

# DERECHO COMPARADO

## LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS, EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA LABOR JUDICIAL <sup>1</sup>

Por

MARÍA FLORENCIA SUÁREZ <sup>2</sup>  
INDES (FHCSyS-UNSE/CONICET)

mflorsua@gmail.com

*Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 63 (2022)*

**RESUMEN:** Este artículo propone analizar el despido injustificado teniendo en cuenta la legislación de nuestro país y el marco constitucional vigente sentado por el principio protectorio y el derecho internacional de los derechos humanos. La estrategia metodológica escogida será de tipo analítica, comparativa y de interpretación crítica, tomando como fuentes de análisis a la doctrina y normativa nacional e internacional sobre el tema. Entre los principales resultados y conclusiones se destaca la ineficacia del régimen legal previsto para tutelar a los trabajadores en estos casos, que exige romper con determinadas estructuras conceptuales para el planteo de alternativas que verdaderamente solucionen la cuestión de fondo por vía de un activismo judicial capaz de acompañar y complementar la progresividad en el reconocimiento de los derechos y principios con sus interpretaciones.

**PALABRAS CLAVE:** Despido arbitrario; principio protectorio; derecho al trabajo; jurisprudencia; activismo judicial.

**SUMARIO:** I. Introducción.- II. Los principios del derecho del trabajo: Fundamento y actualidad del principio protectorio.- III. El proceso de recepción constitucional del derecho al trabajo en Argentina y sus repercusiones.- IV. Función judicial y activismo.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

---

<sup>1</sup> El presente artículo de investigación se inscribe en el marco del proyecto de investigación titulado: “Dinámicas del mercado laboral en Santiago del Estero: perspectivas y debates actuales en torno al trabajo y trabajadores”. Iniciado en el año 2018 y finalizado en 2020 y para cuya ejecución contó con financiamiento con el área de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Santiago del Estero. Código: 23D/209. Grupo Estudios del Trabajo. [getunse@gmail.com](mailto:getunse@gmail.com)

<sup>2</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Docente y becaria doctoral del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET), con lugar de trabajo en el Instituto para el Desarrollo Social (INDES) dependiente de la Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud (FH,CsyS) de la Universidad Nacional de Santiago del Estero (UNSE). Miembro del consejo de redacción de la *Revista Trabajo y Sociedad* y del *Grupo Estudios del Trabajo* (GET). Santiago del Estero, Argentina.

## **PROTECTION AGAINST ARBITRARY DISMISSAL FROM THE PERSPECTIVE OF PRINCIPLES, INTERNATIONAL LAW AND JUDICIAL WORK**

**ABSTRACT:** This article proposes to analyze unjustified dismissal taking into account the legislation of our country and the current constitutional framework established by the protective principle and international human rights law. The chosen methodological strategy will be of an analytical, comparative and critical interpretation type, taking as sources of analysis the doctrine and national and international regulations on the subject. Among the main results and conclusions, the inefficiency of the legal regime provided to protect workers in these cases stands out, which requires breaking with certain conceptual structures to propose alternatives that truly solve the underlying issue through judicial activism capable of accompanying and complementing the progressivity in the recognition of rights and principles with their interpretations.

**KEYWORDS:** Arbitrary dismissal; protective principle; right to work; jurisprudence; legal activism.

**SUMMARY:** I. Introduction.- II. The principles of labour law: Foundation and actuality of the protective principle.- III. The process of constitutional reception of the right to work in Argentina and its repercussions.- IV. Judicial function and activism.- V. Conclusions.- VI. Bibliography.

### **I. INTRODUCCIÓN**

El Derecho del Trabajo es una disciplina que no se inspira en un propósito de igualdad jurídica como ocurre en el Derecho Civil. Al contrario, responde al objetivo de establecer una tutela preferente a una de las partes: el trabajador, a partir de asumir que es el sujeto más débil de la relación contractual. Con ese fin, el legislador previó la vocación de permanencia del contrato de trabajo.

Asimismo, con la última Reforma Constitucional Argentina en el año 1994, se incorporaron diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, consagrando con idéntica jerarquía constitucional el derecho al trabajo, en tanto derecho humano fundamental que consiste en el derecho de toda persona a trabajar en condiciones dignas, equitativas e iguales y cuyo alcance interpretativo podría extenderse a la posibilidad de no ser despedido sin justa causa.

En efecto, podemos afirmar que el principio protectorio ha buscado proteger al trabajador y que el derecho internacional de los derechos humanos, por otro lado, enmarcó al trabajo y sus derechos en el régimen constitucional vigente trazando un nuevo rumbo interpretativo para la doctrina y jurisprudencia en la materia a partir de ese momento.

Sin embargo, para el caso de despido injustificado de un trabajador, el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT), establece como consecuencia el pago de una indemnización a cargo del empleador. La indemnización allí prevista se encuentra tarifada en función de la antigüedad y la remuneración del trabajador al

momento del despido y limitada a un tope en relación al promedio de remuneraciones previstas en los convenios colectivos aplicables<sup>3</sup>. Esta indemnización no comprende el resarcimiento de otros daños que pueden causarse al trabajador, tanto en su esfera patrimonial como extra patrimonial, sean producidos con motivo del despido o aún en ausencia del mismo. Sólo se limita a reparar la mera pérdida del puesto del trabajo, guardando esto relación negativa con derechos humanos fundamentales, como el derecho al trabajo, y con principios constitucionales e internacionales de protección contra la terminación injustificada del contrato de trabajo, contraponiéndose además con lo dispuesto por los arts. 90 y 10 de la misma ley.

El problema de investigación se circunscribirá, de esta manera, a analizar la regulación actual sobre despido sin causa en nuestro país y las garantías de protección contra el mismo. Se pretende con ello contribuir a una mejor comprensión de este instituto y de sus consecuencias jurídicas patrimoniales y extra patrimoniales, realizar un aporte al conocimiento crítico del tema y a la efectiva tutela de los derechos consagrados por nuestra Constitución Nacional, leyes nacionales y tratados internacionales sobre DDHH. Algunas preguntas que orientaron el planteo de nuestro problema de investigación son: ¿La posibilidad de despedir injustificadamente se corresponde con la noción de principio protectorio y el derecho internacional de los derechos humanos? ¿En qué consiste el principio protectorio? ¿A quién protege? ¿Por qué? ¿Cómo lo hace? ¿Qué función cumple la jurisprudencia en torno a la recepción del derecho internacional de los derechos humanos y la reparación del daño en los casos de despido sin causa? ¿Qué alternativas reparatorias se discuten en la doctrina y jurisprudencia? ¿Es necesario repensar un nuevo esquema de protección contra el despido arbitrario? La estrategia metodológica escogida, será de tipo analítica, comparativa y de interpretación crítica, tomando como principales fuentes de análisis a la normativa, doctrina y jurisprudencia sobre el tema.

## **II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO: FUNDAMENTO Y ACTUALIDAD DEL PRINCIPIO PROTECTORIO**

La palabra principio, al igual que la palabra derecho, se caracterizan, entre otras cosas, por su polisemia<sup>4</sup> 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

---

<sup>3</sup> Art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

<sup>4</sup> Según el Diccionario de la RAE, se refiere a la pluralidad de significados de una expresión lingüística. Recuperado en: <http://.rae.es/rae.html>

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”<sup>5</sup>. Ambas definiciones, nos permiten inferir que no solo estaríamos ante un conjunto de ideas o proposiciones que rigen conductas humanas; si no que además estos nos indican cómo comenzar a abordar una determinada ciencia, en este caso: el Derecho del Trabajo.

En un nuevo intento de acercamiento y advertidos de que “no existe una definición clara ni unánimemente aceptada sobre su significado” (Plá Rodríguez, 2015, p. 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) 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” (p.314) Cornaglia (2001), mientras tanto, habla de: “ideales determinados por la conciencia colectiva” (p.4). Pero Plá Rodríguez (2015), 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” (p.34).

En este marco, nos proponemos analizar particularmente el principio protectorio dentro del Derecho del trabajo. Para ello, creímos un buen ejercicio comenzar por indagar ¿a quién se protege?, ¿por qué? y ¿cómo lo hace? Las dos primeras, 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, p.320).

Esta situación, naturalmente, lo coloca en una posición de inferioridad y debilidad contractual<sup>6</sup>, 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

---

<sup>5</sup> Ambas definiciones fueron extraídas del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22ª edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001.

<sup>6</sup> Llamada hiposuficiencia.

laboral y un poder disciplinario<sup>7</sup>, de dirección<sup>8</sup>, *ius variandi*<sup>9</sup> y para despedir<sup>10</sup>, 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, el fundamento del principio protectorio 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 protectorio? Ackerman (2008) 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” (p.320). 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 negociador de las partes que intervienen en la relación de trabajo.

A pesar que no existe una enumeración taxativa que goce de unanimidad en la doctrina, se puede decir hay prácticamente consenso en que las reglas de interpretación del principio protectorio, 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. Ellas son: *in dubio pro operario*, condición más beneficiosa y norma más favorable.

Hasta aquí hemos intentado definir los principios y analizar el fundamento y contenido del principio protectorio, pero aún creemos oportuno referirnos a su vigencia, ya que 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 protectoria. El contexto de crisis económica y sanitaria, la globalización y la concentración de la riqueza han generado un ámbito propicio para el surgimiento de nuevas formas de trabajo<sup>11</sup>, nuevas formas de organización empresarial y nuevos actores de enorme poder económico y político, pero no de nuevas reglas e instrumentos normativos que los regulen y sobre todo, limiten.

---

<sup>7</sup> Art. 67 LCT.

<sup>8</sup> Art. 65 LCT.

<sup>9</sup> Art. 66 LCT.

<sup>10</sup> Incluso sin la necesidad de expresar causa. Art. 245 LCT.

<sup>11</sup> Como los trabajadores de la economía social y popular, o los trabajadores de plataforma, entre otros.

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 protectoria 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.

En este orden de ideas, se observa una difuminación de las categorías protegidas<sup>12</sup>, con ello nos referimos a la creciente dificultad para identificar los sujetos 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, p. 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 o descentralización que sumadas al surgimiento de nuevas formas de trabajo, terminan por configurar un panorama complejo.

Asimismo, la promoción de un marcado individualismo a través de ideas como el “emprededurismo”, 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 colectiva en defensa de sus derechos, 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 que resultaron tan sencillas de responder cuando planteamos el fundamento del principio protectorio, parecen ahora cobrar relevancia para evidenciar el notable desafío al que se enfrenta el sistema protectorio.

### **III. EL PROCESO DE RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO EN ARGENTINA Y SUS REPERCUSIONES**

La consagración legal del derecho al trabajo en nuestro país fue progresiva. La Constitución Nacional actualmente vigente, se construyó en distintos momentos históricos representados por diferentes reformas constitucionales. El primero fue en el

---

<sup>12</sup> Algunos lo llaman “Huida del Derecho del Trabajo”

año 1853 con la redacción original del texto de la norma fundamental, en el cual se reconocía inicialmente la libertad de trabajo (Art. 14), entendida como un espacio de libre autodeterminación personal ligada a la abstención del Estado, propio de los postulados liberales de la época.

En este sentido, hubo que esperar más de ciento cuarenta años para la elevación del derecho al trabajo al rango constitucional con el contenido y alcance que hoy lo conocemos. Esto tuvo lugar recién en el año 1994 con su última enmienda, a través de la cual se incorporaron una serie de tratados internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con su misma jerarquía. Esto significó un avance notable por varias razones.

En primer lugar, porque implicó un nuevo relacionamiento del sistema de fuentes del derecho en nuestro país, especialmente entre las normas internacionales y el derecho interno. La inclusión de las normas internacionales a la Constitución, amplió considerablemente el número de derechos laborales y su alcance. De esta manera, el derecho al trabajo quedó situado al mismo nivel que los demás derechos constitucionales y por encima de otras normas que no lo son. Asimismo su contenido aparece, a partir de ese momento, vinculado a la noción de estabilidad laboral, toda vez que a la luz de dichos instrumentos<sup>13</sup>, este puede ser entendido como un derecho individual y colectivo que posee todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo, lo cual supone no ser obligado de manera alguna a ejercerlo o efectuarlo y el derecho a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso al empleo, pero además, “el derecho a no ser privado injustamente del mismo”<sup>14</sup>. En el contexto de la evolución constitucional antes relatada, pareciera que aquella primitiva mención a la garantía constitucional de “protección contra el despido arbitrario” que fuera mencionada en el art. 14 bis en el año 1957, se vio agigantada por un derecho al trabajo que extendió su contenido a la posibilidad de no perder el empleo ya obtenido, por lo menos en la letra de la ley. Por otro lado, el Protocolo Adicional señala de manera particular la necesidad de que los estados partes garanticen en sus legislaciones, la estabilidad.

En segundo lugar, porque según el propio art 75 inc. 22, los tratados incorporados regirán en el ámbito interno “en las condiciones de su vigencia” lo cual significa que sus cláusulas deben ser aplicadas por el Juez Nacional en el ámbito interno, tal y como han sido interpretadas por los órganos internacionales encargados del control de su

---

<sup>13</sup> Particularmente del PIDESC, Observación General N° 18 CDESC y del Protocolo de San Salvador.

<sup>14</sup> CDESC. Observación General N° 18, Op. Cit, párr. 6.

efectividad, no pudiendo otorgarle un alcance diferente. Con ello nos referimos al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>15</sup> en materia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Pacto de San José de Costa Rica y al Comité de Libertad Sindical o Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones referentes a las normas de la Organización Internacional del Trabajo.

Con respecto a esto último, se torna una referencia insoslayable la interpretación que sobre el tema realiza el primero de dichos organismos, ya que a través de la Observación General N° 18; no solo ayudó a determinar el contenido del derecho en cuestión, sino que además impuso una serie de obligaciones en cabeza de los Estados Parte, a los fines de garantizar su realización efectiva. Para ello, estableció criterios de clasificación de las mismas y previó la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional ante eventuales incumplimientos, sin que estos puedan eximirse de ellas invocando la vigencia de normas internas menos favorables.

Pero todo el desarrollo argumental expuesto, se confronta directamente con la vigencia de un sistema de estabilidad relativa impropia, como el nuestro, que avala la eficacia de un acto que lesiona un derecho con rango constitucional, es decir el despido libre indemnizado. Es aquí donde nos preguntamos, entonces: ¿Es posible un derecho al trabajo sin estabilidad? Este interrogante resulta de fácil respuesta desde el plano normativo, si tenemos en cuenta que la estabilidad laboral como manifestación del derecho al trabajo, a partir de su diseño constitucional, implicó tres cosas: En primer término, la pretensión- protegida por el propio texto constitucional- de conseguir una ocupación; en segundo lugar, la garantía de un puesto de trabajo adecuado y, finalmente, a un puesto estable. Esto no es ni más ni menos que la descripción del contenido del Art. 6 PIDESC (1966), cuando dispone que el derecho al trabajo consiste básicamente en tener la posibilidad de acceder a un trabajo libremente escogido y aceptado, a condiciones dignas de labor; pero también a no perderlo injustificadamente. De esta manera, no es posible concebir cada uno de estos componentes por separado. Según la Observación N°18 y el derecho internacional de los derechos humanos, la interpretación debe ser interdependiente, porque la observancia de uno de ellos determina el cumplimiento de los otros y afecta la realización integral del derecho. En definitiva, la inexistencia de uno de los elementos esenciales del derecho al trabajo

---

<sup>15</sup> Así lo entendió nuestra Corte Nacional en "Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Eficientes S.A s/ Accidente- Ley 9688, Sentencia del 21 de septiembre del 2004, cuando en el considerando 8°, el tribunal no dudó en poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Dicha actividad es demostrativa de la gran importancia que el PIDESC reconoce a la protección del trabajador.

conlleva una violación del mismo, pues estos recogen las garantías indispensables para su satisfacción plena como derecho humano fundamental. Esto se suma a una necesaria, la interdependencia o diálogo de las fuentes, por la cual se postula que el conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforma un sistema que debe ser, en la medida de lo posible, manejado también en su conjunto. Así lo entendió la Comisión<sup>16</sup> encargada de reformar nuestro Código Civil en el año 2012. En tal sentido es válido, pertinente y a menudo necesario, integrar disposiciones de una y otra fuente para armonizar con los demás criterios interpretativos, proceder a la configuración del derecho y garantizar su aplicabilidad. De ahí que la noción de estabilidad se encuentre inescindiblemente vinculada a la de trabajo, como resulta de la lectura integral de los tratados internacionales incorporados a nuestra CN y las demás fuentes del derecho.

#### IV. FUNCIÓN JUDICIAL Y ACTIVISMO

¿Qué hacen los jueces? ¿Cuál es su función dentro del proceso laboral? ¿Por qué es importante la labor judicial? Son algunas preguntas que actuaron como disparadores de este primer apartado. En líneas generales podemos decir que, a diferencia del legislador, la tarea de jueces y tribunales consiste en solucionar conflictos de intereses, aplicando la norma creada por el primero en el caso concreto que se presente para su decisión.

Kelsen afirmaba que el Derecho vigente es la norma y la interpretación que realizan los jueces de ella en un momento determinado. De ahí, el rol fundamental que esta ocupa dentro de un sistema jurídico y en el marco de la evolución del régimen constitucional. Como bien destaca Vanossi, en la etapa anterior a la inclusión constitucional de las cláusulas económicas y sociales, la validez de la legislación obrera descansó en el criterio interpretativo de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ackerman, 2005, p.478).

Sin embargo, la jurisprudencia<sup>17</sup> ha visto cuestionada su función normativa y hasta su integración como fuente formal de derecho por la ausencia de obligatoriedad y la particularidad de sus enunciados. En este sentido, no todas las normas jurídicamente relevantes tienen origen en textos sancionados por órganos legislativos; si no que muchas de ellas nacen de las costumbres sociales y la propia actividad jurídica. De hecho, las normas de origen judicial, no sólo constituyen el núcleo más importante de algunos sistemas jurídicos, como el Common Law, vigente en EEUU o Inglaterra, sino

---

<sup>16</sup> La cual estuviera presidida por Ricardo Luis Lorenzetti e integrada por Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmayer de Carlucci.

<sup>17</sup> Esta consiste en aquel “conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada dando solución a un caso” (Ackerman, 2005, p.565).

que hasta en los sistemas de tipo continental europeo como el nuestro, tienen una vigencia no desdeñable para la solución de casos. Podría decirse que la distinción entre ambos sistemas se limita a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a la legislación o normas jurisprudenciales. (Nino, 2003, p.293).

Por consiguiente, aunque las normas generales que dicta el legislador son indispensables para la existencia del derecho, su importancia real, se limitaría a suministrar la materia prima con la que trabaja el intérprete. Navarro (2005) ha denominado, tesis de la inevitabilidad, a aquella teoría por la cual las normas no se aplican solas, sino que siempre es necesaria una decisión interpretativa que resuelva su aplicabilidad.

Al preguntarnos por el rol de los jueces en el marco del proceso, lo primero que surge casi de manera espontánea, es que este debe ser neutral, imparcial. Pero ¿qué sucede entonces con la desigualdad material que existe en las relaciones de trabajo? Aquella que a partir del principio protectorio y, a diferencia del derecho civil, debe ser corregida desde lo normativo y sustancial, pero también desde lo procesal, ya que una de las partes no sólo detenta poder jurídico y económico sino, además, el poder de la información, documentación y disponibilidad de medios. En efecto, no existirían razones para limitar el alcance de la garantía de protección al trabajo en sus diversas formas, conforme el art. 14 bis de la Constitución Nacional Argentina.

En el ámbito normativo, a partir de reconocer aquella natural disparidad, el Derecho del Trabajo ha desplegado un conjunto de reglas y diseñado una serie de 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. Pero esos principios y reglas de fondo, necesariamente deben ir acompañados y garantizados por normas procesales las cuales, según Arese (2012), son las que judicialmente “justificarían el abandono de la neutralidad entendida como asepsia de valores, en pos de la necesidad de que la igualdad de las partes en el proceso no sea solamente formal, sino real y efectiva” (p.1).

Hasta aquí podemos inferir, sin mayores complicaciones, que existe una relación inescindible entre la labor judicial y legislativa y entre el derecho y las circunstancias sociales y económicas. La interpretación judicial consiste, en alguna medida, en diseñar la forma y el contenido de los derechos e instituciones consagrados por el legislador, permitiendo que las normas que ellos dictan, se adapten a la dinámica social y dando respuesta a los conflictos que toda sociedad desarrolla en su evolución. En otras palabras, los cambios producidos en ésta se reflejarán, más tarde o más temprano, en el ordenamiento jurídico y luego judicial.

Las reglas jurisprudenciales sirven para especificar y aclarar la interpretación de los textos legales y la elección de una u otra, tendrá posibles consecuencias relevantes.

Pues “la necesidad de resolver casos particulares hace que la magistratura advierta, con más facilidad que los legisladores, efectos sociales inconvenientes de una disposición legal, razón por la cual procede a realizar una interpretación correctiva de aquella para impedir tales consecuencias” (Nino, 2003, P.302), revelando anomalías en la tarea legislativa y proponiendo criterios o doctrina para superarlas.

El problema se plantea, sin embargo, ante la posibilidad de discreción judicial, que podría definirse como aquella libertad del aplicador para elegir entre distintas opciones a la hora de resolver una controversia, que por tratarse de una cuestión de voluntad y de preferencias, más que de la aplicación de normas (es decir que de conocimiento y subsunción), se aproxima a la creación de normas. Esto es común ante los llamados casos difíciles<sup>18</sup>, que son aquellos cuya solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla fuera del marco legal pre establecido y como respuesta a una práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa en materia judicial. Un buen ejemplo de ello podrían ser las lagunas normativas<sup>19</sup>, los conflictos de normas o el propio ejercicio del control de constitucionalidad.

Entonces, la doctrina se divide en dos posiciones en torno al tema: el garantismo o juez- legislador, y su opuesta, el activismo judicial. Ambas discrepan sobre aquello que constituye derecho, la competencia jurisdiccional y sobre cuál es su responsabilidad frente a estos casos. La primera, “prioriza -en forma prácticamente absoluta- a un juez que se empeñe en respetar principalmente el derecho de defensa de todos los interesados, resguardando, asimismo, la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional” (Alvarado Velloso, 2009, como se cita en Glinka, Romero, 2017, p. 71). Para ellos, el derecho es un conjunto de reglas, entendidas simplemente como correlaciones entre casos genéricos y soluciones que deben ser aplicadas.

Autores como Atria (2005) o Navarro (2011), encuadrados dentro de esta postura, se opondrán a la posibilidad de discreción y creación de derecho, por entender que no existen lagunas ni casos difíciles y que la acción judicial se encuentra perfectamente limitada por las normas generales. En consecuencia no resulta admisible la posibilidad judicial de generar condiciones, situaciones, reglas o establecer exigencias no contempladas expresamente en una ley (legislador positivo), como tampoco de anular

---

<sup>18</sup> Hart (1963) se refirió a estos casos más complejos cuando “hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas” (p. 158).

<sup>19</sup> Con ellas nos referimos a aquellos supuestos en que el sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa.

normas, retirando del ordenamiento jurídico una determinada disposición o precepto por infracción a la Ley Fundamental (legislador negativo) o incluso, no aplicar una norma por vía de la excepción, es decir cuando frente a un caso particular deciden no aplicarla por considerarla inconstitucional.

Entonces el garantismo hace hincapié en el peligro que representaría un juez-legislador que termine por convertirse en un actor subsidiario de los demás poderes del Estado a través de la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales, tomando decisiones que replacen o subroguen la labor de las ramas ejecutiva o legislativa del poder público. Esto implicaría una injerencia en la esfera competencial de otros poderes, a través de decisiones judiciales que no se realizan con apego a las normas y ponen en riesgo el propio sistema democrático al desdibujar o saltar los límites de la división de poderes.

La segunda posición, por su parte, “se preocupa ante todo por la justa resolución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo (...). Esta característica explica que convalide la creatividad pretoriana razonable de los jueces que en tantas oportunidades se han anticipado al qué hacer legislativo, habitualmente moroso” (Peyrano, 2011, como se cita en Glinka, Romero, 2017, p.71). Por lo tanto, estaríamos no solo ante un conjunto de reglas a ser aplicadas, sino también de principios, en cuyas normas puede distinguirse un aspecto directivo y otro justificativo<sup>20</sup>. El derecho se convierte, entonces, en un sistema (conjunto de normas), pero también en una práctica.

Entonces Alchourron y Bulygin (1974) dirán para los mismos casos que, si el sistema jurídico no dice nada respecto de la conducta del demandado, el juez no tiene ninguna obligación específica, pudiendo decidir de una u otra manera (aceptando o rechazando la demanda), con el único límite que, para justificar su decisión, tengan que apoyarse en una norma general creada por ellos que actúe como premisa mayor en la cual subsumir el correspondiente caso. Tal como se puede advertir, el activismo judicial, no se opone a la creación de derecho y se enmarca en un fenómeno más amplio que responde a la vigencia actual de los principios y valores que emanan de la CN y Estado Social Constitucional de Derecho, el cual exige ajustar el funcionamiento de los distintos poderes del Estado a su axiología. Por lo tanto, -lejos de constituirse meramente como una teoría procesal entre las variadas que se pueden pensar- se inserta en las exigencias constitucionales y convencionales modernas, las cuales se deben vincular, a su vez, con las normas codificadas y demás fuentes del derecho.

---

<sup>20</sup> Aquí no importa únicamente lo establecido como obligatorio, prohibido o permitido, sino también las razones subyacentes para ello.

Por todo lo expuesto podemos afirmar que el poder judicial posee una responsabilidad histórica con el respeto de la Constitución; pero también con los procesos históricos de transformación social. Esto va en el mismo sentido que la evolución constitucional descrita anteriormente y la modificación al sistema de fuentes producida por la última reforma en 1994. La progresividad en el reconocimiento de determinados derechos -como el derecho al trabajo y principios, necesitan del complemento que representa un activismo judicial en la interpretación que de ellos se realice. Activismo, que supone a su vez no eludir la aplicación del principio protectorio laboral y procesal, el cual viene a romper con la mentada igualdad jurídica entre las partes, propia del derecho civil y que ofrece a los jueces, la posibilidad de abandonar aquella “asepsia”, entendida como neutralidad de valores que requiere el proceso judicial.

## V. CONCLUSIONES

A pesar de los importantes cambios producidos en relación a la función del principio protectorio o el proceso de constitucionalización del derecho al trabajo en nuestro país; no es menos cierto que esta no ha conseguido actuar como límite efectivo para frenar por sí sola los despidos arbitrarios y que actualmente asistimos a un escenario cada vez más adverso a los trabajadores y trabajadoras. Desde el punto de vista jurídico normativo, aquel conjunto medios técnicos o limitaciones laborales objetivas<sup>21</sup> dispuestas por el legislador para limitar el ejercicio de la posición de supremacía del empleador y a la entrega de libertades por parte del dependiente; se muestra cada vez más insuficiente, al no lograr impedir la ruptura arbitraria del principio de continuidad del contrato de trabajo con la sola voluntad del empleador.

Todo lo expuesto, revela la necesidad de promover una transformación profunda en torno a la regulación del despido. La ineficacia del régimen legal previsto para tutelar a los trabajadores en estos casos, exige romper con determinadas estructuras conceptuales que vienen producidas desde hace años. En este contexto, el poder judicial posee una responsabilidad histórica con el respeto de la Constitución; pero también con los procesos históricos de transformación social. Esto va en el mismo sentido que la evolución constitucional descrita anteriormente y la modificación al sistema de fuentes producida por la última reforma en 1994. La progresividad en el reconocimiento de determinados derechos -como el derecho al trabajo y principios-, necesitan del complemento que representa un activismo judicial en la interpretación que de ellos se

---

<sup>21</sup> Así las llama Plá Rodríguez (2015) refiriéndose al conjunto de medios que si bien no niegan el derecho a despedir; lo dificultan económicamente, lo sancionan, o simplemente lo hacen más oneroso.

realice. Activismo, que supone a su vez no eludir la aplicación del principio protectorio laboral y procesal, el cual viene a romper con la mentada igualdad jurídica entre las partes, propia del derecho civil y que ofrece a los jueces, la posibilidad de abandonar aquella "asepsia", entendida como neutralidad de valores que requiere el proceso judicial.

En este marco, nada obstaría en plantear la consagración de un sistema de estabilidad que otorgue al trabajador por vía judicial, el derecho a reclamar la nulidad del despido, la readmisión en el puesto de trabajo y la reparación integral de los daños<sup>22</sup> mediante la aplicación de los tratados internacionales.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Mario (2008). *Tratado de derecho del Trabajo*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.

ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea.

ARESE, César (2012). *Presente y futuro del derecho del trabajo. Los principios del derecho del trabajo*. Trabajo presentado en XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago de Chile 25 al 28 de septiembre.

ATRIA, F. y otros (2005). *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons.

CORNAGLIA, Ricardo (2001). *Reforma laboral. Análisis crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

GLINKA, Fernando y ROMERO, Esteban (2017). El juez y su rol en el proceso. *Revista de Interés Público*, (N°1), pp. 59-66.

GOLDÍN, Adrián (2014). *El derecho del trabajo: conceptos, instituciones y tendencias*. Buenos Aires: Ediar.

NAVARRO, Pablo (2005). A cerca de la inevitabilidad de la interpretación". *En Isomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, (N°22), pp. 99-122.

NAVARRO, Pablo (2011). Normas permisivas y clausuras en los sistemas normativos. *En Isomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, (N°34), pp. 109-139.

NINO, Carlos Santiago (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (2015). *Los principios del derecho del trabajo*. 4ª edición. Uruguay: Editorial De Palma.

---

<sup>22</sup> Así lo expresó la Sala V de la CNAT en el fallo "Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria S.A. s/ juicio sumarísimo". Sentencia del 31 de mayo de 2005.