Concientización Pública sobre la importancia de la lactancia materna, el decreto 22/2015 reglamentario de la ley 26.873, la Convención de los Derechos del Niño (ley 23.849), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ley 23.179), el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares (ley 23.451), la ley 20.744 de Contrato de Trabajo.

(254) CSJN, 12/9/1974, Fallos 289:430.

(255) CSJN, 27/12/1996, “Chocobar, Sixto Celestino c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad”, Fallos 319:3241.

organización y los recursos de cada Estado' (art. 22). En análogo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone que 'los Estados partes se comprometen a adoptar providencias... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación... en la medida de los recursos disponibles' (art. 26). Tales referencias —que vinculan los beneficios sociales a las concretas posibilidades de cada Estado— resultan idóneas para interpretar el alcance de la movilidad aludida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional toda vez que ésta debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás. De allí se desprende que la atención a los recursos 'disponibles' del sistema pueda constituir una directriz adecuada a los fines de determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria, en el momento de juzgar sobre el reajuste de las prestaciones o de su satisfacción" (considerando 11).

i) *Respecto al trabajo infantil*: Fue una preocupación y una temática abordada desde sus inicios por la OIT. Para ello creó herramientas normativas para su protección, como por ejemplo el Convenio 6 (1919) sobre el trabajo nocturno de los menores en la industria; Convenio 7 sobre la edad mínima en el trabajo marítimo (1920); Convenio 10 sobre edad mínima en la agricultura (1921); Convenio 33 sobre la edad mínima en trabajos no industriales (1932); Convenio 77 sobre el examen médico de los menores en la industria; Convenio 78 sobre el examen médico de los menores en trabajos no industriales; Convenio 138 sobre la edad mínima (1973).

"En la Declaración de los Derechos Fundamentales de 1998, la OIT propuso directamente la eliminación del trabajo infantil y creó el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (I.P.E.C.)"⁽²⁵⁶⁾.

j) *Los derechos de comunidades indígenas*, Convenio de OIT 169. La CSJN se ha expresado en autos: "Fermín Mauricio"⁽²⁵⁷⁾ y "Martínez Pérez"⁽²⁵⁸⁾.

El tema ha sido abordado por la CIDH en los casos: 1) caso "Aloeboetoe contra Suriname"⁽²⁵⁹⁾, "la Corte al momento de establecer las reparaciones pertinentes, tuvo que realizar un estudio de carácter antropológico sobre la Comunidad de los maroons en Suriname"⁽²⁶⁰⁾; 2) caso "Comunidad Mayagna (SUMO) Awás Tingni", "Diversos instrumentos internacionales concernientes a la vida, cultura y derechos de los indígenas invocan el reconocimiento

(256) Conf. ZURETTI, Mario E. (h.), "Las normas internacionales del trabajo...", cit.

(257) CSJN, 22/7/2008, "Fermín Mauricio s/causa N° 2061, S.C. F. 654, L. LXII".

(258) CSJN, 10/11/2015, "Martínez Pérez, José Luis c. Palma, América y otros s/ medida cautelar s/casación".

(259) CIDH, Caso "Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", sentencia del 10/9/1993, serie C, N° 15.

(260) VENTURA ROBLES, Manuel E., "Jurisprudencia de la Corte Interamericana...", cit., p. 109.

explícito de sus instituciones jurídicas” (considerando 6), el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, 1989), animado por la idea de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales —con respeto a su identidad y a las instituciones que son producto y resguardo de ésta—, sostuvo que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación (artículo 13.1)” (considerando 7)⁽²⁶¹⁾.

El tribunal americano se ha pronunciado en varios casos reconociendo la titularidad de derechos humanos tanto a las comunidades indígenas como a sus miembros, y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales, por el cual pueden establecer libremente su condición política y promover su desarrollo económico, social y cultural⁽²⁶²⁾.

Cabe hacer mención que el plexo normativo internacional sobre la temática se ha profundizado con la aprobación por Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de setiembre de 2007, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y recientemente, 14 de junio de 2016, la Asamblea en sesión plenaria de la OEA, aprobó la Declaración Americana sobre los pueblos indígenas.

k) *El procedimiento para la vigencia de un convenio de la OIT*, en autos: “Frites, Eulogio y otra. c. PEN”, 4/12/1995 (Convenio 169).

l) Finalmente, con relación a *las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT* la CSJN se ha expedido sobre el valor las mismas en la causa “A.T.E. c. Estado Nacional y otro (Provincia de Salta) s/cumplimiento de recomendación de la OIT” (25/11/2008).

En dicha oportunidad sostuvo, en primer lugar, que el sujeto legitimado pasivo de toda recomendación es el Estado nacional y no el provincial. Ello

(261) Considerando 6 y 7 del voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo y reparaciones del caso “Comunidad Mayagna (SUMO) Awás Tingni”.

(262) Cfr. Caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31/8/2001, serie C, Nº 79; Caso de la “Comunidad Moiwana vs. Surinam”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15/6/2005, serie C, Nº 124; Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 17/6/2005, serie C, Nº 125; Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29/3/2006, serie C, Nº 146; Caso del “Pueblo Saramaka vs. Surinam”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28/11/2007, serie C, Nº 172, y Caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/8/2010, serie C, Nº 214, Caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”. Fondo y reparaciones, sentencia del 27/6/2012, serie C, Nº 245.

así, sobre la Nación pesa la carga de adoptar las medidas necesarias y decisiones que permitirán, en su caso, evitar la responsabilidad internacional, de ahí que, una demanda promovida en contra de una provincia sería ajena a la competencia originaria de la Corte Nacional⁽²⁶³⁾.

En segundo lugar, en cuanto a la obligatoriedad del acatamiento de dichas recomendaciones, afirmó que carecen de fuerza ejecutoria y no generan obligación alguna de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la OIT y sus sucesivas enmiendas aprobadas mediante las leyes nacionales 4450, 7672, 11.722, 12.232, 13.559, 14.324; 16.838, 20.683, 23.972 y 25.491; y que es el Estado quien debe valorar los alcances de la recomendación que se intenta hacer valer y determinar, en el supuesto más favorable al actor de que se la considere exigible, si asume su cumplimiento⁽²⁶⁴⁾.

En conclusión, si bien desde el año 1994, en que la reforma constitucional le adjudicó jerarquía superior a las leyes a los Convenios de la OIT, no es hasta hace poco tiempo que el Máximo Tribunal de la Nación ha realizado pronunciamientos más específicos y contundentes, aunque hubo períodos en que fue ignorada la temática respecto a la aplicación de los Convenios de la OIT ratificados por la República Argentina.

Sin embargo, hay que destacar algunos pronunciamientos, en especial los casos paradigmáticos como “Vizzoti”⁽²⁶⁵⁾ y “Aquino”⁽²⁶⁶⁾, en los que se ha puesto de relieve el principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de las declaraciones y tratados con jerarquía constitucional, lo que han hecho del trabajador un sujeto de “preferente tutela constitucional”⁽²⁶⁷⁾.

En lo que se refiere a la actuación de la CIDH respecto a pronunciamiento en que estén involucrados los derechos económicos, sociales y culturales, corrió igual suerte que el camino de la jurisprudencia nacional.

La gran mayoría de los casos sometidos a la CIDH involucra derechos civiles y políticos. Al decir de Ventura Robles, “ello obedece fundamentalmente a que estos derechos (económicos, sociales y culturales) no fueron incluidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁽²⁶⁸⁾.

(263) Art. 117 de la CN y Fallos 314:94; 318:1837; 322:1514; 323:1854; 325:380; 325:3070, entre otros.

(264) Conf. arts 1º, 2º y 19.7 de la Constitución de la OIT.

(265) CSJN, 14/9/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa”, LL *Suplemento Especial*, 17/9/2004.

(266) CSJN, 27/9/2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A”, LL *Suplemento Especial*.

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

(268) VENTURA ROBLES, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana...”, cit., p. 130.

Sin embargo, otras voces latinoamericanas⁽²⁶⁹⁾, propugnan que si bien los derechos laborales no son un tema recurrente en los pronunciamientos tanto de la CIDH como en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ello no se debe a la ausencia de sus violaciones sino a la gravedad de otros tipos de violaciones a los derechos humanos, como el derecho a la vida y la integridad de las personas, que los convierten en prioritarios para el sistema interamericano.

Como señala Cascajo Castro, la positivación jurídica de los derechos sociales, con ser importante, no es un dato definitivo para analizar el nivel de protección y eficacia que alcanzan estos derechos en los distintos ordenamientos y órganos de aplicación⁽²⁷⁰⁾.

El ejemplo es la inobservancia del Estado argentino en sus obligaciones de adoptar e integrar los principios y garantías que las normas internacionales establecen, provocando la condena internacional, como por ejemplo en el fallo “Furlán”⁽²⁷¹⁾.

De lo analizado no hay duda de que los derechos denominados de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales; encuentran un rol más operativo a nivel legislativo que en los otros niveles de actuación del Estado (jurisdiccional, ejecutivo, administrativo).

Sin embargo, los derechos fundamentales, y en nuestro caso de análisis, el trabajo como derecho humano, debe estar presente en forma consustancial con la gobernabilidad, para que cada ciudadano-habitante perciba la legitimidad del sistema. Pero ello no es suficiente, si no hay una actuación concreta, conforme y efectiva, por parte de operadores judiciales y administrativos en la promoción, prevención y resolución efectiva de derechos sociales-laborales vulnerados, a fin de dar valor y eficacia a la normativa de derechos humanos. Todo ello es indispensable para el logro de la paz social.

2.8. Fin de capítulo

En los apartados precedentes, hemos descripto y desarrollado el nacimiento, conquista y evolución del sistema internacional y nacional de derechos sociales; como así también el reconocimiento y resguardo de esos derechos que los órganos administrativos o judiciales, nacionales o internacionales han realizado principalmente en los últimos años.

(269) KRSTEVIC, Viviana, “Líneas de trabajo para mejorar la eficacia del Sistema”, en *El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, MÉNDEZ, Juan E. y COX, Francisco (eds.), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

(270) Conf. CASCAJO CASTRO, José Luis, “La tutela constitucional de los derechos sociales”, en *Cuadernos y Debates*, nro. 5, CEC, Madrid, 1998, ps. 81-82.

(271) CIDH, 31/8/2012, “Furlán, Sebastián y familiares vs. Argentina”.

De ello se desprende que el grado de evolución actual del plexo normativo que rodea los derechos sociales es amplio. Si a ello sumamos la circunstancia que, en nuestro país, al tener un sistema judicial difuso de control constitucional, y las pautas dadas por la jurisprudencia de la CSJN (desde el fallo “Mill de Pereyra”⁽²⁷²⁾ de 2001 y su ratificación en “Rodríguez Pereyra”⁽²⁷³⁾) dicho control puede hacerse de oficio, incluido el control de convencionalidad; extendiéndose el sistema de garantías y protección de derechos.

Contando una estructura de normas sólida y consolidada, posibilita que podamos sostener y proponer la existencia y aplicación del control de convencionalidad en materia laboral.

Si bien hay autores que se pronuncian por la creación de un tribunal social internacional⁽²⁷⁴⁾, nuestra postura es la de impulsar y fortalecer el control de convencionalidad difuso y *ex officio* laboral, en todos los ámbitos que tengan por objetivo garantizar y promover los derechos sociales, sea en el orden jurisdiccional como administrativo. Ello en pos de contribuir en relación con el objetivo enunciado, ya en 1919, en el preámbulo de constitución de la OIT; esto es “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”.

Esto tiene su fundamento principalmente en la manda constitucional (art. 75 inc. 22 CN) y en el compromiso que ha asumido nuestro país al ratificar los tratados y convenios internacionales.

En nuestro caso, la disciplina de análisis es el derecho al trabajo y del trabajo. En función de ello, todos los operadores y/o autoridades, de todos los ámbitos y niveles están sometidos a ellos, y se encuentran obligados a velar y garantizar su efectivo cumplimiento, ejerciendo no solo el control de constitucionalidad sino control “de convencionalidad laboral *ex officio*” entre las normas internas y el sistema internacional de derechos laborales en el marco de sus respectivas competencias.

(272) CSJN, 27/9/2001, “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes”.

(273) CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra el Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, R.401.XLIII,

(274) Para ampliar sobre esta propuesta conf. ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, “Estado social de derecho y derechos humanos”, “Colombia Insiste en los Derechos Humanos”, en *Revista Número*, nro. 39, Separata Especial del Seminario.

CAPÍTULO 3

ROL DEL MAGISTRADO EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO

3.1. Preliminar

El presente capítulo tiene por finalidad descubrir principalmente cuál es el rol de la magistratura en el sistema de control de convencionalidad de los derechos sociales. Además, daremos algunos lineamientos respecto al rol que también le cabe a los operadores jurídicos, administrativos, autoridades públicas y al ciudadano-habitante común.

Afirmar que la globalización ha producido transformaciones sustantivas en las relaciones laborales es un hecho que no precisa demostración. La vida diaria, cotidiana lo demuestra.

A partir del nuevo orden mundial dado por el fenómeno de la globalización y la crisis de interpretación de la realidad que ella genera, marca un escenario mundial y local caracterizado por la complejidad creciente en el mundo del trabajo y de la economía internacional. Esto no ha sido ajeno al impacto en el derecho y el sistema de normas nacionales e internacionales.

Frente a este escenario, el “enigma del siglo XXI es saber si el desarrollo económico, la democracia y la equidad son compatibles o si, por el contrario, los supuestos mandatos de la competitividad económica van a acentuar las tendencias negativas sobre los trabajadores, generando un núcleo reducido de personas plena y felizmente integradas al mundo globalizado y grandes mayorías desposeídas, inseguras e infelices que sostienen sobre sus hombros los índices de crecimiento económico”⁽²⁷⁵⁾.

La realidad nos interpela, y por ello apelamos al siguiente interrogante: ¿cuál es el rol del juez en el paradigma del control de convencionalidad laboral que proponemos?

(275) ESPINOZA, Malva, “Trabajo decente y protección social”, ISBN 92-2-314231-8, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2006, p. 3.

3.2. Marco de actuación

En el capítulo anterior enunciamos los instrumentos internacionales, que positivizan los derechos sociales (derecho al trabajo y del trabajo) y que proporcionan un *corpus iuris* de bastas declaraciones, tratados y convenciones.

En relación a ello, hay un sector de la doctrina que propone “amalgamar la noción de *ius commune* latinoamericano en torno al orden regional de derechos humanos”⁽²⁷⁶⁾.

Dicha construcción tiene como pilar que las constituciones de los países del sistema interamericano comparten una serie de valores y principios centrados en la dignidad de la persona humana y los derechos que de ella irradian⁽²⁷⁷⁾.

El concepto de derecho común latinoamericano es una propuesta de orientación en la compleja situación actual⁽²⁷⁸⁾. El escenario se muestra conteste a órdenes jurídicos nacionales que coexisten con otros órdenes suprainternacionales, en compleja red de interacciones: formales e informales, horizontales y verticales.

En este sentido, el juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, ha expuesto la tesis de construir un “*ius constitutionale commune* en las Américas”. Basado en que la “interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional resulta ineludible y sus vasos comunicantes se estrechan. Por una parte, la ‘internacionalización de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los pactos internacionales en materia de derechos humanos y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos por los Estados. Se transita de las tradicionales ‘garantías constitucionales’ a las ‘garantías convencionales’, teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales”⁽²⁷⁹⁾.

Es decir, el objetivo de este sistema de derecho, a través de la integración de un derecho común en materia de derechos humanos, es constituir un orden público e *ius commune* regional interamericano que vincule y constituya un estándar mínimo de todos los Estados parte en materia de derechos fundamentales. Como orden público debe cumplirse de buena fe y sin colocar obstáculos al sistema internacional de derechos, todo ello conforme a los

(276) MIDÓN, Mario A., *Control de convencionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 36.

(277) Conf. SAGÜÉS, María Sofía, “Dinámica política del control...”, cit.

(278) VON BOGDANDY, Armin, “*Ius constitutionale latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, Instituto de Investigaciones científicas de la UNAM, 2012, p. 1.

(279) CIDH, 26/11/2010, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, voto razonado juez ad hoc, Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, párr. 85.

arts. 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) que, sin dejar de ser derecho internacional, se ha incorporado al derecho interno de los Estados partes⁽²⁸⁰⁾.

En especial conforme a los mencionados artículos es que se funda el control de convencionalidad. En su generalidad, esto es la conformidad o contradicción entre las normas internas y el Tratado o Convención de Derechos Humanos.

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones⁽²⁸¹⁾, dos órbitas o dos clases⁽²⁸²⁾: una de carácter concentrado o de sede internacional o de control externo que ejerce la CIDH, y otra de carácter difuso o de sede interna que ejercen los jueces a nivel nacional⁽²⁸³⁾

Como mencionamos en el segundo capítulo de esta tesina, la jurisprudencia interamericana hizo su primera referencia al “control de convencionalidad” en el voto razonado del exjuez interamericano García Ramírez en la sentencia “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” (2003), la cual reiteró en los votos particulares de los casos “Tibí vs. Ecuador” (2004) y “Vargas Areco vs. Paraguay” (2006). Fue incluida ya en forma específica en la sentencia “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006), en donde se creó la doctrina del “control difuso de convencionalidad” que deben llevar a cabo todas las autoridades nacionales, incluso los jueces y órganos encargados de la administración de justicia⁽²⁸⁴⁾.

La evolución jurisprudencial de la CIDH ha determinado que son los jueces, todos los operadores judiciales y toda autoridad pública los que tienen la facultad-deber de vigilancia del control de convencionalidad del sistema interamericano de derechos humanos.

Compartimos en ese mismo sentido la responsabilidad de todos los actores políticos-sociales-jurídico, sea la magistratura, como cualquier otro operador jurídico o administrativo de llevar a cabo la tarea-deber de vigilancia

(280) Conf. MIDÓN, Mario A., *Control de convencionalidad*, cit.

(281) Miranda Bonilla indica que existen dos manifestaciones (conf. MIRANDA BONILLA, Haideer, “El control de convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina”, *Revista Jurídica IUS Doctrina*, nro. 12, 2015, p. 4. ISSN 1659-3707).

(282) SAGÜES, Sofía, “Retroalimentación entre el control de constitucionalidad y control de convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

(283) Miranda Bonilla refiere a dos manifestaciones una concentrada y otra difusa de control de convencionalidad. En igual sentido se expresa Eduardo Ferrer Mac Gregor. Mientras que Sofía Sagüés indica que existen dos clases, un control de convencionalidad en sede internacional y otro control de convencionalidad en sede interna. A su vez, Sergio García Ramírez por su parte refiere a un control externo y otro interno de convencionalidad.

(284) Conf. MIRANDA BONILLA, Haideer, “El control de convencionalidad...”, cit.

por la protección de los derechos humanos, con especial énfasis en nuestro caso de análisis, los derechos económicos, sociales y culturales.

Sostiene Midón que “en los sistemas de control difuso, como lo es el nuestro, cada juez provincial o nacional goza del atributo de revisión de convencionalidad en todas y cada una de las causas en las que le toca actuar. En eso, la potestad del juez de primera instancia es similar a la del magistrado de Cámara, del integrante de un Superior Tribunal de Provincia, de la CABA o un ministro de la Corte”⁽²⁸⁵⁾.

3.3. ¿Cuál es el rol de la Magistratura?

Nogueira Alcalá expresa que el juez nacional es el juez natural de la Convención Americana de Derechos Humanos, es el que sienta las bases y construye el derecho interamericano.

“Se concreta así entre las jurisdicciones de los estados y la CIDH un diálogo y cooperación leal, donde la base de las discusiones ulteriores está constituida por las decisiones de los jueces nacionales. El juez nacional debe aplicar el *corpus iuris* interamericano y la jurisprudencia de la CIDH, y también los métodos de interpretación desarrollados por la CIDH; la interpretación evolutiva, la interpretación dinámica, el principio favor persona; el principio de progresividad; el principio de ponderación; todo lo que constituye una fuente de ampliación de su poder creador de derecho”⁽²⁸⁶⁾.

En consecuencia, a la magistratura le cabe un gran desafío y una gran responsabilidad, esto es ser impulsor de este mecanismo de control de convencionalidad laboral con el objeto de lograr una importante expansión respecto a los estándares mínimos de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales; por lo que los convierte prácticamente en “jueces interamericanos”⁽²⁸⁷⁾, en mi opinión, jueces universales custodios de los derechos sociales⁽²⁸⁸⁾.

(285) MIDÓN, Mario A., *Control de convencionalidad*, cit., p. 98.

(286) NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre Tribunales Nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ReDCE, año 10, nro. 19, enero-junio 2013, p. 234.

(287) MIRANDA BONILLA, Haideer, “El control de convencionalidad...”, cit., p. 4.

(288) La corriente universalista es propugnada por A.A. Cançado Trindade; Jürgen Habermas; Piovesan Flávia. Para Hitters “se ha configurado así lo que hemos llamado —siguiendo a Cappelletti— la dimensión supranacional del derecho del proceso y de la justicia con la evidente intención de que el respeto de las libertades humanas logre un nivel metanacional y uniforme (*lex universalis*)”. HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nro. 10, julio-diciembre, 2008, ps. 133.

En este sentido comparto lo expresado por el juez Cançado Trindade, quien dice que “los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana”⁽²⁸⁹⁾.

3.4. ¿Cómo lograr el rol activo por parte de la magistratura?

La función del juez en una sociedad democrática ha evolucionado a la par que el sistema político democrático, generando nuevos contenidos.

El juez es aquella persona que tiene la autoridad y potestad para juzgar. Al decir de Kemelmajer, “El juez es el custodio del pacto social, el guardián de las promesas y, en una democracia constitucional, su rol es defender los derechos de la persona, aún en contra de la mayoría”⁽²⁹⁰⁾.

La Comisión IDH es enfática en determinar que la magistratura es el principal actor en la protección judicial de los derechos humanos en un Estado democrático, garante del debido proceso y contralor de la convencionalidad, constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado⁽²⁹¹⁾.

¿Cómo realizar la misión que hoy tiene la magistratura del siglo XXI respecto a la protección y fortalecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales?

Entiendo que tres son los mecanismos que proporcionarían a la magistratura herramientas para lograr esta loable misión de guardianes y custodios de las garantías de los derechos fundamentales del hombre. Ellos son: el diálogo, la inclusión⁽²⁹²⁾ y la capacitación.

3.4.1. Diálogo

Una primera acepción de esta variable de análisis es referirnos al instituto de la remisión o cuestión prejudicial.

(289) Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, 24/11/2006, párr. 3.

(290) KEMELMAJER, Aída, *Derechos y Garantías...*, cit., p. 20.

(291) Conf. Comisión IDH. Informe sobre la situación de derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 4 rev. 1., 24 de octubre de 2003, párr. 150.

(292) Von Bogdandy refiere a tres requisitos: a) diálogo: entendido como diálogo entre tribunales; b) inclusión: entendida como inclusión de todos en los grandes sistemas sociales y c) pluralismo normativo: como concepto superador a las teorías monistas y dualistas. VON BOGDANDY, Armin, “*Ius constitutionale latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, Instituto de Investigaciones científicas de la UNAM, 2012.

3.4.1.1. Remisión o cuestión prejudicial

Este instituto tiene su mayor desarrollo en el derecho comunitario europeo. Consiste en un mecanismo fundamental del derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales los medios para que la interpretación y la aplicación de este derecho sean uniformes en todos los Estados miembros. Esto es, cualquier órgano jurisdiccional está facultado para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión, si lo considera necesario para resolver un litigio del que esté conociendo⁽²⁹³⁾.

Al respecto Gattinoni de Mujía indica, “la cuestión prejudicial es un nexo que permite el diálogo y la cooperación entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia de la Comunidad y hace posible una verdadera integración jurídica entre los Estados parte. Por un lado, el juez nacional conoce el orden jurídico interno, sus características y las posibles dificultades que se pudieran plantear frente al Derecho Comunitario y, por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad orienta en la interpretación de la norma comunitaria de manera tal que la misma tenga igual fuerza en todo el territorio común. Este sistema de diálogo permanente entre ambas jurisdicciones, permite que se vayan cumpliendo los objetivos trazados en los Tratados constitutivos mediante un sistema flexible, progresivo y adaptado a las necesidades concretas de cada uno de los Estados Parte”⁽²⁹⁴⁾.

A nivel regional, indica Perotti, este mecanismo de diálogo se lleva a cabo a través de Opiniones consultivas. “El mecanismo de las Opiniones Consultivas, cuando se trata de los Poderes Judiciales nacionales, puede ser definido como el procedimiento mediante el cual un juez interno de un Estado Parte solicita la interpretación de una norma del MERCOSUR —sobre su alcance o su validez— al Tribunal Permanente de Revisión, que es el órgano supremo y especializado del bloque en materia de hermenéutica del derecho regional, siendo necesario que la solicitud interpretativa se enmarque en una causa judicial que se encuentra bajo trámite del Poder Judicial del respectivo Estado Parte”⁽²⁹⁵⁾.

(293) Conf. art. 10, apartos. 1 a 3, del Protocolo 36, las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativas a los actos adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (DO 2007, C 306, p. 1). La interposición del incidente de prejudicialidad genera la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie. El procedimiento es gratuito. Para ampliar se puede consultar <http://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

(294) GATTINONI DE MUJÍA, María, “El diálogo entre el juez de la jurisdicción nacional y el juez comunitario. Un análisis de la revisión prejudicial en Europa y en América Latina”, OEA, Academia Diplomática del Perú, Informe final Jornadas de Derecho Internacional, Lima, Perú, 2003.

(295) PEROTTI, Alejandro D., “¿Qué está pasando en el otro Mercosur? Hoy, las opiniones consultivas”, *Temas del Conosur. Dossier de Integración*, nro. 41, octubre 2007, Buenos Aires, p. 14. Disponible en <http://www.mercosurabc.com.ar>, Mercosurabc Id SAIJ: DACF080035.

En junio de 2008, la CSJN, aprueba las “Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”, por Acordada 13/2008. En su art. 1º reconoce: “Todos los jueces de la República, tanto de jurisdicción nacional como provincial, podrán formular en el marco de una causa en trámite ante sus respectivos estrados, a instancia de parte o de oficio, la solicitud de opiniones consultivas...”

En síntesis, a nivel regional, la opinión consultiva es la principal herramienta de cooperación entre el juez nacional y la jurisdicción *supranational*⁽²⁹⁶⁾.

Este mecanismo regional se diferencia de la cuestión o remisión prejudicial del derecho comunitario europeo, ya que no resulta obligatorio efectuarla aunque haya una cuestión de interpretación de normativa Mercosur en juego. Tampoco su resultado es vinculante ni tiene efectos *erga omnes* ni retroactivos⁽²⁹⁷⁾.

Sin perjuicio de ello, “los jueces de la integración son los verdaderos constructores del proceso integrador. Ellos tienen a su cargo, por un lado la tarea de delimitar las competencias soberanas de cada ordenamiento jurídico y, por otra parte, asumen la función de asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares consagrados en el nuevo ordenamiento jurídico por medio de la interpretación uniforme de la nueva norma común en el territorio de cada uno de los países miembros”⁽²⁹⁸⁾.

3.4.1.2. Diálogo de fuentes

En los últimos dos años, hemos encontrado una variada oferta de cursos y trabajos doctrinarios respecto a lo que se ha denominado el diálogo de fuentes, aplicado al derecho privado. Esto tiene su explicación a partir del Anteproyecto, posterior aprobación y entrada en vigencia de la Unificación del Código Civil y Comercial de la República Argentina (ley 26.994)⁽²⁹⁹⁾.

“Los valores axiológicos (...) y los demás que también se explicitan en los Fundamentos del Anteproyecto, antecedente directo del CCyC— se fundan en principios y derechos de derechos humanos y se derivan de manera directa de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos en los

(296) Conf. PEROTTI, Alejandro D., “Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur”, Konrad Adenauer Stiftung, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008.

(297) Conf. TORRENT, Ramón, “Instrumentos jurídicos de las relaciones económicas internacionales y la integración regional, módulo 4: el derecho del proceso europeo de integración regional”, Universitat de Barcelona, 2004.

(298) GATTINONI DE MUJÍA, María, “La responsabilidad internacional del Estado derivada del ejercicio de la función judicial”, en *La Responsabilidad judicial y sus Dimensiones*, SANTIAGO, Alfonso (h.) (dir.), Ábaco de R. Depalma, Buenos Aires, 2006, t. II, cap., p. 404.

(299) Ley 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en adelante CCyC.

que el Estado es parte. De este modo, se refuerza el diálogo expreso entre la CN y el CCyC, postura totalmente contraria a la adoptada por el CC. Se trata de un diálogo que se fortalece, amplía y actualiza de manera constante a la luz del desarrollo jurisprudencial internacional, regional y constitucional, al interpretar de manera dinámica los diferentes casos que se van planteando en el ámbito civil y comercial, en el marco de un régimen jurídico en el que cada juez debe llevar adelante un constante control de constitucionalidad-convencionalidad de las leyes, sea a instancia de parte interesada o de oficio”⁽³⁰⁰⁾.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Unificación de Código Civil y Comercial se expresa claramente “[...] es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores”⁽³⁰¹⁾.

Pero este diálogo de fuentes no es algo que nació con la sanción de la ley 26.994, ello tiene su particular auge con la reforma de la Constitución de 1994 y el papel protagónico que tiene el art. 75 inc. 22 CN y su interpretación complementaria al art. 31 de la CN.

El papel o función que en el sistema constitucional argentino tiene el *diálogo de fuentes* es consolidar lo preceptuado por la constitución, y complementado e integrado por las disposiciones del sistema internacional de derechos humanos.

Este diálogo de fuentes tiene como misión operar como vías de control y garantía de aplicación efectiva y respeto de los estándares fijados por la normativa internacional de derechos humanos fundamentales.

La doctrina internacional reconoce en el trabajo pionero de Eric Jayme, el método de diálogo de fuentes en el ámbito del derecho internacional privado.

A su vez, Alberto do Amaral Junior (2009) expone que “la pluralidad, la complejidad, la fluidez y el dinamismo caracterizan el derecho internacional en las últimas décadas. Concebido a partir de una realidad marcada por una elevada producción de normas internacionales y por el riesgo de conflictos entre ellas, el ‘diálogo’ de las fuentes postula la aplicación simultánea, coherente y coordinada de las diversas fuentes del derecho internacional. Más allá de las normas específicas encargadas de la comunicación intersistémica, las reglas y los principios generales transforman elementos dispersos en un todo significativo, regido por la interdependencia entre las partes que lo constituyen”⁽³⁰²⁾.

(300) CAMELO, Gustavo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, HERRERA, Marisa (dirs.), 1ª ed., Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 10.

(301) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, III, 1, ps. 10 y 11.

(302) DO AMARAL JUNIOR, Antonio, “El diálogo de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo”, *Revista sobre enseñanza*

Víctor Bazán sostiene que la “creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad, en aras del afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías”⁽³⁰³⁾.

El diálogo de fuentes permite una “interpretación que se aparta del conflicto y la desmembración para acercarse a la deliberación. Ello implica adoptar, como método para su consecución, la elección de mecanismos de participación ciudadana, de búsqueda de consensos y concertación”⁽³⁰⁴⁾.

3.4.2. Inclusión

Si bien en nuestro país, y en especial en la provincia de Mendoza, la justicia laboral se caracteriza por tener un proceso laboral mixto, “donde la etapa instructoria se desarrolla en forma escrita pero parte fundamental de él se realiza en forma oral en la llamada audiencia de vista de causa”⁽³⁰⁵⁾, en este apartado quiero referenciar a los mecanismos de inclusión ciudadana, a partir de acciones proactivas por parte de la magistratura en los procesos y en la gestión judicial en general.

Soy un convencido de que instrumentos de participación pública como, por ejemplo, las audiencias públicas, en todos los ámbitos de actuación del Estado generan un proceso de inclusión de todos los actores sociales, de diálogo, inmediatez, legitimación y fortalecimiento de los principios democráticos.

La magistratura debe ser impulsora permanente de herramientas de inclusión y diálogo institucional y social, que permitan un debate amplio y pluralista.

La actividad judicial alcanza su máximo esplendor en la publicidad de los actos procesales, a través de audiencias públicas. No solo las partes interesadas ingresan al debate y al control recíproco, sino que la sociedad ingresa al control de estos actos, logrando una mejor calidad y legitimidad de la decisión judicial.

Instrumentar y realizar audiencias públicas en procesos judiciales implica apostar al funcionamiento de una herramienta de intermediación judicial,

del Derecho, año 7, n° 13, 2009, p. 72, recuperado: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/13/el-dialogo-de-las-fuentes-fragmentacion-y-coherencia-en-el-derecho-internacional-contemporaneo.pdf.

(303) BAZÁN, Víctor, “Control de las omisiones inconstitucionales...”, cit., p. 290.

(304) GARCÍA MINELLA, Gabriela (2015), “Aproximación al análisis del derecho ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”, en CAFFERATTA, Néstor (dir.), *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 43, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 102. Recuperado 28/8/16, <https://static-laley.thomsonreuters.com>.

(305) *Código Procesal Laboral de la Provincia de Mendoza*, La Ley, sobre art. 69 del CPL.

pero fundamentalmente se tiene la oportunidad de garantizar uno de los principios procesales que la normativa, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional han consolidado. Esto es, fortalecer la participación ciudadana en la toma de decisiones⁽³⁰⁶⁾.

Otros mecanismos de incorporación de la participación ciudadana son la realización de juicios por jurados, la incorporación de la tecnología en la gestión y procesos judiciales, expediente electrónico, publicación de sentencias y resoluciones, entre otros.

3.4.3. *La capacitación*

La capacitación funciona como herramienta para completar y actualizar los conocimientos del derecho sustantivo y de las técnicas procesales tanto de quienes ingresen como de los que ya actúan como jueces y funcionarios respecto a la tutela de los derechos sociales fundamentales.

Al respecto precisaré algunas consideraciones:

Se deben impulsar programas de capacitación, no solo a magistrados sino también a funcionarios públicos, respecto a los contenidos de los estándares del sistema internacional e interamericano, en materia de derechos laborales. Ello permitirá aportar mayores herramientas a los Estados “para incrementar el conocimiento de sus funcionarios públicos de sus obligaciones de derechos humanos, y así elevar el entendimiento de los derechos humanos como un marco de actuación, y para promover una mayor inclusión de los derechos humanos en el discurso público”⁽³⁰⁷⁾.

A la magistratura se le exige actuar con debida diligencia. Esto implica la adopción de decisiones que reflejen la custodia y control de los derechos fundamentales bajo los estándares internacionales e interamericanos de protección de los derechos humanos.

Es indispensable “tanto a la luz de los nuevos desafíos que impone la vida actual, con desbordes técnicos, científicos, filosóficos, sociales, económicos y políticos, que se hace necesaria una permanente promoción, actualización y capacitación, como así también, la entronización de la tutela judicial efectiva a título de derecho humano insoslayable que exige respuestas apropiadas”⁽³⁰⁸⁾, eficaces y oportunas a todos los operadores jurídicos.

(306) Este apartado ha sido construido a partir de los fundamentos de mi voto, en sentencia del 11/12/2015, SCJ Mza, autos CUIJ: 13-02843392-6(012114-9058901), “Minera del Oeste SRL y ot. c. Gbno. de la Provincia p/ acción de inconstitucionalidad”.

(307) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.21, 2014, p. 33.

(308) KAWADA, Luis Ernesto, “El valor estratégico de la capacitación judicial desde la tutela judicial efectiva hasta la independencia judicial”, Poder Judicial de Jujuy, 2014. Recuperado: 16/8/2016, www.justiciajujuy.gov.ar/escuela-de-capacitacion/

3.5. El papel de otros actores

Ya hemos mencionado anteriormente, pero no quiero dejar de recalcar que no solo a la magistratura le compete el deber de vigilancia respecto al control de convencionalidad, sino que toda autoridad pública tiene la tarea-deber de realizarlo, en cualquier nivel de decisión en que se encuentre comprometido o vulnerado cualquier derecho humano fundamental, en especial, me referiré a los derechos económicos, sociales y culturales.

El Estado tiene la responsabilidad y el deber de prestar especial atención a los sectores sociales vulnerados que son destinatarios de diversas formas de exclusión; debiendo prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que las generan o perpetúan.

Pero también toda persona-ciudadano-habitante tiene especial misión en la custodia de los más altos derechos fundamentales. Al decir de Cançado Trindade, “a la doctrina jurídica del siglo XX no pasó desapercibido que los individuos, además de titulares de derechos en el plano internacional, son también portadores de deberes emanados directamente del derecho de gentes (la dimensión tanto activa como pasiva de su subjetividad)... Efectivamente, es la persona humana, esencialmente dotada de dignidad, la que articula, expresa e introduce el ‘deber ser’ de los valores en el mundo de la realidad en que vive, y sólo ella es capaz de eso, como portadora de tales valores éticos. La personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del derecho, como expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y de las relaciones humanas reglamentadas”⁽³⁰⁹⁾.

En el mundo actual signado por un nuevo orden mundial que ha definido el proceso de globalización, sus relaciones complejas e interdependiente, “los trabajadores tienden a ser sujetos cada vez más heterogéneos, no sólo por condiciones diferentes de trabajo, sino por las especificidades tecnológicas e inclusive culturales en las que se desenvuelven. Esto le coloca al sindicalismo nuevas exigencias para representar eficazmente lo colectivo. También le pone exigencias respecto de grupos que por definición no son sus representados: los desempleados. Por otro, el segmento de la empresa privada que incide en el producto interno y en el crecimiento económico de los países tiende a ser cada vez más transnacional y articulado en grupos de poder económico crecientemente concentrados, lo que hace que también el sector empresarial (en el ámbito nacional) sea heterogéneo y difícil de ser

images/Doctrina_Local/EL_VALOR ESTRATEGICO DE LA CAPACITACION JUDICIAL - Luis E Kamada.pdf, p. 18.

(309) CANÇADO TRINDADE, Antonio A., “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, Ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 9 al 20 de julio de 2007, San José de Costa Rica, ps. 280-281. Recuperado 1/1016 en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22025.pdf>.

representado colectivamente por una sola o pocas entidades gremiales. Finalmente, hay sujetos sociales más débiles que no pueden ser autorrepresentados: los niños, los pobres, los ancianos a quienes la sociedad y el Estado les deben garantizar sus derechos a todo evento, más allá de los mecanismos del mercado y de la eficiencia o no de las economías”⁽³¹⁰⁾.

En síntesis, las puertas del avance social no se abrirán si todos los operadores jurídicos, institucionales y sociales (empresarios, Estado y trabajadores) no participan activamente en la elaboración y puesta en práctica de soluciones y garantías para la protección del empleo, del trabajo digno y decente, en definitiva, para el resguardo de los derechos económicos, sociales y culturales.

(310) ESPINOZA, Malva, “Trabajo decente y protección social”, ISBN 92-2-314231-8, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2006, p. 3.

CONCLUSIÓN

El trabajo continúa siendo el eje articulador de la vida social. Lo es y lo ha sido desde los orígenes más remotos.

Pacheco Zerga expresa que “el trabajo es, pues, un deber y un derecho que expresa, por un lado, la obligación de servir y, por otro, la dignidad personal”⁽³¹¹⁾. El fundamento del trabajo decente es la dignidad humana.

En este sentido abrevamos por el carácter universal, indivisible e interdependiente de todos los derechos humanos⁽³¹²⁾, esto es, no existe jerarquía de derechos; los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran en igualdad de condiciones para su reconocimiento y protección que cualquier otro tipo de derechos. Ningún derecho fundamental tiene preeminencia sobre el otro, y en el hipotético caso que se diera la confrontación de derechos fundamentales, desarrollamos en nuestro primer capítulo toda una postura de responder por la vía de la armonización de los mismos, asegurando el máximo ejercicio de cada uno de ellos, y procurando la protección de las personas más vulnerables.

Tenemos la más firme convicción, de que para una eficaz tutela y vigencia de los derechos al y del trabajo, se deben adoptar los criterios interpretativos emanados de la Constitución nacional como orden supremo y en forma concordante, complementaria y conciliatoria todo el *corpus iuris* del sistema internacional de derechos humanos; en nuestro caso, de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los instrumentos legales, los principios jurídicos y las garantías tutelares existen, solo resta la voluntad de los distintos operadores públicos administrativos y judiciales que los apliquen.

El incumplimiento o violación de un tratado o convenio sobre derechos laborales fundamentales, implica la violación al sistema internacional de derechos humanos, acarreando la responsabilidad y posterior reparación por parte del Estado infractor.

(311) PACHECO ZERGA, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Pamplona, Thomson, Civitas, 2001, ps. 44-45.

(312) Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14-25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993), párr. 5. También sostenido por la CIDH.

Respecto al llamado “diálogo judicial” entre órganos jurisdiccionales internos y normativa y doctrina o jurisprudencia internacional en sentido amplio, no hay duda de que el mismo se ha intensificado, vía control de convencionalidad. Sin embargo, es necesario fortalecer y consolidar esta práctica en todos los órdenes gubernamentales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. No podemos dejar de mencionar que esta práctica enfrenta varias dificultades, desde el reconocimiento por parte de algunos funcionarios, como la propia voluntad y actitud del juzgador.

Con el presente trabajo he querido demostrar: a) que sistema internacional de derechos humanos, comprendido por las Declaraciones y Convenciones, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), los Tratados y Declaraciones Regionales - Mercosur y los Convenios de la OIT, ofrecen mecanismos, instrumentos y garantías para que cualquier persona, víctima, familiar y/o tercero tenga acceso a la protección de los derechos laborales; b) a pesar de que existen los mecanismos e instrumentos para solicitar ante los diferentes órganos nacionales e internacionales la protección de derechos laborales, se observa una escasa utilización de los mismos por parte de operadores administrativos y judiciales en sus ámbitos de actuación; c) la labor de los operadores judiciales y de toda autoridad pública, en todos los niveles institucionales que intervienen frente a la vulneración de dichos derechos exige que apliquen el control de convencionalidad en materia laboral, hecho que a la fecha sucede en escasísimos casos; ya que la mayoría de las intervenciones se refieren a la materia penal o civil.

“Sin embargo la responsabilidad no es sólo de los jueces por resistirse, en general, a aplicar normas internacionales. No sólo se resisten a aplicar normas de derecho internacional de los derechos humanos, sino también normas de derecho internacional en general. Consideran que los tratados internacionales son de naturaleza nítidamente programática, sin tener en cuenta que en materia de tratados internacionales de derechos humanos, la presunción es la operatividad y no aplicar este criterio puede acarrear responsabilidad internacional del Estado”⁽³¹³⁾.

La evolución en el reconocimiento de los derechos en general, y los derechos económicos, sociales y culturales en particular, muestran que ya no hay vuelta atrás en su efectivización y operatividad. Se transita un cambio en pos del reconocimiento de mayores protecciones y garantías para cada individuo y para la sociedad en su conjunto. Muestra de ello es la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, saldándose una deuda internacional pendiente respecto a la interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos. Ahora sólo resta, como dice Gialdino⁽³¹⁴⁾, que el Protocolo Facultativo obtenga jerarquía

(313) TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos Humanos...*, cit., p. 212.

(314) Se puede ampliar en GIALDINO, Rolando E., “Reconocimiento internacional...”, cit., p. 9.

constitucional en similar condición que lo tiene el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En definitiva, el desafío se encuentra en que jueces, legisladores, operadores jurídicos y administrativos; en cualquier instancia pública o privada, adopten las acciones y decisiones conforme el sistema jurídico nacional e internacional de protección de los derechos laborales, económicos, culturales y sociales, el cual contiene estándares mínimos validados, que deben ser respetados y garantizados en la práctica diaria-cotidiana del quehacer de todo ciudadano y del Estado.

RESUMEN

Con el presente trabajo he querido demostrar: a) que el sistema internacional de derechos humanos, comprendido por las Declaraciones y Convenciones, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), los Tratados y Declaraciones Regionales-Mercosur y los Convenios de la OIT, ofrecen mecanismos, instrumentos y garantías para que cualquier persona, víctima, familiar y/o tercero tenga acceso a la protección de los derechos laborales; b) a pesar de que existen los mecanismos e instrumentos para solicitar ante los diferentes órganos nacionales e internacionales la protección de derechos laborales, se observa una escasa utilización de los mismos por parte de operadores administrativos y judiciales en sus ámbitos de actuación; c) la labor de los operadores judiciales y de toda autoridad pública, en todos los niveles institucionales que intervienen frente a la vulneración de dichos derechos, exige que estos apliquen el control de convencionalidad en materia laboral, hecho que a la fecha sucede en escasísimos casos.

El gran desafío se encuentra en impulsar y fortalecer la concientización de todos los operadores y servidores públicos, no solo en sede judicial sino también en sede administrativa y legislativa, respecto a la aplicación del control de convencionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial, en nuestro caso, los derechos económicos, sociales y culturales; y su expresión en materia de derecho del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, Comentarios sobre el “Caso Fontevecchia”, nota de opinión 17/2/2017, versión recuperada (9/3/2017): <http://cjdh.unla.edu.ar/noticia/126/comentarios-sobre-el-caso-fontevecchia>.
- ACKERMAN, Mario, Su exposición sobre “La relevancia para los jueces y abogados de las NIT en materia de libertad sindical y negociación colectiva”, en “Curso sobre Normas Internacionales del Trabajo para Docentes y Magistrados”, realizado del 26/3/2012 al 30/3/2012.
- ALBERDI, Juan Bautista, Bases, prólogo y notas por Leoncio Gianello, Librería y Editorial Castellvi SA, Santa Fe, 1963, p. 177.
- ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 23.
- ANGULO LÓPEZ, Geofredo, “La ductilidad como núcleo esencial del derecho: la reforma al artículo 1° de la Constitución Mexicana”, Revista de Estudios Jurídicos, nro. 14/2014 (Segunda Época), ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén, España, 2014. Versión electrónica: [rej.ujaen.es].
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Tasia, “La interpretación del Derecho Constitucional Europeo”, Anuario del Pensamiento Crítico, Videtur Quod, ISSN 1989/3167, 2010, p. 201-331. Recuperado [http://www.liberlex.com/archivos/interpretatio_DCE.pdf] en 24/6/2016.
- ATIENZA, Manuel, “Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica”, Instituto de Investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, nro. 134, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 106; recuperado 26/11/2016. Versión electrónica http://perso.unifr.ch/derechope/anal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20151108_01.pdf
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BAZÁN, Víctor, “Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos”, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014.

- BIDART CAMPOS, Germán, “Principios constitucionales del derecho ambiental”, en *Constitución y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 279.
- BOBBIO, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- BOGADO, Adrián F., *Constitución de la Provincia de Formosa, comentada, anotada y concordada*, KAS-ACEP, 2014.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio A., “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, Ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 9 al 20 de julio de 2007, San José de Costa Rica. Recuperado 1/1016 en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22025.pdf>.
- CARAMELO, Gustavo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, CARAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, HERRERA, Marisa (dirs.), 1ª ed., Infocus, Buenos Aires, 2015.
- CARNOTA, Walter, “El orden público laboral internacional”, LL Córdoba, 2000-1179.
- CARPIZZO, J., “El Estado de los derechos de la justicia social”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Universidad Nacional Autónoma de México, nro. 14, enero-junio de 2012, ps. 3-43.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, “La tutela constitucional de los derechos sociales”, en *Cuadernos y Debates*, nro. 5, CEC, Madrid, 1998.
- CASTILLO-CÓRDOVA, L., “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”. *Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional*, Universidad de Piura, México, 2005, recuperado [<http://pirhua.udep.edu.pe/>].
- CONFESOR, María Nieves, “Una mujer preside el Consejo de Administración”, en *Revista de la OIT -Trabajo*, nro. 9, Ginebra, Suiza, 1994, ps. 10-11.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.21, 2014.
- Comité de Libertad Sindical, “La libertad sindical”, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, Suiza, 2006.
- CUARTANGO, Oscar, “A 40 años de la Ley de Contrato de Trabajo”, en Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Presidencia de la Nación y Consejo Federal del Trabajo, República Argentina, Buenos Aires, 2015.

- DE BUEN LOZANO, Néstor, “El nacimiento del Derecho del Trabajo”, ed. 18 revisada, en *Derecho del trabajo*, tomo I, Porrúa, México, 2008, cap. 2, recuperado 14/9/2016 [<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/139/5.pdf>].
- DCOMM, (2009), “De Bismarck a Beveridge: seguridad social para todos”, en *Revista Trabajo*, nro. 67, 2009, recuperado 12/8/2016 [http://www.ilo.org/global/publications/world-of-work-magazine/articles/ilo-in-history/WCMS_122242/lang-es/index.htm].
- Defensoría del Pueblo Colombia, “Contenido y alcance del Derecho Individual al trabajo”, Bogotá, 2005, ISBN: 958-9353-50-9, recuperado [www.corteidh.or.cr/tablas/r26115.pdf].
- DE ZAN, Julio, “El Estado de derecho común en el mundo”, *Revista Diálogo Político*, KAS, Buenos Aires, nro. 3-2004.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1975.
- DO AMARAL JUNIOR, Antonio, “El diálogo de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo”, *Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 7, n° 13, 2009, p. 72, recuperado: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/13/el-dialogo-de-las-fuentes-fragmentacion-y-coherencia-en-el-derecho-internacional-contemporaneo.pdf.
- ERMIDA URIARTE, Óscar (2011), “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”, *Revista Real Card*, Guatemala, nro. 5, junio de 2011.
- “Institucionales y relaciones laborales del Mercosur”, *Revista de Derecho*, Valdivia, diciembre 1997, vol. 8, nro. 1 ps. 183-198, disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000200012&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950, [citado 3/10/2016].
- ESPINOZA, Malva, “Trabajo decente y protección social”, ISBN 92-2-314231-8, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2006.
- ETALA, Carlos Alberto, “Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y su interpretación”, LL 2001-F-1466.
- “El fallo de la Corte Suprema en el caso ‘ATE’: una fuerte reafirmación de la libertad sindical”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2008-B-2099, Abeledo Perrot.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.). UNAM-IIJ. México, 2011. También versión electrónica <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>.
- FERDMAN, Beatriz, “Las Normas Internacionales del Trabajo. Su aplicación e interpretación judicial”, DT 2005 (mayo), p. 609, DT 2005-A-609.

- FREDIANI, Ramón O., "Estabilización y reforma estructural en Latinoamérica durante la década del noventa", en *Contribuciones*, CIEDLA, 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La constitución como norma jurídica", en *La constitución española de 1978*, PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981, ps. 95 y ss.
- GARCÍA DELGADO, Daniel, *Estado y sociedad, la nueva relación a partir del cambio estructural*, Tesis Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 1994.
- GARCÍA MINELLA, Gabriela, "Aproximación al análisis del derecho ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina", en CAFFERATTA, Néstor (dir.), *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 43, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015. Recuperado 28/8/16, <https://static-laley.thomsonreuters.com>.
- GARCÍA Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Universidad Madrid, 2005.
- GATTINONI DE MUJÍA, María, "El diálogo entre el juez de la jurisdicción nacional y el juez comunitario. Un análisis de la revisión prejudicial en Europa y en América Latina", OEA. Academia Diplomática del Perú, Informe final jornadas de Derecho Internacional, Lima, Perú, 2003.
- GATTINONI DE MUJÍA, María (2006), "La responsabilidad internacional del Estado derivada del ejercicio de la función judicial", en *La Responsabilidad judicial y sus Dimensiones*, SANTIAGO, Alfonso (h.) (dir.), Ábaco de R. Depalma, Buenos Aires, 2006, t. II, ps. 311-440.
- GERVASONI, Carlos, "¿Son las crisis políticas causa de las crisis financieras? Evidencias del gobierno de la Alianza (1999-2000)", *Postdata*, nro. 9, septiembre de 2003, ps. 141-180.
- GIALDINO, Rolando E., "Reconocimiento internacional de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", LL 2016-E.
- GRISOLÍA, Julio A., *Manual de Derecho Laboral*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno argentino", recuperado 22/09/16 en: <http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/15/relac%20di%20y%20d%20interno.pdf>; versión actualizada y adaptada del publicado por la misma autora: "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno a partir de la reforma constitucional de 1994", en *Revista Prudentia Iuris*, nro. 37, abril 1995, ps. 131-144.
- HÄBERLE, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., 1998, ps. 164 y ss., 463 y s., passim.
- HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de

constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nro. 10, julio-diciembre, 2008.

International Human Rights Internship Program y Asiam Forum for “Human Rights and Development (Forum-Asia)”. Círculo de Derechos, una herramienta de entrenamiento para el activismo en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. IHRIP y Forum Asia, 2000, p. 20.

JAVILLIER, J. C., *Derecho del trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Madrid, 1982.

KAWADA, Luis Ernesto, “El valor estratégico de la capacitación judicial desde la tutela judicial efectiva hasta la independencia judicial”, Poder Judicial de Jujuy, 2014. Recuperado: 16/8/2016, www.justiciajujuy.gov.ar/escuela-de-capacitacion/images/Doctrina_Local/EL_VALOR ESTRATEGICO_DE_LA_CAPACITACION_JUDICIAL_-_Luis_E_Kamada.pdf.

KEMELMAJER, Aída, *Derechos y garantías en el siglo XXI*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999.

KEYNES, John Maynard, *Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero*, Fondo de cultura económica, México, 1974.

LEVAGGI, Abelardo, “Historia del Derecho Argentino del Trabajo”, *Revista Ius-historia*, nro. 3, 2006, Cita: IJ-LXIV-997.

LOFFLER, Ernesto A., “John Marshall ¿Padre del control de constitucionalidad? Acerca de algunos precedentes que habrían inspirado su decisión en el caso ‘William Marbury versus James Madison’”, consultado en <http://www.justierradelfuego.gov.ar> el 17.06.2016.

LÓPEZ PATRÓN, Juanita María, “Los derechos laborales en el sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nro. 12, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia, 2008.

MARTÍNEZ CHAS, Juan Manuel (2015), “La nueva Declaración Sociolaboral del Mercosur”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, nro. 4, España, 2015. Recuperado 3/10/2016, <http://www.relats.org/>.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio, “Las relaciones laborales y el Mercosur”, DT 1994, LIV-B.

MIDÓN, Mario A., *Control de convencionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2016.

MIRANDA BONILLA, Haideer, “El control de convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina”, *Revista Jurídica IUS Doctrina*, nro. 12, 2015. ISSN 1659-3707.

MORALES GODO, Juan, “La función del juez en una sociedad democrática”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 2012, Recuperado

8/8/2015: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/download/2397/2348.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre Tribunales Nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ReDCE*, año 10, nro. 19, enero-junio, 2013, ps. 221-270.

OIT, “Empleo y desarrollo de competencias, Proyecto de Formación, orientación e inserción laboral”, FOIL, San José, Costa Rica, 2013.

ORDOÑEZ CIFUENTES, José Emilio R., “Breves antecedentes sobre la Organización Internacional del Trabajo”, ensayo para Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el diplomado “Etnicidad, etnodesarrollo y derechos humanos”, recuperado [<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/123/3.pdf>].

ORSINI, Juan I., “Protección del embarazo y la maternidad de las trabajadoras domésticas”, *Revista Derecho del Trabajo*, año 2, nro. 4, Infojus, ps. 111-156.

PACHECO ZERGA, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Pamplona, Thomson Civitas, 2001.

PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El control de convencionalidad y los convenios de la OIT”, LL del 16/1/2009.

PEROTTI, Alejandro D., “¿Qué está pasando en el otro Mercosur? Hoy, las opiniones consultivas”, *Temas del Conosur. Dossier de Integración*, nro. 41, octubre 2007, Buenos Aires, ps. 14 a 26. Disponible en <http://www.mercosurabc.com.ar>, Mercosurabc Id SAIJ: DACF080035.

— “Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur”, Konrad Adenauer Stiftung, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008.

PIZZOLO, Calogero, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, LL 2006-D-1023.

REYNOSO CASTILLO, Carlos, “¿Derecho del trabajo vs. Revolución Francesa? una duda”, consultado el 12/9/2016 en <http://www.azc.uam.mx/>.

RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, “Valores e interpretación jurídica”, *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna*, nro. 13, 1996.

RODGERS, Guerry - LEE, Edie - SWEPSTON, Lee - VAN DAELE, Jasmien, “La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009”, disponible en www.ilo.org.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, “El Mercosur y su sistema de solución de controversias”, XLI Curso de Derecho Internacional, publicaciones digitales, 2014. Recuperado: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014_Roberto_Ruiz_Diaz_Labrano.pdf].

- SAGÜÉS, María Sofía, “Dinámica política del control de constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América”, en *Foro*, Nueva Época, nro. 5/2007, ISSN:1698-5583, ps. 125-197.
- SAGÜÉS, Néstor P., “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, JA 2003-IV-1220.
- SANZ BURGOS, Raúl, “Sobre la interpretación de los derechos fundamentales, en MAQUEDA ABREU, Consuelo y BULLÉ GOYRI, Víctor M. (coord.), *Derechos Humanos: temas y problemas*, UNAM-III, México, 2010, ps. 351-390.
- SERNA, Pedro - TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 13.
- SERRANO CALDERA, A., “La democracia: concepto y desafíos actuales”, en *La democracia y sus desafíos en Nicaragua*, Fundación Friedrich Ebert, CIE-LAC, Centro Interuniversitario de Estudios Latinoamericanos y Caribeños, 2005, p. 52.
- SMEND, RUDOLF, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, 1985, p. 233.
- SPAVENTA DOMENECH, Carlos J., “El derecho del trabajo en la Constitución Nacional”, DT 1998-A-681.
- TOLLER, Fernando M., “Los derechos *in concert*, metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales”, en *Constitución y neoconstitucionalismo y derecho. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, CIANCIARDO, J. (coord.), Porrúa, México, 2012, ps. 111-154.
- TOPET, Pablo A., “Breve historia del derecho del trabajo en la República Argentina”, recuperado en [<http://www.fundacion.uocra.org>].
- TORRENT, Ramón, “Instrumentos jurídicos de las relaciones económicas internacionales y la integración regional, módulo 4: el derecho del proceso europeo de integración regional”, Universitat de Barcelona, 2004.
- TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Helias-ta, Buenos Aires, 1996.
- VANOSI, Jorge R., Año XIII: “¿Un cónclave frustrado o una Asamblea Precursora?”. Disertación con motivo de la celebración del Bicentenario de la “Soberrana Asamblea General Constituyente” de 1813, en la Universidad Católica Argentina, el 14 de mayo de 2013, en representación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Recuperado en [www.ancmyp.org.a].
- VENTURA ROBLES, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, vol. 40, 2004, ps. 88-131.

- VIGO, Rodolfo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo, riesgo y prevenciones", en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, t. VI, ps. 255-288. También se puede consultar en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/pl2560.htm>].
- VIGO, Rodolfo, "Argumentación constitucional". Ponencia presentada en el I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Cancún, México, mayo 2008, ps. 21-10, recuperado [www.juridicas.unam.mx].
- VILLALPANDO, Waldo, *De los derechos humanos al derecho internacional penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- VON BOGDANDY, Armin, "*Ius constitutionale latinoamericanum*. Una aclaración conceptual", Instituto de Investigaciones científicas de la UNAM, 2012.
- VON POTOBOSKY, Geraldo - BARTOLOMEI DE LA CRUZ, *La Organización Internacional del Trabajo, el sistema normativo internacional instrumentos sobre derechos humanos fundamentales*, Astrea, Buenos Aires, 1990.
- VON POTOBOSKY, Geraldo, "Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?", DT 1997-A-4517.
- YÁÑEZ ANDRADE, Juan Carlos, "Chile y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1925)", *Revista de Estudios Jurídicos*, Valparaíso, Chile, 2000. Recuperado <http://dx.doi.org/10.4061/S0116-54552000002200014>.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1991.
- ZURETTI, Mario E. (h.), "Las normas internacionales del trabajo y el ordenamiento jurídico argentino. Importancia de las Normas Internacionales del Trabajo. Su valor, aplicación y jerarquía en el ordenamiento jurídico argentino. Análisis de la normativa interna a la luz de los Convenios de la OIT sobre Derechos Fundamentales del Trabajo", DT 2006 (abril), 493.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso "Myrna Mack Chang vs. Guatemala", sentencia del 25/11/2003, serie C, N° 101.
- Caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26/9/2006, serie C, N° 154.

- Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia del 24/11/2006, serie C, N° 158.
- Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia del 26/11/2010, serie C, N° 220.
- Caso “Gelman vs. Uruguay”. Sentencia de Fondo y Reparaciones, sentencia del 24/2/2011, serie C, N° 221.
- Caso “Vargas Areco vs. Paraguay”, sentencia del 26/9/2006, serie C, N° 155.
- Caso “Tibi vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 7/9/2004.
- Caso “Ximenes Lopes”, sentencia del 4/7/2006, serie C, N° 149
- Caso “Baldeón García”, sentencia del 6/4/2006, serie C, N° 147.
- Caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sentencia del 12/8/2008.
- Caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29/11/2011, serie C, N° 238.
- Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia del 28/2/2003, serie C, N° 98.
- Caso “Baena Ricardo y otros”, sentencia del 2/2/2001, serie C, N° 72.
- Caso “Aloeboetoe y otros”. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos humanos), sentencia del 10/9/1993, serie C, N° 15.
- Caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31/8/2001, serie C, N° 79.
- Caso de la “Comunidad Moiwana vs. Surinam”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15/6/2005, serie C, N° 124.
- Caso “Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay”. Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 17/6/2005, serie C, N° 125.
- Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29/3/2006, serie C, N° 146.
- Caso del “Pueblo Saramaka vs. Surinam”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia del 28/11/2007, serie C, N° 172.
- Caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/8/2010, serie C, N° 214.
- Caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”. Fondo y reparaciones, sentencia del 27/6/2012, serie C, N° 245.
- Caso “Furlán, Sebastián y familiares vs. Argentina”, *sentencia del* 31/8/2012.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fallos 32:120, 22/9/1887; Fallos 33:162; 267:215.

“Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, 27/9/2004.

“Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”, 11/11/2008.

“Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia”, 21/11/2006.

“Banco Comercial de Finanzas S.A.”, Fallos 327:3117, 19/8/2004.

“Braverman, Gregorio c. Bocazzi S.A.I.C.I. y F”, Fallos 282:15.

“Carranza Latrubesse c. Estado Nacional”, 6/8/2013.

“Chocobar, Sixto Celestino c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajuste por movilidad”, Fallos 319:3241, 27/12/1996.

“Cóppola, Rubén y otros s/art. 30 Ley 23.184”, 13/9/1988.

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

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

“Espósito Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, 23/12/2004.

“Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y ot.”, Fallos 315:1492, 7/7/1992.

“Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes, S.A.”, Fallos 311:1602, 23/8/1988.

“Ferrari, Daniel c. y otros c. Pieti, Ramón”, Fallos:199: 466, 28/11/1944.

“Fisco Nacional c. Manuel Ocampo”, 1872.

“Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c. Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, F 284 XXVI, 4/12/1995.

“Ganadera de Los Lagos S.A. c. Nación Argentina s/nulidad del decreto”, Fallos 190-142 (1941).

“Girolodi, Horacio David y otro s/recurso de casación - causa 32/93”, Fallos 318:514, 7/4/1995.

“Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario”, 24/4/1984.

“Lagos Adolfo c. Lagos J. y otros”, Fallos 205:165.

- “López María Emma c. De Pedro, Marcelo”, Fallos 248:102.
- “Mansilla Carlos Eugenio c. Fortbenton Ca. Laboratorios S.A. y otros s/despido”, 6/3/2014.
- “Martínez Onoribal s/cancelación de ciudadanía”, 29/11/1983.
- “Martínez Pérez, José Luis c. Palma, América y otros s/medida cautelar s/casación”, 10/11/2015.
- “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad”, M. 2333. XLII, 13/7/2001.
- “Meridiano Soc. en Com. por Acc. c. Administración General de Puertos”, 24/4/1979.
- “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes”, 21/9/2001.
- “Milone, Juan”, Fallos 321:4601, 26/10/2004.
- “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14/2/2011.
- “Morales Dionisio v. Cánovas, Manuel y Eduardo”, Fallos 234:335, 1956.
- “Nasir, Emilio”, Fallos 202:249.
- “Orellano, Francisco Daniel el Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo”, 1/6/2016.
- “Pedraza, Héctor Hugo c. ANSeS s/acción de amparo”, 6/5/2014.
- “Pérez, María del Carmen y otros c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, 9/6/1987.
- “Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A.”, Fallos 332:2043, 1/9/2009.
- “Peyrú, Osvaldo Jorge”, Fallos 310:1401, 2/7/1987.
- “Pignata, Antonio c. La Alejandrina S.R.L.”, Fallos 251:279.
- “Procurador Municipal c. Doña Isabel A. Elortondo s/expropiación”, Fallos 33:162, 14/4/1888.
- “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra el Ejército Argentino si daños y perjuicios”, R. 401. XLIII, 27/11/2012.
- “Roncoroni de Claisse, Elida Josefa c. Uhart, Roberto Domingo”, Fallos 251:455; 15/12/1961.
- “S.A. Petrolera Argentina ESSO S.A. C. Gobierno Nacional”, Fallos 271:7, 5/6/1968.

“Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad y otros”. Causa N° 17.768C, 14/7/2005.

“Torrillo Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, 31/3/2009.

“Turón de Erlebach, María c. Delicia, Armando”, Fallos 254:201.

“Ulla, Víctor c. Caldo Miretti, Agustín”, Fallos 252:328.

“Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”, 31/8/2010.

“Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa”, 14/9/2004.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza

Autos CUIJ: 13-02843392-6(012174-9058901) “Minera del Oeste SRL y ot. c. Gobierno de la Provincia p/acción de inconstitucionalidad”, 17/12/2015.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE JULIO DE 2018
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

