

6.2 “El Principio de Progresividad y su aplicación jurisdiccional”

Carlos Alberto Toselli*

I. Introducción

El derecho laboral, ese derecho que nace profundamente desigual¹ para tratar de lograr la igualdad entre aquel que solamente tiene su fuerza laboral como medio para obtener una subsistencia digna y el requirente de trabajo humano, que posee la fuerza del capital a la hora de la negociación de las condiciones laborales y salariales, tuvo más allá de esa situación de hiposuficiencia y estado de necesidad que se proclama, un momento en el devenir histórico, en la así llamada época de los “30 gloriosos años” o del “eterno progreso”, el germen de lo que estamos analizando en este trabajo, a saber la posibilidad normativa y de aplicación jurisdiccional en un sentido unidireccional ascendente, o quizás con más precisión, utilizando su criterio de negación, la imposibilidad regresiva, tanto en lo que hace al momento de la sanción de las leyes (o de otros instrumentos que conforme al esquema de fuentes adquieren idéntica fuerza normativa, más allá que no emanen de fuente heterónoma en su sanción, sino de la representación colectiva, real o virtual de los sectores involucrados en la relación laboral –como son ciertos estatutos particulares y los convenios colectivos de trabajo-) como al de su ejecución contractual, involucrando en ello lógicamente las etapas terminales de la contratación.

Ese progreso permanente tuvo un abrupto final con la crisis del petróleo de mediados de los años 70, que afectó de manera decisiva la estructura del derecho industrial o derecho obrero y pretendió llevarlo nuevamente a las épocas de su formulación con la rediscusión de la validez en esta disciplina de conceptos como la igualdad de las partes y la autonomía de la voluntad.-

Lógicamente que para que ello fuera así no sólo se necesitó la existencia de una crisis real y duradera, sino también de manera coetánea y consecuente la irrupción de ideólogos que estaban a la retaguardia y que vieron la gran posibilidad de obtener su revancha histórica y de allí emanan conceptos como el fin del trabajo o la necesidad de que la regulación del derecho del trabajo fuera hecha por el derecho civil y sus consecuencias juzgadas por los tribunales que atendían a dicho fuero, eliminando de un plumazo la justicia especializada y el abanico normativo que había ido construyendo el paraguas de protección en cuyo ámbito navegaba con cierta comodidad el derecho laboral y que tuvo que obtener la respuesta de laboratorio y de realidad de juristas como Alain Supiot

Y ello es así porque como bien lo explica dicho doctrinario, el derecho del trabajo procede igualmente de la incapacidad del derecho civil de las obligaciones por aprehender una relación dominada por la idea de subordinación de una persona a otra. Mientras que en el contrato civil, la voluntad se **compromete**, en la relación de trabajo la misma se **somete**. El compromiso manifiesta la libertad; la sumisión la niega. Y es así que esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador, en tanto que sujeto de derecho

* Juiz do Trabalho em Córdoba, Argentina.

¹ Tal como lo señala expresamente el art. 17 bis de la L.C.T: incorporado por ley 26.592 al disponer: “Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”.

desaparece del horizonte del derecho civil desde que el mismo entra en la empresa, para dejar paso a un sujeto sometido al poder normativo del empresario².

Este planteo abolicionista que en el contexto internacional tuvo su apogeo en los gobiernos en secuencia de Reagan-Bush en Estados Unidos y en Margaret Thatcher en Gran Bretaña, en Argentina se aplicó de manera descarnada en la regulación de las relaciones laborales en la década de los años 90, con el gobierno paradójicamente denominado "justicialista" de Carlos Menem, contando con una altísima complicidad sindical que llevó a la precarización de los derechos de los trabajadores, ampliando hasta casi el infinito, la flexibilidad como modo de aminorar los efectos negativos de la crisis mundial, que en Argentina seguía, con retardo, proyectando sus efectos.

Es por ello que la primacía del orden público económico y la consideración del salario como un mero costo de producción, con la tendencia hacia la baja, llevó a discusiones tales como la novación objetiva del contrato de trabajo y la incorporación del fraude, que más allá de la coraza de la conversión prescripta por el art. 14 de la LCT, se convirtió lamentablemente en moneda corriente en aquellos años donde el dogma pareció ser no negociar nada para evitar perder más, al menos desde la óptica del sindicalismo consciente y no de aquel que utilizó la técnica de la disponibilidad colectiva, inserta en un supuesto diálogo social como modo de generar mayores utilidades empresariales y mayor desprotección para el colectivo que debía representar.

Los cambios políticos de principios de la década que vivimos, la crisis terminal que debió vivir el país a fines del año 2.001, la reforma constitucional del año 1.994 y esencialmente el cambio en la conformación del máximo tribunal nacional argentino, con el consecuente cambio del núcleo de análisis de la vinculación laboral y el rescate de la centralidad del ser humano, a partir del precedente Vizzoti, reabre la discusión sobre el principio en análisis que parecía haber sido condenado al baúl de los recuerdos inútiles que de vez en cuando mirábamos para añorar una realidad que ya no era.

II. Hacia un nuevo análisis o rediscusión de los principios del Derecho Laboral

El maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez cita la descripción que hace Alonso García cuando señala que los principios son aquellas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho³.

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en la causa "Geder María de las Mercedes c/ Supermercados C.L.C. y otros – Indemnización por despido y otros" (Sentencia de fecha 14 de diciembre de 2.005) sostuvo: "es preciso recordar inicialmente que los principios tutelares del derecho del trabajo se encuentran garantizados en la Carta Magna nacional a través del art. 14 bis y de los tratados internacionales incorporados con rango constitucional por el art. 75 inc. 22. Asimismo de manera explícita la constitución provincial marca un incontrovertible rumbo tuitivo en materia laboral en el art. 39 cuyo inc. 3 garantiza los postulados de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador. De manera que los principios enunciados, cuya custodia esgrimió el tribunal de grado en sustento de la declaración de inconstitucionalidad, no sólo no pueden olvidarse ... sino que deben constituir nutriente insustituible

² SUPIOT, Alain: "Porqué un Derecho del Trabajo", Documentación Laboral, Nro. 39, Año 1.993 - I- p.14.

³ ALONSO GARCIA, Manuel: Derecho del Trabajo, Barcelona, España, 1.960, T.I., p. 247 citado por PLA RODRIGUEZ, Américo: Los Principios del Derecho del Trabajo, 3ra. Edición Actualizada, De Palma, Buenos Aires 1.998.

en la actuación de todos los Magistrados (quienes) ... no sólo podrán sino que deberán –por el imperativo enunciado- hallar los mecanismos necesarios para orientar el procedimiento en procura de una mayor posibilidad de resguardo de los mismos”.

Esta disposición de los constitucionales locales ha impregnado de fuerte contenido al principio en estudio, en razón de que el juzgador (que es el intérprete normativo) en dicha jurisdicción tiene un mandato de aplicación de tal dispositivo que no puede obviar si quiere hacer prevalecer la jerarquía constitucional.

Ello concuerda con lo que sostiene el Dr. Fernández Madrid cuando expresa que los principios cumplen ante todo una función de interpretación, pues en la medida que constituyen el sentido y la razón de ser de un cuerpo normativo, reflejan ese sentido en las normas que lo componen y operan en consecuencia como criterios orientadores del intérprete.⁴

Tosto por su lado explica que “en esta disciplina, además de las tradicionales funciones de inspiración, interpretación y determinación de soluciones jurídicas, los principios del derecho del trabajo le acuerdan identidad y autonomía a la rama”⁵.

Lógicamente que la clave de bóveda de todo este esquema propio se basa en la existencia del principio protectorio como modo finalista y esencial de la resolución del litigio entre patronos y trabajadores. Ese principio protectorio así entendido es el que está inmerso en el cambio de la concepción axiológica del derecho prevaleciendo por sobre el componente económico que impregna la realidad.

Podetti lo denomina como “el principio de centralidad de la persona del trabajador” en que se tiende a que la valoración de los derechos fundamentales, actuando aquellos a modo de un núcleo, en el que la persona sea su centro, giren a su alrededor los derechos “ius privatistas”, en tanto la persona humana ha de ser el verdadero centro de toda actividad social, política y económica (Juan Pablo II)⁶.

La Corte Suprema Argentina esbozó este pensamiento fundamentalmente en la causa “Vizzoti c/ AMSA s/ Despido” (sentencia de fecha 14 de setiembre de 2.004).- Allí sobre este aspecto se señaló: “Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente **humanístico y protectorio del trabajador que aquella le exige**; admitir que sean las “leyes” de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas “leyes”), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Puesto que, si de ésta se trata, resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. **De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos.** Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los

⁴ FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos: “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, 3era. Edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2.007, Tomo I, pág. 206.

⁵ TOSTO, Gabriel: “Principios y Reglas en el Derecho del Trabajo – Criterios de interpretación y su incidencia en el sistema de fuentes” en Principios y Reglas en el contrato de trabajo y en el derecho colectivo del trabajo, Tosto, Gabriel, Director – Estudios de Derecho Práctico Laboral 3, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2.007, pág. 71.

⁶ PODETTI, Humberto A.: “Los Principios del Derecho del Trabajo”, D.T., 1996 “A”, pág. 1129.

moldes fundamentais que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad. Es perentorio insistir, ante la prédica señalada, que el trabajo humano "no constituye una mercancía" (Fallos: 290:116, 118, considerando 4º)"

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza enfatizando esta regla señaló: "El principio protectorio parte de la premisa de que el obrero sólo cuenta con su fuerza de trabajo como herramienta para incorporarse al mercado laboral y obtener los recursos necesarios para su subsistencia, lo que lo lleva a insertarse en una empresa ajena y se encuentra limitado en su capacidad de negociación, por el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos y donde prevalece la voluntad del empresario, por lo que no puede afirmarse válidamente que la autonomía de la voluntad, tiene el mismo alcance que el ámbito privado o civil donde rige en plenitud la doctrina de los actos propios. Es por ello que el órgano judicial puede revisar los acuerdos administrativos celebrados y homologados a tener del artículo 15 de la Ley de Contrato de Trabajo y la incidencia de la doctrina de los actos propios en el ámbito laboral debe examinarse con prudencia, para respetar el principio protectorio del derecho del trabajo" (SCM, "Calderón, C.M. C/Asociart A.R.T. S.a. P/ Accidente S/Inc - Cas." – Expediente Nº 89733 - 07.11.2007).

III. Principio de Progresividad:

Se considera tal a aquel que tiende a lograr el mejoramiento permanente de las condiciones de vida del hombre y en materia laboral refiere específicamente a las condiciones laborales, salariales y de empleabilidad,. Implica una fuerte responsabilidad para el legislador a la hora de tomar la decisión normativa, ya que una vez consagrado un derecho, solo situaciones de excepción o marcada emergencia podrían habilitar el retroceso normativo. Consagra en definitiva el derecho inalienable del ser humano al mejoramiento constante de su calidad de vida.

Cornaglia completando este concepto va a especificar: "Este principio funciona como una válvula dentro del sistema que no permite que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias logrados. Y se expresa articuladamente con el principio de irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa"⁷.

En otro artículo sobre el tema complementa su concepto señalando: "El principio de progresividad recepta la única mecánica posible de instrumentar racionalmente el galantismo, a partir de las notas de expansividad y con el objetivo de rescatar un estado de desposesión denunciado a partir de la cuestión social"⁸.

Capón Filas rescata su vigencia tomando como eje a Teilhard de Chardin que sostiene: "Si en el universo, como lo señala la historia, la marcha hacia 'adelante' es irreversible, si el mundo no puede retroceder, las actividades individuales no podrán menos que orientarse, en su mayoría en una misma dirección, la única capaz de satisfacer sus aspiraciones a todas las formas imaginables de mayor conciencia"⁹.

Sin embargo autores como Ramírez Bosco critican este concepto sobre la base de la existencia de una realidad imperante, que en ocasiones puede determinar cambios en la política social y laboral, con sentido incluso degradatorio de los derechos anteriormente concedidos. Así en lo

⁷ CORNAGLIA, Ricardo J: "El ataque al principio de progresividad", Derecho Laboral en la Integración Regional, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2.000, p. 76.

⁸ CORNAGLIA, Ricardo J.: op. cit, p. 74

⁹ CAPON FILAS, Rodolfo: "El Nuevo Derecho Sindical Argentino", Ed. Platense, 1989, p. 24.

esencial señala: "Como idea considerada en sí misma, es difícil no ver que se trata de una propuesta categórica de inadaptación, en la medida en que las crisis y los baches existen y algo es preciso hacer para adaptarse a ellos. Mas en un medio, como el nuestro, en que la secuencia del desempeño económico muestra que los tramos negativos no son ni ocasionales ni moderados, aunque quizás por esto mismo, en un medio así, la idea de irregresividad, en su ya aludido aspecto de puro medio de defensa, tienda a exacerbarse. En cualquier caso, este breve planteo de la cuestión de la progresividad o irregresividad lleva a considerar que por lo menos en su extremo rígido, teóricamente, no es una idea que sea parte necesaria de un sistema de derecho del trabajo.¹⁰

Mario Ackerman cuestiona incluso el marco mismo normativo que se está explicitando al descalificar la consideración del así enunciado como un principio especificando que tal afirmación carece de base normativa. En ese sentido expresa: "Ya no se discute... la legitimidad jurídica de que, como consecuencia de una modificación legislativa o la sustitución de un convenio colectivo, las condiciones de trabajo establecidas en las nuevas normas resulten *menos favorable* para el trabajador que las fijadas en las anteriores. Afirmar lo contrario sería sostener la existencia de una suerte de necesaria *progresividad* de la norma laboral – o simétricamente su *irreversibilidad* – cualidad, que, más allá de los reproches valorativos que se puedan dirigir a las reformas regresivas o peyorativas, no tiene fundamento jurídico"¹¹ y, por cierto, no es un principio del Derecho del Trabajo¹², ni una manifestación necesaria del principio de protección", con lo que dicho autor sostiene que es necesario interrogarse respecto de los efectos que la nueva normativa peyorativa podría eventualmente producir sobre los contratos vigentes y a la luz de la regla de la condición más beneficiosa¹³.

Agrega el citado autor que esta posibilidad es sostenida por diversos autores a los que refiere, entre otros, Ramírez Martínez, Camps Ruiz, Alonso Olea y Casas Bahamonde y Palomeque López y Alvarez de la Rosa¹⁴ y que las cláusulas internacionales que así lo señalan, para el supuesto que se pudiera inferir tal obligación están condicionados a la disponibilidad de recursos o en todo caso adquieren un carácter meramente compromisorio.

Julián De Diego¹⁵ por su parte expresa que las normas internacionales son fuente del Derecho Laboral de aplicación obligatoria dentro de nuestro derecho interno y lo vincula con el principio de irrenunciabilidad, en especial luego de la sanción de la ley 26.574, en el sentido de que los derechos ya consagrados no podrán degradarse, reducirse ni mucho menos anularse.- La única posibilidad válida, en dicha interpretación doctrinaria, para la modificación de condiciones laborales es la contratación de nuevos trabajadores, cuyos contratos particulares contengan las disposiciones que pretende el empleador establecer (en la medida que estén por encima de los mínimos inderogables y se respete el orden público laboral)

Estas normas internacionales en función del art. 75 inc., 22 se han incorporado con rango constitucional, lo que determina la validación de los Derechos Humanos que conforman la

¹⁰ RAMIREZ, BOSCO, Luis Ernesto: "Los principios del derecho del trabajo", en RODRIGUEZ MANCINI, Jorge (director), p.

¹¹ ACKERMAN, Mario: "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, p. 344.

¹² Cornaglia expresa que: "La Corte lo categoriza como principio general del derecho. Por nuestra parte advertimos que se trata de una regla de derecho que limita, ordena y sistematiza al principio del progreso" (CORNAGLIA, RICARDO: "El llamado principio de progresividad" – La ley 2.008, A. 959, Nota 21)

¹³ ACKERMAN, Mario: op. cit., pág. 345.

¹⁴ ACKERMAN, Mario: op. cit., pág. 346 en nota 172.

¹⁵ DE DIEGO, Julián: "El Principio de Progresividad en el Derecho del Trabajo y su incorporación a nuestro sistema legal", La Ley 10-6-2010.

conciencia jurídica universal (el ius cogens) que así lo consagran señalando lo que el Dr. Teodoro Sánchez de Bustamante¹⁶ enuncia como la supremacía del orden internacional. Al respecto dicho jurista expresa: "En función de la vigencia del derecho constitucional interno en lo relativo a las cláusulas de progresividad y de idénticas cláusulas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos ya incorporados, carecería de validez y vigencia normativa, la tentativa de celebrar e intentar ratificar nuevos tratados, si los mismos son regresivos en relación a derechos ya acordados. Si formalmente se procediera a celebrar y ratificar dichas normas convencionales internacionales, las mismas serían inaplicables por incompatibilidad normativa jerárquica". Obviamente que igual respuesta cabría otorgar a normas de menor jerarquía (leyes nacionales y convenios colectivos de trabajo)

En ese sentido merecen destacarse los siguientes textos incorporados con rango constitucional conforme lo señalado supra:

Convención Americana sobre Derechos Humanos – Capítulo III – Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Art. 26: **Desarrollo progresivo:** Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la **medida de los recursos disponibles**, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En sentido similar el Pacto Internacional de Derechos Económicos especifica: Art. 2 apartado 1. Cada uno de los Estados Parte se **compromete** a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, **hasta el máximo de los recursos** de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

El art. 11 apartado 1 del citado instrumento señala: "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados **y a una mejora continua en las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...**"

Los aspectos señalados por Ackerman han sido tratados de manera contundente por Rolando Gialdino al escudriñar el significado que se le debe asignar a la disponibilidad de medios económicos (recursos disponibles) y a si podía entenderse que desarrollo progresivo aludía meramente a una cuestión de temporaneidad en su generación o adecuación y no al criterio unidireccional ascendente.-

Al respecto señala: "Desde nuestro punto de vista, lo primero que corresponde descartar es que el logro progresivo aluda a "tiempos", p.ej., a los impuestos a la "adopción de medidas" o, en su

¹⁶ SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Teodoro: "GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y DERECHOS SOCIALES: SUPREMACÍA DEL DERECHO PROGRESIVO Y GARANTISTA", página de Internet, Al Sur del Sur, publicación de fecha 28 de mayo de 2003.

caso, a la inversión de los recursos ¹⁷. De tal suerte, y como incluso su “sentido corriente” lo indica ¹⁸, “lograr progresivamente” enuncia la dinámica y el sentido que deben guiar a las obligaciones asumidas por los Estados, esto es, de perfeccionamiento, de progreso, de avance. Pero ¿de qué y hacia dónde? Pues, de y hacia el logro de la “plena efectividad” de los derechos del PIDESC que mienta el mismo art. 2.1. El compromiso de los Estados atañe a la observancia de diversos comportamientos “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos [...]” (art. 2.1). Lograr es alcanzar; progresivamente significa con progresión, y progresión denota la acción de avanzar. Luego, lograr progresivamente dice, en el contexto indicado, acción y sentido de ésta.- En consecuencia, analizaremos estas dos últimas condiciones, que daremos en llamar, respectivamente: progresividad dinámica (3.1) y progresividad unidireccional (3.2).¹⁹

Más adelante en su trabajo especifica: “El **principio de progresividad** relativo a la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, está marcado por dos condiciones. Por un lado, se trata de una progresividad **dinámica**, que impone la obligación de proceder de manera concreta, constante, permanente y continua, con miras a lograr ese objetivo. Por el otro, de una progresividad **unidireccional**, que invalida toda medida que implique la disminución del grado de realización que los derechos hubiesen alcanzado (“principio de prohibición de retroceso social” o de “prohibición de evolución reaccionaria”), lo cual se proyecta, incluso, hacia las llamadas normas programáticas”²⁰.

Las condiciones de su vigencia que determina el art. 75 inc. 22 como modo de incorporación de la normativa del Ius Cogens al derecho constitucional argentino ha sido precisado por nuestro máximo Tribunal al sostener: “Que la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘en la condiciones de su vigencia’, esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”²¹, siendo en ese sentido la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la guía autorizada para ello en la interpretación de los preceptos convencionales²²

IV. El principio de no regresión

Sostener la aplicación del principio de progresividad puede realizarse de modo positivo conforme los textos enunciados supra, pero también empleando la prohibición de su contracara es decir la regresividad como modo de frustración de derechos anteriormente consagrados por vías de reformas legislativas de tinte precarizador como ha acontecido con demasiada frecuencia en nuestro país.

¹⁷ Contrariamente a lo que a veces ha sido entendido, la obligación de “adoptar medidas” prevista en el citado art. 2.1 del PIDESC se encuentra desligada de la progresividad que mienta el mismo artículo. Tal como lo señala el Com/DESC, si bien la plena realización de los derechos puede lograrse de manera paulatina, “las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo *razonablemente breve* tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados” (*Observación. General. 3*, pár. 2 -la itálica es nuestra). V. GIALDINO, ROLANDO E., “Obligaciones del Estado...”, pp. 108/110.

¹⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.1.

¹⁹ GIALDINO ROLANDO, Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social.

²⁰ GIALDINO, Rolando: op. cit.

²¹ C.S.J.N., autos: “Recurso de Hecho: Bramajo Hernán Javier s/ Incidente de Excarcelación” – Causa 44891, B. 851.XXXI

²² Doctrina de la causa G. 342.XXVI, autos: “Girolidi, Horacio D. Y otro s/ Recurso de Casación”, sentencia del 7 de abril de 1.995 – La Ley 1995, D, 462.

Para Ramírez Bosco al hablar de irregresividad se está pensando no en una moción matizada o relativa de la progresividad sino en la exigencia irrestricta de que los Derechos Laborales mantengan una secuencia invariablemente creciente²³

El profesor uruguayo, Héctor Hugo Barbagelata expresa: "Un complemento del principio de progresividad es la irreversibilidad, o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada, lo cual está reconocido para todos los derechos humanos en el PIDCP y en el PIDESC (art. 4º de ambos). En esos dispositivos, consta que las leyes que se promulguen a posteriori por los Estados que han ratificado los Pactos, están condicionadas en materia de derechos fundamentales, por la obligación de no contradecir el propósito de "promover el bienestar general en una sociedad democrática". En esos términos, se coloca en absoluta contradicción con tal principio, cualquier norma que prive a los trabajadores de derechos y garantías fundamentales que ya hubieren sido previamente reconocidos. Este principio vendría a ser, además, una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador, el cual puede reputarse un principio o regla general en el ámbito del Derecho del Trabajo, desde que ha sido consagrado en el inciso 8º del art. 19 de la Constitución de la OIT. y aceptado universalmente"²⁴.

Este doble juego o doble vía normativa ha sido reconocido por la Corte Suprema Argentina al señalar: "Por tal razón, una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta en el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada, en las circunstancias *sub examine*, por el mandato del art. 75, inc. 23, norma que, paralelamente, asienta el **principio de no regresión en materia de derechos fundamentales**. Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con su art. 11, inc. 1, por el que los estados han reconocido el derecho de toda persona "a una mejora continua de las condiciones de existencia". (C.S.J.N. – sentencia de fecha: 26 de Octubre de 2.004, autos: **Milone, Juan A. c/Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente - ley 9688**).-

De igual manera el dictamen del Procurador de la Corte Suprema en la causa: "**Medina, Orlando Rubén y otro c/ Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro s/ interrupción de prescripción**", Dictamen de fecha 17 de mayo de 2.007, señaló: En el contexto que precede se advierte también una **retrogradación de derechos consagrados por normas fundamentales** -previamente receptados en las leyes que regulaban su ejercicio, como se reseñó en ítems anteriores- y que fueron abrogados -insisto- **sin razones que lo legitimen**, lo cual resulta inconcebible **en el diseño constitucional moderno que consagra el principio de la progresividad de los derechos sociales, que tiene por función evitar el retroceso de aquello que es conducente al logro de la justicia social** (art. 75, incisos 19, 22 y 23 de la C.N.; 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Esa **retrogradación** fue señalada por la propia Corte al evaluar la LRT, afirmando que la reforma introducida por la norma que regula los infortunios laborales pone a ésta en un grave conflicto con un principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos en general, y del PIDESC en particular; agregando -con cita, incluso, del artículo 2.1 del Pacto y del Comité respectivo- que todo Estado Parte se compromete a adoptar medidas para alcanzar progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el

²³ RAMIREZ BOSCO, Luis: "La progresividad y la irregresividad en los Derechos Laborales", en Ley de Contrato de Trabajo comentada, dirigida por Jorge Rodríguez Mancini, La Ley, Vol I, pág. 332, ap. 4.

²⁴ BARBAGELATA, Héctor Hugo: "Los Principios de Derecho del Trabajo de Segunda Generación" IUS Labor/1, 2008, p. 8, publicación en internet.

Tratado, puntualizando que aquellas de carácter deliberadamente **retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente** con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Acuerdo y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga, **derivándose una fuerte presunción contraria a que las medidas regresivas sean compatibles con el Pacto, sobre todo cuando su orientación no es otra -art. 11.1- que la mejora continua de las condiciones de existencia** (v. Fallos: 327:3753, cons. 10; voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; y 328:1602). Cabe recordar, para concluir con lo anotado hasta aquí, que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional fortalece la vigencia del principio de progresividad en materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica de un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos (v. Fallos 328:1602, voto del ministro Maqueda)". Criterio que fuera compartido y hecho suyo por la sentencia de la Corte Suprema en dicha causa con fecha **26 de febrero de 2.008.-**

La Corte Constitucional Colombiana ha expresado sobre el particular que una vez alcanzado cierto nivel de protección y de otorgamiento de prestaciones, no es posible retroceder y volver a la situación anterior, de tal manera que la potestad del legislador se ve reducida²⁵

Como se señalara precedentemente este criterio aplicado al principio en análisis conforma una transferencia de responsabilidad hacia el legislador de fuente heterónoma ya que la exige una meditación trascendente y una elucubración consistente a la hora de proyectar y resolver el dictado de nuevas normas jurídicas. Lamentablemente la experiencia nacional no se caracteriza por esa coherencia y solvencia a la hora de legislar, habiéndose producido efectos pendulares, que a no dudar, si se aplicara in extremis, lo aquí enunciado determinarían la sustitución de numerosas normas (en especial todas aquellas de facto, dictadas al amparo de la ley 21.276, que derogara numerosas disposiciones de la L.C.T. y alterara el sentido protectorio de más de 90 de ellas), pero, que a fuer de ser honestos en el análisis no se circunscribe exclusivamente a ese período degradatorio de las libertades esenciales y de derechos tan básicos como a la vida y a la identidad, sino que abarcó y abarca prácticamente a toda la legislación de las últimas tres décadas.

El máximo tribunal constitucional colombiano ha precisado estos conceptos al señalar que para no desvirtuar la inconstitucionalidad de los cambios regresivos es necesario analizar:

1. Si la nueva medida legislativa es justificada y proporcional
2. Si no desconoce derechos adquiridos
3. Si tiene en cuenta regímenes de transición y las expectativas legítimas.

De igual manera dicho tribunal sienta como principio la inconstitucionalidad prima-facie de las medidas regresivas²⁶ y agrega que es posible debatir en la justicia constitucional si los cambios legislativos son compatibles o no con los principios de eficiencia y progresividad²⁷.

Como elemento adicional debemos señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya ha señalado de manera categórica la aplicación del art. 27 del Tratado de Viena de 1.980 sobre el derecho de los tratados y las consecuencias ominosas hacia los países incumplidores, en especial en los foros internacionales, de aplicación de los derechos consagrados en las disposiciones del Ius Cogens.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia – Caso 556/09 – Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia – Caso 1038/2008 – Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia – Caso 1154/2000 – Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Así al respecto señaló: "Lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos del recurso extraordinario. Con tal solución se abandona la distinción formulada en precedentes de la Corte Suprema, según la cual, cuando las normas del tratado funcionan como preceptos de derecho común, su interpretación no constituye cuestión federal. El referido abandono se debe a que cuando el país ratifica un tratado internacional **se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple**, obligación cuyo incumplimiento puede originar la responsabilidad internacional del Estado, circunstancia que configura cuestión federal suficiente" (C.S.J.N. – Sentencia de fecha 26-12-1995, Autos: "Méndez Valles Fernando c/ Pescio, A.M. S.C.A.")

Como se ha señalado supra, si bien algunas de estos marcos internacionales preconizan que el progreso permanente de las condiciones de vida de sus habitantes debe estar sujeto a los medios económicos del Estado para poder solventarlos (como sería el caso del 82% del salario mínimo vital y móvil, como jubilación o pensión mínima) muchas de las disposiciones que señalamos precedentemente se refieren a la regulación de derechos privados, en función del rol heterónomo supra señalado y cuya restauración inmediata en nada afectaría a los recursos estatales.

Al respecto no deben obviarse los postulados de la Carta de Brasilia de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo proclamada con fecha 25 de setiembre de 2.008 que en lo atinente a este punto señalara: "5.- LOS DESAFÍOS DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD: Allí donde los jueces de todas las instancias ejercen control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas, pasa a primer plano la necesidad de estar en aptitud de ejercer el contralor de las leyes, **en un examen dialéctico del mantenimiento y superación exigible a cada una de ellas respecto de las preexistentes**, así como de la razonabilidad en concreto de los obstáculos para su cabal cumplimiento por los Estados Nacionales"

Ejemplos de esta disposición, pero que no se agotan en lo aquí enunciado y que sin duda merecerán una más minuciosa búsqueda se corresponden con la aplicación del art. 30 de la L.C.T. en lo que refiere a las consecuencias de la solidaridad y al aspecto comprendido en su norma y en aquellos casos a la resolución derivada de la extinción del vínculo, más allá que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, haya dejado de lado la misma, haciendo una interpretación histórica de los topes legales en los autos "Vizzoti", sin advertir que ello iba en contradicción con la ley 23.697, en su art. 48, que hasta la vigencia de la ley 24.013 contempló por el término de dos años, la inexistencia de topes que aminoraran la consecuencia de la extinción inmotivada del vínculo utilizando el binomio fáctico que el mismo máximo Tribunal especificara en los autos "Vizzoti" ya mencionados, es decir salario y antigüedad²⁸

V. La aplicación jurisdiccional²⁹

1. Destaco que al respecto la CSJN se ha pronunciado de manera contundente con relación al carácter de sujeto protegido constitucionalmente del trabajador y que la ley de riesgos del trabajo instauró un sistema que significó un retroceso en el mundo jurídico, en clara contraposición con los principios de progresividad que regulan en su actuación dentro del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como normas supraleales a las que nuestro país, por estar inserto en la comunidad organizada de naciones debe acatar e incorporar en sus legislaciones positivas.- (C.

²⁸ Ver al respecto: TOSELLI, Carlos A. "La Era post Vizzoti" en La Relación de Trabajo, Libro de Homenaje al Profesor Jorge Rodríguez Mancini, Mario Ackerman - Director, Alejandro Sudera - Coordinador, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2.008, págs.

²⁹ Para una verificación más extensa y abundante de precedentes judiciales consultar el excelente trabajo de investigación de FRANCO, Héctor Eloy: "El Principio de Progresividad" en "Principios y Reglas en el contrato de trabajo y en el derecho colectivo del trabajo", Tosto, Gabriel, Director - Estudios de Derecho Práctico Laboral 3, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2.007, pág. 357/386, en especial págs. 367/384.

Trab. Córdoba, Sala X, Sentencia de fecha 26-9-2006, Autos: "TABORDA JORGE MARTIN C/ COLOR LIVING S.R.L. Y OTRO - ORDINARIO - ENFERMEDAD ACCIDENTE CON FUNDAMENTO EN EL DERECHO COMUN" – Expte. 48029/37).

2. 10) Que, continuando con lo anterior, no es menos claro que la LRT también ha pasado por alto el **principio de progresividad**, al que se atuvo esta Corte en los ya recordados casos Aquino (cit., ps. 3774/3777, considerando 10) y Milone (cit., p. 4619, considerando 6º), de 2004, a cuyos fundamentos cuadra remitir brevitatis causa. Incluso en el primero de esos antecedentes, el Tribunal asentó el mentado principio en materia laboral con sustento, entre otros fundamentos, en diversas Observaciones generales que, si bien provenían del ya mentado Comité, se relacionaban con otras materias. Hoy, la orientación seguida se ve concluyentemente reafirmada ya que el propio Comité la reiteró en las varias veces mencionada **Observación General N° 18, de 2005**. Sostuvo, así, por un lado, que los Estados partes del PIDESC **"tienen la obligación 'de avanzar, de la manera más expedita y efectiva posible', hacia la plena realización del derecho al trabajo", y, por el otro, que no deben, como principio, adoptar "medidas regresivas" de este derecho, sobre las cuales pesa una "fuerte presunción" de ser incompatibles con el PIDESC (párrs. 19/21 y 34). El horizonte hacia el que deben marchar los derechos humanos económicos y sociales, por imposición constitucional, no es otro que "la mejora continua de las condiciones de existencia", según reza, preceptivamente, el art. 11.1 del PIDESC (resaltado me pertenece). (C.S.J.N. autos: "Silva, Facundo Jesús c. Unilever de Argentina S.A", Sentencia de fecha 18-12-2007)**

3. "tampoco puede ignorarse que la reforma al art. 30 de la L.C.T. (originario art. 32) fue realizado por la regla de facto 21.297 de la dictadura militar, que modificó **sin justificación** la norma que generaba un derecho más protectorio para el trabajador, por lo que si las normas **regresivas** deben ser analizadas con la máxima estrictez para verificar que las mismas no afecten los derechos reconocidos en los pactos internacionales, tal revisión debe ser aún de mayor intensidad, cuando el órgano que modificara la legislación de modo regresivo ni siquiera emana de la voluntad popular, sino que fue impuesto de modo dictatorial sin la discusión parlamentaria de quienes el pueblo había elegido para sancionar sus normas legales, máxime cuando en la exposición de motivos de la originaria ley 20.744, al comentar el art. 32 (luego art. 30 por la mutación sufrida) se señalara: "El art. 32 contempla el caso de la contratación y subcontratación, que es necesariamente distinta de la prevista en el art. 31 (hoy 29). No se prohíbe la contratación y subcontratación, siempre que la misma fuese real. Si mediase simulación (caso del artículo 14) la interposición jurídicamente es inexistente, pero para los casos reales se ha **extendido la protección** no sólo a los contratos de segundo, tercer y ulterior grado, sino que se lo ha llevado a la cesión total o parcial del establecimiento para la prestación del servicio o realización de obras, **que constituyen el objeto principal o accesorio de la actividad de quien ocupa trabajadores en esas condiciones**, asignando al empleador principal y al de segundo o ulterior grado responsabilidad solidaria. No se admite la subcontratación, si de ello se deriva afectación de la unidad de ejecución del art. 6" (Exposición de motivos de la Ley de Contrato de Trabajo, extraído de Prado, Pedro en "Ley General de Contrato de Trabajo", Ed. Abeledo Perrot, p. 425, Buenos Aires, 1980).- Justamente esa responsabilidad solidaria es una norma protectoria para evitar las numerosas situaciones de insolvencia en la que se vieron involucrados los trabajadores por el arrastre derivado del fin de la concesión o contratación o subcontratación a personas o empresas

cuyo único activo o patrimonio lo constituía justamente la facturación de dicha contratación tercerizada y que era lo que sabiamente se había marcado como el objeto de extensión de protección, para el trabajador así contratado, en la exposición de motivos.- **(C.Trab. Córdoba, Sala X, Voto unipersonal del Dr. Carlos A. Toselli, Autos: "CASTELLANO MARCELO DARIO C/ SCRIBANO JOSE LUIS Y OTRO – ORDINARIO DESPIDO" EXPTE. 50792/37 – Sentencia de fecha 14 de octubre de 2.008)**

VI. Conclusiones

1. El nacimiento del Derecho del Trabajo como derecho desigual requirió desde su mismo origen la existencia de reglas de interpretación diferentes de las que regían en el ordenamiento general en función de la constatación efectiva de la desigualdad real de las partes contratantes y de la afectación al libre albedrío negocial. Como decía Podetti: "no es posible olvidar que el dependiente, por lo general y cuando actúa frente a una empresa, no se encuentra en igualdad material con su contraria. la igualdad jurídica es un mito, si en los hechos prima la desigualdad"³⁰.

2. El Principio de Progresividad, considerado como tal o bien como técnica o herramientata de protección tiene su respaldo constitucional, a través de la incorporación de los tratados internacionales que así lo contemplan y la misma ha de ser como se ha explicitado en el art. 75 inc. 22 en las condiciones de su vigencia.-

3. Al respecto, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha realizado numerosas interpretaciones del sentido y alcance de estos dispositivos, especificando que constituye una obligación de los Estados emplear todos los medios conducentes a lograr la efectivización de los derechos consagrados en los tratados internacionales.-

4. De igual modo no queda duda que el progreso permanente así consagrado no admite la posibilidad de regresividad lo que genera una enorme responsabilidad de los representantes legislativos de cada país suscriptor del referido tratado internacional, debiendo en caso de no ser efectivizado en dicha línea ascendente ser descalificado por los organismos encargados de su aplicación normativa, para no incurrir en violaciones que pueden acarrear consecuencias internacionales para el país infractor.

5. La Corte Suprema de Justicia a través de numerosos pronunciamientos de los últimos tiempos ha zanjado las dudas que pudieran existir respecto de su aplicación directa, como regla de interpretación jurídica con impacto en el ordenamiento positivo.

6. Las condiciones de su vigencia del principio de progresividad implica que el mismo ha de ser entendido como la razón de ser del Pacto y como bien señala Gialdino, dicho tratado internacional impone una obligación a los Estados de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr la plena efectividad de los derechos allí especificados, generando una obligación "concreta y constante" de avanzar (Observaciones Generales 3 y 14).-

7. El avance del Derecho Universal de los Derechos Humanos como nuevo paradigma en la aplicación del Derecho del Trabajo pone un coto- esperamos que de forma definitiva- hacia todas aquellas tendencias que se animaron a sostener, junto con el fin de la historia, el fin del Derecho del Trabajo.- Siendo el trabajador el "señor de los mercados", admitir aquel presupuesto sería tanto

³⁰ PODETTI, J. Ramiro: Derecho procesal, civil, comercial y laboral: Tratado de Derecho Procesal, editorial Ediar, Buenos Aires, 1.949, T. 1, p. 18.



como implementar la degradación de derechos esenciales tan elementales como el de la dignidad del trabajo y de la mejora de la calidad de vida de quien lo ejecuta, es decir de los trabajadores.