

Los principios del Derecho del Trabajo: Fundamento y actualidad del principio protector

María Florencia Suárez¹

Recibido: 5 de mayo de 2021/ Aceptado: 28 de diciembre de 2021

Resumen. El presente artículo tiene como objetivo formular algunas aproximaciones teóricas sobre los principios del Derecho del Trabajo, vinculando sus funciones y contenido protector a su vigencia y eficacia actual. Su abordaje está dividido en tres ejes fundamentales para su mejor comprensión. El primero está destinado a los principios generales del derecho: su conceptualización, diferencia con otras fuentes del derecho y la evolución de su función normativa. El segundo apartado busca adentrarse más precisamente en el principio protector y su fundamento a través de tres preguntas básicas (¿a quién se protege?, ¿por qué?, ¿cómo lo hace?), para luego pasar a describir someramente el proceso de su recepción legal, constitucional y jurisprudencial en nuestro sistema normativo. El último eje, por su parte, estará destinado a brindar un pantallazo general sobre el presente del sistema de protección y algunas de las principales limitaciones con las que cuenta para cumplir con su objetivo.

Palabras clave: Principios generales del derecho; principio protector; actualidad; desafíos.

[en] The principles of labor law: Basis and actuality of protective principle

Abstract. The objective of this article is to formulate some theoretical approaches to the principles of labor law, linking its functions and protective content to its current validity and effectiveness. Its approach is divided into three fundamental axes for its better understanding. The first is aimed at general principles of law: its conceptualization, difference from other sources of law and the evolution of its normative function. The second section seeks to the protective principle and its foundation, through three basic questions: who is protected? Why? And how does it do it? And then go to a briefly describe of process of its legal, constitutional, and jurisprudential reception in our regulatory system. The last axis, for its part, will be destined to provide a general overview of the present protection system and some of the main limitations it has fulfill its objective.

Keywords: General principles of law; protective principle; present; challenges.

Sumario. 1. Concepto, funciones y alcance de los principios 2. El principio protector 2.1. Fundamento y contenido 2.2. Recepción legal y constitucional 3. Actualidad y nuevos desafíos del principio protector. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Cómo citar: Suárez, M. F. (2022). Los principios del Derecho del Trabajo: Fundamento y actualidad del principio protector, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 413-426

¹ Instituto para el Desarrollo Social, Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud, Universidad Nacional de Santiago del Estero/ Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (INDES, FH,CSyS-UNSE/CONICET).
Correo electrónico: mflorsua@gmail.com.

1. Concepto, funciones y alcance de los principios.

La palabra principio, al igual que la palabra derecho, se caracterizan por su polisemia y carga emotiva. Esto, sin dudas, torna un tanto compleja la tarea de aproximación a una noción jurídica del primero. Por eso, una buena forma de hacerlo probablemente sea recurrir a las definiciones que nos brinda el Diccionario de la Real Academia Española.

De las más de ocho acepciones que contiene, hay por lo menos dos que pueden resultarnos útiles. Principio es: “*Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes*” y “*Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta*”². Ambas definiciones, nos permiten inferir que no solo estaríamos ante un conjunto de ideas o proposiciones que rigen conductas humanas; sino que los principios nos indican, además, cómo comenzar a abordar una determinada ciencia, en este caso: el Derecho del Trabajo.

En un nuevo intento de acercamiento, advertidos de que “*no existe una definición clara ni unánimemente aceptada sobre su significado*” (Plá Rodríguez, 2015: 8), la doctrina y la jurisprudencia han ensayado distintas connotaciones. Dependiendo de los paradigmas *iusfilosóficos* que los motivaban o del momento histórico en que lo hacían, pusieron el acento en cuestiones normativas o axiológicas, pero todos coincidieron en su origen social.

Así, Ackerman (2008: 314) propuso definirlos como: “*las directrices que orientan en general la disciplina y son el producto de una valoración social con vocación de permanencia y universalidad*”. Cornaglia (2001: 4), mientras tanto, habla de: “*ideales determinados por la conciencia colectiva*” y Capón Filas sostiene que son criterios de valor, que surgen de la dignidad humana. Plá Rodríguez (2015: 34), optó por entenderlos como: “*las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encausar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver casos no previstos*”.

Hasta aquí nos parece oportuno mencionar dos cosas. La primera es la estrecha relación que se observa entre los principios y una dimensión axiológica³; la segunda es que, si bien es cierto que estos presentan notas en común con las normas jurídicas, conviene comenzar por diferenciarlos. Para ello, hemos tenido en cuenta diferentes categorías: su origen, función, contenido y aplicación.

Partimos de la idea de que la eficacia de ambas fuentes del derecho depende, entre otras cosas, de que estas sean capaces de expresar las exigencias y creencias de una sociedad. Es decir, que tanto los principios como las normas jurídicas derivan de la conciencia social de ciertos valores históricos, morales o políticos y regulan la convivencia de las personas en un tiempo y lugar determinados. Pero los primeros son, en los hechos, la parte más durable del corpus normativo; a diferencia de las segundas, que se muestran más permeables a la rápida evolución social porque tienden a multiplicarse, convirtiéndose en fuente de incertidumbre en algunos casos (Plá Rodríguez, 2015).

² Ambas definiciones fueron extraídas del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22^o edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001.

³ Aunque luego veremos que hay quienes otorgan preeminencia a uno u otro o, inclusive, quienes directamente niegan tal vínculo.

En cuanto a su contenido y aplicación, “*los principios son enunciados básicos que sirven de cimiento para toda la estructura jurídico-normativa laboral*” (Plá Rodríguez, 2015: 34). Estos abarcan una serie indefinida de situaciones de manera más general que las normas jurídicas, las cuales contienen supuestos de hecho o prescripciones más concretas de la conducta humana esperada. Es por eso que, mientras estas últimas se aplican de manera obligatoria o vinculante a través de una tarea de subsunción⁴, los principios actuarían sólo dando razones para decidir en un sentido determinado, mediante la ponderación⁵.

Por otro lado, “*toda ley, en sentido jurídico, expresa el deber ser y es aquella originada en un proceso de legislación, siendo dictada mediante la palabra –escrita– por un órgano competente*” (Ackerman, 2008: 540); mientras que los principios se originan en la conciencia de una época y se pueden plasmar o no en normas legales o constitucionales, pues su manifestación no necesariamente es escrita.

Respecto de sus funciones, existen distintas clasificaciones, pero la mayoría –entre ellos Plá Rodríguez (2015) y Ackerman (2008)– coinciden en al menos tres. Una función informadora, porque inspiran al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico. Otra interpretadora, al operar como criterio orientador del juez o del intérprete. Y una última normativa, porque actúan como fuente supletoria, en caso de ausencia de la ley. De igual modo lo entendió nuestro ordenamiento jurídico cuando con similar redacción, tanto el artículo 16 del Código Civil de Vélez Sarsfield y el artículo 11 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), dispusieron que cuando una cuestión no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley o porque carezcan de reglamentación respectiva, se acudirá –subsidiariamente– a las leyes análogas, principios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas para resolverlas.

Esto ha sido motivo de extensos debates por parte de la doctrina del Derecho del Trabajo, generando adherentes y detractores de la función normativa de los principios. Plá Rodríguez (2015: 43), por ejemplo, se refirió al tema afirmando que: “*la única función de carácter normativa que cumplen los principios es la de operar como fuente supletoria en caso de laguna de ley*”. También para Deveali: “*los principios no constituyen más que una emanación de las normas –o de la propia jurisprudencia, advirtiéndolo en la sistematización de los fallos judiciales*” (como se cita en Plá Rodríguez, 2015: 43). Similar es la opinión de Bayón Chacón (como se cita en Plá Rodríguez, 2015).

Son simples postulados que, sociológicamente primero y jurídicamente después, por disposiciones legales o por resoluciones judiciales, se han convertido en cri-

⁴ Según el Diccionario de la RAE, subsumir significa considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso práctico sometido a un principio o norma jurídica. Subsumir un caso individual en una regla general equivale, entonces, a establecer que un determinado caso individual es una instancia de un caso genérico al que una regla general correlaciona con una solución normativa determinada. Un caso genérico está definido mediante una propiedad o una combinación de propiedades. De este modo la regla, al correlacionar dicho caso genérico con una determinada solución normativa, realiza una selección de propiedades.

⁵ Es la técnica destinada a resolver los conflictos entre principios. La ley de ponderación –señala Alexy (2010: 30)– puede sintetizarse en la siguiente regla: “*cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”. La ley de ponderación se divide en tres etapas: 1) determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3) determinar si la importancia del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio.

terios de orientación del legislador y del juez en defensa de la parte que se estimó más débil en la relación laboral para restablecer con un privilegio jurídico una desigualdad social. Algunos han llegado a tener un reconocimiento legal, otros son sólo criterios de orientación del juez o el legislador. En ningún caso tienen vigencia como fuentes del derecho de forma directa, sino a través de una norma; pero, en cambio, revisten siempre un sentido moral derivado del fundamento de equidad del que proceden (Plá Rodríguez, 2015: 44).

Pero Orsini (2010), nos presenta una visión distinta y renovada. Él les asigna, en lugar de una función supletoria, una función normativa de carácter directa o concurrente con las propias normas, en razón de la dimensión fundamentadora que estos poseen en relación con el ordenamiento jurídico, lo cual obligaría a reconocerles el mismo carácter y jerarquía, pudiendo incluso prevalecer sobre estas, en algunos casos.

Para llegar a esta conclusión, el autor realiza un interesante análisis de la revalorización de los principios que hicieron las distintas corrientes *iusfilosóficas* contemporáneas. Partiendo de procesos de codificación, como el nuestro, que los incluyeron otorgándoles en su mayoría aquella primigenia función supletoria toda vez que el intérprete sólo podía recurrir a ellos ante la imposibilidad de solucionar una cuestión civil por vía legal. Vistos de esta manera, los principios eran una suerte de alternativa de segunda para solucionar las lagunas del ordenamiento jurídico.

Esto resulta perfectamente comprensible si tomamos en cuenta la idea con la que nacieron los códigos y aquel paradigma *iusnaturalista*-racionalista, que entendía a la ley como la encarnación de la razón misma y a los códigos, en tanto conjuntos metódicos y sistemáticos de leyes, como instrumentos casi perfectos, donde la existencia de fisuras representadas en “silencio”, “oscuridad”, o “insuficiencia”, en palabras del artículo 15 del CCA, era prácticamente impensada o muy remota (Orsini, 2010). Sin pensar en paradigmas más extremos como el positivismo jurídico que, al negar cualquier distinción entre derecho y moral y excluir la dimensión valorativa de las normas, lisa y llanamente desconocían totalmente la existencia y validez de los principios.

Sin embargo, estas posiciones reduccionistas o negacionistas del valor normativo de los principios fueron abandonadas por las más avanzadas concepciones *iusfilosóficas* de la segunda mitad del siglo XX, cuando la superación dialéctica de aquellas posturas abrió la puerta a un redimensionamiento de los principios que significó una nueva función de los mismos en el ámbito jurídico, resaltando el papel central que asumían para asegurar la sistematicidad del ordenamiento jurídico (Orsini, 2010: 493).

Se puede decir que se inicia una etapa que se caracteriza por el reconocimiento de la existencia de los principios con una función distinta en el sistema legal, ya no meramente descriptivo o supletorio. Se asume su estrecha relación con los valores y lo que ello implica. Para ello, Orsini (2010) cita a Ronald Dworkin y Robert Alexy, quienes sostienen que el derecho no está compuesto únicamente por reglas, sino también por principios, los cuales representan aquel conjunto de fines y valores que motivan a un sistema jurídico y que, en todo caso, la diferencia entre ambos es meramente cualitativa, ya que estos se caracterizan por su inalterabilidad e inmutabilidad de los valores que consagran, los cuales perdurarán a pesar de que no prevalezcan en la tarea de ponderación para su aplicación a la hora de resolver un caso.

Pero su momento de mayor estelaridad, durante la segunda mitad del siglo XX, viene de la mano del constitucionalismo, cuando comienza a otorgarle un carácter

normativo específico, convirtiendo a los principios generales del derecho en principios constitucionales. Según Orsini (2010: 494) estos “*saltaron de los códigos en donde eran sólo fuentes subsidiarias, a las Constituciones, donde se convirtieron en fundamento de todo el ordenamiento jurídico, en calidad de principios constitucionales*”. Para sumar un dato, podríamos decir que esto se correspondería históricamente en Argentina con la recepción del artículo 14 bis en la Constitución Nacional y que se observa una preeminencia axiológica sobre las normas positivas de los principios en esta última etapa de su evolución.

Estos dejan de ser entendidos como simples enunciados programáticos no vinculantes para reconocerse que tienen un contenido normativo similar a las reglas de derecho positivo, al punto tal que es perfectamente posible que, bajo determinadas circunstancias, un principio pueda llegar a restringir o prevalecer sobre una norma jurídica escrita (Orsini, 2010: 495).

En la misma línea que Orsini se encontraría Piña (2007), quien citando a Bobbio afirma que:

Los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre juristas si los principios generales son normas. Es indudable que los principios generales son normas como todas otras (Piña, 2007: 113).

Piña (2007) señala que determinados principios pueden tener el valor de normas como, por ejemplo: en Derecho Constitucional, el principio de soberanía popular; en Derecho Civil, el principio de autonomía de la voluntad; en el Derecho Penal, el principio *nullun crimen, nulla pena, sine lege*; y en el Derecho del Trabajo, el principio protector.

Como se puede advertir, los principios se encuentran estrechamente vinculados a las reglas, plantean la posibilidad de dar solución a supuestos no regulados, constituyen el marco de actuación del legislador y orientan la labor interpretadora de los jueces. Pero su importancia no se agota allí, los principios representan dentro del Derecho del Trabajo mucho más que eso, lo reflejan, lo respaldan, estructuran y animan. Ellos cumplen además una labor de justificación de su autonomía, toda vez que son distintos de los que existen en otras ramas del derecho y contribuyen en la construcción de su propia identidad.

De esta manera, a las tres funciones tradicionales de los principios, Ackerman (2008: 323) agrega dos más que, “*aunque la doctrina no les reconozca tal status, pueden considerarse parte del principio protector: la provisión de identidad y autonomía al Derecho del Trabajo y la legitimación y limitación de los medios técnicos*”, según veremos en el próximo punto.

2. El principio protector

2.1. Fundamento y contenido

Para conocer el fundamento del principio protector, creímos un buen ejercicio comenzar por indagar ¿a quién se protege? ¿por qué? y ¿cómo lo hace? Las dos pri-

meras no parecen preguntas difíciles de responder habida cuenta de la situación en la que se encuentra el trabajador, incluso antes de formalizar la relación laboral. Con ello nos referimos a la desigualdad económica que pesa sobre éste y al carácter alimentario que representa la remuneración, a lo cual podríamos agregar “*la resignación de libertad, o libertades, que supone el trabajo dependiente*” (Ackerman, 2008: 320).

Esta situación, naturalmente, lo coloca en una posición de inferioridad y debilidad contractual (llamada *hiposuficiencia*) frente a poderes que, desde siempre, goza el empleador y este carece (Goldín, 2014). Es decir, un mayor poder de negociación, antes de formalizar la relación laboral y un poder disciplinario⁶, de dirección⁷, *ius variandi*⁸ y para despedir⁹, después. En este marco, se ejerce una enorme coacción sobre el trabajador quien en todo momento teme a perder su puesto de trabajo.

Por eso, se vislumbró la necesidad de reforzar su protección teórica y práctica generando una mayor igualdad y la construcción de equilibrios entre la libertad de empresa y la protección del trabajo, como rasgo distintivo de nuestra disciplina. El fundamento del principio protector se vincula íntimamente con la propia razón de ser del Derecho del Trabajo, porque este vino a cumplir un rol central, diferenciándolo de su histórica vinculación y dependencia del Derecho Civil y otorgándole una importancia vital para cumplir con su fin social, a saber: tutelar a la parte más débil.

En relación a la tercera pregunta planteada, es decir, ¿cómo protege a los trabajadores el principio protector?, Ackerman (2008: 320) dirá que: “*a partir de reconocer lo anterior, el derecho laboral despliega un conjunto de reglas y diseña medios técnicos para poner límites tanto al ejercicio de la posición de supremacía del empleador como a la entrega de libertades por parte del trabajador*”. Se trata de un conjunto de instrumentos utilizados por el ordenamiento jurídico para garantizar la efectividad y operatividad de este principio, es decir, para disminuir los efectos de la desproporción natural en el poder negocial de las partes que intervienen en la relación de trabajo.

A pesar de que no existe una enumeración taxativa que goce de unanimidad en la doctrina¹⁰, se puede decir que hay prácticamente consenso en que las reglas de interpretación del principio protector inevitablemente forman parte de aquel conjunto de medios que buscan proteger al trabajador. Estas, además de constituir el principal contenido de dicho principio, inciden y se proyectan sobre el sistema de fuentes, modificando en algunos casos su tradicional jerarquía.

1. La regla *in dubio pro operario*: es el criterio que debe utilizar el juez o intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador.
2. La regla de la norma más favorable: determina que, en caso de que haya más de una norma aplicable, se deba optar por aquella que sea más favorable, aunque no corresponda con la que hubiese correspondido según los criterios

⁶ Artículo 67 de la LCT.

⁷ Artículo 65 de la LCT.

⁸ Artículo 66 de la LCT.

⁹ Incluso sin la necesidad de expresar causa. Artículo 245 de la LCT.

¹⁰ Algunos autores han ensayado una clasificación de los mismos, como el caso de Candal (como se cita en Ackerman, 2005: 717), que los categoriza en “*jurídicos, colectivos, judiciales, administrativos y supranacionales*”. Otros, como Ackerman (2005), simplemente prefieren enumerarlos de manera independiente y diferenciada.

clásicos sobre jerarquía de las normas¹¹. Por lo tanto, en presencia de varias normas provenientes de distintas fuentes formales, se debe aplicar siempre la que más beneficie a los trabajadores tornando como inoperantes las demás.

3. La regla de la condición más beneficiosa: es el criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador. Esta supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más tuitiva para el trabajador que las nuevas normas que se ha de aplicar.

Del mismo modo, nada impediría incluir dentro de aquel conjunto de medios técnicos destinados a proteger a las distintas previsiones realizadas por el legislador de cara a asegurar la subsistencia de la relación laboral¹², por un lado; y para impedir y regular la extinción de la misma, por el otro. Así, por ejemplo, se dispuso:

La incorporación del instituto de la suspensión como medio técnico que permita superar las dificultades que se susciten durante la vigencia del contrato de trabajo (como el caso de los accidentes o enfermedades inculpables o provenientes de la Ley de Riesgos de Trabajo, embarazo, maternidad, falta de trabajo, etc.) o la utilización de medios sancionatorios agravados o procedimientos previos (de crisis, de reconversión) para disuadir al empleador de la extinción incausada, buscando en todos los casos el mantenimiento de la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo (Ackerman, 2008: 109).

En tanto que, a nivel procesal, se crearon una serie de presunciones a partir de entender que aquella desigualdad real de poderes en las relaciones de trabajo se traducía también en la información, documentación y disponibilidad de medios de prueba¹³. Estas operan en diversas circunstancias para determinar: la continuidad del contrato de trabajo (Art. 10 LCT); la existencia del contrato de trabajo a partir de la relación de prestación de servicios o de la realización de obras a favor de otro (Art. 23 LCT); lo que debe constar en los registros laborales obligatorios (Art. 55 LCT); lo afirmado en las comunicaciones frente al silencio del empleador (Art. 57 LCT); el carácter de plazo indeterminado del contrato de trabajo (Art. 90 LCT); el carácter discriminatorio del despido en el periodo pre y postparto (Art. 178 LCT) o matrimonio (Art. 181 LCT) y la responsabilidad por accidentes de trabajo de menores (Art. 195 LCT), a lo que podríamos sumar también la protección del crédito laboral en juicio (Arts. 20, 275, 276 y 277 de la LCT).

Sin ir más lejos, en materia registral de cumplimiento con aportes y contribuciones y de obligaciones laborales al momento de extinción del contrato, los emplazamientos del trabajador colocan al empleador en posición de probar el cumplimiento de sus deberes a los fines de evitar muy pesadas sanciones legales (arts. 7, 8, 9, 10, 11 y 15 Ley 24013; arts. 1 y 2 Ley 25323; arts. 80, 132 bis y 275 de la LCT). Las

¹¹ Esto es: que entre normas de distinto rango jerárquico habría que estimar aplicable la de carácter superior y entre las de rango jerárquico igual habría que hacer prevalecer la más recientemente promulgada.

¹² Tanto en situaciones normales, como adversas.

¹³ Porque, desde luego, el empleador se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales y fácticas para esclarecer y probar los hechos.

leyes complementarias, los estatutos profesionales y los convenios colectivos incursionan igualmente en estos mecanismos procesales. Y los códigos de provincias como Buenos Aires, Córdoba o Santiago del Estero establecieron la inversión de la carga probatoria hacia el empleador en caso de omisión de exhibición de documentación obligatoria. Pues en caso de duda se traslada la responsabilidad probatoria al empleador.

En este sentido, Arese (2012) señala una importante tendencia de los tribunales laborales que, desde hace un tiempo, vendrían adaptando las sentencias a la reincorporación al sistema jurídico procesal laboral de dos disposiciones postergadas durante tres décadas y media¹⁴. En primer lugar, el Art. 9 de la LCT que reinstaura la regla *in dubio pro operario* procesal¹⁵. En segundo lugar, la recuperación legal del Art. 17 bis¹⁶, una norma principista que, desde el título de disposiciones generales de la LCT, orienta su aplicación e interpretación tanto de forma como de fondo.

A esto se suma el precedente jurisprudencial *Pellicori* a fines de 2011¹⁷, el cual sentó una fuerte directriz en materia de despido discriminatorio ya que, sobre la base del derecho de fondo y procesal supranacional, el alto tribunal entendió que debe aplicarse un sistema disímil o diferenciado de distribución de cargas probatorias, sin adscribir al mecanismo clásico de carga dinámicas probatorias.

No obstante, cabría preguntarnos si este conjunto de instrumentos desplegados para tutelar, resultan suficientes para impedir la posibilidad de ruptura del principio de continuidad del contrato de trabajo con la sola voluntad del empleador; o, lo que es peor, de abusar, de determinados institutos destinados a proteger para otros fines¹⁸. Autores como Plá Rodríguez (2015: 212) no dudarán en calificar a lo primero como una verdadera anomalía jurídica y describir un conjunto de “*limitaciones laborales impropias*”¹⁹ que, si bien no niegan el derecho a despedir, lo dificultan económica-

¹⁴ Recordemos que la Ley 20744 aprobó la Ley de Contrato de Trabajo, que fue publicada el 27/9/1974 y un año y medio después, el 29/04/1976, se publicó la ley de facto número 21297 que suprimió y modificó, empeorando, numerosos artículos. Los artículos 9 y 19 (hoy 17 bis) de la LCT original fueron repuestos mediante las leyes 26.428 de 2009 y 26592 de 2010, respectivamente.

¹⁵ Art. 9. “*El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del Derecho del Trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla decidirán en el sentido más favorable al trabajador*” (texto Ley 26428).

¹⁶ Art. 17 bis: “*Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, solo se entenderán como forma de compensar otras que, de por sí, se dan en la relación*”. Fue incorporado por el Art. 1 de la Ley N°26592 de 2010.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “*Pellicori, Liliana Silvia / Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*”, Sentencia del 15 de noviembre de 2011. En el caso se anuló la sentencia que había desestimado, sobre la base de la apreciación restrictiva de la prueba aportada por la parte actora, una demanda reclamando su reinstalación sobre la base de la conducta presuntamente discriminatoria de la demandada. Se estableció un sistema de interpretación de pruebas en casos de discriminación laboral.

¹⁸ El brote del nuevo coronavirus, motivó la declaración de pandemia por COVID-19 por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y, con ella, la posibilidad de invocar, de manera insuficiente o abusando de causas de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor para despedir o hacer uso del instituto de la suspensión, como consecuencia del contexto de emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, según lo estableciera la Ley 27541. Tiempo después esto fue prohibido por el Poder Ejecutivo mediante Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 329/2020, del 31 de marzo del 2020, ante noticias de despidos y suspensiones dispuestos por el sector privado. <https://www.pagina12.com.ar/257000-techint-avanzo-sobre-el-eslabon-mas-debil>.

¹⁹ Estas medidas son: a) Obligación de preaviso: consiste en la obligación de comunicar con cierta anticipación el propósito de poner fin al contrato. b) Indemnización por despido: se trata de una compensación en dinero,

mente, lo sancionan o, simplemente, lo hacen más oneroso. Nosotros, por el momento, preferimos sólo dejar este interrogante planteado.

2.2. Recepción legal y constitucional

Aunque los principios del Derecho del Trabajo se caracterizan por su “amorfismo”²⁰ (Plá Rodríguez, 2015: 50), ya que no es posible identificar un acto único y preciso, con fecha fija²¹ que haga nacer su vigencia (de hecho habíamos analizado que esto, dependía de la conciencia social que la propia sociedad tenga de una serie de valores en un momento dado), Plá Rodríguez (2015) señaló la existencia de dos formas de consagración o recepción de estos por el derecho positivo.

La forma sustantiva: que consiste en incorporar a la norma constitucional o a una norma programática de especial significación, algún principio genérico de protección al trabajo o que ponga al trabajo bajo la protección del Estado. *La forma instrumental:* se traduce en la incorporación de reglas de interpretación que incluyan el principio general o alguna de las formas de su aplicación. Por ejemplo, que en un código del trabajo o en una ley orgánica de la Justicia del Trabajo se establezcan normas referentes a cómo deben ser interpretadas las leyes del trabajo (Plá Rodríguez, 2015: 89).

Caracterizando la evolución histórica del principio protector en Argentina, podríamos decir que la primera de ellas tuvo lugar con la inclusión en el texto constitucional²² del artículo 14 bis, el cual dispuso “*la protección contra el despido arbitrario*” y que “*el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes*”. Esto implicó el reconocimiento legal del mismo en nuestro sistema jurídico pero, además, evidenció la existencia de un proceso de construcción previo y posterior, en el cual también participaron otras fuentes de derecho.

Luego de aquel momento constituyente, las repercusiones en todos los ámbitos del trabajo –en su vertiente individual, colectiva y de la seguridad social– fueron significativas. En virtud de él, debieron adecuarse otras tantas circunstancias –como el de la protección ante el despido, el ejercicio de los derechos colectivos y la protección frente a los riesgos del trabajo– sumado a la labor de los magistrados, estudiosos y demás operadores jurídicos.

calculada de forma tarifaria en función de la antigüedad del trabajador. c) Daños y perjuicios por despido abusivo: es una aplicación de principios generales de la responsabilidad civil que se suele ejercer en aquellos casos que resulta particularmente chocante o arbitrario el despido (Plá Rodríguez, 2015: 213).

²⁰ Es decir, porque carecen de procedimientos técnicos de exteriorización y no poseen una forma única y exclusiva para manifestarse.

²¹ Por el contrario, podríamos decir que se trata de un proceso progresivo, plural, múltiple, variado, prolongado, con posibles contradicciones u omisiones (Plá Rodríguez, 2015: 51).

²² La justicia social, proclamada en la Constitución Nacional de 1949 como objetivo a alcanzar en la sociedad por el Estado, motiva que los derechos sociales y económicos se positivicen a nivel constitucional con lo que la libertad de contratación encuentra sus controles. Los límites a los abusos del poder y derecho que creaba esa libertad, básica conquista del liberalismo y expresión máxima de su economía alcanzan su máximo rango. La democracia argentina se tiñe de un moderado contenido social, que formula nuevas reglas para el Estado de Derecho. Y la principal consiste en admitir, a mérito del garantismo, el sentido protector que regula el trabajo. En 1957, la derogación de la Constitución de 1949 y el retorno a la constitución de 1853, se produce sin que esta orientación varíe, por cuanto el Art. 14 bis. consagra un programa a mérito de derechos explícitamente enunciados, que procuran las protecciones propias de los estados de derecho. (Cornaglia, 2001: 21).

Mientras que, por otro lado, la forma instrumental se dio cuando las reglas de interpretación de dicho principio fueron receptadas por la Ley de Contrato de Trabajo en 1974. Las pautas generales sentadas por el Art. 11 de la LCT²³, se vieron complementadas con el principio de la norma más favorable (Art. 9)²⁴ y condiciones más favorables provenientes de convenciones colectivas de trabajo en él (Art. 8)²⁵, entre otras²⁶. Una observación histórica de la recepción de esas reglas en el derecho argentino señala que incluso antes de la sanción de la LCT, existió una elaboración doctrinal y jurisprudencial y que esto sólo vino a convalidar ese largo proceso de elaboración (Cornaglia, 2001).

Tiempo después y una vez sentado el marco legal y constitucional, se terminó de consolidar un estándar de tutela imposible de eludir por quienes interpretan las normas, es decir los jueces. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, marcó un nuevo rumbo jurisprudencial en este sentido, a partir del fallo *Vizzotti Carlos c/ AMSA S.A s/ Despido*²⁷, el cual entendió que el trabajador es “*sujeto de preferente tutela*” o de “*preferente atención constitucional*”. Esto determinó que, si bien en la relación laboral tanto trabajador como empleador son titulares de derechos, sólo puede entenderse que el primero haya sido destinatario de la parte más relevante de una reforma constitucional y lo ha sido para asignarle especial protección. Así, el estructural conflicto de derecho entre ambos sujetos de la relación laboral se solucionó judicialmente con una “ponderación” del principio protector emanada del propio texto constitucional²⁸.

3. Actualidad y nuevos desafíos del principio protector.

Hasta aquí hemos intentado definir los principios, describir su importancia y la evolución del rol que estos han tenido dentro del ordenamiento jurídico, pasando de ocupar una función normativa supletoria a una de centralidad absoluta en nuestra disciplina²⁹. También los hemos intentado diferenciar de las normas jurídicas y nos hemos referido al fundamento y contenido del principio protector, pero aún creemos oportuno destinar este último punto del artículo a su vigencia.

Al abordar su actualidad, rápidamente encontramos que existen diversos factores que, de un tiempo a esta parte, inevitablemente están influyendo sobre el trabajo afectando o limitando su eficacia protectora. El contexto de crisis económica, la

²³ Art. 11: “*Principios de interpretación y aplicación de la ley. Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del Derecho del Trabajo, la equidad y la buena fe*”.

²⁴ Art. 9 establece: “*El principio de la norma más favorable al trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del Derecho del Trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla decidirán en el sentido más favorable al trabajador*”.

²⁵ Art. 8 prevé: “*Condiciones más favorables provenientes de convenciones colectivas de trabajo. Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. Las que reúnan los requisitos formales requeridos por la ley y que hubieran sido debidamente individualizadas, no estarán sujetas a prueba en juicio*”.

²⁶ Podríamos mencionar, la igualdad de trato del Art. 81, el principio de buena fe (Art. 63), deber de fidelidad (Art. 85).

²⁷ CSJN, “*Vizzotti Carlos c/ AMSA S.A s/ Despido*”, Sentencia del 14 de septiembre de 2004.

²⁸ Lo cual, por otro lado, no haría más que reafirmar la tesis de Orsini (2010), al posibilitar la aplicación de dicho principio con idéntica o superior jerarquía que las normas.

²⁹ Con la recepción del Artículo 14 bis en la Constitución o con el *Fallo Vizzotti*, por ejemplo.

globalización³⁰ y la concentración de la riqueza han generado un ámbito propicio para el surgimiento de nuevas formas de trabajo³¹, nuevas formas de organización empresarial y nuevos actores de enorme poder económico³² y político, pero no de nuevas reglas e instrumentos normativos que los regulen y sobre todo los limiten. Por otro lado, “*no es menos cierto que el modelo de la sociedad industrial –donde se gestó y consagró este principio– ha ido cediendo paulatinamente al de la sociedad tecnológica, produciendo cambios*” (Pla Rodríguez, 2015: 82)³³.

Adrián Goldín (2014) se ha referido a este tema, para afirmar que el sistema de protección ha sido puesto en cuestión en diversos aspectos.

Su sustentabilidad política, su viabilidad operativa y hasta su propia legitimidad teórica están sujetas a constante crítica y revisión, toda vez que, se pretende asimilar la lógica del mercado de productos al funcionamiento del mercado de trabajo, viéndose éste último inexorablemente obligado a ajustar precios (salarios) o cantidades (empleo) al mismo. Desde esa perspectiva, las instituciones de protección laboral, no se reconocen sino como interferencias que conspiran contra aquellos ajustes virtuosos y naturales de los mercados (Golgin, 2014: 640).

A su vez, asistimos a un nuevo mundo diseñado en torno a un mercado global accesible en cualquier tiempo y desde cualquier lugar, lo cual ha posibilitado el surgimiento de grandes grupos de empresas que, aprovechando este contexto, buscan países con escasa o nula regulación protectora del trabajo donde realizar sus inversiones de manera competitiva al menor costo posible y al margen de cualquier obstáculo o interferencia legal que se interponga. Situación esta última que ha vuelto un tanto más difícil sostener la viabilidad de un sistema normativo como el de la protección laboral que, sin negar el funcionamiento de los mercados, se ha servido siempre de la técnica de “sacar” de la competencia determinadas condiciones relativas al trabajo, como el nivel mínimo de los salarios, una garantía de continuidad en el empleo, algunos límites de jornada, determinadas condiciones de higiene y seguridad.

Pero en economías cada vez más abiertas e interdependientes ¿cómo sostener esta acción de “sacar” ciertas condiciones del mercado, cuando ellas han de reingresar por la ventana como insumo de mercaderías que han sido elaboradas en países con bajos estándares laborales, que implican, por consiguiente, salarios mucho más bajos y jornadas mucho más extensas. De ese modo, los espacios para la adopción de políticas nacionales de protección del trabajo se ven severamente limitados (Goldín, 2014: 642).

En este orden de ideas, también se observa una difuminación de las categorías protegidas³⁴, con ello nos referimos a la creciente dificultad para identificar los suje-

³⁰ La globalización ha sido definida como: “*Constelación de centros con fuerte poder económico y fines lucrativos, unidos por intereses paralelos, cuyas decisiones dominan los mercados mundiales, especialmente los financieros, usando para ello la más avanzada tecnología y aprovechando la ausencia y debilidad de medidas reguladoras y de controles políticos. Fenómeno económico con raigambre en todos los ámbitos, por el cual los países se van integrando progresivamente en el marco de la economía internacional y, al mismo tiempo, cediendo poder a unas fuerzas supranacionales*” (Preciado Domenech, 2018: 88).

³¹ Como los trabajadores de la economía social y popular, o los trabajadores de plataforma, entre otros.

³² Como las empresas transnacionales o los grupos de empresa.

³³ “*Hasta ahora y desde hace dos siglos, el trabajo asalariado ha sido o intentado ser el lugar donde organizar al grupo social*” (Cabello de Alba, 2017: 17).

³⁴ Algunos lo llaman “huida del Derecho del Trabajo”.

tos alcanzados por aquellos medios técnicos desplegados por el Derecho del Trabajo. “*El concepto de dependencia laboral (que es lo que define la pertenencia al conjunto de categorías laborales protegidas) se construyó históricamente como réplica conceptual del modo de desempeño del trabajador industrial típico que prevaleciera a partir de la primera revolución industrial*” (Goldín, 2014: 643). Pero vemos que esto paulatinamente está cambiando a medida que se modifican los modos de prestación del trabajo y se apelan a técnicas de organización empresarial como, la externalización, descentralización, automatización de trabajadores, que sumadas al surgimiento de nuevas formas de trabajo³⁵ terminan por configurar un panorama complejo.

A su vez, la promoción de un marcado individualismo a través de ideas como el “emprendedurismo”, es decir, de un trabajador *sui generis*, moderno, capaz de organizar su propio trabajo, sin tiempos, sin horarios y sin empleadores; tiende a borrar las subjetividades dejando al trabajador al margen de cualquier legislación y con posibilidades remotas de organización en defensa de sus legítimos intereses colectivos, poniendo en riesgo el principio de solidaridad de clase con el que se ha caracterizado históricamente el sector del trabajo.

Todo lo descrito, sin dudas, ha ido tornando cada vez más complicado determinar el centro de imputación normativa de nuestra disciplina. Aquellas primeras dos preguntas (¿a quién se protege? ¿Por qué?), que resultaron tan sencillas de responder cuando planteamos el fundamento del principio protector, parecen ahora cobrar relevancia para evidenciar el notable desafío al que se enfrenta el sistema protector.

En este contexto de exacerbación de la transformación y movilidad continua, como valores socialmente positivos y de un modelo de empresa que se define como descentralizada, flexible y estructurada en redes, la extinción arbitraria del contrato de trabajo se justifica como una forma de no resignar utilidad de la empresa. Los trabajadores y trabajadoras despedidos son considerados excedente de mano de obra, recortes necesarios o meros ajustes de personal, desde un punto de vista; o, desde otro, son definidos como resultado de un déficit en la trayectoria profesional individual o de una equivocación en su desarrollo, que sitúa al sujeto en una posición de exclusión o subempleo y, por ende, de completa desprotección.

4. Conclusiones

Tanto los principios como las normas jurídicas constituyen fuente del Derecho del Trabajo. Ambos derivan de la conciencia social de ciertos valores históricos, morales o políticos y regulan la convivencia de las personas en un tiempo y lugar determina-

³⁵ Como los trabajadores de la economía popular o de plataformas. En ambos casos, no se trata de trabajadores comprendidos por la Ley de Contrato de Trabajo, fundamentalmente porque no existe una relación laboral típica, en la que un trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo a cambio de recibir una contraprestación a cargo del empleador como remuneración. Estos sectores surgen como consecuencia de la expulsión a la informalidad que genera el sistema capitalista de producción (Suarez, 2018). Toselli (2019) también se refiere a este tema, distinguiendo entre trabajadores precarios, por un lado: “*en la legislación argentina, cuando hablamos de trabajo precario, lo hacemos bajo la consideración del trabajo informal, no registrado o deficientemente registrado, mediante el cual se invisibiliza total o parcialmente al trabajador ante los organismos fiscales, pero fundamentalmente es notoria la ausencia de protección dentro del marco de la seguridad social*” (Toselli, 2019: 50) y los trabajadores atípicos, por otro lado: “*A diferencia del trabajo precario, donde no se discute la existencia de una vinculación laboral, ya que simplemente se enmascara o se la oculta, en la contratación atípica el sesgo más distintivo está dado en la discusión respecto del paradigma del contrato laboral, es decir, de su existencia o no*” (Toselli, 2019: 51).

dos. Sin embargo, se observa una evolución en la función normativa de los primeros, pasando de ocupar un lugar meramente subsidiario o residual en su aplicación, a uno de centralidad absoluta, pudiendo actuar como fuente directa o concurrente con las propias leyes a partir de su recepción constitucional.

Por otro lado, creemos importante señalar el carácter rupturista y progresivo del principio protector. Rupturista, porque vino a quebrar la igualdad jurídica ante la ley consagrada en el Derecho Civil, otorgándole al mismo tiempo identidad y autonomía al Derecho del Trabajo como disciplina; y progresivo, porque se construyó un verdadero paradigma protector que tuvo distintos momentos históricos, encontrando tal vez su máxima expresión con la recepción legal, constitucional y jurisprudencial del Artículo 14 bis. Pero cuyo contenido tuitivo³⁶, para disminuir los efectos de la desproporción natural en el poder de las partes que intervienen en la relación de trabajo se enfrenta actualmente a una serie de limitaciones y dificultades. Pues su sustentabilidad política, su viabilidad operativa, sus categorías protegidas y hasta su propia legitimidad teórica han sido puestas en cuestión en su eficacia para proteger al trabajador contra actos sumamente lesivos como el despido arbitrario.

5. Bibliografía

- Ackerman, M. (2008). *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomos II y IV. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Alexy, R. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Arese, C. (2012). “Presente y futuro del Derecho del Trabajo. Los principios del derecho del trabajo”. Comunicación presentada en el XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 25-28 de septiembre.
- Cabello de Alba, L. M. y Rodríguez Fernández, M.L. (2017). *El futuro del trabajo que queremos*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Cornaglia, R. (2001). *Reforma laboral. Análisis crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Goldín, A. (2014). *El derecho del trabajo: conceptos, instituciones y tendencias*. Buenos Aires: Ediar.
- Orsini, J.I. (2010). “Los principios del derecho al trabajo”. *Revista Anales de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 7(40): 489-506.
- Piña, M. C. (2007). *La condición laboral y el principio protectorio. Análisis de su vigencia y crisis del Derecho Laboral Argentino*. Buenos Aires: Lerner Editora.
- Plá Rodríguez, A. (2015). *Los principios del derecho del trabajo*. Montevideo: Editorial De Palma.
- Preciado Domenech, C. (2018). *Breve historia del derecho del trabajo y los derechos fundamentales*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Suárez, M. F. (2019). “Nuevas formas de trabajo: los trabajadores de la economía popular”. *Revista de la Facultad de Derecho*, 10(1): 111-121.
- Suárez, M. F. (2021). *El despido injustificado a la luz del principio protectorio y el derecho internacional de los derechos humanos*. Tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina).

³⁶ Nos referimos al conjunto de medios técnicos desplegados por el legislador: presunciones, pautas de interpretación y distintos institutos para proteger al trabajador.

Toselli, C. (2019). “Tratamiento jurídico que tienen los cambios tecnológicos, los trabajadores precarios y las relaciones laborales atípicas en el derecho del trabajo”. En Arese, C.; León, R. y Ferrario, M. (Eds.) *Nuevas tecnologías. Presente y futuro del Derecho del Trabajo* (pp. 47-58). Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.